

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2009-10

VERGELIJKENDE RECLAME
anno 2010

Masterproef van de opleiding
‘Master in de rechten’

Ingediend door:

Elisabeth Greeve

(studentennummer: 20046012)
(major: Sociaal- en Economisch recht)

Promotor:

Prof. Cathy Van Acker

VERGELIJKENDE RECLAME

anno 2010

Inhoudstafel

Inleiding		p. 5
Hoofdstuk I.:	Algemene situering en wettelijk kader	p. 7
Afdeling I.1.:	Vóór de Wet van 25 mei 1999: principieel verbod	p. 7
Afdeling I.2.:	De Richtlijn 97/55/EG inzake vergelijkende reclame	p. 10
§ I.2.A.	Toepassingsgebied van de Reclamerichtlijn	p. 11
§ I.2.B.	De betekenis van het begrip ‘vergelijkende reclame’ in de Reclamerichtlijn	p. 13
	1) Het begrip concurrent	p. 14
	2) Identificatievereiste	p. 16
§ I.2.C.	Voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame overeenkomstig de Reclamerichtlijn	p. 19
	Vooraf: wat de vergelijking betreft	p. 19
	1) Niet misleidend	p. 21
	2) Goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn	p. 22
	3) Enkel vergelijkingen die objectief zijn en betrekking hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken	p. 25
	4) Verbod om verwarring te veroorzaken	p. 28
	5) Verbod om de goede naam te schaden en/of zich zich over een concurrent kleinerend uit te laten	p. 29
	6) Vergelijkingen van producten met een benaming van oorsprong	p. 30
	7) Verbod om oneerlijk voordeel te halen uit andermans merkbekendheid	p. 32
	8) Verbod om goederen of diensten voor te stellen als imitatie of namaak	p. 35
Afdeling I.3.:	Vergelijkende reclame naar Belgisch recht	p. 36
§ I.3.A.	Toepassingsgebied van de Wet betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming en de definitie van vergelijkende reclame	p. 37

	1) Het begrip concurrent	p. 38
	2) Identificatievereiste	p. 39
§ I.3.B.	Toepassing van de vergelijkingsvoorwaarden door de Belgische rechtspraak	p. 43
	Vooraf: wat de vergelijking betreft	p. 43
	1) Niet misleidend	p. 43
	2) Goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn	p. 46
	3) Enkel vergelijkingen die objectief zijn en betrekking hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken	p. 47
	4) Verbod om verwarring te veroorzaken	p. 50
	5) Verbod om de goede naam te schaden en/of zich over een concurrent kleinerend uit te laten	p. 51
	6) Vergelijkingen van producten met een benaming van oorsprong	p. 52
	7) Verbod om oneerlijk voordeel te halen uit andermans merkbekendheid	p. 53
	8) Verbod om goederen of diensten voor te stellen als imitatie of namaak	p. 54
§ I.3.C.	Vergelijkende reclame vs. hyperbolische reclame	p. 54
§ I.3.D.	Naschrift: vergelijkende reclame en beoefenaars van vrije beroepen	p. 57
Hoofdstuk II:	Spanningsvelden met andere domeinen van gemeenschapsrecht	p. 60
Afdeling II.1.:	Vergelijkende reclame en merkenrecht	p. 60
§ II.1.A.	Verhouding van de Reclamerichtlijn tot de Merkenrichtlijn	p. 61
§ II.1.B.	Vergelijkende reclame vs. hyperbolische reclame	p. 62
	1) Kwalificatie van het merkgebruik in vergelijkende Reclame door het Hof van Justitie	p. 64
	2) Aard van de inbreuk: onrechtmatige daad of merkinbreuk?	p. 64
Afdeling II.2.:	Vergelijkende reclame en de bescherming van benamingen van oorsprong	p. 66
Hoofdstuk III:	Vergelijkende reclame vergeleken: enkele bedenkingen na een kort rechtsvergelijkend onderzoek met de Nederlandse rechtspraak	p. 70
Afdeling III.1.	Vergelijkende reclame naar Nederlands recht	p. 70
§ III.1.A	De definitie van vergelijkende reclame en de toepassings- voorwaarden naar Nederlands recht	p. 71
	1) Definitie	p. 71

	2) -3) Niet misleidend – Enkel goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien en/of voor hetzelfde doel bestemd zijn	p. 71
	4) Objectieve vergelijkingen van een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken	p. 72
	5) Verbod om verwarring te veroorzaken	p. 73
	6) Niet de goede naam schaden van en/of zich niet kleinerend uitlaten over een concurrent	p. 73
	7) Overige toelaatbaarheidsvereisten	p. 74
Hoofdstuk IV:	Vergelijkende reclame als marketingstrategie en zijn invloed op de consument	p. 75
Afdeling IV.1.	Ontstaan van vergelijkende reclame	p. 75
Afdeling IV.2.	Vergelijkende reclame pro en contra	p. 77
Afdeling IV.3.	Representativiteit van de onderzoeksresultaten	p. 78
Afdeling IV.4.	Waarom komt men zelden tot consistente onderzoeksresultaten?	p. 79
Afdeling IV.5.	Effectiviteit van vergelijkende reclame	p. 82
§ 4.5.A.	Onderzoek via het hiërarchisch effectenmodel van Lavidge en Steiner	p. 83
§ 4.5.B.	Scanning/focussing model van Van Raaij	p. 83
Afdeling IV.6.	Kort besluit	p. 88
Bibliografie		p. 90
Dankwoord		p.95

Inleiding

Dat je appels niet met peren mag vergelijken is een oude volkswijsheid en is op zich niet meer dan logisch.

Lange tijd mocht je in ons land evenwel ook geen appels met appels vergelijken, of peren met peren.

Althans niet als je professioneel verbouwer of handelaar van appels en peren was én in reclameboodschappen je appels of peren wilde vergelijken met die van de concurrentie.

Dat verbod gold trouwens voor producenten en verkopers in het algemeen. Het voeren van vergelijkende reclame was principieel verboden.

Dit principiële verbod werd streng gehandhaafd in de rechtspraak.

Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen waren verwijzingen naar producten van de concurrentie toegelaten.

Dit uitgangspunt stond niet alleen haaks op de logica van de volkswijsheid waarnaar zonet verwezen, maar was op termijn eenvoudigweg onhoudbaar geworden, zowel vanuit juridisch als vanuit socio-economisch standpunt.

Als juridisch beschermingsmechanisme, diende het haar doel. Het was evenwel niet langer in overeenstemming met de economische werkelijkheid en paste niet meer in de ruimere juridische en economische context waarbinnen reclame en andere marketingtools voor het eerst op grote schaal hun intrede deden.

Als tegenreactie op die evolutie was het ontluikende consumentenbeleid in de jaren tachtig vooral gestoeld op een verregaande bescherming van de “zwakke” consument. Er werd vanuit gegaan dat de consument als zwakke marktdeelnemer, nood had aan maatregelen die hem zouden beschermen tegen de andere – naar veronderstelling sterkere - marktdeelnemers.

Deze voorstelling van de consument als een haast willoze marionet die niet zelf opgewassen zou zijn tegen de minder goede bedoelingen van sommige producenten/verkopers en tegen de suggestieve kracht van reclame, is een beeld dat (te) lang heeft gevloekt met de zich immer wijzigende economische en maatschappelijke realiteit.

De informatierevolutie maakte dat de consument steeds beter geïnformeerd was en mogelijkheden te over had om zelf informatie te vergaren en deze te beoordelen op haar objectieve merites.

Een verbod voor producenten en/of verkopers om de consument hierin bij te staan, zou heden ten dage compleet zinloos zijn, zelfs ronduit contraproductief.

Het consumentenbelang is in de huidige maatschappelijke en economische context enkel gediend met de informatie die door producenten en/of verkopers via reclame wordt verschaft, op voorwaarde dat deze objectief is én dat de objectiviteit ervan door de consument relatief eenvoudig kan worden geverifieerd.

Dat de mededinging hierdoor wordt verscherpt en de transparantie op de markt wordt verhoogd, is al evenzeer in het belang van de consument.

Dit inzicht maakte dat de meeste Europese landen hun beleid terzake gaandeweg versoepelden. Waar tot het eind van de jaren '80 van de vorige eeuw in de meeste Europese landen nog een principieel verbod gold op vergelijkende reclame, was dit 10 jaar later nog slechts in een kleine minderheid van die landen het geval.

België behoorde evenwel lang tot die (kleiner wordende) minderheid¹.

Hoewel reeds lang wetsvoorstellen de ronde deden om aan deze situatie een einde te maken, ging de Belgische wetgever toch maar mee met deze evolutie nadat hij zich hiertoe door de gemeenschapswetgever gedwongen zag.

In dit masterproefschrift wordt nagegaan wat het doel en de inhoud zijn van de Europese regelgeving terzake, hoe deze werden geïmplementeerd in de respectieve nationale rechtsstelsels, welke interpretatie aan deze regels werden/worden gegeven door de rechtspraak en welke spanningsvelden er nog zijn met andere rechtsdomeinen.

Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt wordt nagegaan of er verschillen in interpretatie zijn in vergelijking met Nederland. Ook bij de economische relevantie van het begrip vergelijkende reclame zelf wordt kort stilgestaan, vermits een en ander direct verband houdt met de noodzaak aan harmonisatie van de regelgeving terzake.

Tot slot wordt getracht een voorzichtige blik te werpen op potentiële toekomstige wetgevende initiatieven terzake en welke problemen daarbij kunnen rijzen.

¹ En gold volgens sommigen terzake zelfs als één van de strengste landen binnen de Europese Unie. Zie S. DEBAENE, 'Capita Selecta betreffende vergelijkende reclame in België', in *BMM Bulletin*, 2007, afl. 3, p. 123.

HOOFDSTUK I: Algemene situering en wettelijk kader

Afdeling I.1.: Vóór de Wet van 25 mei 1999: principieel verbod

Zoals in de inleiding al werd aangegeven gold onder het vroegere regime een principieel verbod op het voeren van vergelijkende reclame.

Voor er terzake specifieke wettelijke bepalingen bestonden, liet de rechtspraak in België zich leiden door wat in de rechtsleer, in navolging van één vooraanstaande stem, werd geduid als het adagium van FRÉDÉRICQ:

“tout commerçant a le droit d'exiger qu'on ne parle de lui, même si c'est pour dire la vérité”².

Dit verbod was wettelijk verankerd in de Wet van 14 juli 1971 inzake de Handelspraktijken en later in het toenmalig art. 23.7 van de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna WHPC)³.

Krachtens dit wetsartikel mocht géén reclame worden gevoerd die vergelijkingen inhield die bedrieglijk of afbrekend was of die waarin één of meerdere andere verkopers werden geïdentificeerd zonder dat daartoe een absolute noodzaak bestond.

Vermits elke vergelijking per definitie veronderstelt dat de concurrerende wederpartij wordt geïdentificeerd en vermits elke verwijzing naar een concurrent werd aanzien als een afbreuk van diens reputatie, hield voornoemd wetsartikel de facto een quasi compleet verbod in op vergelijkende reclame.

Slechts zeer uitzonderlijk werd een verwijzing naar een concurrerende verkoper toegestaan. Met name wanneer de identificatie van een andere verkoper, zoals reeds gesteld, volstrekt *noodzakelijk* bleek te zijn.

Vergelijkende reclame was dus enkel toegelaten wanneer de adverterende verkoper kon aantonen dat de vergelijking en de daaraan gekoppelde identificatie van de concurrentie een noodzakelijk karakter had. De rechtspraak gaf daarbij over het algemeen een bijzonder enge interpretatie aan het begrip *noodzaak*⁴.

² L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial Belge II*, Brussel, 1947, nr. 108.

³ Hoewel ook voordien meermaals werd getracht tot wetten te komen die voorzagen in een meer liberale regelgeving terzake. Lange tijd evenwel nog tevergeefs. Zie o.m. Wetsontwerp 947 (1984-85), *Parl. St. Senaat*, 1984 – 85, nr. 947; alsook in commentaar hierop J. STUYCK, ‘Algemene beschouwingen bij het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument’, in E. BALATE en J. STUYCK ed., *Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Bruylant, 1988, p. 7-9.

⁴ H. DE BAUW, ‘Grenzen van vergelijkende reclame’, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, p. 161; contra E. BALLON, ‘Vergelijkende reclame na de Wet van 25 mei 1999’, *D.C.C.R.*, 1999, p. 230-249, en voor kritiek op dit strenge verbod G. STRAETMANS ‘Europese regelgeving inzake vergelijkende reclame: terug naar af?’, *T.P.R.*, 1998, p. 383 e.v.

In de praktijk waren de uitzonderingen die door de heersende rechtspraak als toegelaten - want noodzakelijk - werden aanvaard, dan ook uiterst beperkt.

De identificatie van een concurrerende verkoper werd derhalve slechts aanzien als toegelaten wanneer een nieuwkomer op de markt zijn producten of diensten kenbaar wilde maken door ze te profileren tegenover de producten of diensten van reeds lang binnen die markt opererende concurrenten⁵ en/of wanneer deze vergelijking plaatsvond binnen een monopolistische en/of oligopolistische markt, gedomineerd door één of enkele andere verkopers⁶.

Ook technische vergelijkingen van systemen en/of verkoopmethoden⁷ en referenties naar concurrerende verkopers ter vrijwaring van de rechten van de adverteerder zelf⁸, konden over het algemeen op goedkeuring van de gangbare rechtspraak rekenen.

Alle andere vergelijkingen waren verboden. Prijsvergelijkingen waren al helemaal uit den boze.

Overeenkomstig het toenmalige art. 43 WHPC kon slechts onder bijzonder strenge voorwaarden in reclameboodschappen worden vergeleken met eigen (!) in het verleden toegepaste prijzen en/of naar wettelijk gereguleerde detailhandelsprijzen.

Alle andere prijsvergelijkingen, in het bijzonder deze met prijzen van concurrerende verkopers, waren ten strengste verboden.

Zoals reeds gesteld kwam het vasthouden aan een dergelijk strenge marktregeling op het gebied van reclame, steeds meer onder druk te staan.

De toepassing van deze strenge regels leidde bovendien soms tot inconsequente uitkomsten, waarbij helemaal niet meer duidelijk was hoe –zoals in de rechtsleer én rechtspraak nochtans ferm werd voorgehouden- de bescherming van de consument erdoor werd gediend.

Zo kon bijvoorbeeld de verkoper van verschillende concurrerende merken een catalogus uitbrengen waarin hij de verschillende eigenschappen en prijzen van alle door hem verkochte producten vermeld. Van zodra evenwel diezelfde informatie onder het publiek werd verspreid door een producent van slechts één van deze merken en/of door een verkoper van slechts één of enkele ervan, was dit plots niet toegestaan, want maakte dit een vorm van niet ongeoorloofde vergelijkende reclame uit⁹.

⁵ L. DE GRUYSE, 'De vernieuwingen inzake reclame', in *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, Kluwer, p.48. Voor praktijkvoorbeelden uit de rechtspraak, zie Brussel, 12 juni 1990, in *Jaarboek Handelspraktijken 1990*, p. 73; Brussel, april 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 1997*, p. 133.

⁶ H. DE BAUW, 'Grenzen van vergelijkende reclame' in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, p. 162; A. BRAUN, 'La publicité comparative en Belgique', *Ing. Cons.*, 1993, 138. Als praktijkvoorbeeld uit de rechtspraak zie o.m. Voorz. Kh. Brussel, 18 oktober 1993, in *Jaarboek Handelspraktijken*, 1993, p. 112.

⁷ R. VAN DEN BERGH, 'Het verbod van vergelijkende reclame en systeemvergelijkingen', in *Jaarboek Handelspraktijken 1990*, p. 101; alsook Antwerpen, 26 oktober 1998, in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, p. 132; Voorz. Kh. Brussel, 12 maart 1990, in *Jaarboek Handelspraktijken 1990*, p. 98; en Voorz. Kh. Brussel, 1 augustus 1990, in *Jaarboek Handelspraktijken 1990*, p. 124.

⁸ Zie o.m. Voorz. Kh. Hasselt, 21 december 1992, in *Jaarboek Handelspraktijken 1992*, p. 176.

⁹ Zie voor een gelijkaardige overweging H. DE BAUW, 'Grenzen van vergelijkende reclame', o.c., p 163.

Ook de rechtspraak van het Hof van Justitie leek steeds meer aan te geven dat het verbod op vergelijkende reclame mogelijk kon worden aanzien als strijdig met de regels van vrij verkeer van goederen¹⁰.

Dat het verbod op vergelijkende reclame noodzakelijk diende te worden behouden ter bescherming van de consument, was alvast een argument waarbij de rechtspraak van het Hof van Justitie geleidelijk aan almaar meer vraagtekens plaatste.

In haar arrest gewezen in de zaak GB-Inno-BM stelde het Hof - na te hebben aanvaard dat reclame indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, deel uitmaakt van de voorlichting van de consument en dus een objectief informatieve functie kan hebben- onomwonden het volgende:

*“Een nationale wettelijke regeling die de consument de toegang tot bepaalde informatie weigert” ... kan (geen) bescherming van de consument uitmaken”.*¹¹

Mede onder invloed hiervan werden de rechtstelsels van de ons omringende landen almaar permissiever ten overstaan van het voeren van vergelijkende reclame.

Het Duitse recht had nooit een uitdrukkelijk verbod op vergelijkende reclame gekend en bovendien had de rechtspraak er gaandeweg een aantal rechtvaardigingsgronden ontwikkeld voor het voeren van vergelijkende reclame.

Hoewel de rechtspraak en rechtsleer in Duitsland lang werden gekenmerkt door eenzelfde conservatieve houding ten overstaan van vergelijkende reclame als in ons land, gingen deze rechtvaardigingsgronden uitermate veel verder dan wat overeenkomstig het destijds geldende wettelijke kader in België mogelijk was¹².

In de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer werd vanaf een door de Nederlandse Hoge Raad gewezen principearrest over deze kwestie uit 1985¹³, aangenomen dat vergelijkende reclame, mits in acht name van een aantal voorwaarden, in principe toegelaten was¹⁴.

In Frankrijk werd vergelijkende reclame bij wet toegelaten sinds 1992¹⁵. Deze wet diende bovendien op zich reeds ter harmonisatie van de in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarden waaronder vergelijkende reclame principieel was toegestaan.

¹⁰ Zie o.m. H.v.J., 23 februari 1988, zaak 216/84, Commissie vs. Frankrijk, *Jur.*, 1988, p. 793 en H.v.J., 12 december 1990, zaak C-241/89, Sarpp, *Jur.*, 1990, I-4721.

¹¹ H.v.J., 7 maart 1990, GB-Inno-BM vs. Confédération du Commerce Luxemburgéois, zaak C-362/88, *Jur.*, 1990, I-667 en over de mogelijke gevolgen ervan o.m. J. STUYCK, ‘Enkele beschouwingen over de toepassing van de Wet Handelspraktijken na het arrest van het Hof van Justitie van de E.G. in GB-Inno-BM ...’, *T.B.H.*, 1990, p. 1016.

¹² Zie hierover G. STRAETMANS, ‘Europese regelgeving inzake vergelijkende reclame: terug naar af?’, o.c., p. 390-395.

¹³ Hoge Raad, 25 maart 1985, Pokon vs. Substral, *N.J.*, 1995, p. 591. Zie hierover eveneens P. REESKAMP, Merkgebruik in vergelijkende reclame anno 1997, *BMM Bulletin*, 1997, p.11-19.

¹⁴ W.J. SLAGTER, ‘Vergelijkende reclame’, *T.V.V.S.*, nr. 84, p. 8.

¹⁵ Wet nr. 92.60 van 18 januari 1992 (la loi renforçant la protection des consommateurs)

Zo was vergelijkende reclame –ook wanneer daartoe gebruik werd gemaakt van de merknaam of het merkteken van een concurrerende verkoper- toegelaten voor zover deze vergelijking *eerlijk* was en *waarheidsgetrouw*.

Bovendien konden slechts *objectieve* vergelijkingen worden gemaakt die noodzakelijkerwijze betrekking dienden te hebben op *essentiële, betekenisvolle, doorslaggevende* en *controleerbare* kenmerken van goederen of diensten van *dezelfde aard*, die bovendien *verkrijgbaar* dienden te zijn op de markt¹⁶.

Hoewel vergelijkende reclame ondanks de meer coulante houding van zowel de Franse wetgever als de rechtspraak destijds in de praktijk nog geen grote doorbraak kende, lijkt de latere EG-richtlijn er toch enigszins schatplichtig aan te zijn.

Een Europese harmonisatie drong zich op, vooral gelet op de economische ontwikkelingen en het lappendeken aan ongerijmde wettelijke regels binnen de diverse lidstaten van de Europese Unie.

Waar een aantal lidstaten, zoals zonet uiteengezet, een meer toegeeflijke houding aannamen t.a.v. vergelijkende reclame, bleven andere –waaronder naast België, bijvoorbeeld eveneens Italië en Luxemburg- zich vasthouden aan een principieel verbod¹⁷.

Deze verschillende regelgevingen maakte het ondernemingen bijzonder moeilijk een pan-Europese marketingstrategie uit te werken waarbij gebruik werd gemaakt van vergelijkende reclame.

Dat een en ander volkomen haaks stond op de Europese doelstellingen van een ééngemaakte interne markt was inmiddels duidelijk. Dat een aantal nationale wetgevers slechts overstag zouden gaan nadat zij zich hiertoe onder druk van de gemeenschapswetgever gedwongen zouden zien, eveneens.

Afdeling I.2.: De richtlijn inzake vergelijkende reclame

Hoewel een aantal lidstaten over de loop der jaren reeds wetgeving hadden aangenomen die permissiever stond tegenover vergelijkende reclame, bleef de meerderheid van de rechtsleer – zowel in België als in de overige lidstaten- zich er doorgaans tegen verzetten.

Het besef dat vergelijkende reclame de mededinging ten goede komt in het belang van zowel de producenten als de consumenten, groeide slechts traag. Reden waarom de genese van de Europese richtlijn terzake, een lange lijdensweg is geweest.

¹⁶ Zie hierover meer uitgebreid G. STRAETMANS, ‘Europese regelgeving inzake vergelijkende reclame: terug naar af?’, o.c., p. 397-399.

¹⁷ Hoewel in sommige rechtsleer al redelijk vroeg werd onderkend dat een evolutie naar een grotere tolerantie ten overstaan van vergelijkende reclame op termijn onvermijdelijk zou zijn. Zie o.m. J. STUYCK, ‘Vergelijkende reclame, de gemeenschappelijke markt en de bescherming van de intellectuele eigendom’, R.D.C.B., 1988, p. 905.

Reeds meer dan een decennium voordien had Richtlijn 84/450/EG inzake misleidende reclame het levenslicht gezien¹⁸.

Hoewel het aanvankelijke voorstel dat tot deze richtlijn had geleid, tot doel had hierin eveneens een aantal bepalingen op te nemen met betrekking tot toegelaten vormen van vergelijkende reclame, werden deze uiteindelijk niet weerhouden¹⁹. De geesten waren daarvoor op dat ogenblik klaarblijkelijk nog niet rijp.

Wel werd in overweging 6 van deze Richtlijn 84/450/EG gesteld dat in een tweede stadium op basis van passende voorstellen van de Commissie, regelgeving zou worden uitgevaardigd met betrekking tot oneerlijke en vergelijkende reclame.

Vanaf 1991 werden met regelmatige tussenpozen door de Commissie voorstellen ingediend om een richtlijn met betrekking tot vergelijkende reclame aan te nemen²⁰. Toch zou het nog tot 1997 duren eer een dergelijke richtlijn ook effectief werd aangenomen middels de Richtlijn 97/55/EG inzake vergelijkende reclame²¹.

Beide richtlijnen – Richtlijn 84/455/EG en Richtlijn 97/55/EG- werden later samengevoegd en gecodificeerd tot de Richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende en vergelijkende reclame (hierna Reclamerichtlijn) van 12 december 2006²².

De regels die in de vorige richtlijn inzake vergelijkende reclame waren opgenomen, werden er quasi integraal in overgenomen.

§ 1.2.A. Toepassingsgebied van de Reclamerichtlijn

Sinds de aanname van de Richtlijn 97/55/EG staat – ook in ons land- principieel de mogelijkheid open tot het voeren van vergelijkende reclame.

De motieven voor het wettelijk regelen van de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame diende te worden toegelaten, worden eveneens uiteengezet in deze Richtlijn. Vergelijkende reclame werd geacht *“in het belang van de consument een stimulans (te) vormen voor de concurrentie tussen leveranciers van goederen en diensten”* te zijn, alsook *“een gewettigd middel ... om de consumenten ... voor te lichten”*²³.

Vanzelfsprekend diende daartoe aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan.

¹⁸ Richtlijn 84/450 van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame, *Pb.*, 1984, L 250/17.

¹⁹ Voorstel voor een richtlijn tot regeling van misleidende en oneerlijke reclame, *Pb.*, 1979, C194/3.

²⁰ Zie Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake vergelijkende reclame en tot wijziging van richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame, *Pb.*, 1991, C 180/14 en *Pb.*, 1994 C 136/4.

²¹ Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 84/455 inzake misleidende reclame, ten einde ook elke vergelijkende reclame te regelen, *Pb.*, 1997, L 290/18.

²² Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, *Pb.*, 2006, L 376/21.

²³ Zie overwegingen 2-6 van Richtlijn 97/55/EG

De harmonisatie van deze voorwaarden en van de definities van een aantal bij vergelijkende reclame betrokken begrippen, maakt dat de interpretatie ervan en de doorwerking en/of omzetting ervan in de onderscheiden nationale rechtsstelsels, op (min of meer uniforme) wijze kon geschieden.

Immers voorzag de gemeenschapswetgever met de Reclamerichtlijn in een maximale harmonisatie. Dit betekent dat de nationale wetgevers worden verplicht de nationale wetgeving inzake vergelijkende reclame aan te passen aan de principes neergelegd in de richtlijn. Tegelijk geldt een verbod om strengere voorwaarden op te leggen voor het voeren van vergelijkende reclame, dan die welke de gemeenschapswetgever heeft opgelegd²⁴.

De principes en bepalingen die terzake golden sedert de Richtlijn 97/55/EG werden inhoudelijk quasi ongewijzigd overgenomen in de latere en gecodificeerde Reclamerichtlijn.

Wel nieuw in vergelijking met de Richtlijn 97/55/EG is de bepaling in art. 1 van de Reclamerichtlijn dat deze *“beoogt handelaren te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen ervan, en de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd”*.

De samenlezing van deze bepaling met de verwijzing in art. 4 van de Reclamerichtlijn naar de Richtlijn 2005/29/EG betreffende de oneerlijke handelspraktijken en de bescherming van de consument²⁵ wekt de indruk dat de Richtlijn zelf er blijkbaar enkel op gericht is handelaren tegen misleidende en/of ongeoorloofde reclame trachten te beschermen.

De bescherming van de consument zou dan vallen onder het toepassingsgebied van de Richtlijn 2005/29/EG inzake de oneerlijke handelspraktijken²⁵.

Dit zou dan betekenen dat enkel professionele verkopers en/of producenten zich op de bepalingen van de Richtlijn kunnen beroepen en kunnen optreden als partij in de procedures die op de bepalingen van deze richtlijn gebaseerd zijn.

Hoewel een deel van de rechtsleer een andere mening is toegedaan, lijkt een dergelijke interpretatie het meest in lijn te liggen met de conclusies die in dit proefschrift worden vooropgesteld met betrekking tot de handhaving van de bepalingen van de richtlijn²⁶.

Hieronder worden evenwel eerst de begrippen uit de Reclamerichtlijn en de interpretatie van de erin gestelde voorwaarden waaraan vergelijkende reclameboodschappen dienen te voldoen om geoorloofd te zijn, verder belicht.

Het is van belang hierbij voor ogen te houden dat het Hof van Justitie zelf reeds meermaals benadrukte dat bij de beoordeling van deze in de reclamerichtlijn gestelde voorwaarden en de interpretatie van de erin gebezigde begrippen, steeds dient te worden geopteerd voor een zo ruim mogelijke beoordeling en/of interpretatie.

Deze stelling werd reeds geponeerd in het eerste arrest dat het Hof onder de richtlijn diende te wijzen, in de zaak TOSHIBA vs. KATUN²⁷.

²⁴ Zie tevens infra, sub § I.2.C. – p. 22.

²⁵ Zie in dezelfde in: P. REESKAMP, ‘Het HvJ EG over merkgebruik in vergelijkende reclame’, *BMM Bulletin*, 2007, afl. 3, p. 106 e.v.

²⁶ Zie infra.

Na te hebben overwogen dat vergelijkende reclame in het belang van de consument een stimulans zal vormen voor de concurrentie tussen de leveranciers van goederen en diensten, komt het Hof tot het volgende ondubbelzinnige besluit:

“Om deze redenen moeten de aan vergelijkende reclame gestelde eisen in de voor deze reclame meest gunstige zin worden uitgelegd”²⁸.

Het Hof heeft aan deze stelling in latere arresten bovendien nog meermaals herhaald²⁹, zodoende deze vergelijkende reclamevriendelijke benadering als uitgangspunt werd genomen bij de beoordeling van de hierna uiteengezette vraagstukken met betrekking tot de interpretatie van een aantal begrippen uit de Reclamerichtlijn.

§ I.2.B. De betekenis van het begrip ‘vergelijkende reclame’ in de Reclamerichtlijn

In Reclamerichtlijn wordt vooreerst het begrip *vergelijkende reclame* zelf gedefinieerd.

Vergelijkende reclame wordt daarin cf. art. 2 c) gelijkgesteld met:

“... elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd”³⁰.

Wat onder het begrip *concurrent* dient te worden verstaan, wordt er evenwel niet verder in uiteengezet. Evenmin wordt er duidelijk aangegeven wat dient te worden begrepen onder het uitdrukkelijk of impliciet noemen van een concurrent.

Hoewel nochtans de constitutieve elementen van de definitie van vergelijkende reclame, werden/worden deze begrippen niet verder gedefinieerd. Noch in de Reclamerichtlijn zelf, noch in de voorbereidende werken ervan.

Deze definitie en de erin gebruikte begrippen werden wel verder verduidelijkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

In de zaak DE LANDTSHEER antwoordde het Hof op een aantal prejudiciële vragen gesteld door het Hof van Beroep te Brussel³¹.

²⁷ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba Europe GmbH vs. Katun Germany GmbH, zaak C-122/99, *Jur.*, 2001, I-7945 (hierna Toshiba vs. Katun).

²⁸ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 37.

²⁹ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG vs. Hartlauer Handelsgesellschaft GmbH en Verlassengesellschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer, zaak C-44/01, *Jur.*, 2003, I-3095 (hierna Pippig Augenoptik vs. Hartlauer); H.v.J., 19 september 2006, Lidl Belgium GmbH & Co. KG vs Etablissements Franz Colruyt NV, zaak C-356/04, *Jur.*, 2006, I-08501 (hierna Lidl vs. Colruyt).

³⁰ Reclame zelf wordt in art. 2 b) van de Richtlijn gedefinieerd als “*iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen*”.

³¹ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer Emmanuel SA vs. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne en Veuve Clicquot Ponsardin SA, zaak C-381/05, *Jur.*, 2007, I-03115 (hierna De Landtsheer).

Het betrof een zaak waarin de NV DE LANDTSHEER, bierproducent, een bier op de markt had gebracht dat werd gebrouwen volgens de traditionele champagnemethode en mede daarom onder de naam *‘Malheur Brut Réserve’* op de markt werd gebracht.

De champagneproducent VEUVE CLICQUOT PONSARDIN SA en de beroepsvereniging van champagneproducenten COMITÉ INTERPROFESSIONEL DU VIN DE CHAMPAGNE stelden daarop een stakingsvordering in omdat door de benaming van het bier op verschillende punten werd verwezen naar, en vergeleken met, de specifieke kenmerken van champagnewijnen.

Op de verpakking van het bier van DE LANDTSHEER werd bovendien verwezen naar de wijnbouwers van de streek van Reims en Épernay en bij de voorstelling van het bier had DE LANDTSHEER het voorgesteld als een champagnebier.

Om te kunnen oordelen of de stakingsvordering, (mede) ingesteld op grond van de bepalingen omtrent vergelijkende reclame, gegrond kon worden verklaard, diende dus te worden bepaald wat onder het begrip concurrent diende te worden begrepen en in welke mate deze concurrent identificeerbaar diende te zijn.

