

Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)

Karel Daele¹

I. Inleiding	746
II. Definitie	747
<i>1. Reclame</i>	747
<i>2. Concurrent</i>	747
<i>3. Uitdrukkelijk of impliciet noemen van een concurrent</i>	748
III. De toelaatbaarheidsvoorwaarden – algemene principes	751
<i>1. Wat de vergelijking betreft</i>	751
<i>2. Uitputtend</i>	751
<i>3. Interpretatie van de voorwaarden</i>	752
IV. De toelaatbaarheidsvoorwaarden individueel overlopen	753
<i>1. Dezelfde behoeften</i>	753
<i>2. Eén of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken objectief vergelijken</i>	754
<i>2.1. Eén of meer wezenlijke, relevante en representatieve kenmerken</i>	754
<i>2.2. De vergeleken kenmerken moeten controleerbaar zijn</i>	754
<i>2.3. De vergelijking van de kenmerken moet objectief zijn</i>	755
<i>3. Niet misleidend</i>	757
<i>4. Niet verwarrend</i>	759
<i>5. Niet de goede naam schenden, noch zich kleinerend uitlaten</i>	759
<i>6. Geen vergelijking tussen producten met een verschillende benaming van oorsprong</i>	762
<i>7. Geen oneerlijk voordeel halen uit een concurrerend merk of uit oorsprongsbenamingen</i>	762
<i>8. Geen namaak of imitatie</i>	763
<i>9. Vergelijken met een speciale aanbieding</i>	763
V. Vergelijkende en hyperbolische reclame	763
VI. Algemene superioriteit	765
VII. Vergelijkende reclame en het recht op vrije meningsuiting	766
VIII. Relatie tussen artikel 23bis en het artikel 23, 6° en 7° WHPC	767
IX. Stakingsbevel	767
X. Conclusie	768

I. INLEIDING

1. Het voorliggende overzicht van rechtspraak is het vervolg op de studie die in 2002 in dit tijdschrift is verschenen en die betrekking had op de periode oktober 1999 tot en met september 2001². Huidig overzicht overspant een periode van iets meer dan drie jaar en overloopt de vonnissen en arresten die tussen oktober 2001 en 31 december 2004 in België in deze materie zijn geweest.

2. De bedoeling van deze bijdrage is een overzicht te geven van en een inzicht te geven in de wijze waarop de Bel-

gische rechtbanken en hoven tot op vandaag de reglementering inzake vergelijkende reclame in concreto hebben toegepast. Wat de opbouw van de bijdrage betreft worden achtereenvolgens de definitie van vergelijkende reclame, een aantal algemene principes en de verschillende toelaatbaarheidsvoorwaarden besproken. Nadien worden nog een aantal specifieke knelpunten behandeld omdat ze tegelijk op meerdere toelaatbaarheidsvoorwaarden betrekking hebben of omdat ze bijzondere aandacht verdienen.

¹ Advocaat Balie Brussel, Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr LLP.

² K. DAELE, "Vergelijkende reclame: een eerste overzicht van rechtspraak na 2 jaar toepassing van de nieuwe wetgeving", *T.B.H.* 2002, 247-264.

II. DEFINITIE

3. Artikel 22 § 2 van de Wet Handelspraktijken (hierna “WHPC”) definieert vergelijkende reclame als reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd. Het moet derhalve gaan om (1) reclame, deze reclame moet (2) een andere verkoper dan wel een door deze verkoper aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet noemen en deze verkoper dient (3) een concurrent te zijn van de adverteerder.

1. Reclame

4. Het begrip “reclame”, dat reeds is gedefinieerd in artikel 22 § 1 WHPC, is door de invoering van artikel 22 § 2 WHPC niet gewijzigd. Veel gebruikte reclamedragers zijn brieven aan eigen of potentiële klanten, brochures, internet websites, radio- en TV-spots en reclame in tijdschriften en kranten.

Ook persberichten die door een onderneming zijn opgesteld en waarin zij zichzelf positieve eigenschappen toeschrijven maken reclame uit aangezien dergelijke persberichten een imago en dus onrechtstreeks een verkoopbevorderende bedoeling hebben³. De ultieme bedoeling ervan is immers dat de pers een artikel zal schrijven waarin die positieve eigenschappen worden herhaald. De onderneming die het persbericht opstelt is weliswaar niet verantwoordelijk voor de eigen commentaar die journalisten in hun artikels opnemen maar dat is anders voor passages die de weerslag zijn van het opgestelde persbericht. Het feit dat verklaringen die in het persbericht zijn opgenomen verwerkt zijn in een redactioneel artikel, dat de journalist ze commentarieert en zelfs het standpunt vraagt van een concurrent verhindert niet dat het persbericht reclame uitmaakt⁴. Het is evenmin relevant of de inhoud van een op een persbericht gesteund krantenartikel al dan niet door de opsteller van het persbericht is goedgekeurd⁵.

Ook een e-mail waarin een verkoper zich bij een producent voorstelt met de bedoeling door deze producent te worden aangesteld als verdeler van de producten van deze laatste en

waarin de verkoper een voor zichzelf positief en gunstig imago creëert, heeft onrechtstreeks tot doel de verkoop van haar producten te bevorderen en maakt derhalve reclame uit. Het feit dat de mededeling niet gericht is aan cliënteel maar wel aan een potentiële leverancier en het feit dat het om een individuele mededeling gaat, verhinderen niet dat deze mededeling als reclame dient beschouwd te worden⁶.

2. Concurrent

5. Het begrip “concurrent” wordt door de rechtspraak geïnterpreteerd als de verkoper die producten of diensten aanbiedt die substitueerbaar zijn met of in een zelfde behoefte voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn als de producten of diensten van de adverteerder⁷.

Het begrip “substitueerbaarheid” van producten of diensten is gekend uit het mededingingsrecht maar krijgt in het leerstuk van de vergelijkende reclame wel een andere invulling. Dit blijkt uit een vonnis van 4 november 2003 van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Leuven⁸. Het betrof een geschil over een reclame van telecomoperator Base waarin ze de prijs van haar mobiele telefonieabonnement vergeleek met die van een abonnement bij Belgacom op een vaste lijn. Belgacom hield voor dat er geen sprake was van vergelijkende reclame aangezien zij en Base niet als concurrenten konden worden beschouwd. De reclame betrof immers een vergelijking tussen vaste en mobiele telefoniediensten die in het mededingingsrecht tot afzonderlijke markten behoorden. De voorzitter wees dit argument evenwel af omdat er een verschil bestond tussen het mededingingsrecht en de WHPC. In het mededingingsrecht zou de substitueerbaarheid worden beoordeeld op basis van welomlijnde markten waarop ondernemingen opereren en zou er worden gekeken naar het publiek dat zich de goederen of diensten op die welbepaalde markt aanschafte. Om daarentegen te oordelen of er onder de WHPC sprake is van vergelijkende reclame moet enkel het uitgangspunt van het publiek waartoe de reclame zich richt worden nagegaan. Dit kan slechts een klein segment zijn van de markt waarbinnen de verkoper overeenkomstig het mededingingsrecht opereert.

³ Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV* e.a., *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577; Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV* e.a., *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611; Brussel 18 juni 2002, *C.V.O. International NV e.a./Confiserie Leonidas NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 123; Voorz. Kh. Brussel 27 mei 2002, *Pfizer Inc. e.a./Air Technics Benelux NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 178; Voorz. Kh. Kortrijk 22 oktober 2001, *Berry Coordination Center NV e.a./Unilin Decor NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 253.

⁴ Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV* e.a., *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577; Voorz. Kh. Kortrijk 22 oktober 2001, *Berry Coordination Center NV e.a./Unilin Decor NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 253.

⁵ Brussel 18 juni 2002, *C.V.O. International NV e.a./Confiserie Leonidas NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 123.

⁶ Voorz. Kh. Kortrijk 17 juni 2002, *Van der Heyden NV/Benelux Scientifc BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 209.

⁷ Voorz. Kh. Brussel 26 november 2003, *Arcelor Packaging International NV/Masterfoods NV*, onuitg., A.R. 4952/03; Voorz. Kh. Kortrijk 5 mei 2003, *Omer Daniels BVBA/Perfecta België BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 184; Voorz. Kh. Brussel 2 januari 2002, *Carrefour Belgium NV/Supermarkt Broekmans NV*, onuitg., R.K. 366.01.

⁸ *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 265.

In casu richtte de reclame zich tot een publiek dat wil telefoneren of getelefoneerd wil worden. In hoofde van dat publiek zouden vaste en mobiele telefonie substitueerbaar zijn omdat ze beiden zouden voorzien in de behoefte om te telefoneren en bereikbaar te zijn. Base en Belgacom waren in die zin dus concurrenten en de reclame vergelijkend.

Ook bier en champagne zijn als substitueerbaar beschouwd aangezien het beide alcoholische dranken zijn, als zodanig hetzelfde doel beogen en in de ogen van het publiek bestemd zijn om aan dezelfde noden tegemoet te komen. Een reclame van een bierproducent waarin werd gerefereerd naar champagne is dan ook als vergelijkend gekwalificeerd⁹.

Omgekeerd is geoordeeld dat een reclame waarin een producent van kattenvoer de voordelen aanpreekt van het nieuwe verpakkingsmateriaal waarin zijn producten op de markt kwamen geen vergelijkende reclame uitmaakte ten aanzien van een producent van verpakkingsconserven. Nu de eisende partij staal bestemd voor conserven verkocht en de verweerder kattenvoer en er geen substitueerbaarheid tussen de respectieve producten bestond, waren partijen geen concurrenten en was de betwiste reclame niet vergelijkend¹⁰.

3. Uitdrukkelijk of impliciet noemen van een concurrent

6. Er stellen zich uiteraard geen problemen wanneer de naam van een concurrent of van zijn producten en diensten uitdrukkelijk in de reclame wordt vermeld¹¹. Wanneer de naam evenwel niet uitdrukkelijk wordt genoemd, dient de rechter na te gaan of de concurrent door de geadresseerden van de reclame tussen de lijnen door kan worden herkend.

7. Een belangrijke herkenningsfactor kan de marktpositie van de concurrent zijn. Dit kwam aan bod in een geschil tussen de beroepsorganisatie van gasverdelers en deze van de mazoutsector met betrekking tot een radiocampagne van de mazoutsector rond de slogans "*Mazout ontploft niet*" en "*Voor een maximale veiligheid, kies voor mazout*". Dezelfde slogans werden ook gebruikt op reclameborden die waren geplaatst in buurten waar pas een gasaansluiting was aangelegd. De beroepsorganisatie van gasverdelers beschouwde deze campagne als een vergelijkende reclame aangezien

haar leden, door het duopolistische karakter van de verwarmingsmarkt, in de reclame impliciet zouden worden genoemd. De rechter volgde deze redenering. Hij oordeelde dat indien er op een duopolistische markt wordt vergeleken met de concurrentie, de consument uiteraard de onderneming die de andere dominante positie inneemt herkent. Uit de slogans "*Mazout ontploft niet*" en "*Voor een maximale veiligheid, kies voor mazout*" zou de consument immers begrijpen dat andere verwarmingsmethodes, en met name gas, wel risico's inhouden¹².