De vraag stelde zich immers of beide betrokken partijen als producenten van bier respectievelijk champagne, konden worden beschouwd als concurrenten in de zin van de Reclamerichtlijn. En indien die vraag gebeurlijk positief zou worden beantwoord, of het volstond dat in algemene termen werd gerefereerd naar al de producenten van champagne om te besluiten dat deze concurrent(en) voldoende duidelijk werden geïdentificeerd opdat deze reclameboodschap onder het toepassingsgebied van de Reclamerichtlijn zou vallen.

1) Het begrip concurrent

Het Hof van Justitie verduidelijkte in haar arrest DE LANDTSHEER dat de hoedanigheid van concurrerende ondernemingen *“per definitie”* berust *“op de substitueerbaarheid van de goederen of diensten die deze ondernemingen op de markt brengen”*.³²

Het Hof overweegt daarbij dat juist om deze reden een van de in de Reclamerichtlijn opgenomen vergelijkingsvoorwaarden vereist dat goederen en/of diensten worden vergeleken die *“in dezelfde behoeften voorzien”* of *“voor hetzelfde doel bestemd zijn”*.

Tevens verwijst het Hof naar eerdere arresten waarin het oordeelde dat uit de vaststelling dat producten tot op zekere hoogte aan dezelfde behoefte voldoen, kan worden geconcludeerd dat zij in zekere mate substitueerbaar zijn³³.

Dit betekent nochtans niet dat de criteria welke gelden om na te gaan of vergelijkende reclame aan deze laatste voorwaarde voldoet, dezelfde zijn dan deze om vast te stellen of er tussen de betrokken ondernemingen al dan niet sprake is van een

³² H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 28.

³³ H.v.J., 27 februari 1980, Commissie vs. Verenigd Koninkrijk, zaak C-170/78, *Jur.*, 1980, I-417; H.v.J., 9 juli 1987, Commissie vs. België, zaak C-356/85, *Jur.*, 1987, I-3299.

concurrentieverhouding. Integendeel, het Hof stelt, sub 49 in het arrest uitdrukkelijk dat deze niet dezelfde zijn³⁴.

Om vast te stellen of er sprake is van een concurrentieverhouding tussen de adverteerder en de onderneming of zijn producten waarmee vergeleken wordt, volstaat het dat de aangeboden producten gewoonlijk in zekere mate substitueerbaar zijn³⁵.

De voorwaarde die gesteld werd in het art. 3bis, lid 1, sub b van de richtlijn 97/55/EG vereiste dat de producten die specifiek in de reclameboodschap worden vergeleken, individueel en concreet worden beoordeeld op hun mate van substitueerbaarheid.

Het Hof is minder eenduidig over de criteria aan de hand waarvan de concrete beoordeling van de vraag of bepaalde goederen of diensten onderling –minstens gedeeltelijk- substitueerbaar zijn, dient te gebeuren.

Wel onderscheidt het Hof alvast drie groepen relevante factoren, die daarbij van belang zijn. Deze hebben betrekking op:

“... de huidige marktsituatie en de huidige consumptiegewoonten, alsmede ... de mogelijke ontwikkelingen ervan;

-... het gedeelte van het communautaire grondgebied waar de reclame wordt verspreid, zonder evenwel in voorkomend geval de gevolgen uit te sluiten die de ontwikkeling van de in andere lidstaten vastgestelde consumptiegewoonten kan sorteren op de betrokken nationale markt;

-... de bijzondere kenmerken van het product dat de adverteerder wil promoten en ... het imago dat hij eraan wenst te geven”³⁶.

Dat het Hof vooreerst van oordeel is dat niet enkel rekening dient te worden gehouden met de huidige consumptiegewoonten doch tevens met de mogelijke toekomstige ontwikkelingen daarin, lijkt voor zich te spreken. Immers reclame is er net op gericht de consumptiegewoonten van de doelgroep te sturen³⁷.

Als tweede relevante factor onderscheidt het Hof de noodzaak om tevens rekening te houden met het communautaire grondgebied waarop de reclame wordt verspreid.

Het stelt daarbij dat zulks dient te gebeuren zonder de gevolgen uit te sluiten die de ontwikkeling van in andere lidstaten vastgestelde consumptiegewoonten met zich kunnen brengen op de betrokken nationale markt.

³⁴ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 49.

³⁵ Zie ook H.v.J., 27 februari 1980, Commissie vs. Verenigd Koninkrijk, zaak C-170/78, *Jur.*, 1980, I-417; H.v.J., 9 juli 1987, Commissie vs. België, zaak C-356/85, *Jur.*, 1987, I-3299.

³⁶ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 42.

³⁷ Nochtans was dit een stelling die vóór het arrest DE LANDTSHEER niet altijd even unaniem werd aanvaard in de rechtsleer. Voor een vroege stellingname pro dit argument, zie H. DE BAUW, ‘Grenzen van vergelijkende reclame’, o.c., p. 170.

Hierdoor verzoent het Hof de territoriale bevoegdheid van de betrokken nationale gerechtelijke instanties enerzijds met de ruimere doelstellingen van de Richtlijn en het EG-recht anderzijds. Daarin begrepen de ontwikkeling van een eenvormige interne markt en het vrij verkeer van personen en goederen.

De laatste overweging van het Hof, met name dat tevens rekening dient te worden gehouden met het imago dat de adverteerder aan zijn producten wenst te geven, alsook met de bijzondere kenmerken van het product dat wordt gepromoot, ligt enigszins in het verlengde daarvan.

Op zich zijn dit telkenmale vrij logische afwegingen, doch het valt nog enigszins af te wachten hoe en in welke mate met deze factoren rekening zal worden gehouden in de onderscheiden nationale rechtstelsels³⁸.

Het Hof wijst er daarbij wel op dat de onderlinge verwisselbaarheid van goederen en/of diensten *“in wezen berust op de aankoopbeslissingen van de consument”*, en dat de nationale rechterlijke instanties bij de concrete beoordeling van de aangereikte criteria daarmee rekening moeten houden³⁹.

Impliciet verwijst het Hof daarmee naar haar reeds eerder geformuleerde standpunt dat bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde vorm van (voorgehouden) vergelijkende reclame al dan niet voldoet aan de daartoe in de Reclamerichtlijn gestelde voorwaarden, rekening dient te worden gehouden met de doelgroep van die reclame.

2) De identificatievereiste

De definitie van vergelijkende reclame, zoals terug te vinden in de Reclamerichtlijn, veronderstelt niet enkel het voorhanden zijn van een concurrent en/of door een concurrent aangeboden goederen of diensten, deze concurrent dient tevens *“uitdrukkelijk of impliciet te worden genoemd”*.

In de gevallen waarbij de concurrent en/of diens producten uitdrukkelijk worden genoemd, stelt dit onderdeel van de definitie van vergelijkend reclame zoals deze blijkt uit Reclamerichtlijn, weinig tot geen problemen.

Wat evenwel dient te worden begrepen onder een impliciete verwijzing naar een concurrent en waar de grenzen van een dergelijke impliciete verwijzing liggen, is niet altijd even duidelijk.

De nationale rechterlijke instanties dienen telkens, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak, te onderzoeken of een normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument aan de hand van de reclameboodschap impliciet één of meer bepaalde ondernemingen of diens goederen en diensten kunnen identificeren⁴⁰.

³⁸ Zie infra, sub § I.3.A. 1) – p. 38.

³⁹ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 40.

⁴⁰ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptik vs. Hartlauer, o.c., rr. 55; H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 78.

In het zonet geciteerde arrest DE LANDSTHEER kwam het Hof alvast tot de bevinding dat vergelijkende reclame *“die verwijst naar een soort product zonder evenwel een concurrent of de door deze aangeboden goederen te identificeren niet ongeoorloofd is”*⁴¹.

Dergelijke reclame kan worden gekwalificeerd als een vorm van vergelijkende reclame, wanneer het mogelijk is de onderneming of de producten waarop deze betrekking heeft te identificeren.

Dat eventueel meerdere concurrenten kunnen worden geïdentificeerd, is daarbij irrelevant.

Reclame die verwijst naar een soort product waarbij geen concurrent en of concurrerende producten worden geïdentificeerd, expliciet noch impliciet, valt logischerwijze niet onder het toepassingsgebied van de regelgeving met betrekking tot vergelijkende reclame. Om de geoorloofdheid daarvan te beoordelen, dient rekening gehouden te worden met de daarop toepasselijke bepalingen van nationaal en/of gemeenschapsrecht.

De kwalificatie van een bepaalde vorm van reclame als behorende al dan niet tot de vergelijkende reclame in de zin van de Reclamerichtlijn, lijkt derhalve af te hangen van de inschatting van de nationale verwijzingsrechter omtrent de capaciteit van de gemiddelde consument om de geïdentificeerde concurrent te identificeren.

Het Hof van Justitie had zich reeds eerder in die zin uitgesproken over de interpretatie van deze identificatievereiste, met name in het ook al eerder aangehaalde arrest TOSHIBA vs. KATUN.

De partijen in deze zaak betroffen enerzijds TOSHIBA als fabrikant van kopieerapparaten en toebehoren, die ter aanduiding van haar producten specifieke artikelnummers gebruikte, en anderzijds KATUN, een verkoper van reserveonderdelen en verbruiksartikelen welke compatibel waren met de toestellen en producten van TOSHIBA.

Om dit ten aanzien van haar kopers duidelijk te maken, vermeldde KATUN in haar eigen catalogus naast haar eigen producten tevens de artikelnummers van TOSHIBA.

Eén van de prejudiciële vragen gesteld door de bevoegde nationale rechter - in casu het Duitse Bundesgerichtshof- waarover het Hof zich in die zaak diende te buigen, betrof de vraag of de loutere vermelding van deze artikelnummers van TOSHIBA door het concurrerende KATUN, volstond om te besluiten dat het in casu de concurrent en/of diens producten werden *“genoemd”* in de zin van de Reclamerichtlijn en het dus een vorm van vergelijkende reclame betrof.

Advocaat-generaal Léger lichtte in zijn conclusie toe dat er sprake is van vergelijkende reclame van zodra de inhoud ervan de geadresseerde in staat stelt om te weten welke concurrent van de adverteerder werd bedoeld.

⁴¹ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 56.

Hij stelt het volgende :

“...Om binnen de werkingssfeer van de richtlijn te vallen, is het voldoende dat de doelgroep uit de inhoud van de reclame kan opmaken welke andere concurrerende marktdeelnemer van de adverteerder wordt bedoeld”⁴²”.

Hij stelde verder dat het volstond dat de vermelding van de artikelnummers van TOSHIBA een “*gemiddeld geïnformeerd persoon*” toelieten om haar producten als dusdanig te identificeren⁴³.

Het Hof zelf oordeelt in haar arrest dat het niet vaststaat dat deze artikelnummers op zich door de consument worden geïdentificeerd met producten van TOSHIBA, maar sluit evenmin uit dat dit inderdaad het geval zou kunnen zijn.

In haar arrest luidt dit als volgt:

“Aangaande artikelnummers die een fabrikant van apparaten gebruikt om reserveonderdelen en verbruiksartikelen te identificeren, staat niet vast dat deze op zich, dat wil zeggen wanneer zij alleen worden gebruikt, zonder aanduiding van het merk van de fabrikant of het apparaat waarvoor de reserveonderdelen en de verbruiksartikelen geschikt zijn, door het publiek worden geïdentificeerd als verwijzingen naar producten die door een bepaalde onderneming zijn vervaardigd.

...

Het staat evenwel aan de verwijzende rechter te beoordelen of de artikelnummers van de fabrikant van de apparaten waarvan sprake in het hoofdgeding, een onderscheiden kenmerk is in ... die zin dat deze nummers worden herkend als afkomstig van een bepaalde onderneming”⁴⁴.

Het Hof sluit derhalve niet uit dat verwijzende rechter er in casu toe zou kunnen besluiten dat de artikelnummers van TOSHIBA inderdaad dienen te worden aanzien als een onderscheidend kenmerk dat deze onderneming identificeert.

Daarbij wijst het Hof er evenwel op dat rekening dient te worden gehouden “*met de wijze waarop een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde persoon*” deze artikelnummers opvat⁴⁵.

Dat in de afweging hoe een en ander door deze redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde persoon, tevens rekening dient te worden gehouden met de aard en samenstelling van de doelgroep, wordt door het Hof minder duidelijk aangegeven in het geciteerde arrest, doch lijkt de logica zelve. Het valt immers aan te nemen dat gespecialiseerde handelaars gemakkelijker een producent aan de hand van zijn

⁴² Conclusie. Advocaat-generaal Léger, 8 februari 2001, zaak C-112/99, rr. 30.

⁴³ Conclusie Advocaat-generaal Léger, 8 februari 2001, zaak C-112/99, rr. 73.

⁴⁴ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 51.

⁴⁵ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 52.

artikelnummers kunnen identificeren dan wanneer die doelgroep uit eindverbruikers zou bestaan⁴⁶.

Hoewel ook uit dit laatste arrest derhalve de voorkeur van het Hof blijkt voor een zo ruim mogelijke interpretatie van de bepalingen uit de Reclamerichtlijn, lijkt het tegelijkertijd toch de buitengrenzen vast te stellen van de mate waarin een concurrent in een vergelijkende reclameboodschap al dan niet impliciet wordt genoemd en aldus wordt geïdentificeerd in de zin van de Reclamerichtlijn⁴⁷.

§ 1.2.C. Voorwaarden waaraan vergelijkende reclame dient te voldoen

Naast de definitie van het begrip reclame, welke het toepassingsgebied van de Reclamerichtlijn afbakt, bevat de richtlijn tevens een opsomming van de voorwaarden waaraan dient te zijn voldaan opdat sprake zou kunnen zijn van een geoorloofde vorm van vergelijkende reclame.

Het naleven van deze voorwaarden dient ervoor te zorgen dat vergelijkende reclame niet de eerlijke concurrentie verstoort, geen schade berokkent aan concurrerende ondernemingen en/of geen negatieve invloed zou hebben op de vrije en geïnformeerde keuze van de consument⁴⁸.

Reden waarom aan deze voorwaarden cumulatief dient te zijn voldaan opdat vergelijkende reclame als geoorloofd kan worden beschouwd.

Er weze aan herinnerd dat het Hof volgens vaste rechtspraak steeds uitgaat van een interpretatie van deze voorwaarden in de meest gunstige zin⁴⁹.

Het Hof is er immers van overtuigd dat vergelijkende reclame ertoe zal bijdragen dat de voordelen van de verschillende vergelijkbare producten objectief worden belicht, en daarom in het belang van de consument de concurrentie tussen leveranciers van goederen en diensten zal stimuleren.

Deze voorwaarden inzake geoorloofdheid van vergelijkende reclame staan opgelijst in artikel 4 van de Reclamerichtlijn, waarvan de bepalingen in het navolgende deel uitgebreider worden beschouwd.

Vooraf: wat de vergelijking betreft

Artikel 4 van de Reclamerichtlijn opent door te stellen dat, indien de erin opgenomen voorwaarden worden gerespecteerd, vergelijkende reclame geoorloofd is “*wat de vergelijking betreft*”.

⁴⁶ Zie in die zin ook J. STUYCK, ‘Concurreren, vergelijken, aanhaken: het kruispunt van het handelspraktijkenrecht met het merkenrecht’, *T.B.H.*, 2002, p. 275.

⁴⁷ Voor een andere interpretatie en/of afwijkende rechtspraak, zie infra sub § 1.3.A. 2) – p. 39.

⁴⁸ Zie overweging 9 van de Reclamerichtlijn.

⁴⁹ Zie supra, sub § 1.2.A., p. 11.

In oudere bijdragen uit de rechtsleer wordt soms geopperd dat een en ander dient te worden gelezen als zou de Reclamerichtlijn uitsluitend betrekking hebben op reclameboodschap welke duidelijke en expliciete vergelijkingen bevatten, bij uitsluiting van bijvoorbeeld reclame waarin louter naar de concurrent en/of diens producten wordt gerefereerd⁵⁰.

Een dergelijk standpunt is evenwel niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat zoals hoger reeds aangegeven aan de vereiste van vergelijking een andere invulling geeft.

In het reeds besproken arrest TOSHIBA vs. KATUN, maakte het Hof weliswaar de overweging dat reclame die geen eigenlijke vergelijking bevat en enkel refereert aan een concurrerende onderneming en/of de producten daarvan, volgens een letterlijke lezing van de Reclamerichtlijn ongeoorloofd is, doch stelde tegelijkertijd dat een dergelijke interpretatie in strijd zou zijn met de bepalingen van Merkenrichtlijn⁵¹.

Minstens met de interpretatie die het Hof van Justitie zelf geeft aan de bepalingen uit de Merkenrichtlijn⁵².

Louter refererende reclame is dus eveneens geoorloofd indien aan de gestelde voorwaarden werd voldaan.

Het Hof stelt vast in zijn overweging nr. 39 dat de vermelding van artikelnummers van de fabrikant naast de artikelnummers van een concurrerende leverancier er tevens op duidt dat de kenmerken van de twee producten gelijkwaardig zijn, en dat er dus in casu sprake is van een vergelijking van wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de producten in de zin van artikel 3bis, lid 1 sub c Richtlijn 97/55/EG.

Om die reden kwam het Hof tot de ondubbelzinnige vaststelling dat het wat het toepassingsgebied van de bepalingen inzake vergelijkende reclame betreft “*van weinig belang*” is “*of de goederen en de diensten van degene die reclame maakt, worden vergeleken met die van de concurrent*”⁵³.

Het Hof oordeelde in het arrest TOSHIBA vs. KATUN dan ook dat zelfs de loutere verwijzing naar de artikelnummers van een concurrerend merk een vermelding/verwijzing in de zin van de Reclamerichtlijn kan uitmaken, en dat derhalve van een effectieve vergelijking niet noodzakelijkerwijze sprake dient te zijn⁵⁴.

⁵⁰ Zie in die zin bijvoorbeeld G. STRAETMANS, ‘De vernieuwde reclamebepalingen anno 1999’, in J. STUYCK, G. STRAETMANS en P. WYTINCK, ‘Recente wetswijzigingen inzake handelspraktijken’, Antwerpen, Kluwer, p. 41.

⁵¹ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 33-35

⁵² Zie H.v.J., 23 februari 1999, zaak C-63/97, *Jur.*, I-905. Het Hof is daarin van oordeel dat de Merkenrichtlijn de houder van een merk niet toestaat een derde te verbieden van zijn merk gebruik te maken om t.a.v. het publiek duidelijk te maken dat hij voorziet in de reparatie en het onderhoud van producten van de merkhouder, tenzij daardoor onterecht de indruk wordt gewekt dat er tussen beiden een bijzondere commerciële relatie bestaat.

⁵³ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 31.

⁵⁴ Deze stellingname dient in het licht van een aantal van de hieronder besproken voorwaarden evenwel enigszins te worden genuanceerd. Zie hierover infra.

Het kan derhalve volstaan dat de referentie een impliciete vergelijking inhoudt, en/of tot doel heeft de bestemming van de eigen producten te verduidelijken, opdat deze onder het toepassingsgebied van de Reclamerichtlijn zou vallen⁵⁵.

Ik meen dan ook dat in de inleidende bepaling van artikel 4 van de Reclamerichtlijn niet meer dient te worden gelezen dan wat er staat.

Het artikel bevat een reeks voorwaarden waaraan dient te zijn voldaan opdat een reclameboodschap, wat de vergelijking betreft, geoorloofd zou zijn.

Een en ander belet niet dat zou kunnen worden geoordeeld dat deze zelfde reclameboodschap op grond van andere wettelijke bepalingen van nationaal of EG-recht en om geheel andere redenen –dus niet wat de vergelijking betreft- ongeoorloofd is. Al is het bijvoorbeeld door een schending van de openbare orde en de goede zeden en/of een schending van de in de reclamesector geldende deontologische codes.

Een dergelijke lezing sluit mijn inziens elke discussie omtrent de bedoeling van gemeenschapswetgever uit door de opname van deze bepaling en de specifieke woordkeuze⁵⁶.

Geenszins wordt ermee bedoeld dat de bepalingen van de Reclamerichtlijn inzake vergelijkende reclame enkel van toepassing zijn op reclameboodschappen die een expliciete vergelijking bevatten in de strikte zin van het woord.

(1) Niet misleidend

Artikel 3bis, lid 1 sub a van de Reclamerichtlijn stelt als voorwaarde dat deze niet misleidend mag zijn.

Om het misleidend karakter van een reclameboodschap te beoordelen, wordt erin verwezen naar artikel 2 b), en de artikelen 3 en 8 lid 1 van de Reclamerichtlijn zelf, alsook naar de artikelen 6 en 7 van de Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken⁵⁷.

Vanzelfsprekend mag vergelijkende reclame niet misleidend zijn. Evenmin mag het op enigerlei wijze verwarring stichten tussen de verspreider van de reclame en de erin genoemde concurrenten, of de goederen en/of diensten, handels- en/of merknaam van deze laatste.

Dat de Reclamerichtlijn in dit kader als het ware voorziet in een dubbele bescherming door terzake eveneens te verwijzen naar de toepasselijke bepalingen uit de Richtlijn

⁵⁵ In dezelfde zin, zie R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Intersentia, 1997, p. 25-27.

⁵⁶ Gemeenschappelijk standpunt van de Raad betreffende het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake vergelijkende reclame en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EG inzake misleidende reclame, sec(96) 1169 def. – COD 343. In dezelfde zin zie V. WELLENS, 'Het begrip 'vergelijkende' reclame', in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, p. AANVULLEN; H. DE BAUW, 'Grenzen aan vergelijkende reclame', o.c., p. 169

⁵⁷ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende de oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, o.c.

inzake oneerlijke handelspraktijken, maakt dat er geen enkele discussie meer kan bestaan omtrent de vraag of het nog langer mogelijk is dat nationale rechtstelsels inzake misleidende en/of vergelijkende reclame strengere regels opleggen dan deze voorzien in het EG-recht.

Immers, zowel de Reclamerichtlijn als de Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken, voorzien in een maximale harmonisatie van de nationale rechtstelsels terzake⁵⁸.

Voor wat betreft vergelijkende reclame gericht aan consumenten, volgt dan uit de enkele verwijzing naar de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, op ondubbelzinnige wijze dat in de nationale rechtstelsels geen ruimte is voor strengere regels terzake⁵⁹.

In zo ver er zou kunnen worden voorgehouden dat vergelijkende reclameboodschappen waarvan de geadresseerden professionele verkopers zijn en dus geen consumenten, niet onder het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken vallen, betekent dit niet dat terzake strengere regels zouden kunnen worden uitgevaardigd door de onderscheiden nationale wetgevers en/of dat deze ondergeschikt zouden kunnen worden gemaakt aan bepalingen uit andere takken van het EG-recht.

In haar arrest PIPPIG AUGENOPTIK vs. HARTLAUER bevestigde het Hof van Justitie deze principiële maximale harmonisatie, door ondubbelzinnig te stellen dat inzake vergelijkende reclame geen strengere nationale regels kunnen worden opgelegd.

Ook inzake betwistingen omtrent het al dan niet misleidende karakter van (niet strikt) vergelijkende reclame, geldt dat deze bij voorrang dienen te worden beslecht vanuit de bepalingen van de Reclamerichtlijn, ook wanneer deze gebeurlijk andere domeinen van EG-recht zouden doorkruisen⁶⁰.

(2) Enkel het vergelijken van goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn, is geoorloofd.

- Relatie van de alhier gestelde voorwaarde tot de definitie van vergelijkende reclame conform de Reclamerichtlijn

Deze voorwaarde, vermeld in artikel 3 bis, lid 1 sub b van de Reclamerichtlijn, geldt min of meer als een precisering van de vereiste dat vergelijkende reclame betrekking moet hebben op goederen of diensten van concurrerende ondernemingen.

Nochtans dient te worden opgemerkt, dat zoals reeds aangegeven⁶¹, het Hof niet van oordeel is dat beide bepalingen uit de Reclamerichtlijn zonder meer onderling uitwisselbaar zijn.

⁵⁸ Zie supra, sub § I.2.A, p. 9

⁵⁹ In dezelfde zin, zie R. STEENNOT, 'Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken, o.c.', p. 28-29; H. DE BAUW, 'Grenzen aan vergelijkende reclame', o.c., p. 169-170.

⁶⁰ Zie infra.

⁶¹ Zie supra, voetnoot 34.

Het Hof gaat er immers van uit dat de criteria welke gelden om na te gaan of vergelijkende reclame aan de hier besproken voorwaarde voldoet, niet dezelfde zijn als deze om vast te stellen of er tussen de betrokken ondernemingen al dan niet sprake is van een concurrentieverhouding⁶².

Nochtans erkent het Hof in het dispositief van datzelfde arrest dat het bestaan van een concurrentieverhouding tussen de adverteerder en de in de reclameboodschap “niet” kan “worden vastgesteld los van de goederen of diensten die deze onderneming aanbiedt”, en dus evenmin los van de behoeften waarin deze voorzien en/of het doel waarvoor ze bestemd zijn.

Of het Hof hiermede een louter academisch correct standpunt in wilde nemen, dan wel daadwerkelijk van oordeel is dat de voorwaarden om te beoordelen of een reclameboodschap aan de definitie van vergelijkende reclame voldoet, zoals gesteld in artikel 2 c), anders zijn (minder ruim?) dan de aan deze reclame gestelde toelaatbaarheidsvoorwaarde onder artikel 4 b), is mijn inziens niet helemaal duidelijk.

Het Hof houdt voor dat voor het bestaan van een concurrentieverhouding in de zin van artikel 2 c), het volstaat dat “dat wordt nagegaan of de ... aangeboden producten gewoonlijk in zekere mate substitueerbaar zijn”, terwijl artikel 4 b) vereist dat “de producten die specifiek in de reclameboodschap worden vergeleken, individueel en concreet worden beoordeeld om te kunnen concluderen dat substitutie daadwerkelijk mogelijk is”⁶³.

Behalve dat het Hof klaarblijkelijk voor de invulling van het concurrentiebegrif in beide artikelen uitgaat van een beoordeling in abstracto respectievelijk een beoordeling in concreto, lijkt het niet dat er inhoudelijk een onderscheid kan worden gemaakt.

Het meest aannemelijk lijkt het dat het Hof van Justitie heeft willen duidelijk maken dat er als het ware een concurrentieverhouding vereist is op twee verschillende niveaus.

Dat eerst en vooral het bestaan van een concurrentieverhouding dient te worden aangetoond om de werkingssfeer van de Reclamerichtlijn af te bakenen. Immers is een concurrentieverhouding vereist opdat er hoegenaamd sprake zou kunnen zijn van vergelijkende reclame.

Ten tweede geldt dan dat deze concurrentieverhouding eveneens een voorwaarde is om tot de geoorloofdheid van de vergelijkende reclame te kunnen besluiten⁶⁴.

⁶² H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 49.

⁶³ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 47.

⁶⁴ In dezelfde zin, zie E. TERRY, ‘Actualiteit – Reclame’, *T.B.H.* 2007, afl. 8, p. 838-839.

- Interpretatie door het Hof van Justitie

Alleszins blijkt de rechtspraak van het Hof dat zij ook deze laatste voorwaarde behoorlijk ruim interpreteert.

Reeds hoger bleek dat het Hof niet van oordeel is dat deze onderlinge substitueerbaarheid van de vergeleken goederen of diensten vereist dat deze identiek zijn.

Zij stelt dat het volstaat dat deze gedeeltelijk substitueerbaar zijn en voorzag in vrij ruim gestelde criteria om tot een mogelijke - minstens gedeeltelijke - onderlinge inwisselbaarheid te besluiten⁶⁵.

Zo oordeelde het Hof reeds dat ten einde aan deze voorwaarde te voldoen, niet is vereist dat de vergeleken producten via dezelfde/gelijkaardige distributie kanalen worden aangeboden⁶⁶.

Al evenzeer is het Hof van oordeel dat de alhier gestelde voorwaarde zich er niet tegen verzet dat een assortiment van producten of de prijs van dat assortiment, wordt vergeleken.

In haar arrest LIDL BELGIUM vs. COLRUYT kwam het Hof immers tot het besluit dat vergelijkende reclame die het door onderscheiden supermarkten gehanteerde prijspeil vergelijkt op basis van een extrapolatie van steekproeven, op zich niet verboden is⁶⁷.

De vereiste dat vergelijkende reclame om geoorloofd te zijn noodzakelijkerwijze betrekking moet hebben op goederen of diensten die in eenzelfde behoefte voorzien, verhindert niet dat een assortiment van producten –zij het onder bepaalde voorwaarden- wordt vergeleken.

Het Hof verantwoordt deze stelling door er opnieuw op te wijzen dat vergelijkende reclame in het belang van de consument de mededinging tussen de leveranciers van goederen en diensten stimuleert en dat de “reclame-informatie” welke aan de consument ter beschikking wordt gesteld middels een vergelijking van assortimenten, “voor deze laatste bijzonder relevant” kan zijn⁶⁸.

Het Hof meent dat dit in het bijzonder geldt in de supermarktsector, waar “de consument gewoonlijke verschillende aankopen doet om te voorzien in zijn gangbare consumptiebehoeften”⁶⁹.

⁶⁵ Zie supra, sub I.2.B. p. 9-10.

⁶⁶ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptik vs. Hartlauer, o.c., rr. 61-65.

⁶⁷ H.v.J., 19 september 2006, Lidl Belgium GmbH & Co. KG vs. Etablissements Franz Colruyt NV, zaak C-356/04, *Jur.*, 2006, I-08501 (hierna Lidl vs. Colruyt).

⁶⁸ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 33-34.

⁶⁹ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 35.

Het Hof bepaalt in datzelfde arrest wel de voorwaarden waaraan dient te zijn voldaan opdat een reclameboodschap waarin assortimenten van producten worden vergeleken, geoorloofd zou zijn.

Zo stelt het Hof dat het vergeleken assortiment noodzakelijkerwijze dient te bestaan uit individuele producten die, individueel gezien, voldoen aan de vereiste van onderlinge vergelijkbaarheid. Slechts dan kan de verwijzende rechter oordelen dat die assortimenten globaal geacht kunnen worden aan de gestelde vereisten te voldoen⁷⁰.

Bovendien stelt het Hof dat de adverteerder indien gevraagd binnen een korte termijn de materiële juistheid van de door hem gemaakte vergelijking moet kunnen bewijzen en dat in de reclameboodschap zelf minstens moet worden aangegeven op welke wijze de consument en/of de geadresseerde informatie kan worden bekomen en op welke individuele producten de gemaakte steekproef betrekking heeft gehad⁷¹.

Het Hof erkent bovendien dat het maken van collectieve vergelijkingen in reclameboodschappen in zich een verhoogd gevaar op misleidende reclame bevat en stelt daarom ten aanzien van dergelijke reclameboodschappen - waarbij assortimenten worden vergeleken veeleer dan individuele producten - bijkomende en specifieke voorwaarden waardoor het al dan niet misleidend karakter van een dergelijke reclameboodschap kan worden bepaald.

Zo stelt het Hof dat er sprake kan zijn van misleiding wanneer:

- *uit de reclameboodschap niet blijkt dat slechts een staal van producten en niet alle producten van de adverteerder zijn vergeleken;*
- *de reclameboodschap de bestanddelen van de vergelijking niet identificeert of de geadresseerde niet inlicht over de informatiebron waar die identificatie toegankelijk is; of*
- *in de reclameboodschap een collectieve verwijzing is opgenomen naar de mate van de besparingen die kunnen worden gerealiseerd door de consument ..., zonder individualisering van het algemene niveau van de respectievelijk door elk van die concurrenten toegepaste prijzen ...”⁷².*

(3) De vergelijking dient objectief te zijn en betrekking te hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen of diensten

- *Objectieve vergelijkingen*

De hier besproken voorwaarde volgt uit artikel 3 bis, lid 1 sub c van de Reclamerichtlijn, waar wordt gesteld dat elke vergelijking in reclame objectief moet zijn en betrekking moet hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare

⁷⁰ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 36.

⁷¹ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 70-71

⁷² H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 85.

en representatieve kenmerken van deze goederen of diensten, waartoe volgens de tekst van dat artikel ook de prijs kan behoren.

De vergelijking dient dus vooreerst “*objectief*” dient te zijn.

Met betrekking tot deze bepaling, werd door een groot deel van de rechtsleer lange tijd voorgehouden dat deze niet werkelijk een afzonderlijke toelaatbaarheidsvereiste uitmaakt, doch dat van zodra aan de overige toepassingsvoorwaarden is voldaan het automatisch een objectieve vergelijking betreft⁷³.

Nochtans heeft het Hof van Justitie in haar hierboven vermelde arrest LIDL BELGIUM vs. COLRUYT, hierover anders geoordeeld.

In zijn conclusie nam Advocaat-generaal Tizzano daarover reeds standpunt in door te stellen dat:

“... de vergelijking in de reclameboodschap heeft betrekking op de kenmerken die objectief kunnen worden vastgesteld en niet op kwaliteiten die afhankelijk zijn van subjectieve smaken en voorkeuren.

... Een onderneming kan wel degelijk de prijs van twee soortgelijke producten vergelijken door te stellen dat het ene product goedkoper is dan het andere, omdat de prijs een objectief en onbetwistbaar kenmerk is. Zij kan echter geen reclame maken voor haar eigen producten door te beweren dat deze mooier of sierlijker zijn dan die van de concurrent, want het spreekt voor zich dat dergelijke kenmerken een subjectief oordeel inhouden dat kan verschillen van persoon tot persoon”⁷⁴.

Het Hof volgde deze redenering van de Advocaat-generaal, door verwijzend naar diens conclusie, te oordelen dat objectiviteitsvereiste zoals gesteld in de Reclamerichtlijn, “*beoogt ... in wezen vergelijkingen uit te sluiten die een subjectieve beoordeling van degene die vergelijkt en niet zozeer een objectieve vaststelling inhouden*”⁷⁵.

Vergelijkingen die betrekking hebben op kenmerken die niet objectief zijn vastgesteld, zijn niet geoorloofd.

Het Hof van Justitie lijkt daarbij – zonder zulks evenwel uitdrukkelijk te stellen- het begrip “*subjectieve beoordelingen*” te begrijpen als beoordelingen die vatbaar zijn voor betwisting.

⁷³ Zie o.m. G. STRAETMANS, ‘Europese regelgeving inzake vergelijkende reclame: terug naar af?’, o.c., p. 435; E. BALLON, ‘Vergelijkende reclame na de wet van 25 mei 1999, o.c., p. 239.

⁷⁴ Conclusie van advocaat-generaal A. Tizzano van 29 maart 2006, zaak C-356/04, rr. 44-45.

⁷⁵ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 46.

Deze voorwaarde lijkt dus niet zozeer te slaan op het objectieve dan wel subjectieve karakter van de vergeleken kenmerken op zich, dan wel op de al dan niet objectieve wijze waarop deze worden vastgesteld⁷⁶.

- Een of meer kenmerken

Wel lijkt de bepaling dat één of meer wezenlijke, relevante en representatieve kenmerken dienen te worden vergeleken, impliciet te betekenen dat de Reclamerichtlijn de adverteerder er niet toe verplicht alle kenmerken van de betreffende goederen en/of diensten te vergelijken.

In principe zou de adverteerder zich er dus toe kunnen beperken die kenmerken te vergelijken die voor hem het meest gunstig zijn, ook al beperkt hij zich tot slechts één enkel kenmerk.

De mate waarin het aantal vergeleken kenmerken beperkt wordt, is daarbij mogelijk wel recht evenredig met de mate waarin er voor dient te worden opgelet dat die reclame niet misleidend is. Het verzwijgen van bepaalde kenmerken kan immers net zo zeer een vorm van misleiding uitmaken⁷⁷.

- Wezenlijke, representatieve en relevante kenmerken

De vergeleken kenmerken dienen bovendien wezenlijk, representatief en relevant te zijn.

Dat deze kenmerken wezenlijk en representatief moeten zijn, betekent dat ze intrinsiek verbonden moeten zijn aan de vergeleken producten en tevens in voldoende mate aanwezig moeten zijn bij al de producten waarnaar in de vergelijking wordt verwezen.

Dat ze relevant dienen te zijn, betekent dat ze redelijkerwijze van dien aard dienen te zijn dat ze de aankoopbeslissing van de geadresseerde van de reclameboodschap kunnen beïnvloeden.

Vergelijkingen van kenmerken waarvan niet kan worden aangenomen dat ze het beslissingsproces in hoofdte van de geadresseerde van de reclame kunnen beïnvloeden, voldoen niet aan deze voorwaarde.

- Controleerbaar

De vergeleken kenmerken dienen eveneens controleerbaar te zijn.

Dit houdt in dat de juistheid van de meegedeelde kenmerken, moet kunnen worden geïverifieerd.

⁷⁶ De Belgische rechtspraak geeft alvast een gelijkaardige interpretatie aan deze objectiviteitsvereiste. R. STEENNOT, 'Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken o.c.', p. 23

⁷⁷ Zie infra.

Vanzelfsprekend veronderstelt zulks dat deze kenmerken vooreerst voldoende nauwkeurig worden omschreven.

Daarnaast dient de geadresseerde van de reclameboodschap zelf in de mogelijkheid te zijn deze controle uit te oefenen.

Dit veronderstelt niet altijd dat alle daartoe nodige informatie in de reclameboodschap zelf wordt meegedeeld, doch wel dat minstens wordt meegedeeld waar deze informatie kan worden teruggevonden.

Hoger werd reeds gewezen op het standpunt dat het Hof van Justitie reeds innam in haar arrest LIDL vs. COLRUYT⁷⁸. Het volstaat dat in de reclameboodschap t.a.v. de geadresseerden wordt duidelijk gemaakt *“waar en hoe deze gemakkelijk kennis kunnen nemen van de bestanddelen van de vergelijking teneinde de juistheid ervan te controleren of te laten controleren”*⁷⁹.

Dat de geadresseerden zelf deze controle moeten kunnen uitoefenen betekent volgens het Hof evenmin dat deze dit in alle omstandigheden persoonlijk moeten kunnen doen, immers kan het volstaan dat deze de juistheid van de meegedeelde kenmerken kunnen *“laten controleren”* door een derde, in het bijzonder *“indien zij niet over de daartoe vereiste kennis van zaken beschikken”*⁸⁰.

Het Hof geeft daarbij wel aan dat de mogelijkheid tot het laten controleren van de juistheid van de vergelijking door een derde, slechts *“uitzonderlijk”* zal volstaan om te aanvaarden dat aan de vereiste van controleerbaarheid is voldaan, zonder verder te preciseren wat onder dergelijke uitzonderlijke omstandigheden kan/mag worden begrepen.

Er dient mijn inziens derhalve van te worden uitgegaan dat de verificatie in principe door de geadresseerde zelf moet kunnen worden uitgevoerd, behoudens in enkele gevallen wanneer voor een gedegen verificatie een vorm van zeer gespecialiseerde kennis vereist is.

(4) Verbod om verwarring te veroorzaken met concurrerende handelaren of met hun merken, handelsnamen, goederen of diensten of andere onderscheidende kenmerken

Dit onder artikel 3 lid 1 sub d van de Reclamerichtlijn gestelde verbod, ligt inhoudelijk zeer dicht bij het hieronder besproken verbod op slechtmaking alsook bij het verbod om oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid van een concurrerende onderneming⁸¹, doch is er niet geheel gelijk aan.

Het verbod op slechtmaking veronderstelt zoals hierna zal worden uiteengezet mijn inziens immers een quasi-intentioneel element om de goede naam van een concurrent te beschadigen.

⁷⁸ Zie supra, sub I.2.C. (3), p. 18.

⁷⁹ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 71.

⁸⁰ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 73-74.

⁸¹ Zie infra.

Het verbod oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid van een concurrerende onderneming veronderstelt dan weer dat kan worden verwacht dat door het doelpubliek een associatie zal worden gemaakt tussen de intrinsieke eigenschappen van producten van verschillende producenten.

Het hier besproken verbod lijkt veeleer gericht op reclame die bewust en/of onbewust onduidelijkheid schept omtrent de identiteit van de adverteerder en het gevaar in zich draagt dat concurrerende ondernemingen en/of hun producten onderling zouden worden verward.

Van zodra er een risico op verwarring bestaat – steeds rekeninghoudende met de aard en samenstelling van de doelgroep van de reclame- kan het geoorloofd karakter van een vergelijkende reclameboodschap derhalve in het gedrang komen.

(5) De vergelijkende reclameboodschap mag niet de goede naam schaden van en zich niet kleinerend uitlaten over een concurrent

Dit verbod om de goede naam te schaden en/of zich kleinerend uit te laten over een concurrent, is nu opgenomen in artikel 3 bis sub e van de Reclamerichtlijn, waar wordt gesteld dat de vergelijkende reclameboodschap niet de goede naam mag schaden van en zich niet kleinerend mag uitlaten over de kenmerken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent.

Dit verbod lag eigenlijk ten grondslag aan het vroegere quasi algemene verbod op vergelijkende reclame⁸².

Dat dit verbod definitief verleden tijd is, betekent vanzelfsprekend niet dat het nu toegelaten is de reputatie van een concurrent doelbewust te beschadigen en/of zich in reclameboodschappen laatdunkend uit te laten over diens producten.

Wel dient de vraag of er sprake is van afbrekende vergelijkende reclame steeds te worden beoordeeld vanuit de bepalingen van de Reclamerichtlijn én steeds vanuit het standpunt van de geadresseerde van de reclame. Dus niet vanuit het standpunt van de concurrerende onderneming die het voorwerp uitmaakt van de vergelijking. Deze laatste zou immers haast vanzelfsprekend de neiging hebben op een en ander overgevoelig te reageren.

Het criterium dat dient te gelden betreft met name de vraag of de vergelijking of een element ervan, van dien aard is dat het in hoofde van derden schade kan toebrengen aan de geloofwaardigheid of de reputatie van de geïndiceerde concurrent en/of diens producten.

Het staat vanzelfsprekend aan de nationale verwijzende rechters dit criterium concreet toe te passen, doch het Hof van Justitie bakende in het hiervoor aangehaalde arrest PIPPIG AUGENOPTIK vs. HARTLAUER reeds de contouren van dit criterium af.

⁸² Zie supra, sub I.1., p. 4.

Zo stelde het Hof in voormeld arrest dat vergelijkingen waarbij (duurdere) prijzen van concurrenten worden vermeld, niet per definitie ongeoorloofd zijn. Het Hof merkt terzake op dat *“ten aanzien van een concurrent die hogere prijzen hanteert, de prijsvergelijking op zich niet een aantasting van diens goede naam of hem kleinerende uitlating”* kan *“vormen”*⁸³.

Zelfs wanneer de vergeleken producten doelbewust zo worden gekozen dat een zo groot mogelijk prijsverschil kan worden geafficheerd, dan oordeelt het Hof dat zulks behoort tot de *“vrije economische keuze van de adverteerder”*. Het Hof besluit daarbij dat elke verplichting om prijsvergelijkingen te beperken tot gemiddelde prijzen in strijd is met de doelstellingen van de gemeenschapswetgever⁸⁴.

Het Hof gaat zelfs zover de mening te onderschrijven dat een bewering als zou een concurrent steeds *“te hoge prijzen”* hanteren, *“in beginsel niet diens goede naam kan schaden of kleinerend kan zijn, tenzij wordt gesuggereerd dat hij woekerprijzen hanteert”*⁸⁵.

Ook ten aanzien van het afbeelden van het logo of de winkel van een concurrent preciseerde het Hof dat zulks niet aan te merken is als een aantasting van diens goede naam of een mogelijke kleinering, *“wanneer dit niet gepaard gaat met een onjuiste of beledigende verklaring”*⁸⁶.

Het Hof van Justitie heeft haar eigen standpunt voor een zo ruim mogelijke toepassing van vergelijkende reclame steeds beargumenteerd door er op te wijzen dat het vrij ter beschikking kunnen stellen van dergelijke *“reclame-informatie”*⁸⁷, in het belang is van de consument.

Het lijkt dan ook juist te besluiten dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie, pas wanneer een reclameboodschap haar informatieve karakter verliest en veeleer een aanval van en/of uithaal naar één of meer welbepaalde concurrenten wordt, deze niet langer een geoorloofd karakter kan hebben⁸⁸.

Een en ander veronderstelt mijn inziens de aanwezigheid van een intentioneel element.

Dit verbod lijkt –alvast in België– zo ook te worden geïnterpreteerd door de nationale rechtspraak⁸⁹.

⁸³ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptyk vs. Hartlauer, o.c., rr. 80.

⁸⁴ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptyk vs. Hartlauer, o.c., rr. 81.

⁸⁵ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptyk vs. Hartlauer, o.c., rr. 78.

⁸⁶ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptyk vs. Hartlauer, o.c., rr. 79.

⁸⁷ Zie supra, sub I.1, p. 5 of verwijzen naar LIDL vs. COLRUYT, waar het Hof dit begrip introduceert (rr. 34).

⁸⁸ Naar mijn mening is het ook zo dat dit criterium over het algemeen in de rechtspraak wordt toegepast.

⁸⁹ Zie infra, sub § I.3.B. p. 43.

(6) Vergelijkingen van producten met een benaming van oorsprong mogen in elk geval enkel betrekking hebben op producten met dezelfde benaming

Deze onder artikel 3 bis lid 1 sub f van de Reclamerichtlijn opgenomen voorwaarde is eigenlijk een uitzondering op de voorwaarde vervat in artikel 3 bis lid 1 sub b.

Immers geldt in principe als criterium de onderlinge substitueerbaarheid van producten, opdat vergelijkende reclame geoorloofd zou zijn⁹⁰.

Echter niet zo wanneer het producten betreft met een benaming van oorsprong. Deze mogen niet worden vergeleken met producten zonder of met een andere benaming van oorsprong.

Nochtans verdient ook dit enige nuancering.

In het arrest DE LANDSTHEER boog het Hof van Justitie zich o.m. over een prejudiciële vraag die ertoe strekte te vernemen of *“elke vergelijking die voor producten zonder een benaming van oorsprong betrekking heeft op producten met een benaming van oorsprong, ongeoorloofd is”*⁹¹.

In zijn conclusie was Advocaat-generaal MENGOSZI alvast de mening toegedaan dat zulks het geval was. Volgens de Advocaat-generaal volgde uit art. 3 bis, lid 1, sub e) en f) dat vergelijkende reclame die betrekking had op een product met een oorsprongsbenaming enkel toegelaten was in die gevallen waar werd vergeleken met producten met dezelfde benaming van oorsprong⁹².

Het Hof van Justitie is hierin evenwel niet gevolgd. Nadat het Hof nogmaals had verwezen naar haar vaste rechtspraak overeenkomstig dewelke de aan vergelijkende reclame gestelde voorwaarden dienen te worden uitgelegd in de meest gunstige zin, stelde het Hof dat de hier besproken voorwaarde diende te worden gelezen samen met artikel 3 bis, lid 1 sub g.

Overeenkomstig deze bepaling is vergelijkende reclame geoorloofd op voorwaarde dat deze geen oneerlijk voordeel oplevert tengevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidend kenmerk van een concurrent, dan wel van de *oorsprongsbenaming* van concurrerende producten.

Volgens het Hof zou deze laatste bepaling evenwel elk *“nuttig effect verliezen indien producten zonder een benaming van oorsprong niet zouden mogen worden vergeleken met andere producten die wel een dergelijke benaming hebben”*⁹³.

Het Hof meent dus dat een absoluut verbod om producten zonder benaming van oorsprong te vergelijken met producten die wel een oorsprongsbenaming hebben, derhalve onmogelijk in overeenstemming kan zijn met de bedoelingen van de gemeenschapswetgever en al evenmin met de vaste rechtspraak van het Hof zelve.

⁹⁰ Zie supra, sub I.2.C. (2), p. 16-17.

⁹¹ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 56.

⁹² Conclusie van advocaat-generaal P. Mengozzi van 30 november 2006, zaak C-381/05, punt 125.

⁹³ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 66-67.

Het Hof is dan ook van oordeel dat in het kader van een dergelijke beoordeling moet worden nagegaan of deze reclame *“uitsluitend ernaar streeft, de producten van de adverteerder te onderscheiden van die van zijn concurrent”* om *“aldus de verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen”*, zonder dat deze (mede) tot doel mag hebben *“een oneerlijk voordeel te ontleen aan de benaming van oorsprong van een concurrerend product”*.

Besluitend stelt het Hof dat:

*“wanneer alle andere voorwaarden voor geoorloofdheid van vergelijkende reclame zijn vervuld, zou bescherming van producten met een benaming van oorsprong ten gevolge waarvan het absoluut verboden was om producten zonder benaming van oorsprong te vergelijken met andere producten die wel een dergelijke benaming hebben, ongerechtvaardigd zijn”*⁹⁴.

Vanzelfsprekend kunnen producten die niet aan de vereiste van geografische herkomst voldoen, of niet aan de vastgestelde vereisten inzake kwaliteit en/of bereidingswijze, geen beschermde benaming van oorsprong gebruiken.

Het Hof van Justitie laat evenwel wel toe dat objectieve vergelijkingen worden gemaakt tussen producten zonder en met oorsprongsbenaming, in zover deze ertoe strekken de verschillen tussen deze producten te doen uitkomen⁹⁵.

(7) Verbod om oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenaming van concurrerende producten

Dit verbod volgt uit artikel 4 f) van de Reclamerichtlijn.

Hoger werd reeds uiteengezet dat het Hof van Justitie aanvaardt dat gebruik wordt gemaakt van het merk van een concurrerende onderneming geoorloofd kan zijn, o.m. wanneer dit nodig is om het publiek in te lichten over de aard van de producten of de bestemming van de aangeboden diensten⁹⁶.

Dat de adverteerder daaruit rechtsreeks of onrechtstreeks voordeel puurt, is op zich geen beletsel om de reclame toelaatbaar te achten.

Bovendien oordeelde het Hof in haar arrest PIPPIG AUGENOPTIEK vs. HARTLAUER niet enkel dat een dergelijk gebruik van andermans merk geoorloofd is

⁹⁴ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 67-70.

⁹⁵ Mijn inziens is deze stellingname door het Hof van Justitie vatbaar voor kritiek, minstens dient ze ernstig te worden genuanceerd. Zie hierover infra, sub Afdeling II.2. – p. 66.

⁹⁶ Zie supra, bij de besprekingen van de arresten TOSHIBA vs. KATUN en PIPPIG AUGENOPTIK vs. HARTLAUER.

of kan zijn, het stelde zelfs dat onder bepaalde omstandigheden het bewust weglaten van de naam van een bekend concurrerend merk, het publiek zou kunnen misleiden.

Het Hof verwoordde dit als volgt:

“In de gevallen waarin het merk van de producten de keuze van de koper merkbaar kan beïnvloeden, en de vergelijking betrekking heeft op concurrerende merken van producten die inzake merkbekendheid aanzienlijke verschillen tonen, druist het weglaten van het bekendste merk in tegen ... de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame”⁹⁷.

Het uitgangspunt dat moet toelaten om te beoordelen of aan deze beschrijving van een zgn. misleidend weglaten van het merk van de concurrent is voldaan, is de *“vermoedelijke verwachting”* van de reeds eerder door het Hof geïntroduceerde *“gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument”*⁹⁸.

Zoals reeds aangegeven is het evident dat elke adverteerder rechtstreeks of onrechtstreeks en in meer of mindere mate, een voordeel haalt uit de vergelijking met een concurrent.

De vraag welke derhalve dient te worden beantwoord, is wat wordt bedoeld met een *“oneerlijk voordeel”* in de zin van de hier besproken toelaatbaarheidsvereiste.

Het voordeel dat de adverteerder haalt uit de loutere verwijzing naar een concurrerend merk, wordt hier volgens het Hof niet mee bedoeld, daar dit een voorwaarde is voor het laten spelen van de daadwerkelijke concurrentie op de betrokken markt⁹⁹.

Het Hof van Justitie meent dat deze toelaatbaarheidsvereiste dient te worden gelezen als een verbod om een ongerechtvaardigd voordeel te halen uit of afbreuk te doen aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van andermans merk.

Het Hof gaf reeds in haar arrest TOSHIBA vs. KATUN als voorbeeld de hypothese dat *“bij het publiek een verkeerde indruk wordt gewekt over de relatie tussen de adverteerder en de merkhouders”*¹⁰⁰.

In sommige bijdragen in de rechtsleer wordt deze voorwaarde uitgelegd als en gelijkgesteld aan het hierna nog besproken verbod om verwarring te veroorzaken met de merken en/of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent¹⁰¹.

⁹⁷ H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptik vs. Hartlauer, o.c., rr. 52-53.

⁹⁸ Zie supra, sub I.2.B. en de bespreking aldaar van het arrest TOSHIBA vs. KATUN. Verder ook H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptik vs. Hartlauer, o.c., rr. 55.

⁹⁹ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 54; alsook H.v.J., 23 februari 2006, Siemens AG vs. VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung GmbH, zaak C-59/05, *Jur.*, 2006, I-02147, rr. 15 (hierna Siemens vs. Vipa).

¹⁰⁰ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 55.

¹⁰¹ Zie in die zin, R. STEENNOT, *‘Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken, o.c., p. 33; J. STUYCK, ‘Concurreren, vergelijken, aanhaken: het kruispunt van het handelspraktijkenrecht met het merkenrecht’, o.c., p. 277-78. Zie verder eveneens infra, sub § I.2.C. (8), p. 38.*

Een en ander lijkt nochtans een al te bondige beschouwing van de overwegingen zoals gemaakt door het Hof van Justitie en zou bovendien dit laatste verbod, zoals gesteld in artikel 4 h) van de Reclamerichtlijn, de facto helemaal betekenisloos maken.

Veeleer stelt het Hof een dergelijk oneerlijk voordeel gelijk met het voordeel dat een gevolg is van het feit dat de geadverteerde producten en de reputatie en/of de kenmerken ervan, door het publiek zodanig worden geassocieerd met deze van de vergeleken concurrent, dat deze in de ogen van datzelfde publiek quasi inwisselbaar worden.

In het arrest TOSHIBA vs. KATUN oordeelt het Hof van Justitie dat concreet dient te worden onderzocht:

“of deze vermelding tot gevolg kon hebben dat de fabrikant van apparaten waarvan de producten zijn geïdentificeerd, door de doelgroep van de reclame worden geassocieerd met de concurrerende leverancier in die zin dat deze doelgroep de reputatie van de producten van de fabrikant gaat toeschrijven aan de producten van de concurrerende leverancier”¹⁰².

Het gaat er derhalve niet om dat er bij het publiek verwarring ontstaat omtrent het merk en/of de respectieve onderscheidende kenmerken van de producten van concurrerende ondernemingen, doch wel dat het publiek door associatie een intrinsiek verband ziet tussen de reputaties en/of onderscheidende kenmerken van de producten van twee of meer concurrerende ondernemingen.

Bij de beoordeling daarvan dient volgens het Hof rekening te worden gehouden met *“de globale presentatie van de omstreden reclame”¹⁰³*, en derhalve eveneens met de samenstelling en de aard van de doelgroep ervan.

Het Hof neemt zelf aan dat bij reclameboodschappen aangaande producten voor een *“gespecialiseerd publiek ... een associatie tussen de reputatie van de producten veel minder waarschijnlijk is dan wanneer deze producten zouden zijn bestemd voor eindverbruikers”¹⁰⁴*.

In haar arrest SIEMENS vs. VIPA geeft het Hof bovendien aan dat bij de beoordeling van de vraag of een adverteerder oneerlijk voordeel haalt uit de bekendheid van het merk van een concurrent en/of afbreuk doet aan diens reputatie *“het voordeel van de vergelijkende reclame voor de consumenten stellig in aanmerking (moet) worden genomen”¹⁰⁵*.

De mate waarin er een sprake is van een *“oneerlijk voordeel”*, zou afhankelijk dienen te worden gesteld van de mate waarin de consumenten er voordeel bij hebben.

Het Hof reikt dus enkel een aantal elementen aan waarmee rekening dient te worden gehouden bij de concrete beoordeling van de vraag of een voordeel gehaald uit een

¹⁰² H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 57.

¹⁰³ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 58.

¹⁰⁴ H.v.J., 23 februari 2006, Siemens vs. VIPA, o.c., rr. 19.

¹⁰⁵ H.v.J., 23 februari 2006, Siemens vs. VIPA, o.c., rr. 24.

vorm van vergelijkende reclame, al dan niet dient te worden gekwalificeerd als zijnde “oneerlijk”. Tot een definitie van het begrip komt het Hof niet.

Hoewel een en ander misschien het risico in zich draagt van een gebrek aan coherentie in de interpretatie die in de onderscheiden nationale rechtsstelsels aan dit begrip wordt gegeven, lijkt dit verdedigbaar. Immers lijkt de gemeenschapwetgever net de bedoeling te hebben gehad om een werkbaar begrip te introduceren dat soepel en ad hoc kon worden toegepast, naargelang de omstandigheden van elk concreet geval¹⁰⁶.

(8) Verbod om goederen of diensten voor te stellen als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam

Dit in artikel 3 bis lid 1 sub h van de Richtlijn gestelde verbod is niet meer dan een evidentie en een expliciete verwijzing naar het merkenrecht.

De volgens de geëigende procedures gedeponeerde merken, genieten vanzelfsprekend een wettelijke bescherming¹⁰⁷.

Indien namaak en/of imitatie verboden is, dan vanzelfsprekend ook het maken van reclame voor dergelijke namaak en/of het voeren van reclame waarin namaak of imitatie wordt geïnsinueerd.

Een en ander volgt uit de filosofie zelf van de Reclamerichtlijn. Vergelijkende reclame strekt ertoe de eigen producten te positioneren tegenover deze van de concurrentie en dient in het belang van zowel de consumenten als de producenten de transparantie en concurrentie op de markt te verhogen.

Parasitaire concurrentie, die teert op de investeringen van anderen en geen meerwaarde creëert voor de consument, dient daarentegen met alle middelen te worden bestreden.

In het hoger reeds kort aangehaalde arrest van het Hof van Justitie inzake L'OREAL vs. BELLURE, werd uitvoerig ingegaan op deze toelaatbaarheidsvereiste.

Volgens het Hof is niet vereist dat er sprake is van misleiding en/of dat er gevaar bestaat voor verwarring, opdat een vergelijkende reclameboodschap op grond van deze vereiste zou kunnen worden verboden.

¹⁰⁶ Zie in dezelfde zin de conclusie van Advocaat-generaal P. MENDOZZI in de zaak L'Oréal SA e.a. vs. Bellure NV e.a. (Conclusie van advocaat-generaal P. MENDOZZI van 10 februari 2009, zaak C-487/07, nr. 71). In het arrest dat het Hof in diezelfde zaak wees, liet het zich nochtans wel verleiden tot het geven van een definitie. Het Hof stelde dat van zodra een vorm van vergelijkende reclame “*volgens richtlijn 84/450 indruist tegen de eerlijke concurrentie en dus ongeoorloofd is, het voordeel dat de adverteerder dankzij dergelijke reclame behaalt, voortkomt uit oneerlijke concurrentie*” dit om die reden als “*een oneerlijk voordeel ten gevolge van de bekendheid van dat merk moet worden beschouwd*” (H.v.J., 18 juni 2009, L'Oréal SA e.a. vs. Bellure NV e.a., zaak C-487/07, Jur., 2009, I-05185), rr. 79).

Mijn inziens introduceert hiermee een weinig werkbare definitie. Het gaat hier schijnbaar immers om een pure cirkelredenering. Het begrip oneerlijk voordeel is dan te begrijpen als elk voordeel dat het gevolg is van de ontoelaatbaarheid van de vergelijkende reclame.

¹⁰⁷ Naar Belgisch recht is er geen systeem van deponering of registrering van de handelsnaam. Dit betekent evenwel niet dat deze niet beschermd zou zij. Het volstaat dat hij effectief wordt gebruikt in het handelsverkeer opdat ook de handelsnaam geldt als beschermd in de zin van de hier besproken voorwaarde.

Immers strekt deze voorwaarde er specifiek toe de adverteerder te verbieden in vergelijkende reclame tot uitdrukking te brengen dat de producten die hij in de handel brengt een imitatie of namaak uitmaken van producten van een ander merk.

Het gaat daarbij evenmin enkel om reclameboodschappen die expliciet weergeven dat er sprake is van imitatie en/of namaak, maar over alle vergelijkende reclameboodschappen die, *“gelet op concrete globale voorstelling, geschikt zijn om dat idee aan de doelgroep over te brengen”*¹⁰⁸.

Bovendien is het in dit verband irrelevant, dixit het Hof, *“of de reclameboodschap vermeldt dat het gaat om een imitatie van de waar ... in haar geheel of slechts om een imitatie van een belangrijk kenmerk ervan”*¹⁰⁹.

Afdeling I.3.: Vergelijkende reclame naar Belgisch recht

De eerder vernoemde richtlijn 97/55/EG, welke vergelijkende reclame voor het eerst principieel mogelijk maakte en welke de volledige harmonisatie beoogde van de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame kon worden gevoerd, diende te worden omgezet in de onderscheiden nationale rechtsstelsels vóór 23 april 2000.

Bij wet van 1 oktober 1999 werden enkele nieuwe artikelen in de destijds geldende WHPC toegevoegd, welke vanaf dan vergelijkende reclame wettelijk mogelijk maakten in ons land.

De definitie van het begrip vergelijkende reclame uit de richtlijn 97/55/EG werd quasi woordelijk overgenomen in het toenmalig art. 22, 2^{de} lid WHPC.

De voorwaarden waaraan vergelijkende reclame dient te voldoen opdat ze geoorloofd zou zijn werden al haast even letterlijk overgenomen uit de EG-richtlijn en opgenomen in een nieuw ingevoegd art. 23bis WHPC.

Dat de tekst van het art. 23.7 WHPC, welke nog steeds het algemene verbod op het voeren van vergelijkende reclame bevatte, ongewijzigd werd behouden, kan op het eerste zicht misschien bevreemden.

Een en ander dient nochtans te worden begrepen als zijnde enerzijds een standaard om de toelaatbaarheid na te gaan van vergelijkende reclame onder concurrenten en anderzijds een standaard om de toelaatbaarheid te beoordelen van vergelijkingen en/of verwijzingen naar goederen/diensten van niet concurrerende ondernemingen¹¹⁰.

De tekst van deze artikelen bleef ongewijzigd na de Wet van 5 juni 2007 tot wijziging van de WHPC. Deze wet was mede een gevolg van de gecodificeerde Reclamerichtlijn van 12 december 2006, die de Belgische wetgever ertoe noopte de WHPC op een aantal punten grondig te hervormen.

¹⁰⁸ H.v.J., 18 juni 2009, L'Oréal SA e.a. vs. Bellure NV e.a., o.c., nr. 75.

¹⁰⁹ H.v.J., 18 juni 2009, L'Oréal SA e.a. vs. Bellure NV e.a., o.c., nr. 76.

¹¹⁰ Zie in die zin o.m. ook R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, o.c., p. 18-19.

Evenwel niet wat betreft de bepalingen aangaande vergelijkende reclame. De inhoud van die bepalingen bleef quasi ongewijzigd.

De definitie van vergelijkende reclame was nu terug te vinden in art. 93 4° WHPC. Deze van de vroegere artikels 23.7 respectievelijk 23bis WHPC in de nieuwe art. 94/2 7° respectievelijk 94/1 WHPC. Doch de inhoud ervan bleef - zoals reeds gesteld - nagenoeg identiek.

Inmiddels werd de WHPC opgeheven. De Wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en consumentenbescherming (hierna WMPC), bevat nu het nieuwe instrumentarium ter bescherming van de belangen van de consument en ter beoordeling van het al dan niet geoorloofd karakter van bepaalde marktpraktijken.

Deze toelaatbaarheidsvereisten welke aan vergelijkende reclame worden gesteld, zijn nu opgenomen in art. 19 WMPC

Nu deze hervormingen geen betrekking hadden op de bepalingen aangaande vergelijkende reclame, verschilt de nieuwe regeling terzake in de nieuwe WMPC weinig van deze onder de vroegere WHPC.

Hieronder wordt nader ingegaan op de wettelijke regeling naar Belgisch recht en waar nodig gewezen naar de toepassing van de betreffende bepalingen in de rechtspraak.

§ I.3.A: Toepassingsgebied van de Wet betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming en de definitie van vergelijkende reclame

Hieronder wordt nagegaan hoe de bepalingen luiden in de WMPC, krachtens de welke de Reclamerichtlijn werd geïmplementeerd in het Belgische recht.

Over het algemeen zijn deze quasi letterlijk overgenomen uit de Reclamerichtlijn zelf.

Het is derhalve vooral interessant hoe deze bepalingen naar Belgisch recht worden toegepast. Waar er terzake interessante verschillen zijn met de rechtspraak in ons omringende landen, wordt ook hierop gefocust.

Het past eerst en vooral stil te staan bij de definitie van het begrip vergelijkende reclame krachtens de WMPC. Deze is opgenomen in art.2 19° van de WMPC en luidt als volgt:

“... elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet wordt genoemd”.

Deze definitie is identiek aan deze welke terug te vinden is in de Reclamerichtlijn zelf.

Hoger werd reeds uiteengezet dat deze definitie is samengesteld uit twee componenten.