De marktpositie als herkenningsfactor is ook ingeroepen in de volgende zaak. In een TV-spot werd een vergelijkende afwastest getoond met drie verschillende "*3 in 1*" tabletten voor afwasautomaten. Eerst werden drie omgekeerde tassen getoond met de bijhorende commentaar "*Wie is onklopbaar op hardnekkige vlekken zoals thee?*". De eerste tas die was gewassen met een niet bij naam genoemd product "*A*" werd omgedraaid en vertoonde vlekken. Vervolgens werd de tweede tas die was gewassen met een niet bij naam genoemd product "*B*" omgedraaid. Zij vertoonde eveneens vlekken. Daarop werd de derde tas omgedraaid en die vertoonde geen vlekken. Het bijgaande commentaar luidde "*dit is Sun*". Afsluitend werd een foto van het product Sun getoond en het commentaar "*Sun. Onklopbaar op hardnekkige vlekken*". Een producent van een concurrerende "*3 in 1*" tablet die een marktaandeel van 47% had, was van oordeel dat zijn product in de betrokken reclame impliciet werd genoemd en stelde een stakingsvordering in op basis van de bepalingen inzake vergelijkende reclame. Eiser verwees daarbij naar oudere rechtspraak waarin was geoordeeld dat een concurrent op basis van zijn marktpositie kon worden geïdentificeerd¹³. De voorzitter wees deze rechtspraak echter van de hand aangezien daarin de identificatie van de onbetwiste marktleider aan de orde was (Coca Cola 80% en Lipton Ice Tea 95% marktaandeel) terwijl in voorliggende zaak de eiser niet die onbetwiste marktleider was. Bovendien zou het publiek minder interesse hebben voor afwasproducten dan voor frisdranken en zouden de "*3 in 1*" tabletten hoedanook minder bekendheid genieten omdat het een nieuw product betrof. Bij het zien van de TV-spot en product "*A*" en "*B*" zou de consument, met andere woorden, niet automatisch aan de "*3 in 1*" tablet van eiser denken en zou eiser dus niet worden geïdentificeerd. De betwiste reclame was, met andere woorden, niet vergelijkend¹⁴.

⁹ Voorz. Kh. Nijvel 26 juli 2002, *Veuve Clicquot Ponsardin NV e.a./De Landtsheer Emmanuel NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 71.

¹⁰ Voorz. Kh. Brussel 26 november 2003, *Arcelor Packaging International NV/Masterfoods NV*, *onuitg.*, A.R. 4952/03.

¹¹ O.a. Brussel 25 juni 2003, *Merck & Co Inc. e.a./Aktuapharma NV*, *onuitg.*, A.R. 2002/1820; Voorz. Kh. Kortrijk 5 mei 2003, *Omer Daniels BVBA/Perfecta België BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 184; Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577; Voorz. Kh. Bergen 23 januari 2003, *Régie Rossel NV/Group Plus Belgium NV*, *onuitg.*, A.R. 02/3346; Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

¹² Voorz. Kh. Brussel 23 december 2002, *Fédération de l'Industrie du Gaz VZW/Centre d'information pour l'utilisation rationnelle et l'Économie du Mazout VZW*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 294.

¹³ Brussel 7 juni 1983, *J.T.* 1983, 717 inzake *Coca Cola* en *Pepsi Cola* waarin ook sprake was van een vergelijkende test; Voorz. Kh. Brussel 18 oktober 1993, *Jaarboek Handelspraktijken* 1993, 112 inzake *Lipton Ice Tea* en *Nestea*.

¹⁴ Voorz. Kh. Nijvel 18 juli 2003, *Reckitt Benckiser Belgium NV/Unilever Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 213 met noot F. LONGFILS, "Publicité comparative et publicité superlative: où sont les limites?".

Dit oordeel lijkt te streng. De twee concurrenten namen samen immers 98% van de markt voor hun rekening. Bovendien had eiser nog geen twee maanden voor de betwiste TV-spot ook een uitgebreide reclamecampagne voor zijn tablet gelanceerd. Tegen deze achtergrond is het niet onrealistisch dat minstens een deel van de consumenten het product van eiser in product A of B herkenden. In dat geval zou de betwiste reclame wel degelijk vergelijkend zijn.

8. Ook de karakteristieke elementen van een reclame kunnen een herkenningfactor uitmaken. Zo had een krantenuitgever een vergelijkende reclame gevoerd waarin de namen van een aantal concurrerende titels uitdrukkelijk werden vermeld. In de reclame werd o.a. een spiegel afgebeeld en de tekst "*Miroir, joli miroir... Quel est le plus grand groupe de Presse Régionale Gratuite du pays?*". Nadat een stakingsvordering tegen deze reclame was ingesteld, pakte de adverteerder met een nieuwe reclame uit waarin de namen van de concurrerende titels niet meer werden vermeld maar waarin voor de rest dezelfde stijlelementen als in de eerste reclame werden herhaald. Ook de tweede reclame is als vergelijkend beschouwd. Het doelpubliek – dat ook de eerste reclame had gezien – kon de concurrerende titels immers identificeren door het gebruik van dezelfde stijlelementen als in de eerste reclame¹⁵.

Dit oordeel kan worden onderschreven gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak. De eerste en de tweede reclame waren zeer gelijkaardig en waren kort na elkaar in dezelfde krant verschenen. In die zin zal de consument bij het zien van de tweede reclame ook nog de eerste reclame in gedachten hebben gehad. Dit oordeel mag evenwel niet veralgemeend worden gelet op het feit dat elke reclame in principe op zich moet worden beoordeeld. Bovendien worden consumenten dagelijks overspoeld met reclame waardoor het twijfelachtig is of er hoedanook veel van een reclame blijft hangen, zeker indien er tussen opeenvolgende reclames een zekere tijd is verstreken.

9. De identificatie van een concurrent kan ook een groep verkopers betreffen. Zo is een reclame van autocenter Cardoen waarin de Cardoen-prijs werd vergeleken met de "*catalogusprijs*" als vergelijkend gekwalificeerd. Aangezien Cardoen bij het publiek bekend staat als parallelverkoper die zich positioneert tegenover de officiële merkverdelers die de catalogusprijs toepassen, kon de consument in de reclame deze officiële verdelers immers herkennen¹⁶. Ook in de hierboven vermelde "*Mazout ontploft niet*" zaak is uitdrukkelijk bevestigd dat een vergelijking ook een groep ver-

kopers kan betreffen zonder dat de identificatie van elk lid van de groep vereist is¹⁷. Ten slotte is ook een reclame waarin werd beweerd dat het aangeprezen product "*een modern en gezonder alternatief voor room*" uitmaakte als vergelijkend beschouwd ten aanzien van een individuele producent van roomproducten¹⁸.

10. Ook interessant was een promotiecampagne van Mobistar waarbij aan (potentiële) klanten een brochure werd verzonden waarin één van haar GSM-abonnementen werd vergeleken met een abonnement bij Belgacom Mobile. De brochure op zich stelde geen probleem maar wel het feit dat deze werd verstuurd in een paarse enveloppe met wit opschrift. Nu gebruikte ook Belgacom Mobile in haar commerciële communicatie veelvuldig de paarse kleur in combinatie met witte letters en heeft zij daartoe zelfs een aantal merken gedeponereerd. Belgacom Mobile argumenteerde dan ook dat Mobistar bewust voor die kleurencombinatie had gekozen om de geadresseerde te doen geloven dat de mailing uitging van Belgacom Mobile. Op die manier zou Belgacom Mobile dus in de reclame zijn genoemd en geïdentificeerd. De voorzitter oordeelde daar echter anders over. In de hypothese dat consumenten op basis van de gebruikte kleurencombinatie al zouden denken dat de enveloppe afkomstig was van Belgacom Mobile, dan zou dit enkel een vergissing uitmaken nopens de identiteit van de verzender van de mailing hetgeen echter niet hetzelfde was als het noemen van de verzender in de mailing¹⁹.

11. Ten slotte rijst de vraag op welk ogenblik de vergeleken concurrent identificeerbaar moet zijn opdat er van vergelijkende reclame sprake is. Het Hof van Cassatie heeft hierop geantwoord in een arrest van 29 april 2004 in een reeds lang aanslepend geschil tussen de Belgische Staat en boekhandel De Slegte²⁰. De zaak betrof de wijze van prijsaanduiding die De Slegte hanteert. In haar boekhandels brengt De Slegte op het inlijxemplaar van de ramsj-boeken een etiket aan waarop twee prijzen worden vermeld: een hoge prijs voorafgegaan door het woord "*Van*" en een lage prijs voorafgegaan door het woord "*Nu*". Daarnaast hangt op een bordje in de buurt van de kassa de verduidelijking dat de hoge prijs de door de uitgever aanbevolen prijs is, terwijl de lage prijs de door De Slegte aangerekende prijs is.

In zijn arrest van 5 september 2001 oordeelde het hof van beroep te Brussel dat deze prijsaanduiding een vergelijkende reclame uitmaakte. Middels de aanduidingen "*Van*" en "*Nu*" op de etiketten op de boeken zelf en de toelichting van die begrippen op het bordje aan de kassa, vergeleek De

15. Voorz. Kh. Bergen 23 januari 2003, *Régie Rossel NV/Group Plus Belgium NV, onuitg.*, A.R. 02/3346.

16. Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a., Jaarboek Handelspraktijken 2002*, 249, besproken door K. DAELE, "Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse", *T.B.H.* 2003, 611.

17. Zie ook Voorz. Kh. Brussel 24 februari 2000, *Jaarboek Handelspraktijken 2000*, 89; Voorz. Kh. Brussel 19 maart 2001, *J.T.* 2001, 553.

18. Voorz. Kh. Brussel 3 november 2004, *Corman NV en Belgische Confederatie van de Zuivelindustrie VZW/Unilever Belgium BVBA, onuitg.*, V.S. 02395/04.

19. Voorz. Kh. Leuven 4 november 2003, *Belgacom Mobile NV/Mobistar NV, onuitg.*, BRK C 03.31.

20. *T.B.H.* 2004, 981.

Slegte de prijs van haar boeken immers met de prijs die door de uitgever werd aanbevolen. Aangezien, volgens het hof, kon worden aangenomen dat de door de uitgever aanbevolen prijs minstens door bepaalde detailhandelaars werd aangerekend, werden in de prijsaanduiding de door concurrenten aangeboden producten (de boeken) uitdrukkelijk en de concurrenten zelf (de boekhandelaars in de detailhandel) impliciet genoemd²¹.

Hiertegen ging de Belgische Staat in cassatie. Zij argumenteerde o.a. dat de prijsaanduiding niet als een vergelijkende reclame kon worden beschouwd op basis van een vermoeden dat de door de uitgever aanbevolen prijs wel door ten minste bepaalde detailhandelaars zou worden aangerekend. Door uit te gaan van een vermoeden zou het werkelijk bestaan van concurrenten die de aanbevolen prijzen ook daadwerkelijk toepassen immers onzeker zijn. Bovendien zou aldus worden voorbij worden gegaan aan de bedoeling van het toelaten van vergelijkende reclame, zijnde een betere informatie voor de consument. Deze zou immers zelf bij andere detailhandelaars moeten gaan onderzoeken of zij al dan niet de aanbevolen prijzen volgen om zo de eventuele concurrent zelf te kunnen identificeren en de prijsvergelijking te kunnen beoordelen. De prijsvergelijking van De Slegte zou, met andere woorden, tekort komen aan de identificatievereiste van de concurrent en ten onrechte als een vergelijkende reclame zijn beschouwd.