Enerzijds is er het begrip concurrent dat een concrete invulling behoeft en anderzijds dient er te worden nagegaan hoe en in hoe verre deze wordt geïdentificeerd.

1) Het begrip concurrent

In het voorgaande deel werd bij de bespreking van dit begrip reeds gewezen op het standpunt dat het Hof van Justitie innam in de zaak DE LANDSTHEER¹¹¹.

Het Hof van Justitie verwoordde daarin het standpunt dat de invulling van de hoedanigheid van concurrerende ondernemingen “*per definitie*” berust “*op de substitueerbaarheid van de goederen of diensten die deze ondernemingen op de markt brengen*”.

In datzelfde arrest stelde het eveneens drie groepen relevante factoren voorop waarmee bij de beoordeling van deze substitueerbaarheid rekening dient te worden gehouden, met name de huidige marktwaaarde en consumptiegewoonten, het gedeelte van het communautaire grondgebied waarop de reclame wordt verspreid en tot slot de bijzondere kenmerken en/of het imago van het product die/dat de adverteerder wil promoten.

Tot slot benadrukt het Hof van Justitie dat deze beoordeling noodzakelijkerwijze dient te gebeuren vanuit het standpunt van de consument.

Het is dan ook interessant na te gaan hoe deze criteria werden toegepast door de verwijzende rechter, daar het in casu het Hof van Beroep te Brussel betrof.

In eerste aanleg had de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Nijvel reeds geoordeeld dat het in casu een vorm van vergelijkende reclame betrof die als dusdanig onder het toepassingsgebied van de Richtlijn viel.

In haar vonnis oordeelde de rechtbank dat bier en champagne in se substitueerbaar zijn, aangezien het beide in beide gevallen alcoholische dranken betreft die als zodanig hetzelfde doel beogen en in de ogen van het publiek bedoeld zijn om aan dezelfde behoeften te voldoen¹¹².

Het was het Hof van Beroep te Brussel dat nadien, alvorens recht te spreken in graad van beroep, de hoger besproken prejudiciële vragen stelde aan het Hof van Justitie.

Alleszins lijkt de Belgische rechtspraak dus het uitgangspunt van het Hof van Justitie te volgen dat hoe dan ook de afweging of bepaalde producten al dan niet substitueerbaar zijn, dient te gebeuren vanuit het standpunt van de consument en niet vanuit dat van de (vergeleken) concurrerende ondernemingen.

¹¹¹ Zie supra, sub I.2.B. p. 10-12.

¹¹² Voorz. Kh. Nijvel, 26 juli 2002, Veuve Clicquot Ponsardin NV e.a. t./ De Landtsheer Emmanuel NV, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 71.

Een en ander werd uitdrukkelijk verwoord in een vonnis van de Voorzitter van de rechtbank van Koophandel te Leuven in een betwisting tussen BASE als provider van mobiele telefonie en BELGACOM¹¹³.

BASE had in een reclameboodschap de kostprijs van haar abonnement(en) voor mobiele telefonie vergeleken met deze van een abonnement op een vaste lijn bij BELGACOM.

BELGACOM had hierop geargumenteed dat het geen vergelijkende reclame betrof, daar het een vergelijking betrof tussen twee diensten die conform het mededingingsrecht tot afzonderlijke markten behoorden.

De Rechtbank stelde daarop uitdrukkelijk dat er een verschil bestond tussen het mededingingsrecht en de WMPC (toen nog WHPC).

Krachtens het mededingingsrecht diende enkel te worden gekeken naar de welomlijnde markten waarop beiden ondernemingen opereerden. Om evenwel te kunnen besluiten tot de al dan niet toepasbaarheid van de bepalingen van de WMPC inzake vergelijkende reclame, diende enkel rekening te worden gehouden met “ *het publiek ... dat zich de goederen op die welbepaalde markten aanschaft* ”¹¹⁴.

Volgens de rechtbank kon dit slechts een klein zeer specifiek segment van de markt zijn waartoe de verkoper behoorde op basis van het mededingingsrecht.

In casu richtte de reclame zich volgens de Rechtbank tot een publiek dat zich de producten en/of diensten van de betrokken ondernemingen aanschaft “ *om getelefoneerd te worden of te telefoneren* ”¹¹⁵.

Vanuit het standpunt van de consument waren deze producten aldus substitueerbaar, daar ze beide in de behoefte voorzagen om te kunnen telefoneren en bereikbaar te zijn voor anderen.

De rechtbank oordeelde dan ook dat het in se substitueerbare producten betrof en derhalve een vorm van vergelijkende reclame conform de WHPC.

2) De vereiste van identificatie

Hoger werd reeds het arrest van het Hof van Justitie inzake TOSHIBA vs. KATUN besproken alsook de invulling die het Hof in dat arrest gaf aan de definitie van het begrip vergelijkende reclame.

Het Hof van Justitie stelde daarom als criterium dat het in principe volstaat dat de verwijzing naar een concurrerend merk een normaal geïnformeerd persoon uit de doelgroep zou toelaten om deze concurrent en/of diens producten te identificeren, opdat van vergelijkende reclame sprake zou zijn.

¹¹³ Voor. Kh. Leuven, 4 november 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 265.

¹¹⁴ Voor. Kh. Leuven, 4 november 2003, o.c., p. 275.

¹¹⁵ Voor. Kh. Leuven, 4 november 2003, o.c. p. 275-276.

Deze opvatting wordt in de Belgische rechtspraak over het algemeen gevolgd¹¹⁶.

Zij het dat sommige rechters de toelaatbaarheid van (zeer) impliciete vergelijkingen, mogelijk geïnspireerd door de rechtspraak van vóór de Wet van 25 mei 1999- in een aantal concrete gevallen hebben beargumenteerd door te verwijzen naar het beperkt aantal concurrenten op een specifieke markt¹¹⁷.

Waar een dergelijke vaststelling vanzelfsprekend kan worden opgenomen in het motiverend gedeelte van een rechterlijke uitspraak en/of om na te gaan of een welbepaalde reclameboodschap toelaat aan een normaal geïnformeerd persoon uit de doelgroep om de geïdentificeerde concurrent(en) te identificeren, lijkt het mij in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie niet correct een en ander voorop te stellen als een vereiste op zich, om impliciete vergelijkingen onder de noemer van vergelijkende reclame te catalogeren¹¹⁸.

In die zin oordeelde ook het Hof van Beroep te Brussel in een arrest dat opmerkelijk genoeg reeds werd gevelde nog vóór het Hof van Justitie uitspraak had gedaan in de zaak TOSHIBA vs. KATUN.

Het betrof een zaak waarbij boekhandel De Slegte de in haar verkooppunten gehanteerde prijzen vergeleek met de aanbevolen prijzen van de uitgevers van deze boeken. Een en ander werd door deze laatsten en door de reguliere boekhandelaars als ongeoorloofd beschouwd.

In haar arrest dd. 05 september 2001, oordeelde het Hof van Beroep dat het in casu een vorm van vergelijkende reclame betrof omdat:

*“... de door concurrenten aangeboden producten, namelijk boeken, uitdrukkelijk en de concurrenten zelf, namelijk boekhandelaars van de detailhandel, impliciet worden genoemd”*¹¹⁹.

Het Hof aanvaardde dus toen reeds dat de loutere vergelijking met de door de uitgeverij aanbevolen prijs impliciet verwees naar de boekhandelaars uit de detailhandel die deze prijs toepassen.

Het Hof van Cassatie bevestigde dit arrest later en gaf daarbij aan deze identificatievereiste zelfs een nog ruimere invulling. Het stelde immers dat de definitie van vergelijkende reclame niet vereist dat *“de consument wanneer hij kennis neemt van de vergelijkende reclameboodschap, op het zicht van die reclameboodschap de concurrenten moet kunnen identificeren zonder nader onderzoek”*¹²⁰.

¹¹⁶ Zie bij wijze van uitzondering volgend bijzonder dissonant vonnis: Voorz. Kh. Nijvel, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 213.

¹¹⁷ Zie o.m. Voorz. Kh. Brussel, 18 mei 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2004, p.218.

¹¹⁸ Sommige standpunten in de rechtsleer gaan nochtans wel – mijn inziens verkeerdelijk - die richting uit. Zie R. STEENNOT, *‘Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken’*, o.c., p. 31; H. DE BAUW, *‘Grenzen van vergelijkende reclame’*, o.c., p. 167.

¹¹⁹ Brussel, 5 september 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, p. 307.

¹²⁰ Cass., 29 april 2004, *T.B.H.*, 2004, afl. 10, p. 981.

Het Hof van Cassatie aanvaardde dus dat voor de identificatie van de in een reclameboodschap genoemde concurrent(en) een zekere inspanning mag worden verwacht van de geadresseerde van deze reclameboodschap¹²¹.

Los van de vraag hoe verregaand een dergelijke verwachte inspanning mag zijn, springt het Hof van Cassatie met deze overweging mijn inziens evenwel net een brug te ver¹²².

Het Hof van Justitie stelt in haar arrest TOSHIBA vs. KATUN immers dat een impliciete verwijzing volstaat, doch oordeelt tegelijk dat een “*vermelding onder welke vorm ook*”, van de concurrent en/of diens producten vereist is¹²³.

Zulks limiteert mijn inziens de inspanning die van de geadresseerde van de reclameboodschap mag worden verwacht, ten einde de bedoelde concurrent te kunnen identificeren.

De identificatie van de geïndiceerde concurrent(en) moet derhalve in principe mogelijk zijn aan de hand van de vergelijkende reclameboodschap zelf.

Dat het Belgische Hof van Cassatie hiervan afwijkt en bovendien een relatief vaag begrip introduceert als “*nader onderzoek*”, lijkt mij geen al te beste zaak.

Het lijkt bovendien dat de consument zeker in een volatiele markt als die waarop het arrest betrekking heeft – deze van boeken die om diverse redenen niet meer via het reguliere circuit kunnen worden verkocht – niet heel geneigd zal zijn een diepgaand onderzoek in te stellen.

De identificatievereiste kan bovendien niet geheel worden losgekoppeld van de toepassingsvoorwaarden welke door de gemeenschapswetgever aan vergelijkende reclame worden gesteld. Sommige van deze voorwaarden worden wel heel erg uitgehoud wanneer aan de interpretatie van het Hof van Cassatie wordt vastgehouden.

De vereisten van objectiviteit van de vergelijking en deze van de controleerbaarheid ervan, worden wel erg relatief wanneer het zelfs niet meer nodig is de concurrent(en) waarop de vergelijking betrekking heeft onmiddellijk te identificeren¹²⁴.

Het zonet besproken arrest creëert derhalve –minstens in potentie– een groot aantal gronden voor nieuwe rechtsvragen die door de rechtspraak beslecht zullen moeten worden. Het draagt bovendien al helemaal niet bij tot een uniforme toepassing van het gemeenschaprecht en lijkt zelfs enigszins in tegenspraak te zijn met de ratio legis van de Reclamerichtlijn en de erin gestelde toepassingsvoorwaarden.

¹²¹ G. STRAETMANS, ‘Recente tendensen in handelspraktijken’, *C.B.R. Jaarboek 2005-2006*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 183.

¹²² Zie in dezelfde zin: X. VERMANDELE, ‘Publicité comparative: aperçu de la jurisprudence belge récente’, *D.C.C.R.*, 2005, afl. 69, p. 36-37.

¹²³ H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba vs. Katun, o.c., rr. 31.

¹²⁴ K. DAELE, ‘Interpretatie vergelijkende reclame door het Hof van Cassatie wijkt af van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie’, *D.C.C.R.*, 2005, afl. 66, p. 39-40

Het valt dan ook af te wachten of het Belgische Hof van Cassatie deze interpretatie in de toekomst nog zal bijsturen.

Enigszins verontrustend is het gegeven dat de lagere rechtspraak het Hof van Cassatie sindsdien lijkt te volgen in haar standpunt.

Het Hof van Beroep te Antwerpen verwees uitdrukkelijk naar het zonet besproken Cassatiearrest door voorop te stellen dat van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende persoon *“een redelijke inspanning mag worden vereist”* ten einde de concurrenten te identificeren¹²⁵.

Ook het Hof van Beroep te Brussel onderschreef deze stelling door te oordelen dat een radiospot waarin wordt verwezen naar onafhankelijk onderzoek waaruit is gebleken dat gsm gebruikers in België –andere dan deze die overstappen naar BASE- elk jaar bijna één miljard EURO teveel betalen voor hun telefoongesprekken, voldoet aan de definitie van vergelijkende reclame uit de reclamerichtlijn.

Het Hof van Beroep oordeelde als volgt:

*“De gemiddelde normaal geïnformeerde, omzichtig handelende en oplettende consument met een minimum aan gezond verstand en kritische zin, die vertrouwd is met de mobiele telefonie, zal aldus in de gsm gebruiker die teveel betaalt duidelijk de klanten herkennen van de twee belangrijkste concurrenten van geïntimeerde...”*¹²⁶.

Deze twee belangrijkste concurrenten van de geïntimeerde partij, in casu PROXIMUS en MOBISTAR, werden door de loutere verwijzing naar het feit dat klanten die voordien een andere provider hadden dan BASE teveel betaalden, aldus geacht impliciet te zijn genoemd.

Hetzelfde Hof van Beroep oordeelde in nog een andere zaak bovendien dat het gebruik van het woord *“origineel”* in een reclameadvertentie voor een merkgeneesmiddel, *“enkel maar zin of betekenis”* had *“indien het in verband wordt gebracht met iets dat niet origineel is”*. Het Hof was van oordeel dat daarmee voldoende duidelijk werd aangegeven dat de producent van dit geneesmiddel zich wenste te onderscheiden van de producenten van generische producten en derhalve aan de vereiste van identificatie was voldaan¹²⁷.

Mijn inziens gaat dergelijke rechtspraak hiermee een stap te ver, in die zin dat de vereiste - minstens impliciete - identificatie van de concurrent(en), wordt herleid tot een non-vereiste¹²⁸. Een en ander heeft met betrekking tot de beoordeling van de

¹²⁵ Voorz. Kh. Antwerpen, 22 maart 2007, R.A.B.G., 2007, afl. 20, p. 1330.

¹²⁶ Brussel, 16 mei 2006, D.C.C.R., 2007, afl. 74, p. 81.

¹²⁷ Brussel, 27 juni 2006, D.C.C.R., 2007, afl. 74, p. 47.

¹²⁸ Als voorbeeld van een vonnis dat ingaat tegen deze trend, zie Voorz. Kh. Brussel, 12 september 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, p. 304. De rechtbank oordeelde dat een reclameboodschap waarbij de kwaliteit van het eigen waspoedermerk werd vergeleken met deze van *“het meest verkochte waspoeder”*. De rechtbank oordeelde dat een en ander niet kon worden gekwalificeerd als een vorm van vergelijkende reclame, omdat de consument niet kan weten welk waspoeder het meest wordt verkocht. Het gegeven dat in kleine letters werd verwezen naar het onderzoeksbureau dat de vergelijkende studie naar

toelaatbaarheid van hyperbolische reclame bovendien mogelijke gevolgen die haaks staan op de doelstellingen van de communautaire wetgever.

Een en ander is mogelijk terug te voeren op de vroegere criteria die golden wanneer de toelaatbaarheid van een vergelijkende reclameboodschap diende te worden beoordeeld, doch lijkt niet langer in overeenstemming met de wil van de gemeenschapswetgever zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie.

§ I.3.B.: Toepassing van de vergelijkingsvoorwaarden door de Belgische rechtspraak

De voorwaarden waaraan vergelijkende reclame overeenkomstig de WMPC dient te voldoen om toelaatbaar te zijn, zijn opnieuw quasi identiek aan deze in de Reclamerichtlijn.

Ook hier geldt bovendien dat aan deze voorwaarden cumulatief dient te zijn voldaan opdat vergelijkende reclame geoorloofd zou zijn¹²⁹.

Bovendien zijn ze ook uitputtend. Hoger werd reeds uiteengezet dat hiermee wordt bedoeld dat geen bijkomende voorwaarden kunnen worden opgelegd door de onderscheiden nationale rechtsstelsels en dat de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame uitsluitend mag worden getoetst aan de hand van het EG-recht¹³⁰.

Hier wordt ingegaan op de wijze waarop een en ander wordt ingevuld en toegepast door de Belgische rechtspraak.

Vooraf: wat de vergelijking betreft

Net als in de Reclamerichtlijn vat artikel 19 van de WMPC, waarin de toepassingsvoorwaarden voor vergelijkende reclame worden opgelijst, aan met de vermelding dat het de voorwaarden bevat waaronder vergelijkende reclame is toegelaten, althans wat de vergelijking betreft.

Hoger verdedigde ik reeds het standpunt dat hieronder niet meer dient te worden begrepen dan nodig en dat hiermee enkel wordt bedoeld dat deze voorwaarden betrekking hebben op het al dan niet geoorloofd zijn van de vergelijking, zonder dat een en ander betekent dat diezelfde reclameboodschap op grond van andere wettelijke en/of ethische gronden als ongeoorloofd kan worden gekwalificeerd.

Al evenmin betekent een en ander dat louter verwijzende reclame, welke derhalve geen expliciete vergelijking bevat, niet toegelaten zou zijn.

verkoopsresultaten had uitgevoerd –en de consument dus met enige inspanning deze studie zou kunnen bekomen- weerhield de rechtbank er niet van terecht te oordelen dat niet aan de identificatievereiste was voldaan.

¹²⁹ Zie ter bevestiging o.m. Voorz. Kh. Brugge, 2 oktober 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 232; Voorz. Kh. Kortrijk, 14 april 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 121

¹³⁰ Zie supra, sub § I.2.A – p. 11-12.

(1) Niet misleidend

Artikel 19, 1° WMPC bepaald dat vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn in de zin van de artikelen 88 tot 91 en van artikel 96, 1° van diezelfde wet.

In die artikelen worden de handelspraktijken uiteengezet die als bedrieglijk en/of misleidend worden beschouwd.

Vanzelfsprekend geldt het misleiden van de consument door het verspreiden van manifest foutieve informatie omtrent de eigen producten¹³¹ en/of deze van de concurrent waarmee de eigen producten worden verwezen als misleidend en derhalve ongeoorloofd¹³².

Over bewust of onbewust gemaakte kleinere onjuistheden in vergelijkende reclameboodschappen wordt in de Belgische rechtspraak over het algemeen iets milder geoordeeld.

Over een door een verkoper gemaakte foutieve berekening waardoor het aangekondigde prijsvoordeel voor de consument 185 EURO minder bedroeg dan de voorgehouden 4.300 EURO, oordeelde de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent dat dit verschil marginaal was en onvoldoende om de consument te misleiden¹³³.

Ook over een vergelijkende reclame waarbij een uitgeverij van een krant beweerde 1.350.000 lezers te hebben, terwijl uit nader onderzoek bleek dat het er in werkelijkheid slechts 1.220.900 waren, werd geoordeeld dat deze niet misleidend was¹³⁴.

Vanzelfsprekend is de vraag of een bepaalde vergelijkende reclameboodschap al dan niet misleidend is enigszins gerelateerd aan de vraag hoever de informatieplicht van de adverteerder reikt in de advertentie zelf¹³⁵.

Het misleidend karakter van een reclameboodschap ten gevolge van het bewust weglaten of verzwijgen van voor de geadresseerde essentiële informatie, wordt niet uitgewist door deze informatie met een omweg (en zo onopvallend mogelijk) toch beschikbaar te stellen.

Anderzijds is er de vaste rechtspraak van het Hof van het Hof van Justitie waarin wordt aanvaard dat een adverteerder niet verplicht is *alle* met betrekking tot een gemaakte vergelijking relevante informatie mee te delen in de reclameboodschap of

¹³¹ Zie bijvoorbeeld Voorz. Kh. Leuven, 4 november 2003, o.c., 265. Voorz. Kh. Gent, 18 november 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 281.

¹³² Zie bijvoorbeeld Voorz. Kh. Kortrijk, 5 mei 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 184.

¹³³ Voorz. Kh. Gent, 18 november 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 249.

¹³⁴ Zie daarvoor K. DAELE, 'Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)', *R.D.C.*, 2005, afl. 7, p. 758, die dit onuitgegeven vonnis aanhaalt van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel van 23 januari 2003, inzake *Régie Rossel NV vs. Group Plus Belgium NV*.

¹³⁵ Zie eveneens infra.

advertentie zelf, doch dat het kan volstaan dat duidelijk wordt aangegeven waar bepaalde informatie gemakkelijk kan worden teruggevonden¹³⁶.

Daarbij dient mijn inziens dan vooreerst rekening te worden gehouden met de “*vermoedelijke verwachting*” van de “*gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument*” uit de doelgroep en met de mate waarin een en ander diens aankoopbeslissing al dan niet kan beïnvloeden¹³⁷.

De toepassing van de criteria leidt niet altijd tot even consequente uitkomsten in de rechtspraak.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen dat de advertentie van EUPHONY waarmee zij haar eigen voordeeltarief vergeleek met het standaardtarief van BELGACOM (en ook effectief afficheerde dat het om een voordeeltarief ging), niet misleidend was. Evenmin diende EUPHONY te vermelden dat BELGACOM zelf ook voordeeltarieven heeft. “*Dit dient NV Belgacom zelf te doen*”, zo luidde het arrest¹³⁸.

Ook het gegeven dat EUPHONY in de tariefvergelijking geen melding maakte van het door haarzelf aangerekende abonnementsgeld, vormde voor het Hof van Beroep te Antwerpen geen probleem. Immers was deze informatie wel te vinden op een andere pagina van haar website en weet volgens het arrest “*iedere internetgebruiker ... dat het verzamelen van informatie op een website het doorzoeken van meerdere pagina's van dezelfde website vergt*”¹³⁹.

Lijnrecht in tegenspraak hiermee staat een arrest van het Hof van Beroep te Luik dd. 3 februari 2005, waarbij het niet vermelden in een prijsvergelijkende reclameboodschap van mogelijke kortingen die door de concurrent worden toegekend, werd beschouwd als zijnde misleidend.

Het betrof een zaak waarbij PRODIS een advertentie verspreidde met vermelding van de door haar toegepaste prijs voor een welbepaald type wasmachine en droogkast en de prijs die voor diezelfde toestellen werd aangerekend bij MAKRO.

Het gegeven dat de adverteerder naliel te vermelden dat MAKRO een korting aanbood bij de gezamenlijke aankoop van beide toestellen, werd door het Hof van Beroep te Luik gecatalogeerd als zijnde misleidend¹⁴⁰.

Het Hof van Beroep te Luik was van oordeel dat de bewuste advertentie “*exigeait du consommateur un examen de la publicité autrement rigoureux que celui qu'on est en droit de présumer d'un consommateur moyen*”¹⁴¹.

¹³⁶ Zie supra, § I.2.C. 3) – p. 27-28.

¹³⁷ Zie supra.

¹³⁸ Antwerpen, 27 juni 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 402. Zie in dezelfde zin Brussel, 16 mei 2006, *D.C.C.R.*, 2007, afl. 74, p. 80.

¹³⁹ Antwerpen, 27 juni 2002, *o.c.*, p. 403.

¹⁴⁰ Luik, 3 februari 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 141. Zie in dezelfde zin, Brussel, 16 mei 2006, *D.C.C.R.*, 2007, afl. 74, p. 80.

¹⁴¹ Luik, 3 februari 2005, *o.c.*, p. 144. Zie in dezelfde zin, Antwerpen, 6 december 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, p. 101, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de advertentie op zich dient te worden beschouwd.

Volgens dit arrest kan een vergelijkende reclameboodschap om geoorloofd te zijn dus niet een diepgaand onderzoek vereisen van de consument ten einde de verschillende elementen waarop de vergelijking is gebaseerd, te kennen.

Dit betekent mijn inziens nochtans niet dat het al dan niet misleidend karakter van een reclameboodschap moet kunnen worden vastgesteld op basis van de loutere aanblik van de advertentie. Zulks zou bovendien niet overeenstemming zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens dewelke het – zoals reeds aangegeven – volstaat dat in de reclameboodschap wordt duidelijk gemaakt waar en hoe gemakkelijk kennis kan worden genomen van de bestanddelen van de vergelijking teneinde de juistheid ervan te controleren of te laten controleren¹⁴².

In sommige bijdragen in de rechtsleer lijkt zulks nochtans wel als criterium te worden vooropgesteld¹⁴³. Mijn inziens ten onrechte.

Alleen al het gegeven dat het Hof van Justitie de principiële mogelijkheid laat dat de feitelijke juistheid van de vergelijking zou worden nagegaan door een onafhankelijke derde, maakt dat het al dan niet misleidend karakter van een vergelijkende reclameboodschap niet louter moet kunnen worden vastgesteld op het zicht ervan.

Uit het bovenstaande mag blijken dat de toepassing van deze voorwaarde noch in de rechtsleer noch in de rechtspraak, al geheel uniform is.

(2) Enkel goederen en diensten vergelijken die in dezelfde behoeften voorzien en/of voor hetzelfde doel bestemd zijn

Hoger werd reeds opgemerkt dat deze voorwaarde door het Hof van Justitie ruim wordt geïnterpreteerd en dat het volstaat dat er sprake is van een gedeeltelijke onderlinge inwisselbaarheid.

Hierin wordt zij vrij consequent gevolgd door de Belgische rechtspraak.

Zo werd bijvoorbeeld de vergelijking tussen een wagen die voor de Spaanse markt was geproduceerd met deze die voor de Belgische markt was geproduceerd, toelaatbaar geacht¹⁴⁴ omdat het – ondanks enkele kleine verschillen – om hetzelfde basismodel ging.

Ook vergelijkende reclame tussen een generisch geneesmiddel en een merkgeneesmiddel werd toelaatbaar geacht, ondanks het feit dat het generische geneesmiddel geschikt was voor een geringer aantal therapeutische indicaties dan het merkgeneesmiddel. Er werd geoordeeld dat beiden in dezelfde behoefte voorzagen, althans in de voor het generische middel voorziene indicaties¹⁴⁵.

¹⁴² H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 71. Zoals hoger reeds uitgebreider besproken.

¹⁴³ F. LONGFILS, 'Publicité comparative: trois conditions examinées au regard de la jurisprudence belge et européenne', *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, p. 148.

¹⁴⁴ Voorz. Kh. Gent, 18 november 2002, niet gepubliceerd, doch besproken in K. DAELE, 'Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse', *T.B.H.*, 2003, p. 611.

¹⁴⁵ Brussel, 26 maart 2002, *Jaarboek Handelspraktijken*, 2002, p. 80.

Hoger werd reeds het arrest van het Hof van Justitie in de zaak LIDL vs. COLRUYT besproken. Het stelde daarin uitdrukkelijk dat de vereiste dat goederen en diensten dienen te worden vergeleken die in eenzelfde behoefte voorzien, zich er in principe niet tegen verzet dat de prijs van assortimenten werd vergeleken.

(3) De vergelijking dient objectief te zijn en betrekking te hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen of diensten

- Objectieve vergelijkingen

Hoger werd er reeds op gewezen dat in de rechtsleer soms de stelling werd verdedigd dat deze vereiste van objectiviteit geen afzonderlijke op zichzelf staande voorwaarde is en dat objectiviteit een logisch gevolg is van het feit dat aan de overige toepassingsvereisten is voldaan¹⁴⁶.

Ook in de Belgische rechtspraak werd deze stelling in het verleden wel eens gevolgd¹⁴⁷.

Het Hof van Justitie heeft in haar arrest LIDL vs. COLRUYT evenwel geoordeeld dat de vereiste objectiviteit wel degelijk een afzonderlijke voorwaarde uitmaakt, welke inhoudt dat de vergelijking enkel betrekking kan hebben op kenmerken welke objectief (kunnen) worden vastgesteld¹⁴⁸.

Er lijkt terzake dus nog weinig ruimte voor betwisting te bestaan.

Er dient trouwens te worden opgemerkt dat het standpunt zoals geformuleerd door het Hof van Justitie ook reeds voordien werd verdedigd in de rechtsleer¹⁴⁹ en door de Belgische rechtspraak dienovereenkomstig werd toegepast¹⁵⁰.

Een interessante toepassing werd gemaakt door het Hof van Beroep te Antwerpen, dat oordeelde dat een adverteerder die beweert producten te kunnen leveren van dezelfde kwaliteit als zijn concurrent en ten bewijze daarvan een staal van zijn producten mee overmaakt aan de potentiële klant, aan de vereiste van objectiviteit heeft voldaan. Immers kan de geadresseerde aan de hand van het staal zelf tot vergelijking overgaan, hetgeen een niet-objectieve vergelijking uitsluit¹⁵¹.

¹⁴⁶ Zie supra, sub § I.2.C. 3) p. 27-28.

¹⁴⁷ Zie bijvoorbeeld Voorz. Kh. Kortrijk, 28 mei 2001, *D.C.C.R.*, 2002, afl. 57, p. 54; Voorz. Kh. Kortrijk, 11 december 2000, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, p. 239.

¹⁴⁸ Zie supra, sub § I.2.C. 3) p. 27-28.

¹⁴⁹ Zie o.m. H. DE BAUW, 'Grenzen aan vergelijkende reclame', o.c., p. 176-177.

¹⁵⁰ Voorz. Kh. Gent, 18 november 2002, o.c., 611; Voorz. Kh. Brussel, 20 september, 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 226.

¹⁵¹ Antwerpen, 22 mei 2003, onuitgegeven doch besproken in K. DAELE, 'Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)', o.c., p. 757. Al ben ik het oneens met de stelling dat zulks een niet-objectieve vergelijking uitsluit. Althans in de betekenis die het Hof van Justitie eraan geeft, waar het stelt dat "*subjectieve vergelijkingen van degene die vergelijkt*" dienen te worden uitgesloten (zie supra, sub § I.2.C. 3) p. 27-28). Immers is er niets dat garandeert dat de geadresseerde dit staal objectief zal vergelijken. Elke aankoopbeslissing van een potentiële klant is immers in meer of mindere mate subjectief. Wel wordt op deze manier gegarandeerd

Eveneens interessant is een vonnis van de Voorzitter van de rechtbank van Koophandel te Brussel, waarin wordt geoordeeld dat smaak van een voedingsmiddel – hoewel op zich een subjectief kenmerk- op objectieve wijze kan worden vergeleken.

Een reclameslogan welke luidde dat “7 op 10 het sinaasappelsap van Appelsientje lekkerder vinden dan dat van Minute Maid”, werd wel degelijk als geoorloofd beschouwd.

Het vonnis stelt –mijn inziens terecht- dat de verwijzing naar een smaaktest uitgevoerd door een onafhankelijk onderzoeksbureau, alle waarborgen biedt inzake objectiviteit en dat het derhalve mogelijk is om op basis van de resultaten van een dergelijke test een objectieve vergelijking te maken¹⁵².

De vereiste van objectiviteit sluit derhalve niet uit dat subjectieve kenmerken worden vergeleken, zolang deze vergelijking zelf op objectieve wijze geschiedt.

Een en ander maakt misschien wel dat bijzondere aandacht dient te worden geschonken aan de wijze waarop een dergelijke vergelijking wordt uitgedrukt.

Hoger wees ik er reeds op dat het standpunt van het Hof van Justitie, zoals dit blijkt uit het arrest LIDL vs. COLRUYT, lijkt in te houden dat enkel kenmerken mogen worden vergeleken welke objectief kunnen worden vastgesteld.

Het Hof oordeelde in haar arrest dat de objectiviteitsvereiste “in wezen” beoogt “vergelijkingen uit te sluiten die een subjectieve beoordeling van degene die vergelijkt en niet zozeer een objectieve vaststelling inhouden”¹⁵³.

Het Hof verwees daarbij zelf naar de conclusie van Advocaat-generaal TIZZANO, die voorhield dat de objectiviteitsvereiste zich er onder meer tegen verzette dat in een vergelijkende reclameboodschap producten zouden worden gepromoot door te stellen dat deze “mooier of sierlijker zijn dan die van de concurrent”, daar het voor zich spreekt “dat dergelijke kenmerken een subjectief oordeel inhouden dat kan verschillen van persoon tot persoon”¹⁵⁴.

Het lijkt dus dat vergelijkende reclame waarin subjectieve kenmerken worden vergeleken enkel geoorloofd is, wanneer er uitdrukkelijk wordt verwezen naar de objectieve wijze waarop deze werden vastgesteld en vergeleken.

In het voorbeeld van het hier besproken vonnis was/is het gebruik van een slogan dat in een vergelijkende test 7 op 10 het ene merk lekkerder vinden dan het andere, geoorloofd.

dat de door de adverteerder enkel objectieve informatie wordt aangeboden, waarop hij de eigen aankoopbeslissing (al dan niet objectief) kan baseren.

¹⁵² Voorz. Kh. Brussel, 12 juli 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2004, p. 221. In dezelfde zin Voorz. Kh. Brussel, 20 september 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 226.

¹⁵³ H.v.J., 19 september 2006, Lidl vs. Colruyt, o.c., rr. 46.

¹⁵⁴ Conclusie van advocaat-generaal A. Tizzano van 29 maart 2006, zaak C-356/04, rr. 44-45.

Ronduit stellen dat uit een vergelijkende test blijkt dat het ene merk lekkerder is dan het andere, lijkt niet de toetssteen zoals deze door het Hof van Justitie werd gesteld in haar arrest LIDL vs. COLRUYT te kunnen doorstaan¹⁵⁵.

- Een of meer wezenlijke, representatieve en relevante kenmerken

Hoger werd er reeds op gewezen dat conform de rechtspraak van het Hof van Justitie, de keuze of één dan wel meer kenmerken van producten van onderscheiden producenten worden vergeleken, in principe toekomt aan de adverteerder zelf.

Deze kan zich er in principe toe beperken die kenmerken te vergelijken die voor hem/haar het meest voordelig uitkomen.

Ook in de Belgische rechtspraak werd dit principe reeds meer dan eens bevestigd.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen in een reeds eerder geciteerd arrest aangaande een betwisting tussen EUPHONY en BELGACOM, dat een prijsvergelijking weliswaar juist behoort te zijn, doch dat EUPHONY er bij het vergelijken van haar tarieven met deze van andere aanbieders, er niet toe gehouden was alle tariefstructuren van deze andere aanbieders weer te geven¹⁵⁶.

Dat één en ander bijzondere waakzaamheid gebied wordt niet ontkend. Een dergelijke selectie van te vergelijken kenmerken gemaakt door een concurrerende producent/verkoper, verhoogt vanzelfsprekend het risico op misleidende vergelijkingen. Een en ander belet op zich nochtans niet dat het voeren van een dergelijke selectieve vorm van vergelijkende reclame geoorloofd kan zijn¹⁵⁷.

Vereist blijft vanzelfsprekend wel dat deze kenmerken wezenlijk, relevant en representatief zijn. Deze voorwaarde dient mijn inziens strenger te worden beoordeeld naargelang het aantal vergeleken kenmerken geringer is.

De vergelijking van de effectiviteit van afwasmiddelen¹⁵⁸ of het risico op allergische reacties van kinderen op onderscheiden merken van babyvoeding¹⁵⁹, werden in de rechtspraak geacht vergelijkingen te zijn van wezenlijke, relevante en representatieve kenmerken.

¹⁵⁵ Een minderheid in de rechtsleer is ten onrechte strenger. Zo stelt S. DEBAENE, verwijzend naar hetzelfde vonnis inzake Appelsientje vs. Minute Maid, dat “*dergelijke reclame niet meer mogelijk is*” na het arrest van het Hof van Justitie in de zaak LIDL vs. COLRUYT. Zie S. DEBAENE, ‘Capita selecta betreffende vergelijkende reclame in België’, o.c., p. 128.

¹⁵⁶ Antwerpen, 27 juni 2002, o.c., p. 402. Zie in dezelfde zin Voorz. Kh. Antwerpen, 24 oktober 2002, onuitgegeven doch besproken in K. DAELE, ‘Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse’, *T.B.H.*, 2003, p. 611; alsook Voorz. Kh. Brussel, 7 januari 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 149.

¹⁵⁷ Voorz. Kh. Brussel, 19 maart 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 553.

¹⁵⁸ Voorz. Kh. Nijvel, 18 juli 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 213.

¹⁵⁹ Voorz. Kh. Brussel, 7 januari 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 149.

- Controleerbaar

Zolang de vergelijking betrekking heeft op de prijs en/of objectieve kenmerken van een product, stelt er zich over het algemeen geen probleem met betrekking tot de vereiste dat deze door de geadresseerde van de reclameboodschap moeten kunnen worden gecontroleerd.

Vereist is dan wel dat deze kenmerken voldoende precies omschreven zijn. Van zodra deze beschrijving minder precies is, geeft een en ander vaak aanleiding tot betwisting.

Zo werd een vergelijking waarbij de eigen prijzen werden omschreven als zijnde “laag” en/of “de allerlaagste” en deze van de concurrent als zijnde “hoog” en/of “peperduur”, veroordeeld als zijnde te vaag om op de juistheid ervan te worden gecontroleerd¹⁶⁰.

Bovendien moet deze controle in principe kunnen worden uitgevoerd door de geadresseerde van de vergelijkende reclameboodschap zelf.

Slechts uitzonderlijk kan worden aanvaard dat deze controle zou dienen te worden uitgevoerd door een onafhankelijke derde.

Zoals hoger besproken aanvaardde het Hof van Justitie deze stelling in haar arrest LIDL vs. COLRUYT, doch in de Belgische rechtspraak werd dit standpunt voordien reeds verdedigd.

In een geschil tussen BELGACOM en PLANET INTERNET oordeelde de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen dat gelet op de verschillende en vaak wisselende formules en tarieven die op de telefoonmarkt worden gehanteerd, “een prijsbepalende vergelijking uiterst moeilijk dan wel praktisch onmogelijk” is, “zeker voor de gemiddelde consument”.

Het Hof oordeelde dat om die reden “*terzake de tussenkomst van een expert vereist is*”, reden waarom volgens het Hof “*de grootste omzichtigheid*” aan de dag diende te worden gelegd bij dergelijke prijsvergelijkingen¹⁶¹.

(4) Verbod om verwarring te veroorzaken met concurrerende handelaren of met hun merken, handelsnamen, goederen of diensten of andere onderscheidende kenmerken

Van de toepassing van dit verbod zijn weinig voorbeelden terug te vinden in de Belgische rechtspraak.

Over het algemeen worden vorderingen ingesteld op grond van andere in art. 19 WMPC gestelde toelaatbaarheidsvereisten aan vergelijkende reclame.

¹⁶⁰ Brussel, 4 december 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 130.

¹⁶¹ Voorz. Kh. Antwerpen, 21 maart 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 121. Zie in dezelfde zin Brussel, 14 februari 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 142.

Het verbod om verwarring te veroorzaken ligt, zoals ook hoger reeds gesteld, inhoudelijk vaak erg dicht bij een aantal andere gestelde voorwaarden, zodat vergelijkende reclameboodschappen welke verwarring mogelijk maken in de praktijk vaak worden aanzien als een overtreding van het verbod om oneerlijk voordeel te puren uit de bekendheid van het concurrerende merk en/of zijnde onvoldoende objectief wat betreft de vergelijking.

Bovendien gold krachtens art. 94/2, 8° van de vroegere WHPC, onverminderd de bepalingen inzake vergelijkende reclame en de daaraan gestelde voorwaarden, een algemeen verbod om reclame te voeren welke gegevens bevatte waardoor verwarring kon ontstaan met een andere verkoper.

De meeste vorderingen ingesteld omwille van mogelijke verwarring werden dan ook ingesteld op grond van deze wetsbepaling.

(5) De vergelijkende reclameboodschap mag niet de goede naam schaden van en zich niet kleinerend uitlaten over een concurrent

Deze voorwaarde wordt omschreven als een verbod van slechtmaking van de concurrent.

In het zonet geciteerde vonnis inzake BELGACOM vs. PLANET INTERNET, sprak de rechtbank zich ook uit over het al dan niet kleinerend karakter van de door PLANET INTERNET gevoerde reclame.

Immers had deze een afbeelding van een hand met uitgestoken middenvinger gebruikt met daarnaast slogans als “*Gedaan met duur surfen*” en “*U hoeft uw surftijd niet meer te betalen aan Belgacom*”.

BELGACOM hield voor dat deze campagne voor haar beledigend was. De rechtbank oordeelde anders. Immers was volgens de Voorzitter deze hand met uitgestoken middenvinger geen verwijzing naar BELGACOM en gold de opgestoken middenvinger –in zo ver deze beledigend zou zijn- enkel ten aanzien van dure prijzen en niet per definitie t.a.v. BELGACOM.

Rekening houdende met het feit dat conform de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, het al dan niet beledigend en/of afbrekend karakter van een reclameboodschap dient te worden beoordeeld rekening houdend met het standpunt van de geadresseerde van de reclameboodschap, lijkt dit nochtans een interpretatie die voor kritiek vatbaar is.

Het is immers maar de vraag of de gemiddelde consument uit de doelgroep waartoe deze reclame zich richtte, een en ander inderdaad niet zou interpreteren als een opgestoken middenvinger richting BELGACOM.

De feitenrechter oordeelde klaarblijkelijk anders.

In dezelfde reclameboodschap schilderde PLANET INTERNET haar concurrente bovendien af als duur, nu zij haar eigen prijzen afficheerde als minstens 25% goedkoper. Dit werd door de voorzitter evenmin als afbrekend beschouwd.

Ook het Hof van Justitie van oordeel is dat een prijsvergelijking in principe niet de goede naam van de concurrent kan schaden, zolang niet wordt geïnsinueerd dat deze woekerprijzen hanteert en/of een en ander gepaard gaat met onjuiste of beledigende verklaringen¹⁶².

Dit onderdeel van het besproken vonnis lijkt dan ook veel minder vatbaar voor kritiek.

Een beledigende verklaring werd dan weer wel herkend in de door RYANAIR gevoerde slogan “*Kotsbeu van Sabena’s hoge tarieven*”. Een dergelijke slogan werd wel degelijk geacht de goede naam van de concurrent te schaden¹⁶³.

Ook een reclameadvertentie voor een merkgeneesmiddel met de slogan “*Het origineel redt levens*”, werd geacht denigrerend te zijn. Immers werd daardoor de indruk gewekt dat generische geneesmiddelen dit niet zouden doen en dus minderwaardig tot zelfs ronduit schadelijk zouden kunnen zijn¹⁶⁴.

Hoger verdedigde ik reeds de stelling dat dit verbod van slechtmaking in de interpretatie die het Hof van Justitie – en klaarblijkelijk ook de Belgische rechtspraak – eraan geeft, een quasi intentioneel element veronderstelt om de goede naam van een concurrent te schaden en/of zich er kleinerend over uit te laten, los van de objectieve juistheid van de over deze concurrent meegedeelde gegevens.

Het lijkt dan ook dat dit gegeven als principiële toetssteen dient te gelden. Indien de meegedeelde gegevens objectief juist zijn, kan er in principe van slechtmaking geen sprake zijn. Slechts wanneer bewust foutieve en/of niet objectief verifieerbare afbrekende gegevens over een concurrent worden verspreid, kan er sprake zijn van slechtmaking¹⁶⁵.

(6) Vergelijkingen van producten met een benaming van oorsprong mogen in elk geval enkel betrekking hebben op producten met dezelfde benaming

Hoger werd reeds uiteengezet dat het Hof van Justitie van oordeel is een absoluut verbod om producten zonder benaming van oorsprong te vergelijken met producten die wel een oorsprongbenaming hebben, niet in overeenstemming kan zijn met de bedoelingen van de gemeenschapswetgever.

In haar arrest DE LANDTSHEER verdedigt het Hof van Justitie het standpunt dat objectieve vergelijkingen tussen producten met en zonder benaming van oorsprong, op

¹⁶² H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptik vs. Hartlauer, o.c., rr. 78-79. Zie eveneens de bespreking van dit arrest supra, sub & I.2.C. (4), p. 28.

¹⁶³ Brussel, 4 december 2002, o.c., p. 130.

¹⁶⁴ Brussel, 27 juni 2006, o.c., p. 48.

¹⁶⁵ Al wordt dit verbod in de rechtspraak – mijn inziens ten onrechte – soms wel strenger toegepast. Zie o.m. Voorz. Kh. Brussel, 20 september 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 226.

voorwaarde dat deze ertoe strekken de verschillen tussen deze producten te doen uitkomen, principieel toegelaten zouden moeten zijn¹⁶⁶.

Behalve het arrest van de verwijzingsrechter die in casu de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie had gesteld, vond ik in de Belgische rechtspraak geen voorbeelden terug waarin toepassing werd gemaakt van deze toelaatbaarheidsvereiste.

(7) Verbod om oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenaming van concurrerende producten

Hoger werd reeds uiteengezet dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie dit verbod om oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid van een concurrent, betrekking heeft op het potentiële intrinsieke verband dat door het publiek wordt gezien tussen de reputaties en/of onderscheidende kenmerken van de producten van twee of meer concurrerende ondernemingen.

In de Belgische rechtspraak wordt de beoordeling of een voordeel dat men haalt uit de bekendheid van een concurrerend merk vaak afhankelijk gesteld van de aanwezigheid van twee onderscheiden elementen.

Met name enerzijds de aanwezigheid van aanwijsbare en specifieke omstandigheden waaruit blijkt dat wordt beoogd een dergelijk voordeel te halen, zonder dat er anderzijds geldige redenen voorhanden zijn om andermans merk te gebruiken.

Al is en blijkt de beoordeling daarvan een feitelijke appreciatie, waarvan de uitkomst niet altijd bijzonder voorspelbaar is.

Twee uitspraken waarin telkenmale de NV EUROGENERICS, producent van generische geneesmiddelen betrokken was, kunnen dit niet beter illustreren.

Om de werking van de eigen generische geneesmiddelen - welke telkenmale worden verspreid onder de naam van het voornaamste actieve bestanddeel ervan - duidelijk te maken, wordt in de reclamefolders van EUROGENERICS telkenmale verwezen naar de naam van de corresponderende merkgeneesmiddelen.

In een van beide zaken werd geoordeeld dat een dergelijk merkgebruik ongeoorloofd was omdat *“il est contraire à l’usage honnête en matière commerciale d’utiliser sans son autorisation le nom du produit d’un concurrent pour attirer l’attention du public sur son propre produit”*¹⁶⁷.

Hoewel de tweede zaak sterk gelijkend was, werd daarin geoordeeld dat het wel om een geoorloofd gebruik ging van de merknaam van een concurrent om reden dat *“afin de rendre la publicité comparative effective, il était indispensable d’identifier les médicaments de référence”*¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Zie supra.

¹⁶⁷ Voorz. Kh. Brussel, 8 september 2003, onuitgegeven, doch besproken in K. DAELE, ‘Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)’, o.c., p. 762.

¹⁶⁸ Brussel, 11 mei 2004, D.A.O.R., 2004, p. 91

Hoewel beide zaken wat betreft de feiten bijzonder gelijkend waren, kwamen beide feitenrechters toch tot een geheel andere appreciatie.

Het enige verschil inzake de feiten bestond er klaarblijkelijk in dat in de eerst besproken zaak de concurrerende merknaam prominenter werd gebruikt in de reclamefolder, dan in de tweede zaak.

Blijkbaar wordt er in de Belgische rechtspraak toch uitgegaan van een zekere correlatie tussen het merkgebruik op zich en het noodzakelijk karakter ervan.

Zulks blijkt ook in het reeds eerder aangehaalde arrest van het Hof van Beroep inzake MAKRO vs. PRODIS.

Volgens het Hof van Beroep had PRODIS “*fait beaucoup plus qu’identifier son concurrent*” en had het zich dienen te beperken tot het noemen van MAKRO in de prijsvergelijking, zonder daarbij gebruik te maken van het steraanbieding-logo van MAKRO en/of delen uit de reclamefolder van MAKRO zelf¹⁶⁹.

Mijn inziens wordt deze toelaatbaarheidsvoorwaarde door de Belgische rechtspraak over het algemeen strenger beoordeeld dan door het Hof van Justitie, minstens wordt er weinig rekening gehouden met factoren die volgens het Hof van Justitie wel mee in aanmerking dienen te worden genomen, zoals o.m. het voordeel van de vergelijkende reclame voor de consument.

(8) Verbod om goederen of diensten voor te stellen als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam

Zoals reeds aangegeven is dit op zich een eerder evidente vereiste.

In een zaak waarin opnieuw EUROGENERICS - producent van generische geneesmiddelen - betrokken partij was, werd door een producent van merkgeneesmiddelen voorgehouden dat EUROGENERICS haar generische middelen voorstelde als imitatie of namaak van de merkgeneesmiddelen.

Het Hof van Beroep volgde deze stelling niet, vermits generische geneesmiddelen volgens het Hof net tot doel hebben een alternatief te bieden voor producten die octrooirechtelijk beschermd zijn, doch qua samenstelling quasi identiek zijn¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Luik, 3 februari 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 141. Zie bevestigend V. WELLENS, *De doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Brussel, Larcier, 2007, p. 96.

¹⁷⁰ Brussel, 26 maart 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, p. 80

§ 1.3.C.: Vergelijkende reclame vs. hyperbolische reclame

Een bijzonder aandachtspunt bij de bespreking van de wijze waarop de wettelijke bepalingen inzake vergelijkende reclame in de Belgische rechtspraak worden toegepast, is hoe deze zich verhouden tot overdrijvende/hyperbolische reclame.

Het betreft met name reclame waarvan de consument instinctief weet dat deze gebruik maakt van superlatieven en/of overdrijvingen eigen aan reclameboodschappen, zonder dat deze laatste ervan uitgaat dat deze boodschap feitelijk correct is¹⁷¹.

In principe zou de beoordeling van dergelijke reclameboodschappen niet mogen conflicteren met de bepalingen uit de Reclamerichtlijn.

Hyperbolische reclameboodschappen dienen om toelaatbaar te zijn in de regel aan twee vereisten te voldoen. Zij mogen vooreerst niet misleiden en zij mogen geen concrete vergelijking inhouden met een identificeerbare concurrent¹⁷².

Inzake het raakvlak tussen hyperbolische en misleidende reclame stellen zich over het algemeen weinig problemen. De grenzen tussen beiden zijn vrij duidelijk afgebakend en rechtspraak en rechtsleer stellen zich over het algemeen bijzonder toegeeflijk op¹⁷³.

Evenmin stelt zich een probleem wanneer een dergelijke vorm van reclame concrete gegevens bevat die één of meer concurrenten uitdrukkelijk identificeert. Deze dient dan te worden gekwalificeerd als vergelijkende reclame en moet om die reden aan al de daaraan gestelde toelaatbaarheidsvereisten voldoen.

Echter in het licht van de wijze waarop de identificatievereiste wordt toegepast in de Belgische rechtspraak, stelt zich mogelijk wel een probleem wanneer het gaat om reclameboodschappen waarin een impliciete verwijzing kan worden gezien naar één of meer concurrenten.

Te meer daar –zoals hoger aangegeven– de rechtspraak in België over het algemeen de identificatievereiste bijzonder ruim invult en al te permissief staat tegenover het aanvaarden van het voorhanden zijn van een impliciete verwijzing naar één of meer concurrenten¹⁷⁴.

Indien al te gemakkelijk wordt aanvaard dat een reclameboodschap impliciet verwijst naar concurrenten en derhalve onder het toepassingsgebied van de regelgeving inzake vergelijkende reclame valt, stelt zulks verregaande beperkingen aan de mogelijkheid tot het voeren van vergelijkende reclame.

Een gebalanceerd vonnis terzake is een hoger reeds kort aangehaald vonnis van de Voorzitter van Koophandel te Brussel¹⁷⁵.

¹⁷¹ Zie G. STRAETMANS, 'Recente tendensen in handelspraktijken', o.c., p. 192.

¹⁷² Zie R. STEENNOT, Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken, o.c., p.34; F. LONGFILS, 'Publicité comparative et publicité superlative: où sont les limites?', *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, p. 213.

¹⁷³ In de rechtsleer wordt een en ander geduid als de paradox van Houwing welke luidt: "*Hoe meer men overdrijft, hoe minder men misleidt*". Zie H. HOUWING, *De onwaarheid in het privaatrecht*, Oratie, Rotterdam, 1948, p. 18-19.

¹⁷⁴ Zie supra.

Het betrof een zaak waarbij waspoederproducent DIXAN in een reclamespot op televisie, de kwaliteiten van het eigen waspoeder vergeleek met die van het best verkochte merk.

DIXAN stelde dat een onafhankelijk onderzoek uitwees dat onderscheiden percentages van proefpersonen hadden bevonden dat DIXAN in vergelijking met het vergeleken (meest verkochte) merk, schoner, witter, dan wel frisser wast. Het besloot de reclameboodschap met de slogan: *“Dixan lave plus propre, plus blanc, plus frais!”*.

De producent van het concurrerend merk dat inderdaad het meest werd verkocht, met name DASH stelde daarop een stakingsvordering in, omdat het in casu om een niet-geoorloofde vorm van vergelijkende reclame zou gaan.

De rechtbank oordeelde vooreerst dat de gebruikte bewoordingen door de producent van DIXAN, hoewel verwijzend naar een effectief uitgevoerd vergelijkend onderzoek, door de geadresseerde consumenten wel degelijk zouden worden begrepen als zijnde een aan reclame inherente overdrijving.

In het vonnis wordt het als volgt gesteld:

*“Cette publicité apparaît bien au consommateur comme une publicité, c'est-à-dire comme une communication à prendre avec un grain de sel, certainement pas comme une communication dont le fondement serait scientifiquement prouvé”*¹⁷⁶.

Volgens de rechtbank gaat het om subjectieve voorkeuren die weliswaar worden onderbouwd door de resultaten van een onafhankelijke test, doch daarbij betreft het een type test eigen aan reclame, waaraan de consument gewend is.

Wat betreft de vraag in hoever de geïdentificeerde concurrent in deze reclameboodschap werd geïdentificeerd, oordeelde de rechtbank dat het in casu niet om een vorm van vergelijkende reclame ging, daar enkel uit interne door de producenten gehanteerde statistieken bleek welk merk effectief het meest verkocht was. De rechtbank was van oordeel dat *“le consommateur ne connaît pas ces statistiques”*¹⁷⁷.

Terecht werd in dit vonnis geoordeeld dat geen concurrenten werden geïdentificeerd en dat er derhalve geen grond was om het reclamefilmpje te verbieden¹⁷⁸.

Nochtans is hoger al gebleken dat de rechtspraak –enigszins in navolging van het Hof van Cassatie– over het algemeen nogal gemakkelijk besluit dat de abstracte identificatie van een groep concurrenten, voldoende is om te besluiten dat er sprake is van een vorm van vergelijkende reclame.

Opnieuw blijkt waarom deze tendens kritisch dient te worden benaderd.

¹⁷⁵ Voorz. Kh. Brussel, 12 september 2005, o.c., 141.

¹⁷⁶ Voorz. Kh. Brussel, 12 september 2005, o.c., 145.

¹⁷⁷ Voorz. Kh. Brussel, 12 september 2005, o.c., 145.

¹⁷⁸ In dezelfde zin, zie G. STRAETMANS, ‘Over hyperbolen, misleiding en vergelijkende reclame’, *D.C.C.R.*, 2007, afl. 73, p. 145 e.v.

Immers indien bepaalde vormen van hyperbolische reclame in de toekomst strenger zullen worden beoordeeld, in de zin dat deze omwille van een aanvaarde impliciete identificatie van de geviseerde (groep) concurrenten zullen dienen te voldoen aan voorwaarden gesteld aan vergelijkende reclame, wordt het voeren van hyperbolische reclame de facto onmogelijk.

Dat zulks nooit de bedoeling van de communautaire wetgever is geweest en niet in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof van Justitie, dient mijn inziens duidelijk te zijn, en is enkel een reden te meer om kritisch te blijven ten aanzien van de al te ruime toepassing die in de Belgische rechtspraak aan de vereiste van identificatie wordt gegeven.

Misschien is het daarom aangewezen om de zgn. paradox van HOUWING waarnaar hoger werd verwezen uit te breiden en tevens te aanvaarden dat hoe meer men overdrijft hoe minder men identificeert want hoe groter de denkbeeldige groep denkbeeldige concurrenten waarnaar men refereert.

§ I.3.D.: Naschrift: Vergelijkende reclame en beoefenaars van vrije beroepen

De wetgever heeft de beoefenaars van vrije beroepen traditioneel steeds uitgesloten van het toepassingsgebied van de specifieke wetgeving inzake handelspraktijken.

De vroegere WHPC (zoals ook nu nog de WMPC), waarin de regelgeving m.b.t. vergelijkende reclame na omzetting in Belgisch recht werd opgenomen, werd geacht niet van toepassing te zijn op vrije beroepen.

Hoewel volgens een letterlijke interpretatie niets er zich tegen verzet dat het de bepalingen uit de WHPC eveneens van toepassing zouden zijn geweest op de beoefenaars van vrije beroepen, werden die laatsten door de nationale wetgever i.s.m. met de rechtspraak toch uit het personeel toepassingsgebied van de WHPC gesloten.

Deze was enkel van toepassing op verkopers, die producten of diensten te koop aanbieden. Het begrip “*dienst*” werd in art. 1, 2° WHPC gedefinieerd als “*prestaties die een handelsdaad uitmaken of een ambachtsactiviteit bedoeld in de wet op het ambachtsregister*”.

Volgens de rechtspraak verwees het begrip “handelsdaad” daarbij – hoe kan het ook anders – naar daden van koophandel in de zin van de artikelen 2 en 3 Wetb. Beoefenaars van vrije beroepen werden geacht geen dergelijke diensten te verlenen. Immers verrichtten zij in de regel intellectuele diensten die niet als handelsdaden en/of ambachtsactiviteiten konden worden beschouwd.

De vrije beroepsbeoefenaars werden geacht op te treden buiten het handelsrecht ontsnappen, omdat hun methodes als onverenigbaar werden/worden beschouwd met de techniek van het zakendoen en omwille van de deontologische regels waaraan zij over het algemeen onderworpen waren/zijn¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Alhoewel in de rechtsleer geregeld kritische noten klonken t.a.v. dit gangbare standpunt. Zie o.m. R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 6; T. VERMEIR, “Reclame en vrije beroepen” in X., *Mediarecht*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 32

Een en ander zorgde nochtans voor een niet onaanzienlijk spanningsveld met de wil van de gemeenschapswetgever.

In art. 1 van de Reclamerichtlijn wordt onomwonden gesteld dat deze richtlijn *“beoogt de consumenten en degenen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, alsmede de belangen van het publiek in het algemeen, te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan...”* (eigen onderlijning).

Ook uit de considerans bij de Reclamerichtlijn blijkt dat de gemeenschapswetgever wel degelijk beoogde dat de bepalingen m.b.t. vergelijkende reclame derwijze zouden worden geïmplementeerd, dat deze eveneens van toepassing zouden zijn op reclame gevoerd door beoefenaars van vrije beroepen.

Hoewel de gemeenschapswetgever in art. 7 van de Richtlijn 84/450/EG aan de lidstaten wel degelijk de principiële mogelijkheid had gelaten om o.m. t.a.v. de beoefenaars van vrije beroepen strengere voorschriften uit te vaardigen m.h.o. op een meer verregaande bescherming van de consument, was deze mogelijkheid blijkens de 18^{de} overweging bij de Richtlijn 97/55/EG “niet van toepassing ... op vergelijkende reclame, aangezien met de aanpassing van die richtlijn juist wordt beoogd voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame geoorloofd is”¹⁸⁰.

Een en ander zou bovendien haaks staan op de door de gemeenschapswetgever beoogde maximale harmonisatie van de voorschriften terzake.

De Wet van 1 oktober 1999 door de welke de bepalingen uit de Reclamerichtlijn m.b.t. vergelijkende reclame omzette in de Belgische rechtsorde, kwam dus niet geheel tegemoet aan de eisen van de gemeenschapswetgever.

Immers was deze niet van toepassing op de beoefenaars van vrije beroepen.

De verplichting om de bepalingen ervan om te zetten in de onderscheiden nationale rechtssystemen vóór 23 april 2000, gold nochtans evenzeer t.a.v. de vrije beroepen en hun beoefenaars.

De Belgische wetgever opteerde er evenwel voor het uitgangstatuut dat beoefenaars van vrije beroepen in onze rechtsorde traditioneel genoten, gestand te doen en zorgde er –iets later dan de gemeenschapswetgever had voorzien- middels de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen voor dat de bepalingen uit de Reclamerichtlijn inzake vergelijkende reclame eveneens konden gelden t.a.v. vrije beroepen¹⁸¹.

Inhoudelijk waren/zijn de daarin opgenomen definities en de gestelde toepassingsvoorwaarden identiek aan deze uit de WHPC¹⁸².

¹⁸⁰ Richtlijn 97/55/EG, o.c., considerans 18

¹⁸¹ Wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, B.S., 20 november 2002 (hierna Wet Vrije Beroepen).

¹⁸² Y. VANDENDRIESSCHE, “De wet marktpraktijken en het vrij beroep: de onderneming-light bevestigt het dualisme”, Mylex, Waarschoot, 2010, 59-60.

Wel voorzagt/voorziet deze wet dat de tuchtrechtelijke overheden van deze verschillende beroepsgroepen kunnen voorzien in een strengere regelgeving, waardoor de voorwaarden voor het voeren van vergelijkende reclame voor leden van die doelgroep wordt verstrengd en/of ingeperkt¹⁸³.

Als motivatie voor deze mogelijkheid tot het opleggen van strengere regelgeving, werd verwezen naar de noodzaak om de waardigheid en de deontologie van de vrije beroepen te vrijwaren¹⁸⁴.

Onder meer de Orde van Advocaten verbood tot 2003¹⁸⁵ het voeren van reclame door haar leden, maar heeft haar zienswijze inmiddels enigszins versoepeld.

Dat een en ander hoe dan ook niet in overeenstemming is met de betreffende bepalingen uit de Reclamerichtlijn, waarvan het nochtans de uitdrukkelijke wil was/is van de gemeenschapswetgever deze uitputtend te harmoniseren, lijkt niemand te verontrusten.

Dat de Belgische wetgever met de pas aangenomen nieuwe WMPC een ideale gelegenheid heeft gemist om deze dualiteit te beëindigen en aan de gebrekkige omzetting van de Reclamerichtlijn te verhelpen, valt te betreuen.

Weliswaar is de nieuwe WMPC gestoeld op het ruimere begrip onderneming en dus in principe van toepassing op *“elke natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft”*, doch krachtens art. 3 § 2 van deze wet zijn de beoefenaars van vrije beroepen uitgesloten van het toepassingsgebied ervan.

Dat de wetgever vasthoudt aan een gekunsteld duaal systeem dat niet voldoet aan de vereisten zoals gesteld door de gemeenschapswetgever, wordt ook in de rechtsleer steeds vaker bekritiseerd¹⁸⁶.

Nieuwe wetgevende initiatieven lijken in de maak te zijn¹⁸⁷, doch op concrete resultaten is het mogelijk nog even wachten.

¹⁸³ Art. 6, § 4 wet vrije beroepen, R. STEENNOT, “Nieuwe wetgeving voor beoefenaars van vrije beroepen.”, RW 2003-04, afl. 3, 83.

¹⁸⁴ P. VANLERSBERGHE, “Vrije beroepen en consumentenrecht. De wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen.” In K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER, R. FELTKAMP (eds.), *Tendenzen in het Economisch Recht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 170.

¹⁸⁵ Reglement van de Orde van Vlaamse Balies van 18 september 2002 inzake publiciteit.

¹⁸⁶ R. STEENNOT, “Weg met de wet handelspraktijken, leve de wet marktpraktijken”, *Juristenkrant*, 2010, afl. 207, p. 1; Y. VANDENDRIESSCHE, “De wet marktpraktijken en het vrij beroep: de onderneming-light bevestigt het dualisme”, Mylex, Waarschoot, 2010, p. 102-103; B. PONET, “Korte beschouwingen naar aanleiding van de wetwijziging van 5 juni 2007” in G. STRAETMANS, J. STUYCK, E. TERRYIN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, p. 299-300.

¹⁸⁷ *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, nr. 2340/005, 39 (antwoorden van de minister); zie ook: *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, nr. 2340/005, 48 (antwoorden van de minister); *Parl. St. Senaat*, 2009-2010, nr. 4-1657/3, 5 en 13.

HOOFDSTUK II.: Spanningsvelden met andere domeinen van (gemeenschaps)recht

De regels inzake vergelijkende reclame hebben vanzelfsprekend raakvlakken met wetsbepalingen uit andere rechtsdomeinen.

De vraag dient dan gesteld hoe deze onderscheiden rechtsregels zich tot elkaar verhouden. In dit hoofdstuk wordt gepoogd daarin inzicht te verwerven.

De verhouding van de regels inzake vergelijkende reclame tot die van onderscheiden rechtsdomeinen wordt hieronder nader onderzocht.

Eerst en vooral wordt stilgestaan bij de verhouding van de betreffende regelgeving tot deze van het Merkenrecht.