In zijn oordeel oordeelde het hof dat, onverminderd de door artikel 23bis WHPC gestelde voorwaarden, artikel 22 WHPC niet vereist dat de consument wanneer hij kennis neemt van de vergelijkende reclameboodschap op het zicht van die reclameboodschap en zonder nader onderzoek de concurrenten moet kunnen herkennen en identificeren. Opdat er van vergelijkende reclame sprake kan zijn is het niet vereist dat de vergeleken concurrent of zijn producten of diensten onmiddellijk en van bij de kennisname door de geadresseerde van de reclame identificeerbaar is. Een reclame zal eveneens vergelijkend zijn indien de identificatie van de concurrent pas later gebeurt ingevolge nader onderzoek van de consument.

12. Dit oordeel kan m.i. niet worden onderschreven. Het Europese Hof van Justitie heeft de grenzen aan impliciete vergelijkingen die onder het begrip “vergelijkende reclame” vallen immers reeds duidelijk vastgesteld in de *Toshiba*-

zaak²². Aangezien de definitie van “vergelijkende reclame” in artikel 22 § 2 WHPC een letterlijke overname is van de definitie in richtlijn 97/55 EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen²³ is deze rechtspraak van het Hof van Justitie richtinggevend.

De feiten in de *Toshiba*-zaak waren als volgt. Toshiba was een fabrikant van kopieerapparaten en onderdelen die voor de aanduiding van haar producten specifieke artikelnummers gebruikte. Katun was een verkoper van reserveonderdelen en verbruiksartikelen die geschikt waren voor de apparaten van Toshiba. Om dat duidelijk te maken vermeldde Katun in haar catalogus naast haar eigen producten de artikelnummers van Toshiba. De vraag stelde zich of de vermelding door Katun van de artikelnummers van Toshiba als een vergelijkende reclame kon worden beschouwd.

In zijn conclusie stelde advocaat-generaal Léger dat er sprake is van een vergelijkende reclame van zodra de inhoud ervan de geadresseerde in staat stelt om te weten welke concurrent van de adverteerder wordt genoemd²⁴. Hij vervolgde dat de vraag naar het vergelijkende karakter van de betwiste reclame dus beperkt is tot de vraag naar de aard van de informatie die de artikelnummers, door hun loutere vermelding, geven²⁵. Toshiba zou in de reclame impliciet worden genoemd indien de door haar gebruikte artikelnummers volstaan voor een normaal geïnformeerde persoon om Toshiba of haar producten te identificeren²⁶.

Vervolgens buigt ook het Hof van Justitie zich over de vraag of Toshiba door de artikelnummers kan worden geïdentificeerd. Het Hof oordeelt dat het niet vaststaat dat deze artikelnummers “op zich” door het publiek worden geïdentificeerd als verwijzingen naar producten die door een bepaalde onderneming zijn vervaardigd. Zij vraagt zich tevens af of een fabrikant aan de hand van dergelijke reeksen zou kunnen worden geïdentificeerd indien deze reeksen niet werden gebruikt in correlatie met zijn merk. Het Hof vervolgt dat het evenwel aan de verwijzende rechter is om te beoordelen of de artikelnummers een onderscheidend kenmerk zijn in die zin dat deze nummers worden herkend als afkomstig van een bepaalde onderneming. Afrondend stelt het Hof dat al zouden de artikelnummers van een fabrikant “op zich” een onderscheidend kenmerk zijn, het gebruik van een merk of

21. *R.W.* 2001-02, 1066 met noot K. DAELE, “Prijsvergelijking onder artikel 43, § 4 en art. 23bis WHPC: een delicate evenwichtsoefening”; zie ook H. DE BAUW, “Aanbevolen prijzen en de impliciete identificatie van een concurrent bij vergelijkende reclame”, *T.B.H.* 2001, 767.

22. 25 oktober 2002, *T.B.H.* 2002, 265 met noot J. STUYCK, “Concurreren, vergelijken, aanhaken: het kruispunt van het handelspraktijkenrecht met het merkenrecht”.

23. *P.B.L.* 290, 18.

24. “*Il suffit que le contenu de la publicité permette aux clients qui en sont les destinataires de savoir quel autre opérateur concurrent de l’annonceur est évoqué pour que cette publicité entre dans le champ d’application de la directive [sur la publicité comparative]*”.

25. “*La question [de la nature comparative de la publicité] est donc limitée à la nature de l’information que ces numéros [d’articles] sont susceptibles, par leur seule présence, de délivrer à ceux qui les lisent. Il s’agit en effet de déterminer si la simple mention de ces numéros permet d’identifier les fournitures de Toshiba et donc Toshiba elle-même*”.

26. “*Il y a identification implicite du concurrent ou de ses produits s’il est démontré que les numéros attribués par celui-ci pour désigner ses propres fournitures suffisent à une personne normalement informée pour identifier ces fournitures ou leur fabricant*”.

een onderscheidend kenmerk in bepaalde omstandigheden is toegelaten.

Samengevat, maakt de vermelding door een verkoper van de artikelnummers van de concurrent een vergelijkende reclame uit voor zover die artikelnummers een onderscheidend kenmerk zijn waardoor de geadresseerde van de reclame de concurrent aan de hand van de nummers op zich kan identificeren. Aldus bakent het Europese Hof van Justitie de grenzen van de impliciete identificatie van een concurrent in vergelijkende reclame duidelijk af: deze identificatie dient op zich in de reclame zelf vervat te liggen.

Het hierboven besproken oordeel van het Hof van Cassatie wijkt dan ook af van deze beslissing van het Europese Hof van Justitie. Voor het Hof van Cassatie hoeft de identificatie van de concurrent immers niet op het zicht van de reclame zelf mogelijk te zijn maar volstaat het dat deze identificatie volgt uit nader onderzoek van de geadresseerde. Voor het Hof van Justitie moet de identificatie daarentegen volgen uit de reclame op zich en lijkt er geen plaats voor “nader onderzoek”.

III. DE TOELAATBAARHEIDSVORWAARDEN – ALGEMENE PRINCIPES

1. Wat de vergelijking betreft

13. In de eerste kroniek is erop gewezen dat de definitie van vergelijkende reclame enkel vereist dat een concurrent (of zijn goederen of diensten) wordt genoemd. De definitie vereist, met andere woorden, niet dat de goederen en diensten van de adverteerder daadwerkelijk worden vergeleken met die van een concurrent of dat er kritiek wordt gegeven op de concurrerende producten of diensten. Het is echter wel zo dat een vergelijkende reclame pas geoorloofd zal zijn indien ze concurrenten daadwerkelijk vergelijkt. In navolging van het *Toshiba*-arrest van het Europese Hof van Justitie²⁷ is dit principe nu ook door Belgische rechtspraak bevestigd²⁸.

14. De woorden “daadwerkelijke vergelijking” laten vermoeden dat de adverteerder effectief de verschillende kwaliteiten van zijn product of dienst moet afzetten tegen en vergelijken met die van het concurrerende product. Dit is echter niet het geval. In het *Pippig*-arrest van het Europese Hof van Justitie bevestigt zij immers dat het volstaat om de voornaamste kenmerken van de vergeleken goederen of diensten te beschrijven. Uit die beschrijving zal dan automatisch de vergelijking volgen²⁹. De adverteerder dient, met andere woorden, niet steeds uitdrukkelijk tot een vergelijking over te gaan. Wanneer de vergeleken producten of diensten op

zich afdoende worden beschreven komen de verschillen aan de oppervlakte en komt de vergelijking als het ware vanzelf.

2. Uitputtend

15. In de eerste kroniek is erop gewezen dat de in artikel 23bis § 1 WHPC opgesomde voorwaarden cumulatief zijn en in hun geheel moeten worden nageleefd. Dit is uitgebreid door de rechtspraak bevestigd³⁰.

16. Daarnaast zijn deze voorwaarden uitputtend. Dit heeft een dubbele betekenis. Dit betekent vooreerst dat er geen bijkomende, positieve of negatieve, voorwaarden kunnen worden opgelegd waaraan de geoorloofdheid van vergelijkende reclame moet of kan worden getoetst. Dit betekent bovendien dat de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame uitsluitend mag getoetst worden aan de communautaire bepalingen inzake vergelijkende reclame. Strengere, nationale bepalingen inzake misleidende reclame moeten derhalve buiten beschouwing worden gelaten. Dit blijkt uit het *Pippig*-arrest van het Europese Hof van Justitie van 8 april 2003³¹.

Deze zaak betrof een vergelijkende TV- en radioreclame waarin een Oostenrijkse supermarktketen de door haar aangerekende prijzen voor brillen had vergeleken met de prijzen

²⁷. H.v.J. 25 oktober 2001, *T.B.H.* 2002, 265 met noot J. STUYCK, “Concurreren, vergelijken, aanhaken: het kruispunt van het handelspraktijkenrecht met het merkenrecht”.

²⁸. Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV e.a., Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577.

²⁹. H.v.J. 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH/Hartlauer Handelsgesellschaft*, r.o. 36, *T.B.H.* 2004, 968 met noot K. DAELE, “Prijvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door”.

³⁰. H.v.J. 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH/Hartlauer Handelsgesellschaft*, r.o. 54, *T.B.H.* 2004, 968 met noot K. DAELE, “Prijvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door”; Voorz. Kh. Brugge (afd. Oostende) 2 oktober 2003, *Liberty Channels NV/Jet Air NV, Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 232; Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV e.a., Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577; Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a., Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611.

³¹. H.v.J. 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH/Hartlauer Handelsgesellschaft*, r.o. 44, *T.B.H.* 2004, 968 met noot K. DAELE, “Prijvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door”; zie ook Antwerpen 12 juni 2003, *Groepering van Concessiehouders Renault België VZW e.a./Cardoen-Center NV e.a., Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 152.

van speciaalzaak Pippig. Uiteraard waren de prijzen van de supermarktketen voordeliger dan die van de speciaalzaak. Om verschillende redenen verzette deze laatste zich tegen deze reclame en begon zij een rechtszaak waarin een aantal prejudiciële vragen aan het Europese Hof zijn gesteld.

Eén van de aspecten die daarbij aan bod kwam was het feit dat de speciaalzaak rechtstreeks werd beleverd door de fabrikanten van de brillen, terwijl de supermarktketen haar brillen betrok op de parallelle markt. De speciaalzaak hield voor dat de vergelijkende reclame ongeoorloofd was precies omdat de vergeleken brillen via verschillende distributiekanaalen waren aangekocht. Het Hof wees dit argument echter van de hand. De toelaatbaarheidsvoorwaarden van vergelijkende reclame waren uitputtend en de vereiste dat de vergeleken producten via dezelfde productiekanaalen werden betrokken behoorde niet tot die toelaatbaarheidsvoorwaarden. Artikel 3bis lid 1 van de richtlijn 84/450 – dat in België is omgezet door artikel 23bis § 1 WHPC – verzette zich er met andere woorden niet tegen dat de vergeleken producten via verschillende distributiekanaalen werden aangeschaft.