Verder wordt ook de relatie onderzocht tussen de voorschriften aangaande vergelijkende reclame -en/of de wijze waarop deze i.h.b. door het Hof van Justitie worden geïnterpreteerd- en deze die betrekking hebben op de bescherming van benamingen van oorsprong.

Afdeling II.1. Vergelijkende reclame en Merkenrecht

Sinds de Reclamerichtlijn is merkgebruik in het kader van vergelijkende reclame toegestaan.

Ook overeenkomstig de Merkenrichtlijn was/is het gebruik van andermans merkteken toegestaan in een beperkt aantal gevallen toegestaan¹⁸⁸. De mogelijkheden die de Reclamerichtlijn biedt zijn evenwel aanzienlijk ruimer, zodoende zich de vraag stelt naar de verhouding tussen de in beide Richtlijnen opgenomen regels terzake.

Bovendien is daarmee evenwel nog niet afgebakend hoever dit merkgebruik mag gaan? De vraag kan worden gesteld of men behalve woordmerken ook beeld- en/of geurmerken mag gebruiken en/of men daarbij enkel identieke merken mag gebruiken dan wel of men er zelf variaties op maken, etc.

Welke houding dient men daarbij aan te nemen? Dient de vergelijking en het merkgebruik van de concurrent droog en zakelijk te blijven, of zijn ook een humoristisch of zelfs ietwat agressief gebruik toegelaten?

Daarenboven dient men aandacht te hebben voor de juridische kwalificatie van het merkgebruik in vergelijkende reclame, daar zulks mogelijke implicaties heeft t.a.v. het handhavingsrecht.

¹⁸⁸ Richtlijn 89/104/EG van de Raad van 21 september 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *Pb.*, 1989, L 40/1-7.

Een aantal van deze vragen zijn lang aanleiding geweest tot controverse. In haar arrest O2 vs. HUTCHINSON maakt het Hof van Justitie evenwel duidelijk welk standpunt vanuit het gemeenschapsrecht dient te worden aangenomen t.a.v. deze vragen¹⁸⁹.

Het betreft een arrest gewezen in een zaak waarbij het beeldmerk van het Britse telecombedrijf O2, zijnde bellen in water tegen een blauwe achtergrond, door een concurrerend merk was gebruikt in een vergelijkende reclameboodschap. Het betrof daarbij geen gebruik van een identiek beeldmerk, doch wel van een dat er sterk op gelijkend was.

§ II.1.A.: Verhouding van de Reclamerichtlijn tot de Merkenrichtlijn

De prejudiciële vragen die de Court of Appeal stelde aan het Hof van Justitie strekten ertoe uitlegging te verkrijgen van zowel artikel 3bis, lid 1 van de Reclamerichtlijn, als van de artikelen uit de Merkenrichtlijn waarin het recht van de merkhouders om zich al dan niet te verzetten tegen het gebruik van zijn merk door een derde, wordt afgebakend.

Het Hof van Justitie heeft in haar arrest het verband tussen beide richtlijnen nader gepreciseerd.

Het Hof aanvaardde eerder al dat de noodzaak om vergelijkende reclame te stimuleren, met zich brengt dat de rechten toegekend aan het merk worden beperkt en dat er in principe geen sprake van een merkinbreuk kan zijn wanneer aan alle in de Reclamerichtlijn t.a.v. vergelijkende reclame gestelde toelaatbaarheidsvereisten is voldaan¹⁹⁰.

In het O2 arrest herhaalde het Hof deze stelling en stelde het uitdrukkelijk dat de houder van een merk niet gerechtigd is het gebruik van zijn merk in een vergelijkende reclameboodschap te verbieden, indien aan alle in de Reclamerichtlijn gestelde voorwaarden is voldaan¹⁹¹.

Het Hof maakt bovendien duidelijk dat daarbij geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen een identiek gebruik van het merk, dan wel het gebruik van een met het merk overeenstemmend teken.

Het verwijst daarvoor naar de ruime definitie die het in eerdere arresten¹⁹² aan het begrip vergelijkende reclame gaf en stelt dat van zodra er gebruik wordt gemaakt van een met het merk overeenstemmend teken, “*dat door de gemiddelde consument wordt opgevat als een verwijzing naar deze concurrent*” er sprake is van vergelijkende reclame in de zin van de Reclamerichtlijn¹⁹³.

De Reclamerichtlijn dient derhalve te worden aanzien als de *lex specialis*, die een uitzondering inhoudt op de meer algemene bepalingen uit de Merkenrichtlijn. De bepalingen

¹⁸⁹ H.v.J., 12 juni 2008, O2 Holdings Limited e.a. vs. Hutchinson 3G UK Limited, zaak C-533/06, *Jur.*, 2008, I-04231.

¹⁹⁰ Het Hof van Justitie verwijst daartoe o.m. naar de overwegingen 13-15 van Richtlijn 97/55/EG.

¹⁹¹ H.v.J., 12 juni 2008, o.c., nr. 51.

¹⁹² Zie *supra*, en de bespreking van de arresten TOSHIBA vs. KATUN en de DE LANDTSHEER

¹⁹³ H.v.J., 12 juni 2008, o.c., nr. 44.

uit de Reclamerichtlijn dienen voor zover zij afwijken van deze van de Merkenrichtlijn, te primeren¹⁹⁴.

§ II.1.B.: Aard van de inbreuk en kwalificatie van het merkgebruik in vergelijkende reclame

In de rechtsleer en rechtspraak woedde lange tijd eveneens de discussie over de vraag hoe een en ander diende te worden gekwalificeerd wanneer werd vastgesteld dat een welbepaalde vergelijkende reclameboodschap niet aan de wettelijk daartoe gestelde vereisten voldeed¹⁹⁵.

Betrof het in dat geval een merkinbreuk dan wel een onrechtmatige daad?

Een en ander is in de juridische praktijk van bijzonder groot belang, zowel m.b.t. de de bevoegde rechtbank als m.b.t. het juridisch instrumentarium dat aan de betrokken procespartijen ter beschikking wordt gesteld.

Daarbij zijn in het bijzonder van belang de artikelen 2.21 en 2.22 van het Benelux Verdrag van 25 februari 2005 inzake de Individuele Eigendom¹⁹⁶, alsook de sancties die te vinden zijn in de Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten¹⁹⁷.

Deze voorzien o.m. in de mogelijkheid om –ingeval van merkinbreuk- tot een meer uitgebreide proceskostenveroordeling, dan voorzien in het gerechtelijk wetboek.

Ook het gegeven dat wanneer het gaat om een onrechtmatige daad art. 103 WMPC voorziet in een principiële omkering van de bewijslast, in die zin dat het de adverteerder is die het bewijs dient te leveren van de materiële juistheid van de feitelijke gegevens die hij in de vergelijkende reclameboodschap meedeelt, is vanuit procesrechtelijk oogpunt niet onbelangrijk.

Het leidt dan ook geen twijfel dat deze vraag niet louter van academisch belang was/is, doch voor de betrokken partijen verregaande gevolgen kon hebben.

Verder was in dit verband eveneens de vraag van belang hoe het merkgebruik in vergelijkende reclame diende te worden gekwalificeerd.

¹⁹⁴ Zie in dezelfde zin ook G. SORREAU, 'Publicité comparative: faut-il encore se soucier du droit des marques?', *R.D.C.*, 2009, afl. 4, p. 364; alsook G., VOS en J. VAN DEN BERG, 'De geldige reden in het merkenrecht', *BMM Bulletin*, 2003, afl. 2, p. 84.

¹⁹⁵ Zie o.m. R. STEENNOT, 'Kroniek handelspraktijken 1999-2004', *R.W.*, 2005, p. 521-538; X. VERMANDELE, 'Publicité comparative: aperçu de la jurisprudence belge récente', *D.C.C.R.*, 2005, p. 34-54.

¹⁹⁶ *B.S.*, 26 april 2004.

¹⁹⁷ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *Pb.* 2004, L-157, p. 45-86. In België geïmplementeerd middels de Wet van 9 mei 2007 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten (*B.S.*, 10 mei 2007) en de Wet van 10 mei 2007 (*B.S.*, 14 mei 2007) betreffende de aspecten van gerechtelijk recht van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten. Zie hierover eveneens M.-C., JANSSENS, 'De metamorfose van artikel 96 WHPC ten gevolge van de nieuwe wetgeving over handhaving van intellectuele rechten, in *De Wet Handelspraktijken anno 2008*, Kluwer, 2008, p. 187 e.v.

Betrof het een gebruik in de zin van artikel 5 lid 1 van de Merkenrichtlijn, waar het gebruik wordt gesanctioneerd van een merk ter onderscheiding van de waren /diensten van de adverteerder zelf, dan wel een gebruik in de zin van art. 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn, een zgn. “ander” gebruik?

Immers was/is dat art. 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn, in tegenstelling tot art. 5 lid 1, niet in alle Lidstaten toepasbaar is. Artikel 5 lid 5 bepaalt dat aan de lidstaten de vrijheid wordt gelaten de merkhouder het recht te verlenen zich te verzetten tegen een gebruik van zijn merk anders dan ter onderscheiding van zijn waren of diensten¹⁹⁸.

In de Beneluxmerkenwet is deze door de gemeenschapswetgever gelaten vrijheid bijvoorbeeld aangegrepen om te voorzien in een bescherming van de merkhouder tegen het gebruik van zijn merk anders dan ter onderscheiding van waren of diensten¹⁹⁹. Evenwel hebben niet alle lidstaten (op dezelfde manier) van deze vrijheid gebruik gemaakt.

Dit betekent dan ook dat indien het gebruik van het merk wordt gekwalificeerd als een gebruik in de zin van art. 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn, een eventuele inbreuk zou kunnen worden gesanctioneerd onder het merkenrecht, evenwel enkel in die landen waar aan deze bepaling uit de Merkenrichtlijn uitwerking is gegeven.

In landen waar deze bepaling uit de merkenrichtlijn geen betekenis heeft in de nationale rechtsorde, geldt dan dat een eventuele inbreuk per definitie enkel kan worden gesanctioneerd als een onrechtmatige daad.

De discussie of een eventuele tekortkoming aan de toelaatbaarheidsvereisten gesteld aan vergelijkende reclame een merkinbreuk dan wel een onrechtmatige daad uitmaakt, was dus evenzeer afhankelijk van de kwalificatie van het merkgebruik in vergelijkende reclame.

Indien het diende te worden gekwalificeerd als een ander gebruik in de zin van art. 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn, dan kon een inbreuk in die lidstaten die aan deze bepaling geen uitwerking hadden gegeven, enkel onder het toepassingsgebied van de regelgeving inzake onrechtmatige daad vallen. Met alle consequenties vandien.

Het merendeel van de rechtsleer in de Benelux pleitte nochtans voor deze laatste mogelijkheid, waarbij het merkgebruik in vergelijkende reclame werd gekwalificeerd als een gebruik in de zin van art. 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn²⁰⁰.

Dat zulks enigszins haaks stond op de nochtans duidelijke bedoeling van de gemeenschapswetgever om de voorwaarden waaraan vergelijkende reclame dient te voldoen uitputtend te harmoniseren²⁰¹, scheen daarbij niet te deren.

¹⁹⁸ In zo ver er überhaupt al discussie over zou kunnen bestaan, heeft het Hof van Justitie uitdrukkelijk bevestigd dat deze bepaling van de Merkenrichtlijn “niet onder de communautaire harmonisatie valt”. Zie H.v.J., 21 november 2002, Robelco NV vs. Robeco Groep NV, zaak C-23/01, rr. 31.

¹⁹⁹ Eigenlijk was/is het omgekeerd en is artikel 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn geschreven in functie van de op dat ogenblik overeenkomstig het Beneluxmerkenrecht al aan de merkhouder toegekende recht om zich te verzetten tegen het gebruik van zijn merk anders dan ter onderscheiding van waren of diensten. Dit wordt door het Hof van Justitie impliciet aangegeven in haar arrest Robelco vs. Robeco. Zie H.v.J., 21 november 2002, o.c., rr. 25.

²⁰⁰ Zie o.m. S. DEBAENE, ‘Capita selecta betreffende vergelijkende reclame in België’, o.c., p. 130, die aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie deze stelling verdedigt. Voor Nederland zie een vergelijkbare argumentatie uiteengezet in P. REESKAMP, ‘Het HvJ EG over merkgebruik in vergelijkende reclame’, *BMM Bulletin*, 2007, afl. 3, p. 106-114.

(1) Kwalificatie van het merkgebruik in vergelijkende reclame door het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie heeft deze discussie op heden evenwel definitief beslecht. Zo lijkt het althans na lezing van haar arrest in de zaak O2 vs. HUTCHINSON.

Het Hof verduidelijkt dat vergelijkende reclame steeds beoogt de waren en diensten van de adverteerder en/of de kenmerken daarvan te onderscheiden van concurrerende waren en diensten.

Om die reden is het Hof oordeelt het Hof dat:

“Het gebruik dat een adverteerder in een vergelijkende reclame maakt van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met het merk van een concurrent, om de door laatstgenoemde aangeboden waren of diensten aan te duiden, ... neerkomt op een gebruik voor de waren of diensten van de adverteerder zelf, in de zin van artikel 5, leden 1 en 2 van richtlijn 89/104”²⁰².

De discussie over de kwalificatie van het merkgebruik in vergelijkende reclame lijkt daarmee dus definitief van de baan.

(2) Aard van de inbreuk: onrechtmatige daad of merkinbreuk?

Tegelijk beantwoordt het Hof in datzelfde arrest de daarmee samenhangende vraag of een vergelijkende reclame die niet voldoet aan de voorwaarden gesteld in de Reclamerichtlijn kan worden gesanctioneerd vanuit het merkenrecht, dan wel of het een onrechtmatige daad uitmaakt.

Hoewel deze vraag niet als dusdanig aan het Hof was voorgelegd door de verwijzingsrechter, blijkt uit de in het arrest opgebouwde argumentatie dat het Hof de discussie daaromtrent wel degelijk heeft willen beslechten.

De verwijzingsrechter had immers wel een prejudiciële vraag gesteld aangaande de uitlegging van artikel 5, lid 1 van de Merkenrichtlijn.

Meer bepaald diende het Hof na te gaan hoe het onder art. 5 lid 1 sub b van de Merkenrichtlijn gesanctioneerde recht van de merkhouders zich te verzetten tegen het gebruik van een met zijn merk overeenstemmend teken indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, zich verhoudt tot art. 3bis, lid 1 sub d van de Reclamerichtlijn, waarin vervat het verbod van verwarringstichtende vergelijkende reclame.

Het Hof stelde m.b.t. hiermee dat deze beide bepalingen quasi inwisselbaar zijn. M.a.w. wanneer sprake is van verwarring in een vergelijkende reclameboodschap, in

²⁰¹ Zie supra.

²⁰² H.v.J., 21 november 2002, o.c., rr. 36.

de zin dat is voldaan aan de voorwaarde gesteld in art. 5, lid 1 sub b van de merkenrichtlijn om het gebruik van een met het merk overeenstemmend teken te verbieden, dan kan diezelfde reclame onmogelijk voldoen aan de in art. 3bis, lid 1 sub de gestelde voorwaarde van de Reclamerichtlijn²⁰³.

Het Hof oordeelde daarop vanuit een a contratio redenering dat artikel 5, lid 1 sub b van de merkenrichtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat:

“... de houder van een ingeschreven merk niet gerechtigd is te doen verbieden dat een derde in vergelijkende reclame gebruikmaakt van een met dit merk overeenstemmend teken ... indien dit gebruik niet leidt tot verwarringsgevaar bij het publiek, en dit ongeacht of die vergelijkende reclame voldoet aan de in artikel 3 bis van de richtlijn 84/450 genoemde voorwaarden voor geoorlooftheid” (eigen onderlijning)²⁰⁴.

Het Hof stelt hier derhalve – in een voor het overige bijna plomp verloren overweging – dat een schending van de vereisten voor geoorlooftheid voor vergelijkende reclame uit de Reclamerichtlijn, géén reden is om te besluiten tot een merkinbreuk.

Dit is enkel het geval wanneer onzuivere vergelijkende reclame verwarring veroorzaakt in de zin van art. 3 bis, lid 1, sub d van die Richtlijn (want dan is per definitie eveneens voldaan aan de in art. 5, lid 1 sub b van de merkenrichtlijn gestelde vereiste).

Al dient deze gevolgtrekking uit het arrest inzake O2 vs. HUTCHINSON m.i. nog enigszins te worden genuanceerd.

Het Hof sprak zich in dit arrest enkel uit over de betekenis van art. 5 lid 1, sub b uit de Merkenrichtlijn. Vanzelfsprekend kon zij dan enkel tot een merkinbreuk besluiten wanneer aan de vereiste gesteld in die bepaling was voldaan.

Ik meen evenwel dat een vergelijkende redenering dient te worden gevolgd voor al de toelaatbaarheidsvereisten uit de Reclamerichtlijn die correleren met één van de in de Merkenrichtlijn beschermde merkenrechtelijke aspecten.

M.n. – behalve het verbod op verwarringstichting- eveneens het verbod om middels het gebruik van andermans merk, diens goede naam of reputatie te schaden, afbreuk te doen aan het onderscheidend vermogen van het merk en/of er ongerechtvaardigd voordeel uit te trekken.

Immers gelden deze behalve als toelaatbaarheidsvoorwaarden voor vergelijkende reclame overeenkomstig de Reclamerichtlijn eveneens als gronden voor de merkhouder om een dergelijk merkgebruik door derden te verbieden.

Wanneer de toelaatbaarheidsvoorwaarde waarop de inbreuk betrekking heeft voortvloeit uit de vereisten voor eerlijke mededinging, kan er in die interpretatie van een merkinbreuk geen sprake zijn en dient een en ander gesanctioneerd als een

²⁰³ H.v.J., 12 juni 2008, o.c., nr. 46.

²⁰⁴ H.v.J., 12 juni 2008, o.c., nr. 69.

onrechtmatige daad. Wanneer de inbreuk evenwel betrekking heeft op een merkgerelateerde beschermde waarde, welke bovendien eveneens uitdrukkelijk wordt gesanctioneerd in de Merkenrichtlijn, lijkt het mij dat er wel degelijk kan worden besloten tot een merkinbreuk²⁰⁵.

Ook nog, of zelfs te meer zo, na het O2-arrest van het Hof van Justitie.

Al lijkt het op het eerste zicht dat over deze vragen - i.h.b. deze m.b.t. de aard van de inbreuk als zijnde een merkinbreuk dan wel een onrechtmatige daad- ook na het hier besproken arrest van het Hof van Justitie, toch nog geen algemene eensgezindheid te bestaan²⁰⁶.

De discussie behoort mogelijk dus toch nog niet helemaal tot het verleden.

Afdeling II.2.: Vergelijkende reclame en de bescherming van benamingen van oorsprong

Hoger is reeds uiteengezet welke interpretatie het Hof van Justitie geeft aan de in art. 3, lid 1 sub f van de Reclamerichtlijn opgenomen toelaatbaarheidsvereiste, volgens dewelke vergelijkingen die betrekking hebben op producten met een benaming van oorsprong enkel betrekking mogen hebben op producten met dezelfde benaming van oorsprong²⁰⁷.

Terugvallend op haar vaste rechtspraak overeenkomstig dewelke de aan vergelijkende reclame gestelde voorwaarden dienen te worden uitgelegd in de meest gunstige zin, meent het Hof dat een absoluut verbod om producten zonder benaming van oorsprong te vergelijken met producten die wel een oorsprongbenaming hebben, onmogelijk in overeenstemming kan zijn met de bedoelingen van de gemeenschapswetgever.

In haar hoger reeds vaker aangehaalde arrest DE LANDTSHEER stelde het Hof daaromtrent dat:

*“Wanneer alle andere voorwaarden voor geoorloofdheid van vergelijkende reclame zijn vervuld, zou bescherming van producten met een benaming van oorsprong ten gevolge waarvan het absoluut verboden was om producten zonder benaming van oorsprong te vergelijken met andere producten die wel een dergelijke benaming hebben, ongerechtvaardigd zijn”*²⁰⁸.

Het Hof van Justitie laat derhalve een opening voor het maken van objectieve vergelijkingen tussen producten zonder en met oorsprongsbenaming, in zover deze ertoe strekken de verschillen tussen deze producten te doen uitkomen.

²⁰⁵ Voor eenzelfde interpretatie –overigens verschenen vóórdat het Hof van Justitie haar arrest had gewezen in de zaak O2 vs. HUTCHINSON- zie P. REESKAMP ‘Het HvJ EG over merkgebruik in vergelijkende reclame’, o.c., p. 108-109.

²⁰⁶ Zie o.m. H.v.J., 12 juni 2008, O2 vs. HUTCHINSON, IER, 2008, afl. 4, p. 218 + noot.

²⁰⁷ Zie supra, sub

²⁰⁸ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 67-70.

Hoger gaf ik reeds aan dat deze lezing die het Hof aan de desbetreffende bepalingen uit de Reclamerichtlijn geeft, m.i. ten eerste bevreemdt²⁰⁹.

Het Hof gaat blijkbaar immers geheel en al voorbij aan de bijzonder ernstige interpretatieproblemen wanneer dit standpunt wordt afgewogen tegenover de toepasselijke bepalingen uit de Verordening inzake geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen²¹⁰.

Artikel 13 van deze Verordening bepaalt waartegen deze oorsprongsbenamingen dienen te worden beschermd.

Deze bepalingen zijn omgezet in Belgisch recht en opgenomen in de artikelen 199 t/m 122 WMPC.

In zo ver deze bescherming ertoe strekt producten met een beschermde benaming van oorsprong te beschermen tegen *“misbruik”, “nabootsing”, “valse of misleidende aanduidingen”* m.b.t. de herkomst van deze producten, of *“elke andere praktijk die het publiek ten aanzien van de werkelijke oorsprong van het product kan misleiden”*, of die *“tot misverstanden over de oorsprong van het product aanleiding kan geven”*²¹¹, of nog die zouden toelaten *“dat wordt geprofiteerd van de reputatie van deze beschermde benaming”*, kan het standpunt van het Hof van Justitie zoals blijkt uit haar arrest de LANDTSHEER nog enigszins worden bijgetreden.

De bescherming waarin in deze bepalingen voorzien krachtens de Verordening 2081/92/EG is inhoudelijk quasi gelijk met deze waarin de toelaatbaarheidsvereisten zoals opgenomen in de Reclamerichtlijn voorziet.

Ook die toelaatbaarheidsvereisten verzekeren dat geen vergelijkingen kunnen worden gemaakt die betrekking hebben op producten met een oorsprongsbenaming, die de consument/geadresseerde van de vergelijkende reclameboodschap kunnen misleiden en/of verwarren omtrent de werkelijke herkomst van de producten en/of die producten zonder oorsprongsbenaming zouden voorstellen als een imitatie of nabootsing van producten die wel een dergelijke oorsprongsbenaming hebben, of nog die de adverteerder zouden toelaten een oneerlijk voordeel te halen uit deze vergelijking²¹².

Tot daar stelt zich dan ook geen probleem inzake een mogelijke tegenstrijdigheid tussen wat betreft de bepalingen uit de Reclamerichtlijn en de inhoud van Verordening 2081/92/EG zoals deze werd omgezet in nationaal recht.

Een dergelijk probleem stelt zich m.b.t. art. 119 § 1 sub a WMPC, welke een woordelijke overname is van de tekst van art. 13, lid 1 sub a van de Verordening 2081/92/EG.

²⁰⁹ Hoger werd reeds verwezen naar het standpunt van Advocaat-generaal MENGIOZZI die in zijn conclusie de stelling verdedigde dat krachtens art 3 bis, lid 1, sub e en f van de Reclamerichtlijn vergelijkende reclame die betrekking had op een product met een oorsprongsbenaming enkel toegelaten was in die gevallen waar werd vergeleken met producten met dezelfde benaming van oorsprong. Zie supra, sub § I.2.C. 6) – p. 31-32.

²¹⁰ Verordening 2081/92/EG van de Raad van 14 juli 1992 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen, *Pb.*, 1992, L 208/1.

²¹¹ Art. 199 § 1 sub b, c, d WMPC.

²¹² Art. 3 bis, lid 1 sub a, d, g, h.

Krachtens deze bepaling wordt eveneens beteugeld:

“...elk rechtstreeks of onrechtstreeks gebruik door de handel van een geregistreerde benaming voor producten die niet onder de registratie vallen, voor zover deze producten vergelijkbaar zijn met de onder deze benaming geregistreerde producten of voor zover het gebruik van de benaming betekent dat wordt geprofiteerd van de reputatie van deze beschermde benaming”.

M.i. laat deze bepaling weinig ruimte voor interpretatie. Producten met een geregistreerde benaming dienen te worden beschermd tegen elk rechtstreeks gebruik of onrechtstreeks gebruik van deze benaming, voor zover deze betrekking hebben op vergelijkbare producten.

Waar m.b.t. de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame de minstens gedeeltelijke onderlinge substitueerbaarheid van producten net een voorwaarde is om op geoorloofde wijze te kunnen vergelijken, is dit in het kader van de wettelijke bepalingen inzake bescherming van oorsprongsbenamingen net een ondubbelzinnige grond om deze te verbieden.

Reden waarom art. 3 bis, lid 1 sub f deze bepaling a.h.w. overneemt en uitdrukkelijk stelt dat vergelijkende reclame voor producten met een benaming van oorsprong, enkel is toegelaten voor zover deze betrekking heeft op producten met dezelfde benaming.

Intellectuele acrobatieën om tot een andere lezing van beide artikelen te komen zijn overbodig. Wat betreft de door het Hof van Justitie in haar arrest DE LANDTSHEER aangedragen argumentatie om toch tot een andere invulling te komen, is de spoeling eerder dun.

Behalve dat het Hof de wil van de gemeenschapswetgever om de bepalingen inzake vergelijkende reclame uit te leggen in de meest gunstige zin, als een soort mantra in de weegschaal werpt, is er weinig tot niets terug te vinden qua onderbouwde argumenten.

De interpretatie van het Hof van Justitie is gesteund op één enkel argument, voortvloeiend uit de overweging dat art. 3 bis, lid 1 sub f dient te worden gelezen samen met art. 3 bis, lid 1 sub g, hetwelk volgens het Hof elk “*nuttig effect*” zou verliezen indien producten zonder een benaming van oorsprong niet zouden mogen worden vergeleken met andere producten die wel een dergelijke benaming hebben”²¹³.

Dit argument is weinig overtuigend. Het is bovendien volstrekt niet zo dat art. 3 bis, lid 1 sub g elk nuttig effect zou verliezen indien vergelijkingen tussen producten met en zonder (of een andere) benaming van oorsprong verboden zouden zijn. De ene bepaling kan net zo goed worden aanzien als een bijzondere toepassing van de andere. Dus net ten einde producten met een benaming van oorsprong nóg beter te beschermen²¹⁴.

Bovendien gaat het Hof van Justitie geheel en al voorbij aan de wil van de gemeenschapswetgever zoals deze ondubbelzinnig blijkt uit overweging 12 van de Considerans van de Richtlijn 97/55/EG, waar wordt gesteld dat bij het vaststellen van de

²¹³ H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer, o.c., rr. 66-67. Zie tevens bij de bespreking van dit arrest hierboven.

²¹⁴ Zie in die zin ook advocaat-generaal MENGIOZZI in zijn conclusie bij het arrest DE LANDTSHEER (Conclusie van advocaat-generaal P. Mengiozzi van 30 november 2006, zaak C-381/05, ro. 121-122).

voorwaarden waaraan vergelijkende reclame dient te voldoen, “*met name rekening dient te worden gehouden met de voorschriften die voortvloeien uit Verordening EEG nr. 2081/92 van de Raad van 14 juli 1992 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen ... inzonderheid artikel 13 daarvan*” (eigen onderlijning)²¹⁵.

Het spreekt voor zich dat een dergelijke interpretatie *contra legem*, gesteund op één enkel uiterst discutabel argument, niet kan worden gevolgd.

Evenwel trof ik in de rechtsleer tot nog toe weinig stemmen aan die ingingen tegen deze interpretatie door het Hof van Justitie.

De kan dat het Hof in de nabije toekomst terugkomt op deze interpretatie, lijkt – ondanks de m.i. duidelijke tekortkomingen ervan- hoe dan ook niet bijzonder groot.

²¹⁵ Zie overweging 12 bij de Richtlijn 97/55/EG, o.c.

III. Vergelijkende reclame vergeleken: enkele bedenkingen na een kort rechtsvergelijkend onderzoek met de Nederlandse rechtspraak

Hoger werd reeds uiteengezet hoe de verschillen die voor de invoering van de Richtlijn 97/55/EG inzake vergelijkende reclame bestonden in de rechtstelsels van de lidstaten van EG en het belang –zowel vanuit economisch als juridisch oogpunt- om ook op dit vlak tot een daadwerkelijk één gemaakte markt te komen, ertoe heeft geleid dat de gemeenschapswetgever –zij het niet zonder enig dralen- ervoor heeft geopteerd de wetgeving van de onderscheiden lidstaten uitputtend te harmoniseren.

De gemeenschapswetgever voorzag immers met de Reclamerichtlijn in een maximale harmonisatie. Dit betekent dat de nationale wetgevers worden verplicht de nationale wettelijke voorschriften inzake vergelijkende reclame aan te passen aan Reclamerichtlijn en een verbod geldt om strengere voorwaarden op te leggen voor het voeren van vergelijkende reclame dan die welke de gemeenschapswetgever heeft opgelegd.

De harmonisatie van de inhoud van de terzake geldende wettelijke bepalingen, daarin begrepen de definities van de bij vergelijkende reclame betrokken begrippen en de toepassingsvoorwaarden, betekent evenwel nog niet automatisch dat deze in onderscheiden rechtstelsels van de lidstaten op identieke wijze worden toegepast.

Het Hof van Justitie heeft sedert de invoering van de Reclamerichtlijn een aantal richtinggevende arresten gewezen, waarin het heeft getracht de voornaamste vragen in verband met de interpretatie en toepassing van de bepalingen uit de richtlijn te beantwoorden.

Dat er mogelijk toch nog minieme verschillen kunnen worden vastgesteld inzake de manier waarop deze door de rechtscollages uit de onderscheiden lidstaten worden toegepast, hoeft niet te verwonderen. Elk rechtstelsel heeft zijn eigen specificiteit en de toepassing van de desbetreffende regels vergt steeds een beoordeling in concreto, die door onderscheiden rechters –zelfs wanneer deze zetelen op het grondgebied van eenzelfde lidstaat- verschillend kunnen worden ingevuld.

Afdeling III.1. Vergelijkende reclame naar Nederlands recht

Zoals reeds aangegeven is de wettekst die de bepalingen uit de Reclamerichtlijn implementeert in de Nederlandse rechtsorde, inhoudelijk quasi woordelijk identiek aan deze van artikel 19 van onze WMPC.

Dit is niet verwonderlijk gelet op de door de gemeenschapswetgever beoogde maximale harmonisatie van de toepasselijke nationale wettelijke bepalingen.

In Nederland zijn deze bepalingen terug te vinden in artikel 6:194a B.W., doch ze lezen dus identiek.

Uit de voorbereidingen voor deze masterproef is gebleken dat ook wat betreft de invulling die er door de rechtspraak aan wordt gegeven, weinig spectaculaire verschillen kunnen worden gevonden.

Alleen lijkt het dat de rechtspraak in Nederland zich iets vaker op de vingers getikt heeft gevoeld door de hoger reeds uitvoerig besproken arresten gewezen door het Hof van Justitie.

Waar er toch kleine verschillen zijn aan te wijzen of waar opvallende uitspraken van rechtscolleges konden worden teruggevonden, wordt hieronder kort aandacht aan besteed.

§ 3.I.A. De definitie van vergelijkende reclame en de toepassingsvoorwaarden naar Nederlands recht

(1) Definitie

Net als in ons land, wordt deze definitie in het Nederlandse recht bijzonder ruim ingevuld. Gelet op het gegeven dat de Nederlandse wetgever, alsook de rechtspraak, traditioneel veel toegeeflijker stonden –ook reeds vóór de invoering van de Reclamerichtlijn²¹⁶– dan in ons land het geval was, dient het niet te verwonderen dat dit ook nu nog doorwerkt.

Artikel 6:194a BW vat in het eerste lid aan met de definitie van vergelijkende reclame, welke overeenstemt met de definitie gegeven door de gemeenschapswetgever in de Reclamerichtlijn en welke ruim wordt ingevuld.

Opmerkelijk is evenwel een vonnis waarin wordt geoordeeld dat het reclamevoeren voor een vleesvervangend product onder de slogan “*lekker geen vlees*” werd geacht niet als vergelijkende reclame te kunnen worden beschouwd²¹⁷.