Een ander aspect dat aan bod kwam was het feit dat de supermarktketen twee brillen had vergeleken die weliswaar hetzelfde merk van montuur maar een verschillend merk van de glazen hadden (een gekend merk versus een onbekend merk) en dat zij dit niet had vermeld in de reclame. Onder de Oostenrijkse bepalingen inzake misleidende reclame was dit verboden. Het Hof oordeelde evenwel dat richtlijn 84/450 de toelaatbaarheidsvoorwaarden van vergelijkende reclame uitputtend harmoniseert, hetgeen betekent dat de reclame enkel moet getoetst worden aan de communautair vastgestelde criteria en dat strengere, nationale bepalingen inzake misleidende reclame niet van toepassing zijn op vergelijkende reclame wat de inhoud en de vorm van de vergelijking betreft.

3. Interpretatie van de voorwaarden

17. Het is ondertussen vaststaande rechtspraak dat de toelaatbaarheid van een vergelijkende reclame dient te worden beoordeeld vanuit het standpunt van het publiek waaraan de reclame is gericht en niet vanuit het standpunt van de vergeleken concurrent³². Het oordeel dat “*het begrip doelgroep*

thuishoort in het domein van het merkenrecht en vreemd is aan huidig geschil [inzake vergelijkende reclame]” kan dan ook niet gevolgd worden³³.

18. Daarnaast is het van belang rekening te houden met het oordeel van het voltallige doelpubliek en dus niet met slechts een deel daarvan. Dit blijkt uit het reeds hierboven aangehaalde vonnis inzake de paarse enveloppe van Mobistar³⁴.

Daarin argumenteerde Belgacom Mobile dat Mobistar een oneerlijk voordeel haalde uit de paarse enveloppe doordat de Belgacom-klienten, door de kleur en de tekst van de enveloppe, ertoe zouden worden aangezet om de enveloppe te openen in de verwachting een besparing te kunnen realiseren op hun Belgacom-abonnement. Indien de brochure in een andere enveloppe zou zijn verstuurd, dan zou minstens een deel van de Belgacom-klienten de enveloppe gewoon niet openen. De voorzitter wees dit argument af en keerde het zelfs om. Indien de enveloppe inderdaad de indruk zou wekken van Belgacom Mobile afkomstig te zijn dan zouden de Mobistar-klienten die enkel in Mobistar geïnteresseerd zijn evenmin de enveloppe openen. Of een oneerlijk voordeel werd gehaald moest, met andere woorden, niet alleen bekeken worden vanuit het standpunt van een deel van de geadresseerden (d.i. de Belgacom-klient) maar vanuit het standpunt van de doorsnee geadresseerde (d.i. én de Belgacom-klient én de Mobistar-klient).

19. In de eerste kroniek is gebleken dat de toelaatbaarheidsvoorwaarden van vergelijkende reclame vrij streng werden geïnterpreteerd. Het Europese Hof van Justitie heeft in zijn *Pippig*-arrest echter opnieuw bevestigd dat de aan vergelijkende reclame gestelde voorwaarden in de voor deze reclame meest bevorderlijke zin moeten worden uitgelegd³⁵.

Ook in de Belgische rechtspraak lijkt er meer en meer soepelheid aan de dag te worden gelegd. Met betrekking tot het niet vermelden van een aantal prijscomponenten waardoor de reclame misleidend zou zijn, is bijvoorbeeld geoordeeld dat “*de uitvoering van de vergelijkende reclame in het Belgisch positief recht ongedaan zou worden gemaakt mocht opgelegd worden dat telkens alle factoren zouden moeten worden toegelicht*”³⁶.

Er is eveneens geoordeeld dat “*het verbod op misleidende [vergelijkende] reclame niet al te nauw kan worden uitge-*

³² Voorz. Kh. Brussel 6 november 2003, *Biochemie NV/Glaxosmithkline NV*, onuitg., A.R. 5944/03; Voorz. Kh. Brugge (afd. Oostende) 2 oktober 2003, *Liberty Channels NV/Jet Air NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 232; Voorz. Kh. Bergen 23 januari 2003, *Régie Rossel NV/Group Plus Belgium NV*, onuitg., A.R. 02/3346; Voorz. Kh. Brussel 2 januari 2003, *British Car Center NV e.a./Cardoen Center NV*, onuitg., V.S. 06631/02; Voorz. Kh. Brussel 2 januari 2003, *Astrazenica NV/Biochemie NV*, onuitg., V.S. 6051/02; Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611; Brussel 26 maart 2002, *UCB NV e.a./Eurogenerics NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 80; Voorz. Kh. Brussel 7 januari 2002, *Nutricia België NV/Nestlé Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 149.

³³ Voorz. Kh. Brussel 23 januari 2002, *Esri Belux NV/Eurotronics NV*, onuitg., V.S. 9405/2001.

³⁴ Voorz. Kh. Leuven 4 november 2003, *Belgacom Mobile NV/Mobistar NV*, onuitg., BRK C 03.31.

³⁵ H.v.J. 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH/Hartlauer Handelsgesellschaft*, r.o. 42, *T.B.H.* 2004, 968 met noot K. DAELE, “Prijzvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door”; zie ook H.v.J. 25 oktober 2001, *T.B.H.* 2002, 265, r.o. 37 met noot J. STUYCK.

³⁶ Voorz. Kh. Brussel 8 juli 2003, *Base NV/Belgacom Mobile NV*, onuitg., V.S. 02/11772.

legd nu vergelijkende reclame bedoeld is om de informatie voor de consument vollediger te maken in verband met het aanbod van producten of diensten³⁷ en dat “het uitgangspunt de principiële toelating van vergelijkende reclame [is] zodat een strikte interpretatie van de toepassingsvoorwaarden moet worden vermeden. Tevens dient benadrukt dat reclame in hoofdzaak de verkoopbevordering op het oog heeft. Dit heeft tot gevolg dat vergelijkende reclame op één of ander punt slechts een benaderende vergelijking kan inhouden, zonder dat deze op zich de reclame ongeoorloofd laat³⁸”.

Nu er aan de ene kant soepelheid aan de dag moet worden gelegd maar er aan de andere kant met de nodige strengheid moet worden opgetreden ter bescherming van de concurrentie en de consument, oordelen sommige Belgische rechters niet onterecht dat “vergelijkende reclame een zeer gevoelige materie is³⁹”, dat “vergelijkende reclame met de grootste omzichtigheid dient beschouwd te worden⁴⁰” en dat “wie zich toelegt op vergelijkende reclame zich op glad ijs begeeft⁴¹”.

IV. DE TOELAATBAARHEIDSVOORWAARDEN INDIVIDUEEL OVERLOPEN

1. Dezelfde behoeften

20. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 2° WHPC dient vergelijkende reclame producten of diensten te vergelijken die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd. Dit betekent evenwel niet dat de vergeleken producten of diensten identiek moeten zijn.

Zo is er geoordeeld dat een auto die aanvankelijk voor de Spaanse markt was geproduceerd probleemloos vergeleken mocht worden met eenzelfde auto die voor de Belgische markt was geproduceerd. De voorzitter stoorde zich niet aan het feit dat de vergeleken auto's niet identiek waren aangezien het in beide gevallen hetzelfde basismodel betrof⁴².

Er is evenmin aanstoot gegeven aan een vergelijkende reclame tussen een generisch geneesmiddel dat minder therapeutische indicaties had als het corresponderende merkgeneesmiddel. Voor de door het generisch geneesmiddel aangegeven indicaties voorzagen de twee producten immers in dezelfde behoefte. Het feit dat het merkgeneesmiddel nog voor andere bijkomende indicaties was erkend, deed niet tereake⁴³.

21. Anderzijds mogen de verschillen tussen de vergeleken producten ook weer niet te groot zijn. In een stakingsprocedure met betrekking tot een reclame waarin een gel die het vrouwelijke orgasme zou bevorderen werd vergeleken met een bekend geneesmiddel tegen mannelijke erectiestoornissen, erkende de adverteerder weliswaar dat

beide producten totaal verschillend waren (gel versus pil, voor de vrouw versus voor de man) doch hield hij voor dat beide producten een seksuele connotatie en op die manier “een verwante gebruiksfunctie” en “gelijkaardige effecten” hadden. De voorzitter ging daar echter niet in mee en oordeelde dat een vrouwelijk orgasme bevorderende gel en een erectiestoornis verhelpend geneesmiddel in andere noden voorzagen⁴⁴.

Verrassend genoeg is ook een reclame veroordeeld waarin de adverteerder zijn diervoeding met verschillende smaken vergeleek met één enkele smaak van een concurrent. De voorzitter was namelijk van oordeel dat dit geen vergelijking betrof van producten die in dezelfde behoeften voorzagen. Vermoedelijk had de adverteerder zijn product met bijvoorbeeld kip moeten vergelijken met de corresponderende smaak van de concurrent, hoewel uit het vonnis niet duidelijk is op te maken of deze laatste wel alle corresponderende smaken produceerde⁴⁵.

22. Vermeldingwaardig is ook een geschil dat is gerezen tussen Lidl en Colruyt naar aanleiding van de bewering van Colruyt dat een gezin dat wekelijks bij haar 100 euro uitgaf op jaarbasis 155 tot 293 euro had bespaard door bij haar te winkelen in plaats van bij hard discounters als Aldi, Lidl en Makro. Deze prijsvergelijking was gebaseerd op een zogenaamde prijsindex waarin de prijzen werden bijgehouden van een staal van producten uit het productenassortiment van de supermarkten. Lidl hield voor dat deze reclame die het algemene prijzenpeil van concurrerende supermarkten ver-

³⁷. Voorz. Kh. Brussel 25 februari 2002, *UCB Pharma NV e.a./Ethimed NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 156.

³⁸. Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611.

³⁹. Voorz. Kh. Brussel 8 juli 2003, *Base NV/Belgacom Mobile NV*, *onuitg.*, V.S. 02/11772.

⁴⁰. Voorz. Kh. Antwerpen 21 maart 2002, *Belgacom NV/Planet Internet NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 163.

⁴¹. Voorz. Kh. Brussel 23 januari 2002, *Esri Belux NV/Eurotronics NV*, *onuitg.*, V.S. 9405/2001.

⁴². Voorz. Kh. Antwerpen 24 oktober 2002, *Groepering van Concessiehouders en directe agenten Renault van België VZW e.a./Cardoen Center NV e.a.*, *onuitg.*, A.R. 10206/02, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611.

⁴³. Brussel 26 maart 2002, *UCB NV e.a./Eurogenerics NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 80.

⁴⁴. Voorz. Kh. Brussel, 27 mei 2002, *Pfizer NV/Air Technics Benelux NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 178.

⁴⁵. Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

geleek geen goederen vergeleek die in dezelfde behoeften voorzagen of voor hetzelfde doel waren bestemd. Colruyt, daarentegen, hield voor dat een vergelijking van het algemene prijzenpeil geoorloofd was wanneer de supermarkten maar een voldoende vergelijkbaar productenassortiment aanboden.