Voor zover ik heb kunnen nagaan betrof het hier evenwel een vonnis dat kan gelden als een uitzondering op de algemene tendens in de Nederlandse rechtspraak.

(2) – (3) Niet misleidend – Enkel goederen of diensten vergelijken die in dezelfde behoefte voorzien en/of voor hetzelfde doel bestemd zijn

Aangaande deze twee toelaatbaarheidsvereisten, gesteld in art. artikel 6:194a lid 2 a resp. b, kon geen rechtspraak worden teruggevonden die relevant afwijkt van de rechtspraak in België en/of deze van het Hof van Justitie.

De Memorie van toelichting bij de Nederlandse implementatiewet stelt dat deze voorwaarde niet te ruim dient te worden uitgelegd, maar anderzijds ook niet mag worden beperkt tot identieke producten²¹⁸.

²¹⁶ Zie supra, sub afdeling I.2 – p. 9.

²¹⁷ Vrz. Rb. Arnhem, 11 mei 2005, besproken in E. HOOGENRAAD, ‘Kijk en vergelijk: vergelijkende reclame in Nederland’, *BMM Bulletin*, 2007, afl. 3, p. 116.

²¹⁸ Memorie van Toelichting bij art. 6:194a, lid 2 sub b BW, 27-619, nr. 3, p. 15.

Veel uitwerking is aan deze overweging niet gegeven in de Nederlandse rechtspraak.

Sedert de hoger besproken arresten LIDL vs. COLRUYT en DE LANDTSHEER van het Hof van Justitie, is er bovendien nog weinig ruimte voor afwijkende interpretaties dan deze welke gegeven door het Hof.

(4) De vergelijking dient objectief te zijn en betrekking te hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen of diensten

Ook inzake deze in art. 6:194a lid 1 c gestelde vereiste wordt min of meer ingevuld zoals dat in de Belgische rechtspraak het geval is.

Ook in Nederland betekende de vereiste tot het maken van een objectieve vergelijking bijvoorbeeld niet, dat vergelijkingen welke betrekking hadden/hebben op *an sich* subjectieve kenmerken als de smaak van voedingswaren, niet geoorloofd zou zijn²¹⁹.

Net zoals in ons land was de rechtspraak reeds die mening toegedaan voordat het Hof van Justitie (EG) haar in dat verband bijzonder relevante arrest had gewezen inzake LIDL vs. COLRUYT²²⁰.

Ook in Nederland wordt bovendien de rechtspraak gevolgd van het Hof van Justitie, waarin uitdrukkelijk wordt voorgehouden dat de keuze om één dan wel meer kenmerken van producten van onderscheiden producenten te vergelijken, in principe toekomt aan de adverteerder zelf.

Dit principe wordt zelfs uitdrukkelijk verdedigd in de Memorie van toelichting bij de implementatiewet²²¹.

Een rechterlijke uitspraak waarbij een slogan wordt verboden waarin enkel wordt aangegeven dat men goedkoper is dan de concurrent zonder uit te weiden over een eventueel verschil in kwaliteit tussen beiden²²², dient te worden aanzien als de spreekwoordelijke uitzondering ter bevestiging van de algemene regel.

Temeer daar in Nederland het gebruik van contra-advertenties nogal gebruikelijk is. Dit zijn reclameadvertenties die worden geplaatst in reactie op een door een concurrent gevoerde onvolledige vergelijkende reclame²²³.

²¹⁹ Hof Den Bosch, 24 maart 2003, *I.E.R.*, 2003, p. 54.

²²⁰ Zie *supra*.

²²¹ Memorie van Toelichting bij art. 6:194a, lid 2 sub b BW, 27-619, nr. 3, p. 16.

²²² Rb. Den Haag, 25 oktober 2006, *I.E.R.*, 2007, p. 16.

²²³ Zie hierover E. HOOGENRAAD, 'Kijk en vergelijk: vergelijkende reclame in Nederland', o.c. p. 117-118.

(5) Verbod om verwarring te veroorzaken met concurrerende handelaren of met hun merken, handelsnamen, goederen of diensten of andere onderscheidende kenmerken

Van de toepassing van dit verbod -in Nederland krachtens art. 6:194a BW, lid 1 d, vond ik geen relevante voorbeelden terug, zodoende ik deze voorwaarde hieronder verder niet beschouw.

(6) De vergelijkende reclameboodschap mag niet de goede naam schaden van en zich niet kleinerend uitlaten over een concurrent

Deze voorwaarde wordt omschreven in art. 6:194a, lid 1 e BW en wordt in grote lijnen toegepast op een wijze die uniform is aan de toepassing in de Belgische rechtspraak.

Al blijft de toepassing van dit verbod in grote mate afhankelijk van de feitenappreciatie door de rechter.

Immers vanaf wanneer is er sprake van een “*schade aan de goede naam*” van een concurrent en/of wat dient te worden begrepen onder uitlatingen die “*kleinerend*” zijn?

Uit de praktijkvoorbeelden die ik kon terugvinden heb ik alleszins de indruk dat in de Nederlandse rechtspraak dergelijke betwistingen worden beoordeeld met iets minder humor.

In een parodiërende reclamespot van fastfoodketen Burgerking, werd de mascotte van concurrent McDonald's opgevoerd, de clown Ronald McDonald.

Deze ging zich in het reclamespotje stiekem bevoorraden bij concurrent Burgerking.

Door de Nederlandse rechter werd deze televisiespot verboden (!) omdat deze overeenkomstig art. 6:194a, lid 1 e, afbreuk zou doen aan de reputatie van concurrent McDonald's.

In de reclame werd Ronald McDonald, n.b. een beschermd beeldmerk, belachelijk gemaakt, volgens de rechter. Daardoor liet Burgerking zich bovendien kleinerend uit over haar concurrent²²⁴.

Hoewel deze rechterlijke uitspraak ook in de Nederlandse rechtsleer werd verweten niet alleen blijk te geven van een gebrekkig gevoel voor humor, doch tevens van een gebrekkige voeling met de wil van de gemeenschapswetgever²²⁵, lijkt de meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak een andere mening toegedaan.

Soms wordt zelfs voorgehouden dat de vergelijking neutraal dient te zijn, niet enkel naar inhoud, doch tevens wat betreft presentatie. Lachen lijkt dan niet meer te mogen²²⁶.

²²⁴ Vrz. Rb. Amsterdam, 13 januari 2005, *I.E.R.*, 2005, 43.

²²⁵ E. HOOGENRAAD, ‘Kijk en vergelijk: vergelijkende reclame in Nederland’, o.c. p. 122.

²²⁶ Hof Arnhem, 20 maart 2007, *I.E.R.*, 2007, 54.

(7) Wat betreft de overige toelaatbaarheidsvereisten

De overige toelaatbaarheidsvereisten, terug te vinden in art. 6:194a BW, lid 1 f t/m h, met name deze met betrekking tot vergelijkingen welke betrekking hebben op producten met een benaming van oorsprong, het verbod om oneerlijk voordeel te halen uit de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenaming van concurrerende producten, alsook het verbod om goederen of diensten voor te stellen als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam, kon weinig relevante rechtspraak worden teruggevonden.

Een en ander illustreert mijn inziens enkel hoe de gemeenschapswetgever in grote mate geslaagd is in zijn opzet om tot een maximale harmonisatie te komen van de desbetreffende regelgeving.

HOOFDSTUK IV: Vergelijkende reclame als marketingstrategie en de invloed op de consument

In wat voorafging, hebben we de juridische aspecten van vergelijkende reclame besproken.

Volledigheidshalve lijkt het mij aangewezen het tevens kort te beschouwen vanuit socio-economisch oogpunt. Hieronder bespreek ik het ontstaan, de veronderstelde voor- en nadelen van het vergelijkend reclameformat alsmede zijn effectiviteit.

In dit hoofdstuk spreek ik vaak over “de consument” wanneer ik de geadresseerde van de reclameboodschap bedoel²²⁷. Dit komt omdat in dit domein vaak onderzoek werd gedaan bij “consumenten”, doelend op de kopers van de gepromote goederen en/of diensten.

Afdeling IV.1.: Ontstaan van vergelijkende reclame

Consumenten worden dagelijks bestookt met allerlei commerciële boodschappen en om hiertussen op te vallen en de aandacht te trekken van de consument wordt een steeds grotere inventiviteit vereist²²⁸. Een meer agressievere vorm van reclamevoeren waarbij de concurrent wordt aangevallen kan een mogelijke manier zijn om de aandacht van de consument te trekken.

Vergelijkende reclame vindt zijn oorsprong in de Verenigde Staten, waar adverteerders reeds in de jaren '70 van de vorige eeuw via vergelijkingen met concurrenten de consument trachtten te overtuigen van de kwaliteiten van hun product of dienst.

Voordien werd door Amerikaanse adverteerders reeds gebruik gemaakt van “merk X” – vergelijkingen. Aangezien de concurrent hierbij niet expliciet genoemd werd, zag men hier geen graten in. Reeds in 1931 vinden we deze vorm van impliciet vergelijkende reclame terug²²⁹: Automerk Chrysler lanceerde zijn nieuwe model ‘Plymouth’ met de slogan “Look at All Three” and “may the best car win”. Met “All three” alludeerde men op de Plymouth en de twee automarktleiders van die tijd.

Een tweede vroeg voorbeeld dateert van 1962: autoverhuurbedrijf Avis vergeleek zich impliciet met Hertz (nummer 1 op die markt toen) door te stellen dat zij nummer 2 op de markt waren, maar net daarom veel klantvriendelijker waren en zich geen fouten konden permitteren. De voorbeelden in dit stadium zijn echter schaars, omdat adverteerders voornamelijk vreesden dat consumenten eerder negatief zouden reageren op dit reclameformat en sympathie zouden krijgen voor de ‘underdog’, zijnde de concurrent.

²²⁷ Hieronder hanteer ik bijgevolg niet de juridische definitie van consument, waardoor verkopers die producten of diensten aankopen om deze uitsluitend of hoofdzakelijk aan te wenden voor beroepsdoeleinden buiten dit hoofdstuk zouden vallen.

²²⁸ Later zullen we zien dat dit een *conditio sine qua non* is opdat de reclame effect zou ressorteren.

²²⁹ W. WILKIE en P. FARRIS, *Journal of Marketing*, Vol. 39, No 4 (Oct 1975), p. 7-15.

De overheid, de industrie en de media stonden ook negatief ten opzichte van deze vorm van reclame²³⁰: gebruik van de naam van de concurrent zonder diens expliciete toestemming was verboden. Dit ligt in de lijn van de houding waarin Europa volhardde tot de jaren '90 van de vorige eeuw.

De Federal Trade Commission (hierna FTC)²³¹ echter vond in 1971 “merk X”-vergelijkingen misleidend voor de consument en was voorstander van expliciet vergelijkende reclame.

Hiervoor had de FTC verschillende redenen. Expliciet vergelijkende reclame zou (i) de consument beter informeren waardoor hij in staat is meer rationele aankoopbeslissingen te nemen, (ii) hem minder in verwarring brengen en (iii) de concurrentie tussen verkopers/fabrikanten aanwakkeren. Zo zouden zij gedwongen worden om steeds betere en innoverende producten te maken om te kunnen blijven overleven.

In 1979 vertaalde dit zich in een officiële verklaring van de FTC namelijk de ‘Statement of policy regarding comparative advertising’. Uit deze verklaring kon men afleiden dat de FTC vergelijkende reclame genegen was, op voorwaarde dat de vergelijking duidelijk, waarheidsgetrouw en niet-bedrieglijk was.

Op basis van de Lanham Act (1946) kon men reeds reclame aanvechten in geval van verwarring of misleiding van de consument. Doch dit kon enkel in het kader van valse of misleidende uitspraken over de eigen producten. Door amendering werd deze wet ook relevant voor vergelijkende reclame aangezien hierdoor ook valse of misleidende uitspraken over de producten van concurrenten aanleiding gaven tot schadevergoeding.

Hierbij dient opgemerkt dat onder de Lanham act alleen de concurrent (en geen consument) een rechtszaak kon inleiden tegen de adverteerder.

Deze ontwikkelingen leidden ertoe dat in het marketingapparaat veelvuldig gebruik werd gemaakt van vergelijkende reclame. Daar deze in de VS ook in staat bleek te zijn om het aankoopgedrag van de Amerikaanse consumenten danig te beïnvloeden, werd vergelijkende reclame ook populair onder adverteerders.

Verscheidene onderzoeken werden dan ook gedaan naar dit nieuwe reclamefenomeen.

Wat opvalt bij het lezen van de verschillende onderzoeken over de effectiviteit van vergelijkende reclame, over wat de bepalende factoren zijn voor het al dan niet succes te hebben en de eventuele toetsing aan sommige vermeende voor- en nadelen hiervan, is dat er weinig éénduidige conclusies uit voortvloeien.

In wat volgt geef ik eerst de voor- en nadelen weer die meestal worden aangehaald in de discussie omtrent vergelijkende reclame. Vervolgens heb ik het kort over de representativiteit van de onderzoeksresultaten inzake, waarna ik een aantal variabelen overloop die van belang

²³⁰ J.C. ROGERS en T.G. WILLIAMS, Comparative advertising effectiveness: practitioners' perceptions versus academic research findings, *Journal of advertising research*, p22.

²³¹ Dit is een onafhankelijk federaal orgaan dat werd opgericht door de Federal Trade Commission Act in 1914 en als taken heeft het bevorderen van de concurrentie in de markt door het uitvaardigen van kartelwetten, en het reguleren van reclame ter bescherming van de consument om zo oneerlijke en misleidende reclame te voorkomen.

zijn voor de effectiviteit van vergelijkende reclame. Deze effectiviteit bespreek ik als afsluiter aan de hand van het scanning/focussing model van Van Raaij.

Afdeling IV.2.: Vergelijkende reclame: pro en contra

Het zal U waarschijnlijk opvallen dat de hier opgesomde positieve en negatieve punten elkaar vaak tegenspreken. Dit is te wijten aan de tegenstrijdige onderzoeksresultaten inzake vergelijkende reclame. Ook kan het naargelang de kenmerken van het merk en de situationele factoren in het ene geval wel voordelig zijn te werken met een vergelijkende boodschap terwijl dit in een andere constellatie helemaal niet zo is. Hierop kom ik later terug.

De belangrijkste elementen die worden aangehaald pro vergelijkende reclame zijn de volgende:

- Vergelijkende reclame zou de consument méér informatie bieden dan niet-vergelijkende reclame. Dit is ook één van de belangrijke - zij het niet dé belangrijkste - redenen die de Europese wetgever ertoe heeft overhaald een gunstig beleid te voeren met betrekking tot vergelijkende reclame. Aan de hand van deze preciezere informatie over de kenmerken van het product zou de consument in staat zijn een meer overwogen beslissing te nemen;
- Vergelijkende reclame zou een handig middel zijn voor een nieuw, onbekend merk om in de markt geïntroduceerd te worden. Men kan zich hierbij associatief of differentiërend opstellen ten aanzien van een bestaand merk;
- Een vergelijkende boodschap zou ook mogelijke verwarring omtrent welke eigenschappen van belang zijn reduceren;
- Mogelijk herinnert men zich de reclame beter (betere *recall*);
- De producent zou ingevolge de vergelijkende reclame, vooral bij een inferioriteitsvergelijking, verplicht worden zijn product te verbeteren. Zo zou de concurrentie gestimuleerd worden en zou vergelijkende reclame zelfs een positief macro-economisch effect met zich brengen;
- Vergelijkende reclame kan aanzetten tot het maken van afwegingen en zo vergelijkend winkelen stimuleren;
- Het zou mogelijk differentiatie in de hand kunnen werken;
- De geloofwaardigheid zou kunnen hoger zijn dan bij gebruik van niet-vergelijkende reclame.

De voornaamste argumenten contra vergelijkende reclame zijn:

- Adverteerders hebben een heilige angst voor het zogenaamde ‘boemerangeffect’ van vergelijkende reclame: in dit geval zou de advertentie uitdraaien in het voordeel van de concurrent waarmee vergeleken wordt. Je geeft de concurrent met andere woorden gratis reclame;

- Door de relatief grote hoeveelheid informatie die in een paar seconden op de consument wordt afgevuurd, zou er wel eens sprake kunnen zijn van een ‘information overload’ waardoor de aandacht van de geadresseerde van de reclame net verslapt en verwarring kan ontstaan. Bijvoorbeeld indien twee adverteerders in twee afzonderlijke vergelijkende reclameboodschappen het omgekeerde beweren;
- Vergelijkende reclame zou niet effectiever zijn dan niet – vergelijkende reclame;
- Vergelijkende reclame kan in bepaalde gevallen leiden tot een afname van geloofwaardigheid en vertrouwen in plaats van een toename ervan;
- Door onvolledige (eenzijdige) vergelijkingen kan deze reclamevorm al snel misleidend zijn;
- Gevaar voor misidentificatie (= merkverwarring). De consument verwisselt het adverterende merk met dat van de concurrent. Zo zou de vergelijkende reclame wel eens voordelig kunnen zijn voor de concurrent;
- Vergelijkende reclame kan leiden tot het vormen van tegenargumenten bij de consument en dus tot een hoger scepticisme;
- Vergelijkende reclame kan de ‘top-of-mind awareness’ van het concurrerende merk doen stijgen. Dit heeft tot gevolg dat de consument zich het concurrerende merk sneller herinnert wanneer hij aan een bepaalde productcategorie denkt dan voordien het geval was. Volgens sommigen zal deze “top-of-mind awareness” niet meer toenemen bij vergelijking met merken met een hoog marktaandeel omwille van het plafondeffect dat dan optreedt.

Afdeling IV.3.: Representativiteit van de onderzoeksresultaten voor de realiteit

De omstandigheden waarin de onderzoeken gebeuren, zorgen ervoor dat zij vaak minder representatief zijn voor de realiteit.

In sommige studies worden de testpersonen slechts eenmaal geconfronteerd met de reclame, maar sommige effecten treden slechts op na een tijd, na herhaaldelijk en op verschillende tijdstippen aan de reclameboodschap te zijn blootgesteld.

Daarbij zijn de advertenties vaak opgemaakt met het oog op het onderzoek en is de creatieve kwaliteit twijfelachtig.

De situatie waarin de test uitgevoerd wordt verschilt grondig van de realiteit: meestal vindt het onderzoek plaats in een geïsoleerde ruimte waarbij expliciet de aandacht voor de reclame opgeëist wordt.

Ook zijn de testpersonen van dergelijk onderzoek vaak studenten. Bijgevolg kan men de resultaten niet beschouwen als geldend voor alle consumenten.

Afdeling IV.4: Waarom komt men zelden tot consistente onderzoeksresultaten inzake vergelijkende reclame?

In de verscheidene onderzoeken worden verschillende definities van vergelijkende reclame gegeven; soms omvat vergelijkende reclame ook de expliciete vorm, soms niet. Wanneer men uitgaat van een verschillend begrippenarsenaal zijn de resultaten eigenlijk ook niet vergelijkbaar.

In de tests werden ook verschillende soorten media gebruikt: de effectiviteit van vergelijkende reclame kan ook beïnvloed worden naargelang men gebruik maakt van gedrukte of audiovisuele media.

Gelet op het hoge aantal variabelen is het zeer moeilijk om algemeen geldende conclusies te trekken.

Rogers en Williams²³² groepeerden een aantal factoren die de uiteenlopende onderzoeksresultaten inzake effectiviteit van vergelijkende reclame mogelijk kunnen verklaren in drie categorieën. Elk van deze factoren kan dus leiden tot een toe- of afname van de effectiviteit van vergelijkende reclame.

In deze categorieën heb ik bijkomend een aantal invloedhebbende factoren onderverdeeld, die niet door deze auteurs als dusdanig vermeld werden.

De eerste categorie bestaat uit de markt – en adverteerderseigenschappen. Dit zijn de eigenschappen die te maken hebben met het adverterende merk en met de consument zelf.

Een eerste variabele in dit kader die de effectiviteit van de advertentie beïnvloedt, is de geloofwaardigheid van de bron en de advertentie. Indien de bron als volstrekt ongeloofwaardig overkomt, zal de consument sneller tegenargumenten vormen en de advertentie makkelijk verwerpen. Zo zal de reclame haar doel niet bereiken. De twee sleutelwoorden m.b.t. de geloofwaardigheid van de bron zijn expertise en betrouwbaarheid. Wanneer de bewering ondersteund kan worden door gespecialiseerde (wetenschappelijke) argumenten en deze dan ook eerlijk en in zekere mate objectief overkomt, zal de geloofwaardigheid van de reclame logischerwijze stijgen.

Reclame in vergelijkende vorm wordt volgens de meerderheid van de literatuur geacht als minder geloofwaardig over te komen dan niet-vergelijkende reclame²³³, en dit zowel wat de bron als wat de advertentie zelf betreft. Om toch van de voordelen van vergelijkende reclame te kunnen genieten, dient deze geloofwaardigheid wat opgekrikt te worden. Hiervoor bestaan er verschillende technieken:

²³² J.C. ROGERS en T.G. WILLIAMS, "Comparative advertising effectiveness: practitioners' perceptions versus academic research findings", *Journal of advertising research* 1989, 29 (5), p. 25

²³³ L.L. GOLDEN, "Consumer reactions to explicit brand comparisons in advertisements", *Journal of marketing research* 1979, 16 (4), 527 – 532; V.K. PRASAD, "Communications-effectiveness of comparative advertising: A laboratory analysis", *Journal of marketing research* 1976, 13 (2), 129-135; J.H. MURPHY en M.S. AMUNDSEN, "The communication-effectiveness of comparative advertising for a new brand on users of the dominant brand", *Journal of advertising* 1981, 10 (1), 15 – 16; T.A. SHIMP en D.C. DYER, "The effects of comparative advertising mediated by the market position of the sponsoring brand", *Journal of advertising* 1978, 7(3), 17-18; Contra: W.L. WILKIE en P. FARRIS, "Comparison advertising: problems and potential", *Journal of marketing*, 39 (4), p13.

- Eerst en vooral de boven reeds aangehaalde componenten expertise en betrouwbaarheid verhogen. Dit kan men doen door objectieve informatie te verwerken in de beweringen die men doet. Feitelijk onderbouwde argumenten worden vanzelfsprekend als informatiever beschouwd dan emotionele claims;
- Een tweede techniek is het gebruik van tweezijdige vergelijkende reclame²³⁴, dit is vergelijkende reclame waarbij zowel de superioriteit van het adverterende merk als een paar van zijn negatieve eigenschappen vermeld worden. Buiten het versterken van de geloofwaardigheid, gaat dit ook een eventuele sympathie van de consument voor de underdog tegen. Eenzijdige vergelijkende reclame daarentegen wekt meer tegenargumenten op en wordt minder snel geaccepteerd;
- Een directe superioriteitsvergelijking waarbij enkel verbaal (dus niet visueel) naar de concurrent wordt verwezen zou ook de geloofwaardigheid ten goede komen;
- Een niet te onderschatten factor is de marktpositie van het adverterende merk. Volgens Golden is vergelijkende reclame een goed instrument ter promotie van een nieuw merk, doch indien het de marktleider is die adverteert zou deze eerder gebaat zijn met de traditionele niet-vergelijkende vorm.

Dit sluit aan bij de tweede factor die Rogers en Williams aanhalen als beïnvloedend element, namelijk de marktpositie van beide vergeleken merken in verhouding tot elkaar.

De meest effectieve situatie om vergelijkende reclame te gebruiken in dit verband is deze waarbij het adverterende merk een laag marktaandeel heeft en het merk waarmee het zich vergelijkt een hoog marktaandeel²³⁵.

Reden hiervoor is de verhoogde aandacht van de consument wanneer een bekend - of nog beter - door hen gebruikt product of dienst vermeld wordt. Daarbij wees onderzoek uit dat het merkimago van het merk met een laag marktaandeel verbetert door de vergelijking met het bekende merk. Het beste effect verkrijgt men wanneer men daarbij het concurrerend merk met het hoge marktaandeel zo vroeg mogelijk in de reclame vermeldt²³⁶.

Vanzelfsprekend bepalen individuele verschillen tussen consumenten de mate waarin hun aankoopgedrag uiteindelijk beïnvloed zal worden door de vergelijkende reclame.

Van belang hierbij zijn dan vooral de verschillen in verband met betrokkenheid, de bekendheid van de consument met het product en de verwerkingsstijl.

Een hoge betrokkenheid bij en/of bekendheid met het product is volgens Dasgupta en Donthu²³⁷ zeer belangrijk voor de aandacht die aan de advertentie besteed wordt en zou ook leiden tot een betere 'recall'.

²³⁴ W.R. SWINYARD, "The interaction between comparative advertising and copy claim variation", *Journal of marketing research* 1981, 18 (2), 175 – 186.

²³⁵ C. PECHMANN en D.W. STEWART, (1990), The effects of comparative advertising on attention, memory, and purchase intentions, *Journal of consumer research*, 17 (2), p. 188.

²³⁶ W.L. WILKIE en P. FARRIS, "Comparison advertising: problems and potential", *Journal of marketing* 1975, 12.

²³⁷ N. DONTU, "Comparative advertising intensity", *Journal of advertising research* 1992, 32 (6), 43-51.

Indien een consument met hoge betrokkenheidsgraad bij het desbetreffend product geconfronteerd wordt met een boodschap die onverenigbaar is met zijn voorafgaande overtuiging, zal dit leiden tot een behoefte aan bijkomende informatie en indien de reclame voldoende overtuigend is, tot een bijstellen van zijn overtuiging. Wanneer de ontvanger van de reclameboodschap een gelijklopende overtuiging had met de verzonden boodschap, zal deze enkel versterkt worden.

Wanneer de bestemming over een hoge visuele inbeeldingskracht beschikt, versterkt dit de 'recall' en de mogelijkheid om verbanden te leggen tussen de verkregen informatie en hun ervaringen. Bij deze personen is een attitudeverandering ingevolge overtuigende argumentatie waarschijnlijker.

Een ander aspect dat individueel verschilt is de zogenaamde 'Need for Cognition'²³⁸.

Dit is de eigenschap om van nature uit kennis te zoeken, te verwerven en erover na te denken. Uit onderzoeksresultaten bleek dat individuen met een hoge 'need for cognition' sterker beïnvloed worden door - of meer oog hebben voor - de kwaliteit van de argumenten en dit ongeacht de betrouwbaarheid van de bron. Mensen met een lage 'need for cognition' zullen sneller iets aannemen indien de bron betrouwbaar overkomt zonder de argumenten *an sich* verder te beredeneren. Zij zullen enkel over de boodschap nadenken wanneer deze niet past in hun cognitief model, bijvoorbeeld wanneer zij vermoeden dat de informatie onjuist is of de boodschap onverwachte argumenten bevat. Consumenten met een hoge 'need for cognition' zouden meer beïnvloed worden door vergelijkende reclame dan deze met een lage 'need for cognition'. Ook heeft een meer doordacht gevormde houding een veel grotere invloed op het effectieve gedrag.

De tweede categorie beïnvloedende factoren van Rogers en Williams bestaat uit de reclame-eigenschappen. Dit zijn de factoren die betrekking hebben op de vergelijkingen gemaakt in de advertentie.

Volgens Pechmann en Ratneshwar²³⁹ onderscheidt men het geadverteerde merk best aan de hand van een atypisch attribuut. Een atypisch attribuut is een eigenschap die normaal gezien niet gelinkt wordt aan het product. Zo kan de consument gemakkelijker een duidelijk onderscheid maken tussen het geadverteerde en het concurrerende merk.

Donthu²⁴⁰ verrichte onderzoek naar de vraag in welke mate de intensiteit van vergelijkende reclame invloed heeft op de effectiviteit ervan, meer bepaald het effect op de houding t.o.v. de advertentie en op de algemene herinnering.

Volgens Donthu bestond de intensiteit uit 4 componenten:

²³⁸ K. POLYORAT en D.L. ALDEN, "Self-construal and need-for-cognition effects on brand attitudes and purchase intentions in response to comparative advertising in Thailand and the United States", *Journal of Advertising* 2005, 34 (1), 37-48.

²³⁹ C. PECHMANN en S. RATNESHWAR, "The use of comparative advertising of brand positioning – Association versus differentiation", *Journal of consumer research*, 18 (2), 148-159.

²⁴⁰ N. DONTU, "Comparative advertising intensity", *Journal of advertising research* 1992, 32 (6), 53-57.

- 1) Expliciet of impliciet noemen van de concurrent;
- 2) Het maken van één globale vergelijking of het vergelijken van specifieke kenmerken;
- 3) Het maken van één- of tweezijdige vergelijkingen;
- 4) Of de vergelijking al dan niet meer dan de helft van de reclame in beslag neemt.

Donthu besloot dat de 'recall' steeg met de intensiteit. De houding tegenover de advertentie was positiever bij vergelijkende reclame dan bij niet-vergelijkende reclame, maar dit effect viel weg vanaf een intensiteitsindex van drie. Bij de maximale intensiteit (vier) was de houding het minst positief.

Het verbaal en/of visueel identificeren van de concurrent heeft ook invloed op de effectiviteit. Wanneer de concurrent slechts vernoemd wordt, zal dit de geloofwaardigheid en houding ten opzichte van de advertentie ten goede komen. Echter wanneer de concurrent zowel vernoemd als getoond wordt, zal de 'recall' het beste zijn. Een mogelijke verklaring is dat wanneer louter verbaal naar de concurrent verwezen wordt, een deel van de aandacht van de consument zal gaan naar het identificeren van de concurrent. Wanneer zowel verbaal als visueel naar de concurrent verwezen wordt, kan alle aandacht gericht worden op de eigenlijke boodschap van de reclame.

De derde categorie die Rogers en Williams onderscheiden, is deze van de aard van het geadverteerde product.

Er worden drie soorten producten onderscheiden:

- De dagelijkse gebruiksgoederen (*convenience products*)
Dit zijn relatief goedkope goederen die geregeld aangekocht worden en waarvan prijs en kwaliteit zelden vergeleken worden. Bijvoorbeeld de aankoop van een tube tandpasta;
- De afwegingsgoederen (*shopping products*)
Dit zijn duurder goederen die minder frequent aangeschaft worden dan de convenience products en waarbij de consument prijs en kwaliteit van de goederen gaat vergelijken. Bijvoorbeeld de aankoop van een nieuwe wasmachine;
- De speciale goederen (*specialty products*)
Dure zaken die meestal slechts eenmaal worden aangeschaft en die in hoofdte van de koper geacht worden unieke eigenschappen te bezitten. Bijvoorbeeld dure juwelen.

Afdeling IV.5.: Effectiviteit van vergelijkende reclame

Een reclameboodschap is effectief wanneer zij erin slaagt het aankoopgedrag daadwerkelijk te beïnvloeden. Jarenlange onderzoeken trachtten in kaart te brengen welke stadia een consument cognitief doorloopt tussen de blootstelling aan de boodschap en de daadwerkelijke aanschaffing van een product, en vooral hoe de marketing deze kan beïnvloeden.

De vraag die in dit deel aan bod komt is of vergelijkende reclame hierin beter slaagt dan niet-vergelijkende reclame.

Het is niet mijn bedoeling hieronder al de modellen en theorieën te bespreken. Ik beperk mij tot de weergave van de belangrijkste resultaten van twee invloedrijke effectenmodellen die trachten de psychologie achter (vergelijkende) reclame te vatten.

§ IV.5.A. Onderzoek via het hiërarchisch effectenmodel van Lavidge en Steiner (1961)

Elke effectieve reclame bevat drie componenten: een cognitieve component gericht op bewustwording van het bestaan van het merk en kennis (respectievelijk *awareness en knowledge*), een affectieve component waarbij men inspeelt op de gevoelens en tracht een voorkeur te creëren voor het geadverteerde merk (*liking en preference*), en een conatieve component waarbij men de consument tracht aan te zetten tot aankoop (*conviction en purchase*). Kort gezegd: LEER – VOEL – DOE.

§ IV.5.B. Scanning/focussing model van Van Raaij (1989)

Dit model bespreek ik uitgebreider aangezien dit een van de meer recente modellen is.

Dit model reageerde op het ‘two-route’-model van Petty en Cacioppo (1986)²⁴¹. Hierin werd een onderscheid gemaakt tussen de centrale en de perifere route in het denkproces.

Men volgt de centrale route wanneer men diep over iets nadenkt en een afweging doet van de relevante inhoudelijke argumenten. Men stelt dat men de perifere route neemt wanneer de boodschap niet centraal verwerkt wordt en slechts afgaat op gevoelens die door de reclame opgewekt worden of zich laat leiden door oppervlakkige aanwijzingen zoals de muziek, humor, kinderen, dieren, mooie mensen, huiselijk geluk, het aantal aangehaalde argumenten...