De voorzitter heeft zich over dit punt niet uitgesproken maar het neergelegd bij het Europese Hof van Justitie. Middels een prejudiciële vraag zal deze moeten oordelen of de voorwaarde dat een vergelijkende reclame producten of diensten moet vergelijken die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd zo moet worden uitgelegd dat vergelijkende reclame enkel geoorloofd is indien ze betrekking heeft op individuele goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien, met uitsluiting van productennassortimenten zelfs indien deze assortimenten in hun geheel en niet noodzakelijk voor wat betreft elk onderdeel in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd⁴⁶.

2. Eén of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken objectief vergelijken

23. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 3° WHPC dient vergelijkende reclame op objectieve wijze één of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de vergeleken producten of diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar te vergelijken.

2.1. Eén of meer wezenlijke, relevante en representatieve kenmerken

24. Uit het feit dat “*één of meer*” kenmerken mogen worden vergeleken, wordt afgeleid dat de adverteerder er niet toe gehouden is om alle aspecten van de vergeleken goederen met elkaar te vergelijken of om alle voor- en nadelen van de vergeleken producten op te sommen⁴⁷. De adverteerder

mag zich inderdaad op één enkel kenmerk concentreren, zolang dat maar een wezenlijk, relevant en representatief kenmerk is.

De werking van een afwasmiddel op de vaat of de allergische reacties van kinderen op babyvoeding maken een dergelijk kenmerk uit⁴⁸. Niettegenstaande het feit dat smaak een subjectief gegeven is, kan ook de smaak van een voedingsmiddel een wezenlijk, relevant en representatief kenmerk zijn op voorwaarde dat objectieve testen kunnen meten welk product bij gebruikers de voorkeur geniet⁴⁹.

Maakt, daarentegen, geen vergelijking van een wezenlijk, relevant en representatief kenmerk uit de boodschap dat tegenover een correcte marktspeler (de adverteerder) een concurrent staat die de concurrentie niet op een eerlijke wijze voert⁵⁰. Evenmin geoorloofd was de reclame waarin een krantenuitgever op basis van een oplage van 4.000.000 exemplaren beweerde de grootste speler inzake gratis kranten te zijn. Er werd geoordeeld dat niet de oplage op zich maar wel het aantal effectieve lezers het enige relevante kenmerk was. Dit gold des te meer aangezien ook de adverteerder zelf onder de slogan “*Cela résulte en plus de lecteurs, également pour vos annonces...*” een verband had gelegd met het aantal lezers⁵¹.

2.2. De vergeleken kenmerken moeten controleerbaar zijn

25. Een kenmerk zoals de prijs van een product kan worden gecontroleerd door officiële websites of prijscatalogi te raadplegen⁵². Een kenmerk is eveneens controleerbaar indien het kan worden aangetoond met objectieve testen⁵³. Een mooi voorbeeld betreft een reclamespot waarin twee fruitsappen van merk X en merk Y werden vergeleken en waarin op basis van een smaaktest werd gesteld dat 7 op 10 Belgen het fruitsap van merk X lekkerder vonden dan het fruitsap van merk Y. In zijn vonnis stond de voorzitter stil bij de wijze waarop de test was uitgevoerd. Deze was uitgevoerd door een onafhankelijk onderzoeksbureau, de producten van de verschillende merken werden in roterende volgorde blind getest, er was een relevante en representatieve

⁴⁶. Voorz. Kh. Brussel 29 juni 2004, *Lidl NV/Franz Colruyt NV*, onuitg.

⁴⁷. Voorz. Kh. Antwerpen 24 oktober 2002, *Groepering van Concessiehouders en directe agenten Renault van België VZW e.a./Cardoen Center NV e.a.*, onuitg., A.R. 10206/02, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611; Voorz. Kh. Brussel 7 januari 2002, *Nutricia België NV/Nestlé Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 149.

⁴⁸. Voorz. Kh. Nijvel 18 juli 2003, *Reckitt Benckiser Belgium NV/Unilever Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 213; Voorz. Kh. Brussel 7 januari 2002, *Nutricia België NV/Nestlé Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 149.

⁴⁹. Voorz. Kh. Brussel 12 juli 2004, *Coca Cola Company e.a./Friesland Drinks Belgium NV*, onuitg., A/04/0615; Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

⁵⁰. Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577.

⁵¹. Voorz. Kh. Bergen 23 januari 2003, *Régie Rossel NV/Group Plus Belgium NV*, onuitg., A.R. 02/3346.

⁵². Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611.

⁵³. Voorz. Kh. Nijvel 18 juli 2003, *Reckitt Benckiser Belgium NV/Unilever Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 213; Voorz. Kh. Brussel 7 januari 2002, *Nutricia België NV/Nestlé Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 149; Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

doelgroep getest en er was rekening gehouden met een redelijke foutmarge. Volgens de voorzitter bood de test dan ook voldoende garanties⁵⁴.

26. Opdat een kenmerk controleerbaar kan zijn moet het echter uiteraard wel voldoende precies omschreven zijn. Daar knelt dikwijls het schoentje.

Zo is een prijsvergelijking die, zonder verwijzing naar enige concrete grootorde van prijzen, de eigen prijzen “laag” en “de allerlaagste” noemde terwijl de prijzen van de concurrent als “hoog” en “peperduur” werden afgedaan veroordeeld⁵⁵.

De hierboven aangehaalde prijsvergelijking van Colruyt waarin zij beweerde dat de klanten een bepaald bedrag hadden bespaard door bij haar te winkelen en niet bij andere hard discounters en supermarktketens vond eveneens geen genade. Er is immers geoordeeld dat het aangeprezen kenmerk, de voordelige prijs bij Colruyt, niet controleerbaar was aangezien er geen duidelijk onderscheid was gemaakt tussen de verschillende bij naam genoemde concurrenten en de aard en het aantal van de gekochte producten onbekend waren⁵⁶.

Ook een prijsvergelijking van Mobistar waarin werd geponeerd dat voor een bepaald bedrag bij haar 120 minuten kon worden gebeld en bij Proximus slechts 70 minuten is veroordeeld. De prijs van de individuele communicaties die Proximus aanrekende verschilde immers naargelang er gebeld werd tijdens de dal- of piekuren en naargelang de bestemming. Door de prijsverschillen kon met het Proximus-abonnement bijvoorbeeld voor 118,75 minuten worden gebeld naar een ander Proximus-nummer in de daluren en slechts voor 18,27 minuten naar een ander mobiel netwerk of naar een vast nummer in de piekuren. De berekening van de 70 minuten door Mobistar betekende in die omstandigheden niets en was niet controleerbaar⁵⁷.

In het licht van deze rechtspraak is de volgende beslissing van het hof van beroep te Antwerpen verwonderlijk. Het betrof een reclame waarin in algemene termen werd beweerd dat de tarieven van de adverteerder gemiddeld 30 of 35% goedkoper waren dan deze van Belgacom. Deze reclame is niet veroordeeld. Het hof overwoog dat de prijzen in de telefonie gedurig evolueerden en dat prijsvergelijkingen in deze sector dan ook actueel waren. De doorsnee consument wist derhalve dat verschillende aanbieders van telefoondiensten

verschillende tariefstructuren hanteerden met telkens verschillende tariefeenheden naargelang het tijdstip waarop getelefoneerd werd en de bestemming. Er bestond dus niet zoiets als “gemiddeld goedkoper”, alles hing af van het telefoongebruik van de individuele gebruiker, wat hij behoorde te weten. Op zichzelf was een slogan dat de tarieven 30 of 35% goedkoper waren dan deze van een concurrent daarom inhoudloos en niet in staat misleidend of afbrekend te zijn⁵⁸.

27. Tenslotte, heeft de hierboven vermelde prijsvergelijking van Colruyt nog interessante rechtspraak opgeleverd. Naast supermarkt Cora heeft immers ook hard discounter Lidl een stakingsprocedure tegen Colruyt ingesteld. Daarin heeft de voorzitter, op verzoek van Colruyt, het Europese Hof van Justitie de prejudiciële vraag gesteld of een kenmerk in vergelijkende reclame slechts aan de controlebaarheid vereiste voldoet indien dit kenmerk op zijn juistheid kan worden gecontroleerd door degenen tot wie de reclame is gericht of volstaat het dat het kenmerk door derden, tot wie de reclame niet gericht is, kan worden gecontroleerd⁵⁹. Het antwoord hierop zal te lezen zijn in de volgende editie van voorliggende kroniek.

2.3. De vergelijking van de kenmerken moet objectief zijn

28. In de eerste kroniek is geargumenteed dat het begrip “objectief” kan worden geïnterpreteerd als het tegengestelde van “subjectief”. In die zin zou het begrip “objectief” een eigen inhoud hebben en aansluiten bij begrippen als “neutraliteit” en “redelijkheid”⁶⁰.

Dit standpunt is o.a. bevestigd door de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent die oordeelde dat “het begrip objectiviteit een bijkomend criterium is erin bestaand dat in de reclame de vergelijking op neutrale wijze moet worden gevoerd, doch rekening houdend met het feit dat reclameboodschappen kort en krachtig dienen te zijn en hoedanook tot doel hebben de als relevant naar voren geschoven kenmerken uit te vergroten”⁶¹. Ook zijn collega te Brussel bepaalde dat “vergelijkende reclame objectief dient te berichten over de kwaliteiten van het geadverteerde product terwijl hyperbolische reclame een subjectieve reclamevorm uitmaakt die erin bestaat op overdreven wijze de kwaliteiten

⁵⁴. Voorz. Kh. Brussel 12 juli 2004, *Coca Cola Company e.a./Friesland Drinks Belgium NV*, onuitg., A/04/0615.

⁵⁵. Brussel 4 december 2002, *Ryanair Ltd/Curatoren Sabena NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 130.

⁵⁶. Voorz. Kh. Brussel 30 juni 2004, *Cora NV/Franz Colruyt NV*, onuitg., V.S. 1375/2004.

⁵⁷. Brussel 14 februari 2003, *Belgacom Mobile NV/Mobistar NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 142.

⁵⁸. Antwerpen 27 juni 2002, *Euphony Benelux NV/Belgacom NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 393 bevestigt Voorz. Kh. Antwerpen 31 mei 2001, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 384.

⁵⁹. Voorz. Kh. Brussel 29 juli 2004, *Lidl NV/Franz Colruyt NV*, onuitg.

⁶⁰. Zie ook H. DE BAUW, “Grenzen aan vergelijkende reclame”, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 176 die eveneens uitgaat van een zelfstandige betekenis van de objectiviteitsvereiste. Op “objectieve wijze” vergelijken zou betekenen dat de vergelijking van de kenmerken voor zich moet spreken.

⁶¹. Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611.

van het geadverteerde product in de verfte zetten om de aandacht van de consument op te wekken. Deze twee technieken van reclame zijn per definitie onverenigbaar. Een vergelijkende reclame kan derhalve geen hyperbolen bevatten zonder haar objectiviteit en dus haar geloofwaardigheid te verliezen⁶².

29. De volgende reclames doorstonden de objectiviteitstest niet.

Een persbericht waarin een elektriciteitsproducent melding maakte van een door hem ingestelde rechtszaak tegen een concurrent en waarin een aantal gratuite beweringen uit zijn dagvaarding werden voorgesteld als daadwerkelijke en vaststaande feiten was niet objectief⁶³.

Ook de vergelijking tussen bier en champagne miste objectiviteit *“ingevolge de grote verschillen die bestaan tussen bier en champagne inzake de smaak, de productiemethode, de oorsprong en de prijs”*⁶⁴.

Hetzelfde geldt voor een reclame waarin een hotel werd voorgesteld als zijnde 35% goedkoper dan een aantal andere hotels. Het aangeprezen hotel dat in de binnenstad was gelegen werd immers vergeleken met een hotel dat aan het strand was gelegen en dat bovendien een ster meer had. Bovendien gold het geadverteerde prijsverschil slechts voor één beperkte periode terwijl voor de andere periodes een kleiner prijsverschil gold of het aangeprezen hotel zelfs duurder was⁶⁵.

Interessant was ook de volgende zaak. Mobistar hanteerde voor haar telefonieabbonementen twee tariefprogramma's: het ene omvatte enkel een vast abonnementsgeld waarbij de gebruikte belminuten afzonderlijk werden aangerekend, het andere omvatte naast de abonnementsprijs ook een forfaitair aantal belminuten. Concurrent Proximus, daarentegen, hanteerde één tariefprogramma op basis van het abonnementsgeld gecombineerd met een aantal tariefopties waarbij voor een bijkomend forfaitair bedrag hetzij een aantal belminuten werd toegekend, hetzij een bijkomende korting op de prijs van de belminuten. Op basis van een vergelijking tussen haar abonnement mét forfait belminuten en een standaard abonnement zonder belminuten van Proximus, beweerde Mobistar in haar reclame dat voor een bepaald bedrag de consument bij haar langer kon bellen dan bij Proximus⁶⁶. Dit is door het hof van beroep te Brussel veroordeeld. Het hof oordeelde dat de prijsvergelijking van Mobistar niet objectief was aangezien zij haar programma met forfait belminu-

ten had vergeleken met een Proximus-programma zonder forfait minuten en aangezien zij had verzwegen dat de bijkomende tariefopties van Proximus een aanzienlijk verschil konden opleveren. Dat gold volgens het hof des te meer omdat het hoedanook voor elke GSM-operator eenvoudig was om aan te tonen dat één van haar forfaitaire formules veel voordeliger was dan een abonnementsformule zonder forfaitaire belminuten van een concurrent⁶⁷.

Een vergelijkende reclame mist ook de vereiste objectiviteit wanneer ze gebaseerd is op onjuiste gegevens en de adverteerder dit niet tijdig rechtzet. Zo is een prijsvergelijkende reclame gesanctioneerd die was gebaseerd op een proefaanloop die was uitgevoerd de dag vóór dat de prijsvergelijking werd aangekondigd. De adverteerder had de prijsvergelijking gedurende 10 dagen aangehouden en dit terwijl de concurrent de eerste dag van de vergelijking al een reclamefolder had uitgebracht waarin een aantal prijsaanpassingen waren doorgevoerd. Aangezien de adverteerder er niet had voor gezorgd dat de door de concurrent toegepaste prijzen aangepast waren en zouden blijven aan de effectief door de concurrent toegepaste prijzen, was de reclame niet objectief⁶⁸.

Evenmin objectief is reclame waarin op basis van een beperkte superioriteit een algemene superioriteit wordt uitgeroepen. Aangezien de rechtspraak het uitroepen van een onterechte algemene superioriteit evenwel ook soms sanctioneert onder het misleidingsverbod, wordt deze problematiek in titel VI afzonderlijk behandeld.

30. De volgende vergelijkende reclames doorstonden de objectiviteitstest daarentegen wel.

In de *Pippig*-zaak hield de vergeleken concurrent voor dat de prijsvergelijking van de adverteerder ongeoorloofd was omdat de adverteerder precies die producten had vergeleken waarvoor het prijsverschil tussen hen het grootst was en omdat dit prijsverschil hoedanook veel groter was dan het gemiddelde prijsverschil. Het Europese Hof van Justitie wees dit resoluut van de hand. Het oordeelde dat *“een verplichting om elke prijsvergelijking tot de gemiddelde prijzen van de door de adverteerder aangeboden producten en de concurrerende producten te beperken, in strijd is met de doelstellingen van de gemeenschapswetgever”*. Het Hof overwoog dat vergelijkende reclame er immers juist diende toe bij te dragen de verschillen objectief te belichten. Een dergelijke objectiviteit betekende dat *“de personen tot wie de reclame zich richt, de werkelijke prijsverschillen tussen*

^{62.} Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

^{63.} Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577.

^{64.} Voorz. Kh. Nijvel 26 juli 2002, *Veuve Clicquot Ponsardin NV e.a./De Landtsheer Emmanuel NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 71.

^{65.} Voorz. Kh. Brugge (afd. Oostende) 2 oktober 2003, *Liberty Channels NV/Jet Air NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 232.

^{66.} Voorz. Kh. Brussel 13 december 1999, *Belgacom Mobile NV/Mobistar NV*, *onuitg.*, A.R. 09099/99.

^{67.} Brussel 14 februari 2003, *Belgacom Mobile NV/Mobistar NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 142.

^{68.} Brussel 11 juni 2002, *Carrefour Belgium NV/Supermarkt Broekmans NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 111. Ook in eerste aanleg is de reclame om dezelfde reden veroordeeld, zij het niet wegens een gebrek aan objectiviteit maar wegens haar misleidend karakter, Voorz. Kh. Brussel 2 januari 2002, *Carrefour Belgium NV/Supermarkt Broekmans NV*, *onuitg.*, R.K. 366.01.

de vergeleken producten kunnen kennen en niet alleen het gemiddelde verschil tussen de gehanteerde prijzen". Het Hof voegde er nog aan toe dat "het de vrije economische keuze is van de adverteerder hoe vaak hij zijn eigen producten met die van zijn concurrent wil vergelijken"⁶⁹.

De vergelijking is eveneens objectief wanneer een adverteerder die beweert dezelfde producten te kunnen leveren als een concurrent ten bewijze daarvan een staal van zijn product toezendt aan een potentiële klant. Aangezien het product zelf wordt verstrekt kan de ontvanger van het staal zelf tot vergelijking overgaan hetgeen een niet-objectieve vergelijking uitsluit⁷⁰.

Ten slotte is ook een prijsvergelijkende reclame waarin de adverteerder de redenen voor het prijsverschil toelichtte en tegelijk de aandacht vestigde op de eventuele verschillen die er tussen de vergeleken producten bestonden als objectief aanvaard⁷¹.

3. Niet misleidend

31. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 1° WHPC mag vergelijkende reclame niet misleidend zijn. De term "misleidend" heeft onder de nieuwe reglementering geen eigen invulling, maar moet worden gelezen in de zin van het "oude" artikel 23, 1° tot 5° WHPC.

32. Een vergelijkende reclame waarin ten onrechte de indruk wordt gewekt dat men nog steeds dezelfde producten verdeelt als voorheen maar onder een andere benaming is veroordeeld⁷². Omgekeerd is het ook misleidend om van een concurrent te beweren dat hij bepaalde producten niet meer verdeelt of, bij gebrek aan originele wisselonderdelen, geen herstellingen meer kan uitvoeren terwijl de concurrent wel nog de producten verdeelt en kan herstellen⁷³.

De slogan dat honden en katten een bepaald voedingsmiddel voor 100% verkiezen is als misleidend veroordeeld omdat uit testen bleek dat slechts in 60%, 80% tot 90% van de gevallen de geteste dieren het geadverteerde product hadden

verkozen. Dezelfde reclame was overigens ook nog misleidend omwille van het feit dat de adverteerder op basis van één kenmerk van zijn product (de smaak) een algemene superioriteit had uitgeroepen⁷⁴.

Eveneens veroordeeld is een mailing waarin een vonnis door één van de betrokken partijen werd toegelicht en waarin de indruk werd gegeven dat er op definitieve wijze een merkinbreuk was vastgesteld in hoofde van de vergeleken concurrent terwijl het een procedure in kort geding betrof. Tevens werd de indruk gewekt dat de geadresseerden van de mailing zelf aan merkinbreuken zouden deelnemen terwijl dit niet het geval was⁷⁵.

Uit de zaak *Pippig* blijkt dat een vergelijkende reclame ook kan misleiden door het niet vermelden van de merknaam van de vergeleken producten. De adverteerder had brillen vergeleken die weliswaar bestonden uit eenzelfde montuur en uit kwalitatief gelijkwaardige glazen, maar het merk van de aangeboden glazen was bij de ene bril veel bekender dan bij de andere. Er werd voorgehouden dat de prijsvergelijking tussen een merkproduct en een merkloos product ongeoorloofd was indien de naam van de fabrikant van het merkproduct niet werd vermeld. In zijn oordeel erkende het Hof dat het weglaten van het bekende merk misleidend kon zijn wanneer het merk van de producten de keuze van de koper merkbaar kon beïnvloeden en de vergelijking concurrerende producten betrof van merken die inzake bekendheid aanzienlijke verschillen vertoonden. Het was aan de nationale rechter om daarover te oordelen⁷⁶.

33. Anderzijds worden kleine onjuistheden ook al eens door de vingers gezien. Zo had Cardoen in de reeds hierboven aangehaalde prijsvergelijking met de officiële catalogusprijs een verkeerde berekening van 185 euro gemaakt. De voorzitter oordeelde dat een dergelijk verschil op een totaal prijsvoordeel van 4.300 euro marginaal was en niet van aard was de consument te misleiden, laat staan zijn koopgedrag te beïnvloeden⁷⁷. In dezelfde zin is geoordeeld dat een vergelijkende reclame waarin een krantenuitgever beweerde 1.350.000 lezers te hebben terwijl het er in werkelijkheid slechts 1.220.900 waren, niet misleidend was. Een verschil

⁶⁹. H.v.J. 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH/Hartlauer Handelsgesellschaft*, r.o. 36, *T.B.H.* 2004, 968 met noot K. DAELE, "Prijsvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door".

⁷⁰. Antwerpen 22 mei 2003, *Arbochim NV/WVT Industries*, onuitg., A.R. 2002/1605.

⁷¹. Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, "Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse", *T.B.H.* 2003, 611.

⁷². Voorz. Kh. Gent 22 december 2003, *ACL Aditi BVBA/Herbica BVBA e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 281.

⁷³. Voorz. Kh. Gent 12 juli 2004, *Delta Light NV/Aluvision NV*, onuitg., A/04/00163; Voorz. Kh. Kortrijk 5 mei 2003, *Omer Daniels BVBA/Perfecta België BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 184.

⁷⁴. Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

⁷⁵. Brussel 25 juni 2003, *Merck & Co Inc. e.a./Aktuapharma NV*, onuitg., A.R. 2002/1820.

⁷⁶. H.v.J. 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH/Hartlauer Handelsgesellschaft*, r.o. 53 en 55, *T.B.H.* 2004, 968 met noot K. DAELE, "Prijsvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door".

⁷⁷. Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249; in dezelfde zin ook Voorz. Kh. Antwerpen 24 oktober 2002, *Groepering van Concessiehouders en directe agenten Renault van België VZW e.a./Cardoen Center NV e.a.*, onuitg., A.R. 10206/02, beide besproken door K. DAELE, "Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse", *T.B.H.* 2003, 611.

van 129.100 op meer dan 1.200.000 lezers was niet relevant⁷⁸.