Van Raaij verwerpt de strikte scheiding tussen de routes. Volgens hem dienen de twee routes in elkaar over te lopen volgens een scanning/focussingmodel.

(1) De scanningfase

Na confrontatie met de reclameboodschap worden in deze fase twee subfasen onderscheiden: de aandachtsfase en deze van de primaire affectieve reactie

- De aandachtsfase

Zoals reeds gesteld, worden we heden ten dage overspoeld met allerhande advertenties en is het trekken van aandacht dé primordiale voorwaarde opdat reclame effect zou hebben.

Factoren die bepalen of een advertentie er al dan niet in slaagt om de aandacht te trekken zijn:

²⁴¹ R.E. PETTY en J.T. CACIOPPO, *From Communication and persuasion: Central and peripheral routes to attitude change*, New York, Springer-Verlag, 1986.

1) De nood aan informatie van de consument gelet op zijn momentane behoeften (bv iemand met zin in chocolade zal met grote ogen en volle aandacht kijken naar reclame van Côte d'Or). Ook zal iemand met een grote 'need for cognition' meer aandacht geven aan informatieve boodschappen.

2) Opvallendheid en aantrekkelijkheid van de boodschap: zaken die positieve emoties opwekken of verrassingen, humor, ambiguïteiten, etc...

Vergelijkende reclame scoort op het gebied van aandacht trekken beter dan zijn traditionele broertje. Dit wijt men aan het (relatieve) nieuwigheidseffect van deze reclamevorm en het feit dat hier twee merken genoemd worden, en dus een groter aantal gebruikers aangesproken zal worden. De consument van het adverterende merk wordt versterkt in zijn opvatting, en de overtuiging van de consument van het concurrerende merk wordt immers tegengesproken. Een derde mogelijke oorzaak is dat het vergelijkende reclameformat de consument informatie verschaft die normaliter niet ter beschikking staat.

Men maximaliseert de extra aandacht door de concurrent zeer vroeg te vermelden²⁴².

Pechmann en Stewart²⁴³ onderzochten het verband tussen aandacht en marktaandeel en kwamen tot de bevinding dat een adverterend merk met een laag marktaandeel dat expliciet vergeleken wordt met een merk met een hoog marktaandeel de hoogste aandacht trekt.

Bij merken met een gemiddeld of hoog marktaandeel werd geen verschil in aandacht waargenomen tussen expliciet vergelijkende, impliciet vergelijkende of niet-vergelijkende reclame.

Hieruit besluit ik dat vergelijkende reclame meer aandacht trekt, maar dat hierbij rekening moet worden gehouden met het marktaandeel van het merk dat zou willen adverteren.

De aandacht die een advertentie kreeg, wordt gemeten aan de hand van het feit of de respondent zich bewust is geweest van de gegeven boodschap. Men kan hierbij peilen naar de herinnering aan de gegeven informatie en naar het kennen van de merknaam.

Sommigen²⁴⁴ stelden in hun onderzoeken vast dat de proefpersonen zich de informatie gegeven in de vergelijkende reclame beter herinneren dan deze gegeven in niet-vergelijkende reclame of impliciete 'merk X'-reclame. Wat betreft de herinnering van de merknaam werden geen significante verschillen vastgesteld.

De verklaring die wordt gegeven voor deze betere 'recall' is dat de consument door de extra informatie gestimuleerd wordt om de boodschap dieper te verwerken.

²⁴² W.L. WILKIE en P. FARRIS, "Comparison advertising: problems and potential", *Journal of marketing* 1975.

²⁴³ C. PECHMANN en D.W. STEWART, "The effects of comparative advertising on attention, memory, and purchase intentions", *Journal of consumer research* 1990, 17 (2), 181-186.

²⁴⁴ V. K. PRASAD, "Communications-effectiveness of comparative advertising: A laboratory analysis", *Journal of marketing research*, 13(2), 132-133; D.A. SHELUGA en J. JACOBY, "Do comparative claims encourage comparison shopping?", *Current Issues and Research in Advertising*, 1(1), 26.

Shimp en Dyer²⁴⁵ kwamen echter tot de omgekeerde vaststelling: beweringen in vergelijkende reclame werden juist slechter herinnerd door de respondenten dan deze gemaakt in de niet-vergelijkende vorm. Dit resultaat werd echter geweten aan zeer concrete factoren van de proef zelf, onder meer dat de vergelijkende reclameboodschap weinig begrijpelijk was.

Het vastgestelde voordeel wat de herinnering van de boodschap betreft, zou volgens Jain en Hackleman²⁴⁶ slechts vierentwintig uur duren en bleek het beste te zijn bij 'convenience products' omdat men bij dit soort producten achteraf veel minder extra informatiebronnen gaat raadplegen. Om een optimaal resultaat te bekomen, dient de boodschap dus dagelijks te worden uitgezonden.

- De primaire affectieve reactie

In deze fase gaat de consument een houding aannemen ten opzichte van de advertentie: hij gaat deze al dan niet accepteren en appreciëren. Indien in deze fase een negatieve houding tegenover de advertentie ontstaat, zal de boodschap verworpen worden en faalt de reclame in haar opzet. Deze gevoelsmatige reactie die slechts enkele seconden duurt, is met andere woorden doorslaggevend voor verdere cognitieve verwerking van de boodschap en wordt vooral bepaald door vormelijke elementen. Wanneer deze primaire affectieve houding echter positief is, staat men open om over te gaan naar de focussingsfase.

De meerderheid van de onderzoekers heeft vastgesteld dat vergelijkende reclame ten aanzien van de advertentie zelf een meer negatieve houding opwekt dan niet-vergelijkende reclame²⁴⁷.

De gebruikers van het concurrerende merk voelen de reclame aan als een aanval op hun vertrouwde merk en dus op de door hun gemaakte keuze. Zij zullen dan tegenargumenten zoeken om aan te tonen dat hun keuze de juiste was. Vergelijkende reclame zou ook agressiever en beledigender overkomen.

Donthu heeft een meer genuanceerde visie op de zaak. Ik verwijs hier naar wat ik reeds vroeger aanhaalde bij de bespreking van de beïnvloedende factoren op de effectiviteit van vergelijkende reclame: men past het best een vergelijking toe met een gemiddelde intensiteit.

De meest intense vorm van vergelijkende reclame wekt immers de meest negatieve houding op.

Om de scanningsfase goed door te komen, dient de adverteerder voldoende aandacht te besteden aan de vorm van de reclame en aan de emoties die deze oproept. Hoewel elk onderzoeksresultaat wel ergens wordt tegengesproken, meen ik, uitgaande van de

²⁴⁵ T.A. SHIMP en D.C. DYER, "The effects of comparative advertising mediated by the market position of the sponsoring brand", *Journal of advertising* 1978, 7 (3), 17.

²⁴⁶ S.P. JAIN en E.C. HACKLEMAN, "How effective is comparison Advertising for Stimulating Brand Recall?" , *Journal of Advertising*, 7(3), 20-25.

²⁴⁷ P. LEVINE, "Commercials that name competing brands", *Journal of advertising research*, 16(6), 7-14; W.L. WILKIE en P. FARRIS, "Comparison advertising: problems and potential", *Journal of marketing* 1975.

meerderheidsopvattingen, toch enkele zeer voorzichtige richtlijnen te kunnen geven om deze stap in het informatieverwerkingsproces met succes te doorlopen.

Wanneer men een merk wil promoten met een laag marktaandeel, doet men dit best via een expliciete vergelijking met een merk met een hoog marktaandeel (niet de marktleider) waarbij je de concurrent in het begin van de reclame verbaal en visueel noemt. Op die manier wordt de aandacht en de 'recall' gemaximaliseerd. Indien het budget het toelaat, zijn dagelijkse herhalingen aan te bevelen. Bij dit alles dient men ervoor te zorgen dat de vergelijking slechts een gemiddelde intensiteit behoudt en men gebruikers van het concurrerende merk zeker niet afdoet als stommelingen.

(2) De focussingfase

In deze fase ontstaat kennis en gaat men een houding vormen ten aanzien van het merk.

Deze kennis is opgebouwd uit:

- Informativiteit

Hier tracht men meer informatie uit de advertentie te halen.

Het is onduidelijk of de consument zich nu beter geïnformeerd voelt via vergelijkende reclame, via traditionele reclame of dit hetzelfde is voor beide vormen. Onderzoeken leveren op dit punt de meest uiteenlopende resultaten op.

Dit wekt verwondering op, aangezien het beter informeren van de consument zowel in de VS als in Europa één van de doorslaggevende redenen was om vergelijkende reclame principieel toe te laten.

- Informatieverwerking

Zoals hierboven reeds aangegeven werd, geldt dat hoe dieper de informatie verwerkt wordt, dus hoe meer men erover nadenkt, hoe groter de effectiviteit.

Betrokkenheid vormt hierbij de sleutel. Verscheidene onderzoekers²⁴⁸ stelden vast dat vergelijkende reclame een grotere betrokkenheid uitlokte dan de traditionele variant, en dat deze ook leidde tot een diepere cognitieve verwerking.

Men is ook nagegaan wat de invloed is van de primaire affectieve reactie (de houding ten opzichte van de advertentie) op de secundaire affectieve reactie (houding ten aanzien van het adverterende merk). Inzake niet-vergelijkende reclame bestaat er een rechtstreeks verband tussen beiden. Indien twee merken vergeleken werden bleek de houding die men had ten opzichte van de advertentie een grotere invloed te hebben dan de argumentatie van de boodschap. Dröge leidde hieruit af dat vergelijkende

²⁴⁸ D. GREWAL e.a., "Comparative versus non-comparative advertising: A meta-analysis", *Journal of marketing* 1997, 61(4), 3; MUEHLING e.a., "The impact of comparative advertising on levels of message involvement", *Journal of advertising* 1990, 19(4), 42-43; W.L. WILKIE en P. FARRIS, "Comparison advertising: problems and potential", *Journal of marketing* 1975, 14.

reclame via de centrale route wordt verwerkt. Niet-vergelijkende reclame gaat bij gemiddelde betrokkenheid via de perifere weg.

- *Secundaire affectieve reactie*

Hierboven werd aangegeven dat er wel degelijk ook bij vergelijkende reclame een verband bestaat tussen primaire en secundaire houding, doch minder sterk dan bij niet-vergelijkende reclame.

Volgens Dröge²⁴⁹ kan er echter geen verband zijn tussen beide attitudes vermits de primaire houding verloopt langs de perifere route en de secundaire de centrale route volgt.

Een aantal variabelen kunnen de houding ten aanzien van het merk positief beïnvloeden.

In tegenstelling tot de vorige fase, zou de houding ten aanzien van het merk het positiefst beïnvloed worden wanneer de concurrent alleen vernoemd of alleen getoond (met maskering van de naam) werd.

Tweezijdig vergelijkende reclame zou de merkattitude positiever beïnvloeden dan eenzijdig vergelijkende reclame²⁵⁰.

Feitelijke beweringen zorgen in dit stadium voor een meer positieve houding ten aanzien van het merk dan wanneer men in de advertentie gebruik maakt van gevoelsmatige manipulaties²⁵¹.

Ook de vergelijkingsstrategie (differentiëren of associëren) is belangrijk voor de houding ten opzichte van het merk. Bij een associatieve vergelijking is immers de kans groot dat de houding tegenover het gepromote merk gelijkaardig zal zijn aan deze tegenover het concurrerend merk²⁵². Een differentiërende vergelijkingstactiek resorteert ook een associatief effect, tenzij wanneer men een bestaand merk expliciet vergelijkt op basis van een typisch attribuut.

(3) De gedragsfase

In deze fase tracht de adverteerder een aankoopintentie op te wekken bij de consument en deze over te halen tot de effectieve aanschaf van het product.

²⁴⁹ C. DRÖGE, "Shaping the route to attitude-change- Central versus peripheral processing through comparative versus noncomparative advertising", *Journal of marketing research* 1989, 26(2), 193-204.

²⁵⁰ M. ETGAR en S.A. GOODWIN, "One-sided versus two-sided comparative message appeals for new brand introductions", *Journal of consumer research* 1982, 8(4), 461.

²⁵¹ E.S. IYER, "The influence of verbal content and relative newness on the effectiveness of comparative advertising", *Journal of advertising* 1988, 17(3), 19-20.

²⁵² D. GREWAL et al., "Comparative versus non-comparative advertising: A meta-analysis", *Journal of marketing* 1997, 61(4), 4.

- Aankoopintentie

De aankoopintentie kan positief beïnvloed worden door vergelijkende reclame indien meer feitelijke objectieve argumenten naar voor worden geschoven dan emotionele, de boodschap geloofwaardig is en er sprake is van een hoge mate van betrokkenheid. De elementen die elk van deze aspecten beïnvloeden werden hoger beschreven.

Volgens Pechmann en Stewart²⁵³ is er een duidelijk verband tussen de aandacht die een advertentie genereert ingevolge de relatieve marktpositie van de vergeleken merken en de aankoopintentie.

Zo zal een reclameboodschap die een expliciete vergelijking maakt tussen een adverterend merk met een laag marktaandeel en een merk met een hoog marktaandeel niet alleen de aandacht maar ook de aankoopintentie het gunstigst beïnvloed worden.

Indien beide merken een gemiddelde marktpositie bezitten, is de adverteerder zowel qua aandacht die de boodschap zal genereren als qua aankoopintentie het meest gebaat bij een impliciet vergelijkende reclamevorm. Wanneer het adverterend merk een hoog marktaandeel bezit, is het beter om af te zien van reclame in vergelijkende vorm.

- Aankoop

Dit is praktisch moeilijk te onderzoeken. Logischerwijze staat deze in lineair verband met de aankoopintentie, tenzij persoonlijke situationele factoren dit verhinderen.

Afdeling IV.6. Kort besluit

Het moge duidelijk zijn dat men bij het opstellen van een vergelijkende reclamecampagne niet over één nacht ijs mag gaan. Men dient hierbij de verschillende variabelen die de effectiviteit bepalen in ogenschouw te nemen, gelet op de aard van de adverteerder en vooral gelet op wat de adverteerder precies wenst te bereiken.

Afhankelijk van zijn doelstelling dient de vergelijkende reclame door te breken tot het niveau van de gedragsbeïnvloeding, of kan men volstaan met het bereiken van een positieve houding ten aanzien van het merk of de advertentie.

Ook dient men oog te hebben voor het effect op het concurrerend merk. De adverteerder zal niet opgetogen zijn met een vergelijkende reclamecampagne die hoofdzakelijk strekt tot vergroting van de 'eer en glorie' van de concurrent.

Indien een multinational kiest voor het vergelijkend reclameformat en wenst, om grotendeels budgettaire redenen, één commercial te voeren voor het hele Nederlandstalig gebied (zijnde Vlaanderen en Nederland) moeten de nationale implementatie van de Reclamerichtlijn nageleefd worden. Zoals hoger werd aangetoond zijn de verschillen inzake interpretatie tussen

²⁵³ C. PECHMANN en D.W. STEWART, "The effects of comparative advertising on attention, memory, and purchase intentions", *Journal of consumer research* 1990, 17 (2), 180-191.

alvast de Belgische en Nederlandse rechtspraak niet van die aard dat zij een dergelijk project verhinderen.

Integendeel dit laat toe –weliswaar voorzichtig- te veronderstellen dat dit niet enkel het geval is tussen voor uniforme reclamecampagnes in België en Nederland, doch ook voor nog uitgebreidere –eventueel pan-Europese- campagnes. Althans vanuit juridisch oogpunt.

De doelstelling van de gemeenschapswetgever om tot een maximale harmonisatie van de toepasselijke wetgeving te komen, is alvast in grote lijnen geslaagd.

Bibliografie

Rechtspraak

- *Rechtspraak Hof van Justitie (EG)*

- H.v.J., 18 juni 2009, L'Oréal SA e.a. vs. Bellure NV e.a., zaak C-487/07, *Jur.*, 2009, I-05185
- H.v.J., 12 juni 2008, O2 Holdings Limited e.a. vs. Hutchinson 3G UK Limited, zaak C-533/06, *Jur.*, 2008, I-04231.
- H.v.J., 19 april 2007, De Landtsheer Emmanuel SA vs. Comité Interprofessionel du Vin de Champagne en Veuve Clicquot Ponsardin SA, zaak C-381/05, *Jur.*, 2007, I-03115
- H.v.J., 19 september 2006, Lidl Belgium GmbH & Co. KG vs Etablissements Franz Colruyt NV, zaak C-356/04, *Jur.*, 2006, I-08501
- H.v.J., 23 februari 2006, Siemens AG vs. VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung GmbH, zaak C-59/05, *Jur.*, 2006, I-02147.
- H.v.J., 8 april 2003, Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG vs. Hartlauer Handelsgesellschaft GmbH en Verlassengesellschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer, zaak C-44/01, *Jur.*, 2003, I-3095
- H.v.J., 21 november 2002, Robelco NV vs. Robeco Groep NV, zaak C-23/01, rr. 31.
- H.v.J., 25 oktober 2001, Toshiba Europe GmbH vs. Katun Germany GmbH, zaak C-122/99, *Jur.*, 2001, I-7945.
- H.v.J., 23 februari 1999, zaak C-63/97, *Jur.*, I-905.
- H.v.J., 7 maart 1990, GB-Inno-BM vs. Confédération du Commerce Luxemburgois, zaak C-362/88, *Jur.*, 1990, I-667.
- H.v.J., 23 februari 1988, zaak 216/84, Commissie vs. Frankrijk, *Jur.*, 1988, p. 793 en H.v.J., 12 december 1990, zaak C-241/89, Sarpp, *Jur.*, 1990, I-4721.
- H.v.J., 9 juli 1987, Commissie vs. België, zaak C-356/85, *Jur.*, 1987, I-3299.
- H.v.J., 27 februari 1980, Commissie vs. Verenigd Koninkrijk, zaak C-170/78, *Jur.*, 1980, I-417.
- Conclusie van advocaat-generaal P. Mengozzi van 10 februari 2009, zaak C-487/07
- Conclusie van advocaat-generaal P. Mengozzi van 30 november 2006, zaak C-381/05
- Conclusie van advocaat-generaal A. Tizzano van 29 maart 2006, zaak C-356/04,
- Conclusie. Advocaat-generaal Léger, 8 februari 2001, zaak C-112/99, .

- *Rechtspraak België*

- Cass., 29 april 2004, *T.B.H.*, 2004, afl. 10, 0981.
- Brussel, 27 juni 2006, *D.C.C.R.*, 2007, afl. 74, 47.
- Brussel, 16 mei 2006, *D.C.C.R.*, 2007, afl. 74, 81.
- Luik, 3 februari 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, 14
- Brussel, 11 mei 2004, *D.A.O.R.*, 2004, 91
- Brussel, 14 februari 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, 142.
- Antwerpen, 27 juni 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, 402
- Brussel, 26 maart 2002, *Jaarboek Handelspraktijken*, 2002, 80.
- Antwerpen, 6 december 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, 101
- Brussel, 5 september 2001, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, 307
- Antwerpen, 26 oktober 1998, in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 132
- Brussel, 12 juni 1990, in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 1990, 73
- Brussel, april 1997, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 1997, 133
- Voorz. Kh. Antwerpen, 22 maart 2007, *R.A.B.G.*, 2007, afl. 20, 1330
- Voorz. Kh. Brussel, 12 september 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, 304
- Voorz. Kh. Brussel, 12 juli 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2004, 221
- Voorz. Kh. Brussel, 18 mei 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2004, 218

- Voorz. Kh. Brussel, 7 januari 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, 149
- Voorz. Kh. Leuven, 4 november 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, 265
- Voorz. Kh. Brugge, 2 oktober 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, 232
- Voorz. Kh. Nijvel, 18 juli 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, 213
- Voorz. Kh. Kortrijk, 5 mei 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, 184
- Voorz. Kh. Kortrijk, 14 april 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, **AANVULLEN**
- Brussel, 4 december 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, 130
- Voorz. Kh. Gent, 18 november 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, 281
- Voorz. Kh. Brussel, 20 september, 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, 226
- Voorz. Kh. Nijvel, 26 juli 2002, *Veuve Clicquot Ponsardin NV e.a. t./ De Landtsheer Emmanuel NV*, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, 71
- Voorz. Kh. Brussel, 7 januari 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2002, 149
- Voorz. Kh. Kortrijk, 28 mei 2001, *D.C.C.R.*, 2002, afl. 57, 54
- Voorz. Kh. Brussel, 19 maart 2001, *J.L.M.B.*, 2001, 553
- Kh. Kortrijk, 11 december 2000, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, 239
- Voorz. Kh. Brussel, 18 oktober 1993, in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 1993, 112
- Voorz. Kh. Hasselt, 21 december 1992, in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 1992, 176
- Voorz. Kh. Brussel, 1 augustus 1990, in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 1990, 124
- Voorz. Kh. Brussel, 12 maart 1990, in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 1990, 98

- **Rechtspraak Nederland**

- Hof Arnhem, 20 maart 2007, *I.E.R.*, 2007, 54.
- Vrz. Rb. Arnhem, 11 mei 2005, besproken in E. HOOGENRAAD, 'Kijk en vergelijk: vergelijkende reclame in Nederland', *BMM Bulletin*, 2007, afl. 3, p. 116.
- Vrz. Rb. Amsterdam, 13 januari 2005, *I.E.R.*, 2005, 43.
- Hof Den Bosch, 24 maart 2003, *I.E.R.*, 2003, p. 54.
- Hoge Raad, 25 maart 1985, *Pokon vs. Substral*, *N.J.*, 1995, 591

Rechtsleer

BALLON, E. 'Vergelijkende reclame na de Wet van 25 mei 1999', *D.C.C.R.*, 1999, 230-249

BRAUN, A., 'La publicité comparative en Belgique', *Inq. Cons.*, 1993, 138-144.

DAELE, K., 'Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)', *T.B.H.*, 2005, afl. 7, 746-769.

DAELE, K., 'Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse', *T.B.H.*, 2003, 611.

DASGUPTA C.G. en N. DONTU, "The influence of individual differences on the effectiveness of comparative advertising", *Journal of marketing theory and practice*, 1994, 1(4), 42-53.

DEBAENE, S., 'Capita Selecta betreffende vergelijkende reclame in België', in *BMM Bulletin*, 2007, afl. 3, 123-131.

DE BAUW, H., 'Grenzen van vergelijkende reclame', *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2001, 161-193

DE GRUYSE, L., 'De vernieuwingen inzake reclame', in *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, Kluwer, 39-47.

DONTU N., "Comparative advertising intensity", *Journal of Advertising research*, 1992, 32(6), 54-61.

DRÖGE C., "Shaping the route to attitude-change- Central versus peripheral processing through comparative versus noncomparative advertising", *Journal of marketing research*, 1989, 26(2), 193-204.

- ETGAR M. en GOODWIN S.A., "One-sided versus two-sided comparative message appeals for new brand introductions", *Journal of consumer research*, 1982, 8(4), 460- 465.
- FRÉDÉRICQ, L., *Traité de droit commercial Belge II*, Brussel, Bruylant, 1930, 759.
- GOLDEN L.L., "Consumer reactions to explicit brand comparisons in advertisements", *Journal of marketing research*, 1979, 16 (4), 517 – 532.
- GREWAL D., KAVANOOR S., FERN E.F., COSTLEY C. & BARNES, J., "Comparative versus non-comparative advertising: A meta-analysis", *Journal of marketing*, 1997, 61(4), 1-15.
- HOUWING, H., *De onwaarheid in het privaatrecht*, Oratie, Rotterdam, 1948; herdrukt in Drion, H. e.a. (red.), *Geschriften van Houwing*, Deventer, Kluwer, 1972, 215-234.
- IYER E.S., "The influence of verbal content and relative newness on the effectiveness of comparative advertising", *Journal of advertising*, 1988, 17(3), 15-21.
- JAIN S.P. en HACKLEMAN E.C., "How effective is comparison Advertising for Stimulating Brand Recall?", *Journal of Advertising*, 1978, 7(3), 20-25.
- JANSSENS, M.-C., 'De metamorfose van artikel 96 WHPC ten gevolge van de nieuwe wetgeving over handhaving van intellectuele rechten, in X., *De Wet Handelspraktijken anno 2008*, Kluwer, 2008, 187-212
- LE POOLE, B., *Vergelijkende reclame*, Deventer, Kluwer, 2004, 124.
- LEVINE P., "Commercials that name competing brands", *Journal of advertising research*, 1976, 16(6), 7-14.
- LONGFILS, F., 'Publicité comparative: trois conditions examinées au regard de la jurisprudence belge et européenne' (noot onder Luik, 3 februari 2005), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, 146-154.
- LONGFILS, F., 'Publicité comparative et publicité superlative: où sont les limites?', *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2003, 223-232.
- MUEHLING, D.D., STOLTMAN, J.J. en GROSSBART, S., "The impact of comparative advertising on levels of message involvement", *Journal of Advertising*, 1990, 19(4), 41-50.
- MURPHY J.H. en AMUNDSEN M.S., "The communication-effectiveness of comparative advertising for a new brand on users of the dominant brand", *Journal of advertising*, 1981, 10(1), 14 – 20.
- PECHMANN C. en RATNESHWAR S., "The use of comparative advertising of brand positioning – Association versus differentiation", *Journal of consumer research*, 1991, 18(2), 145-160.
- PECHMANN, C., en STEWART, D.W., "The effects of comparative advertising on attention, memory, and purchase intentions", *Journal of consumer research*, 1990, 17 (2), p. 180-191.
- PECHMANN C. en STEWART D.W., "How direct comparative ads and market share affect brand choice", *Journal of advertising research*, 1991, 31(6), 47-55.
- PETTY R.D. en SPINK P.M., "Comparative Advertising Law in the European Community: Will the Proposed Directive Harmonize Across the Atlantic?" *Journal of public policy & marketing*, 1995, 14(2), 310-317.
- PETTY, R.E. en CACIOPPO, J.T., *From Communication and persuasion: Central and peripheral routes to attitude change*, New York, Springer-Verlag, 1986.
- PONET, B., "Korte beschouwingen naar aanleiding van de wetswijziging van 5 juni 2007" in G.
- POLYORAT K. en ALDEN D. L., "Self-construal and need-for-cognition effects on brand attitudes and purchase intentions in response to comparative advertising in Thailand and the United States", *Journal of Advertising*, 2005, 34 (1), 37-48.

PRASAD V.K., "Communications-effectiveness of comparative advertising: A laboratory analysis", *Journal of marketing research*, 1976, 13 (2), 128-137.

REESKAMP, P., 'Het HvJ EG over merkgebruik in vergelijkende reclame', *BMM Bulletin*, 2007, afl. 3, 106-114.

REESKAMP, P., 'Merkgebruik in vergelijkende reclame anno 1997', *BMM Bulletin*, 1997, 11-19.

ROELAND C., *Vergelijkende reclame in België – casestudy: een effectiviteitsonderzoek van het vergelijkende reclameformat*, onuitg., masterproef communicatiewetenschappen, UGent, 2006-07, 130.

ROGERS J.C. en WILLIAMS T.G., Comparative advertising effectiveness: practitioners' perceptions versus academic research findings, *Journal of advertising research*, 1989, 29(5), 22-37.

SHELUGA D.A. en JACOBY J., "Do comparative claims encourage comparison shopping?", *Current Issues and Research in Advertising*, 1978, 1(1), 23-37.

SHIMP T.A. en DYER D.C., "The effects of comparative advertising mediated by the market position of the sponsoring brand", *Journal of advertising*, 1978, 7(3), 13-19.

SLAGTER, W.J., 'Vergelijkende reclame', *T.V.V.S.*, 1995, nr. 84, 8-17.

SORREAU, G., 'Publicité comparative: faut-il encore se soucier du droit des marques?', *R.D.C.*, 2009, afl. 4, 362-368.

STRAETMANS, J. STUYCK, E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 291-311.

STEENNOT, R., m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 628.

STEENNOT, R., "Weg met de wet handelspraktijken, leve de wet marktpraktijken", *Juristenkrant*, 2010, afl. 207, 1-2.

STEENNOT, R., "Nieuwe wetgeving voor beoefenaars van vrije beroepen.", *RW* 2003-04, afl. 3, 81-90.

STRAETMANS, G., 'Over hyperbolen, misleiding en vergelijkende reclame' (noot onder Brussel 17 mei 2005 en Voorz. Kh. Brussel 12 september 2005), *D.C.C.R.*, 2007, afl. 73, 146-153

STRAETMANS, G., 'Recente tendensen in handelspraktijken', *C.B.R. Jaarboek 2005-2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 165-174.

STRAETMANS, G., 'De vernieuwde reclamebepalingen anno 1999', in J. STUYCK, G. STRAETMANS en P. WYTINCK, 'Recente wetwijzigingen inzake handelspraktijken', Antwerpen, Kluwer, 1999, 1-62.

STRAETMANS, G., 'Europese regelgeving inzake vergelijkende reclame: terug naar af?', *T.P.R.*, 1998, 383-474.

STUYCK, J., 'Concurreren, vergelijken, aanhaken: het kruispunt van het handelspraktijkenrecht met het merkenrecht', *T.B.H.*, 2002, 272-280.

STUYCK, J., 'Enkele beschouwingen over de toepassing van de Wet Handelspraktijken na het arrest van het Hof van Justitie van de E.G. in GB-Inno-BM t. Confédération du Commerce Luxembourgeois', *T.B.H.*, 1990, 1009-1017.

STUYCK, J., 'Algemene beschouwingen bij het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument', in E. BALATE en J. STUYCK ed., *Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Bruylant, 1988, 1-38.

STUYCK, J., 'Vergelijkende reclame, de gemeenschappelijke markt en de bescherming van de intellectuele eigendom', *R.D.C.B.*, 1988, 905-913.

SWINYARD W.R., "The interaction between comparative advertising and copy claim variation", *Journal of marketing research*, 1981, 18(2), 175 – 186.

TERRY, E., 'Actualiteit – Reclame', *T.B.H.*, 2007, afl. 8, 838-839.

VAN DEN BERGH, R., 'Het verbod van vergelijkende reclame en systeemvergelijkingen', Noot onder Voorz. Kh. Brussel, 12 maart 1990, in: H. De Bauw (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken*, Story, 1991, 101-112.

VANDENDRIESSCHE, Y., "De wet marktpraktijken en het vrij beroep: de onderneming-light bevestigt het dualisme", Mylex, Waarschoot, 2010, 140.

VANLERSBERGHE, P., "Vrije beroepen en consumentenrecht. De wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen." In K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER, R. FELTKAMP (eds.), *Tendenzen in het Economisch Recht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 151-200

VAN RAAIJ F., "How consumers react to advertising", *International journal of advertising*, 1989, 8(3), 261-273.

VERMANDELE, X., 'Publicité comparative: aperçu de la jurisprudence belge récente', *D.C.C.R.*, 2005, afl. 69, 34-54.

VOS, G., en VAN DEN BERG, J., 'De geldige reden in het merkenrecht', *BMM Bulletin*, 2003, afl. 2, p. 81-87.

WELLENS, V., *De doorwerking van de intellectuele rechten in de Wet Handelspraktijken*, Brussel, Larcier, 2007, 128.

WELLENS, V., 'Het begrip 'vergelijkende' reclame', in *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, 200-221.

WILKIE W. L. en FARRIS P., "Comparison advertising: problems and potential", *Journal of marketing*, 1975, 39(4), 7-15.

WOORDJE VAN DANK

Tot slot wil ik graag een aantal mensen bedanken die mij doorheen de jaren, of meer specifiek bij de totstandkoming van dit werk hebben ondersteund.

Vooreerst mijn promotor, professor Cathy Van Acker, die mij enige realiteitszin bijbracht omtrent de omvang van dit werk en waardevol advies gaf omtrent de spreiding van mijn masterproef in de tijd. Ook wil ik haar bedanken voor de nuttige inhoudelijke tips die zij mij gaf.

Ook wil ik Roeland De Keulenaer bedanken voor de hulp bij het opzoekingswerk en de steun en aanmoediging op moeilijke momenten.

Zonder Steven Gils was dit werk nooit in zijn huidige vorm totstandgekomen. Als ‘eindredacteur’ las hij mijn werk na, gaf hij zinvolle commentaren en zat achter mijn veren wanneer dat nodig was.

En als laatste maar absoluut niet in het minst wil ik mijn ouders bedanken voor hun morele en financiële ondersteuning tijdens mijn studie en hun stevast geloof in mijn mogelijkheden.