In het licht van deze vergevingsgezinde rechtspraak is het volgende oordeel dan ook streng. Proximus had in een prijsvergelijkende reclame beweerd dat zij voor het bellen vanuit het buitenland naar België 17% goedkoper was dan de concurrentie. Toen bleek dat dit voor een beperkt aantal en minder belangrijke landen niet het geval was, hield Proximus voor dat haar bewering voor de meeste landen en vooral voor de belangrijkste landen wél juist was. Het globale beeld klopte, met andere woorden, en de fouten waren verwaarloosbaar en niet van aard om het economische gedrag van de consument te beïnvloeden. Desalniettemin is de reclame als misleidend veroordeeld⁷⁹.

34. Een heikel punt in de beoordeling van het misleidend karakter van een vergelijkende reclame is de vraag naar de omvang van de informatieplicht van de adverteerder.

Bepaalde rechtspraak gaat uit van een beperkte informatieplicht. Zo diende te worden geoordeeld over een brochure van Proximus waarin zij aangaf dat zij geen kosten aanrekende voor de toegang tot haar netwerk en dat concurrent Base dat wel deed. Base vond dit misleidend omdat Proximus had verzwegen dat zij minimum één minuut communicatie aanrekende ook al belden haar klanten effectief maar, bijvoorbeeld, 5 seconden. Derhalve dienden de Proximusklanten in feite wel voor hun toegang tot het netwerk te betalen aangezien zij in veel gevallen meer betaalden dan de gesprekstijd die zij gebruikten. Dit argument werd evenwel afgewezen. Rekening houdend met het feit dat “*de uitvoering van de vergelijkende reclame in het Belgisch positief recht ongedaan zou worden gemaakt mocht opgelegd worden dat telkens alle factoren zouden moeten worden toegelicht*”, oordeelde de voorzitter dat Proximus niet moest aanhalen wat voor haar nadelig was en dat Base maar reclame moest maken met haar eigen billingsysteem⁸⁰.

In dezelfde zin oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat de vergelijking door een telecomoperator van haar eigen voordeeltarief met het standaardtarief van Belgacom niet misleidend was. Het hof oordeelde immers dat prijsvergelijkingen weliswaar juist dienden te zijn maar dat, bij het vergelijken van haar tarieven met deze van andere aanbieders, de adverteerder er niet toe gehouden was alle tariefstructuren

en voordeeltarieven van de concurrent weer te geven. Dit diende de concurrent immers zelf te doen⁸¹.

Ook de vergelijking van Cardoen tussen haar eigen prijs en de officiële catalogusprijs van de betrokken auto's was niet misleidend, hoewel in de praktijk de officiële catalogusprijs in het officiële dealernetwerk eigenlijk nooit werd toegepast en de dealers constant kortingen aanboden. Er is geoordeeld dat een adverteerder geen informatie diende te verschaffen over mogelijke speciale acties of bijzondere initiatieven van de concurrentie⁸².

Andere rechtspraak is daarentegen veel strenger. Hierboven is reeds de vergelijkende reclame aangehaald van Mobistar tussen haar abonnement met belminuten en het Proximus abonnement zonder belminuten. In die zaak is geoordeeld dat elke vergelijkende reclame getrouw de tariefstructuren van de diensten in hun geheel dient weer te geven en dat een aantal tariefopties van de concurrentie derhalve niet mag worden verzwegen op het gevaar van de daadwerkelijke voorwaarden van het concurrerende aanbod en het uiteindelijke resultaat van de prijsvergelijking te vervalsen. De prijsvergelijking van Mobistar was ongeoorloofd omdat ze suggereerde dat het tarifaire aanbod van Proximus het beste resultaat was dat voor een bepaald bedrag bij haar kon worden bekomen terwijl dit niet zo was. Indien Mobistar wel melding zou hebben gemaakt van een aantal andere tariefopties van Proximus dan zou de vergelijking voor haar uiteraard veel minder voordelig zijn geweest⁸³.

35. Verder hangt het al dan niet misleidend karakter van een vergelijkende reclame ook soms af van de technische kwaliteiten van de vergeleken producten. Wanneer de partijen het oneens zijn over deze kwaliteiten, kan een beroep worden gedaan op een deskundige die deze kwaliteiten moet beoordelen en vergelijken. Op basis van de vaststellingen van de deskundige kan de rechtbank vervolgens met kennis van zaken oordelen over het misleidende karakter van de betwiste reclame⁸⁴.

Uiteraard zijn er ook voorzitters die een deskundigenonderzoek over technische materies onnodig vinden. Zo ontstond er met betrekking tot een vergelijkende reclame voor een gezonder alternatief voor roomproducten tussen partijen een wetenschappelijke discussie over de aanwezige hoeveelheid plantaardige vetten en de gezondheidseffecten daarvan. Eén der partijen suggereerde daarom de aanstelling van een des-

⁷⁸. Voorz. Kh. Bergen 23 januari 2003, *Régie Rossel NV/Group Plus Belgium NV*, onuitg., A.R. 02/3346.

⁷⁹. Voorz. Kh. Brussel 8 juli 2003, *Base NV/Belgacom Mobile NV*, onuitg., V.S. 02/11772.

⁸⁰. Voorz. Kh. Brussel 8 juli 2003, *Base NV/Belgacom Mobile NV*, onuitg., V.S. 02/11772.

⁸¹. Antwerpen 27 juni 2002, *Euphony Benelux NV/Belgacom NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 393.

⁸². Voorz. Kh. Antwerpen 24 oktober 2002, *Groepering van Concessiehouders en directe agenten Renault van België VZW e.a./Cardoen Center NV e.a.*, onuitg., A.R. 10206/02, bevestigd door Antwerpen 12 juni 2003, *Groepering van Concessiehouders Renault België VZW e.a./Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 152; zie ook Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249.

⁸³. Brussel 14 februari 2003, *Belgacom Mobile NV/Mobistar NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 142.

⁸⁴. Voorz. Kh. Antwerpen 31 juli 2003, *Triple R. Europe NV/Filter-Technics BVBA e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 643; Voorz. Kh. Gent 10 juni 2002, *Healthmor Inc./Euroqueen Industries NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 593.

kundige. De voorzitter wees dit echter af omdat elke procedure over vergelijkende reclame dan zou afstevnen op een deskundigenonderzoek. Hij vervolgde dat hij weliswaar geen kennis kon gebruiken die hem persoonlijk was maar dat niets hem belette om “*common knowledge*” aan te wenden. Aangezien de meeste consumenten zouden kunnen instemmen met de bewering dat plantaardige vetten minder schadelijk zijn dan dierlijke én aangezien de stakingsrechter deel uitmaakte van de meerderheid, zag de voorzitter geen graten in de betwiste reclame⁸⁵.

36. Ten slotte, is elke reclame op zich onderworpen aan het verbod van misleidende reclame. Het misleidende karakter ervan, bijvoorbeeld door weglating van essentiële gegevens, wordt derhalve niet weggenomen door via andere kanalen reclame zonder misleidend karakter te voeren of de essentiële gegevens mee te delen.

Zo is een verkoper veroordeeld voor een foutieve prijsvergelijking in een advertentie ondanks het feit dat in de advertentie werd verwezen naar haar website waarop wel een juiste prijsvergelijking werd gemaakt. De rechter legde de informatie op de website naast zich neer en beoordeelde de advertentie op zich. Aangezien de prijsvergelijking onjuist was, werd ze veroordeeld⁸⁶.

In een andere zaak was het hof van beroep te Antwerpen veel minder streng. Een adverteerder had op zijn website een prijsvergelijking gemaakt waarin een maandelijks te betalen abonnementsgeld niet was opgenomen. Het hof oordeelde dat de prijsvergelijking desondanks niet misleidend was omdat de informatie over het abonnementsgeld op een andere pagina van de website te vinden was en elke internetgebruiker wist dat het verzamelen van informatie op een website het doorzoeken van meerdere pagina's van dezelfde site vergde⁸⁷.

4. Niet verwarrend

37. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 4° WHPC mag vergelijkende reclame er niet toe leiden dat de adverteerder wordt verward met een concurrent. Over deze voorwaarde is er in de besproken periode geen vermeldenswaardige rechtspraak geweest.

5. Niet de goede naam schenden, noch zich kleinerend uitlaten

38. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 5° WHPC mag vergelijkende reclame de goede naam van een concurrent niet schaden, noch zich kleinerend uitlaten over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, producten of diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent.

39. De goede naam van een concurrent wordt geschaad wanneer de indruk wordt gewekt dat de concurrent oneerlijk, onbetrouwbaar of onprofessioneel is. Dit is het geval wanneer vergelijkende reclame suggereert dat de concurrent namaakproducten verkoopt⁸⁸, dat de te koop aangeboden producten slechte kopieën zouden zijn van kwaliteitsmeubelen en de klant dus in het ootje wordt genomen⁸⁹, dat de concurrent samenwerkt met een tussenpersoon die is veroordeeld wegens zwendel⁹⁰, dat de concurrent ten gronde is veroordeeld wegens een merkinbreuk terwijl het enkel een procedure in kort geding betrof⁹¹, dat een concurrent personen tewerkstelt die niet over de vereiste professionele kwalificatie beschikken⁹² of dat de concurrent misleidende vergelijkende reclame voert en wagens verdeelt waarvan de veiligheidsuitrusting ver onder de Europese normen ligt⁹³.

Het is eveneens ongeoorloofd om naar aanleiding van een wijziging van de producten die een verkoper verdeelt aan de klanten mee te delen dat deze wijziging voornamelijk was ingegeven door de zorg voor en het belang van de klant. Aldus laat de verkoper zich immers impliciet negatief uit over de producent wiens producten hij oorspronkelijk verdeelde en over de service die deze producent aan de klanten zou kunnen blijven bieden⁹⁴. Ook veroordeeld is een schrijven van een verkoper aan een invoerder waarin de verkoper, in de hoop de distributie van een concurrent te kunnen overnemen, had gesteld dat de invoerder vermoedelijk niet al te gelukkig moest zijn met de door de concurrent behaalde resultaten en dat de betrokken producten beter verdienden op de Belgische markt⁹⁵.

Een andere, meer flagrante inbreuk was de reclameslogan “*Tot ziens Sabena en de peperdure vluchten*” en “*Kotsbeu van Sabena's hoge tarieven*” omdat aldus te kennen werd

⁸⁵. Voorz. Kh. Brussel 3 november 2004, *Corman NV e.a./Unilever Belgium NV*, onuitg., V.S. 02395/04.

⁸⁶. Antwerpen 6 december 2001, *Telenet Operaties NV/Belgacom NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 101.

⁸⁷. Antwerpen 27 juni 2002, *Euphony Benelux NV/Belgacom NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 393.

⁸⁸. Voorz. Kh. Gent 22 december 2003, *ACL Aditi BVBA/Herbica BVBA e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 281.

⁸⁹. Voorz. Kh. Kortrijk 21 juni 2004, *Didakta BVBA/Belisa NV*, onuitg., A.R. 1166/04.

⁹⁰. Voorz. Kh. Gent 30 juni 2003, *Van Cauwenberghe-Somerlinck BVBA e.a./Uitvaartcentrum De Ceder BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 206.

⁹¹. Brussel 25 juni 2003, *Merck & Co Inc. e.a./Aktuapharma NV*, onuitg., A.R. 2002/1820.

⁹². Voorz. Kh. Gent 16 december 2002, *Boekhouldkantoor Clinckspoor-De Rijcke & D'Hondt BVBA e.a./P.C.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 286.

⁹³. Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Garage Van Steenkiste BVBA/Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249, besproken door K. DAELE, “Vergelijkende reclame in de automobielsector: een kritische analyse”, *T.B.H.* 2003, 611.

⁹⁴. Voorz. Kh. Kortrijk 5 mei 2003, *Omer Daniels BVBA/Perfecta België BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 184.

⁹⁵. Voorz. Kh. Kortrijk 17 juni 2002, *Van der Heyden NV/Benelux Scientific BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 211.

gegeven dat de consument een zodanige afkeer van Sabena had gekregen dat hij er ziek van werd⁹⁶.

40. Veel minder flagrant maar desalniettemin veroordeeld is de hierboven reeds aangehaalde reclame waarin een fabrikant van diervoeding zijn producten op basis van een vergelijkende smaaktest aanpreeft als “*C'est fait... la meilleure alimentation*” en “*Le meilleur choix*”. De voorzitter oordeelde dat de producten van de concurrent, op basis van één enkele eigenschap (de smaak), in hun integraliteit werden gedenigreed en als middelmatig werden voorgesteld ten aanzien van de geadverteerde producten⁹⁷. Dit oordeel is m.i. te streng omdat het kleineren van een concurrent wel degelijk een rechtstreekse aanval op deze laatste veronderstelt, elke reclame de bedoeling heeft om in wezen zijn eigen producten in de verf te zetten en het inherent aan vergelijkende reclame is dat er een “verliezer” uit de bus komt.

Ook minder flagrant en toch veroordeeld is Telenet's reclameboodschap waarin ze voorhield dat veel consumenten te veel betaalden en dat zijzelf goedkoper was. Volgens de voorzitter deed deze boodschap twijfels ontstaan omtrent de producten, diensten en werkwijze van Belgacom en werd de indruk gewekt dat de Belgacom klant geen waar voor zijn geld kreeg en in ieder geval te veel betaalde⁹⁸.

41. In beroep is deze laatste beslissing vernietigd. Het hof van beroep te Antwerpen erkende dat de boodschap weliswaar op een zachtere wijze geformuleerd had kunnen worden maar zij oordeelde vervolgens dat in een markt met slechts enkele operatoren het voor zich sprak dat, wanneer een operator voor dezelfde diensten een lagere prijs aanreken, de consumenten die bij de andere operator aansluiten “te veel” betalen. In die zin was de aangeklaagde tekst niet kleinerend, noch afbrekend⁹⁹.

Eenzelfde “soepele” houding is ook aangenomen door de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen die oordeelde over een reclamecampagne van Planet Internet waarin een afbeelding van een hand met een uitgestoken middenvinger werd gebruikt en slogans als “*Gedaan met duur surfen. Planet Freedom: surf tot 25% goedkoper*”, “*Hoeft U Uw surf tijd niet meer te betalen aan Belgacom, U surft zo tot 25% goedkoper*” en “*Gedaan met duur surfen want... rechtstreeks aan Planet Internet niet meer aan Belgacom*”. Belgacom had verschillende bezwaren tegen deze reclame.

Ze hield voor dat de afbeelding van het handje kleinerend was. De voorzitter was het daar verrassend genoeg niet mee

eens. Hij oordeelde dat het gebruik van de hand met de uitgestoken middenvinger niet aanzette tot het maken van obscene gebaren naar Belgacom omdat het vingertje van Planet Internet niet aanzien kon worden als een verwijzing naar Belgacom. Dit oordeel verrast omdat Belgacom ook al een campagne had gevoerd waarin een handje met een wijsvinger het leidmotief was. Verder en voorzover het handje met de middenvinger van Planet Internet al beledigend zou zijn, dan gold volgens de voorzitter de belediging ten aanzien van dergelijke dure beltijden en niet ten aanzien van Belgacom.

Belgacom vond de reclame ook afbrekend omdat haar tarieven daarin als duur werden voorgesteld. Ook dit werd afgevoerd. De voorzitter oordeelde dat de reclame niet denigrerend was omdat werd aangegeven hoe men zijn rekening tot 25% kon verlagen zonder dat evenwel werd gesuggereerd dat Belgacom duur was. Enkel surfen was duur¹⁰⁰.

42. Dit oordeel van het Antwerpse hof van beroep ligt in de lijn van het al genoemde Pippig-arrest van het Europese Hof van Justitie. Daarin hield Pippig voor dat prijsvergelijkingen de goede naam van de vergeleken concurrent schaden wanneer de adverteerder de vergeleken producten zo kiest dat een groter dan normaal prijsverschil wordt bekomen en wanneer hij doorlopend dergelijke prijsvergelijkingen maakt waardoor de indruk wordt gewekt dat de prijzen van de concurrent over het algemeen te hoog zijn. Het Hof oordeelde echter dat prijsvergelijkingen in de aard van de vergelijkbare reclame besloten lagen en dat dergelijke vergelijkingen, ten aanzien van een concurrent die hogere prijzen zou hanteren, op zich niet een aantasting van de goede naam konden uitmaken, noch als kleinerend konden worden beschouwd¹⁰¹.

43. In dezelfde zaak was ook nog een andere vraag met betrekking tot het al dan niet denigrerend karakter van vergelijkende reclame aan de orde. Pippig had voorgehouden dat de loutere afbeelding van haar logo en haar winkelgevel, naast de vermelding van haar naam, haar goede naam schond en kleinerend.

Het Hof wees dit echter van de hand en zij verwees daarvoor naar overweging 15 van de richtlijn 97/55 die zou bepalen dat “het gebruik van het merk, de handelsnaam of een ander onderscheidingsteken van een derde geen inbreuk vormt op het exclusieve recht (van de houder van het merk, de handelsnaam,...) indien daarbij de in de Richtlijn vastgestelde voorwaarden zijn nageleefd”. Het Hof lijkt aldus een vrij

⁹⁶. Brussel 4 december 2002, *Ryanair Ltd/Curatoren Sabena NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 130 bevestigt Voorz. Kh. Brussel 10 juli 2001, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 222.

⁹⁷. Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

⁹⁸. Voorz. Kh. Mechelen, 19 december 2000, *Belgacom NV/Telenet Operaties NV*, onuitg., A.R. 00/2430.

⁹⁹. Antwerpen 6 december 2001, *Telenet Operaties NV/Belgacom NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 101.

¹⁰⁰. Voorz. Kh. Antwerpen 21 maart 2002, *Belgacom NV/Planet Internet NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 163.

¹⁰¹. H.v.J. 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH/Hartlauer Handelsgesellschaft*, r.o. 36, *T.B.H.* 2004, 968 met noot K. DAELE, “Prijsvergelijkende reclame: het Europese Hof van Justitie hakt knopen door”.

liberaal standpunt in te nemen over het gebruik van andermans merk of onderscheidingsteken in vergelijkende reclame. Dit gebruik lijkt zonder meer toegelaten voorzover dit niet tot verwarring leidt, dit niet de goede naam schaadt of kleinerend is en dit geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van andermans merk of onderscheidende kenmerken.

De vraag rijst of de uitleg die het Hof aan overweging 15 geeft evenwel volledig juist is. Overweging 15 staat immers niet op zich en moet worden samen gelezen met overwegingen 13 en 14. Overweging 13 bepaalt dat artikel 5 van de merkrichtlijn 89/104 de merkhouder exclusieve rechten verleent waaronder het recht derden te verbieden in het economische verkeer hetzelfde of een vergelijkbaar teken te gebruiken voor dezelfde producten of diensten of in voorkomend geval zelfs voor andere producten. Overweging 14 voorziet hierop evenwel in een uitzondering en stelt dat het voor een doeltreffende vergelijkende reclame noodzakelijk kan zijn de producten of diensten van een concurrent aan te duiden door melding te maken van een merk waarvan de concurrent houder is of van diens handelsnaam. Overweging 15 concludeert vervolgens dat *“een dergelijk gebruik van het merk, de handelsnaam of een ander onderscheidingsteken van een derde, voorzover daarbij de in deze richtlijn vastgestelde voorwaarden worden nageleefd, geen inbreuk vormt op het exclusieve recht van die derde aangezien er uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en aldus verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen”*.

Het *“dergelijk gebruik”* van andermans merk of onderscheidend teken dat krachtens overweging 15 geen inbreuk uitmaakt op andermans exclusieve recht lijkt te verwijzen naar het vermelden van andermans merk dat krachtens overweging 14 *“noodzakelijk”* is om een doeltreffende vergelijkende reclame mogelijk te maken. Alleen dit *“noodzakelijke”* gebruik van andermans merk of onderscheidende teken lijkt dan een valabele uitzondering op de in principe exclusieve rechten van de derde aangezien er in dat geval – om het met de woorden van overweging 15 te stellen – uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en de verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen. Indien de melding van andermans merk of onderscheidend teken, daarentegen, niet noodzakelijk is voor het voeren van een doeltreffende vergelijkende reclame, lijkt overweging 15 niet de vereiste wettelijke grondslag te leveren om andermans merk of onderscheidend teken te gebruiken zonder inbreuk te maken op zijn exclusieve rechten.

Het Hof had meer duidelijkheid in deze kwestie kunnen brengen door in te gaan op de zinsnede in de vierde prejudiciële vraag van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof of *“de mededelingen over de naam van de concurrent tot het hoogst noodzakelijke moeten worden beperkt”*¹⁰². Het Hof heeft aan dat deel van de vraag echter geen aandacht besteed.

44. Terugkerend naar een Belgisch kader valt het op dat vergelijkende reclame reeds meerdere malen als niet kleinerend is beschouwd indien ze is gesteund op objectief juiste gegevens. Hierboven is reeds het vonnis inzake de reclame van Planet Internet aangehaald. Er zijn echter nog beslissingen in die zin.

Zo is de boodschap dat men vooral geen risico wenst te nemen gevolgd door de boodschap dat mazout niet ontploft, niet veroordeeld. De voorzitter oordeelde dat deze slogans de gasector niet discrediteerde omdat de reclame enkel een objectief voordeel van het gebruik van het geadverteerde product benadrukte in vergelijking met het gebruik van andere producten¹⁰³.

Ook de boodschap dat de naam Ovidias refereerde aan de dichter Ovidius die het hedonisme voorstond en de melding dat dit geen enkel verband had met Leonidas is niet langer veroordeeld. In de boodschap diende, volgens het Hof, niet te worden gelezen dat de pralines van Leonidas niets van doen hadden met het hedonisme en derhalve geen genot konden verschaffen. De reclameboodschap gaf daarentegen enkel aan dat – in weerwil van wat de auditieve gelijkenis zou kunnen doen vermoeden – er tussen Ovidias en Leonidas geen economische bindingen bestonden. Dit werd toegelicht door te verduidelijken waar het teken *“Ovidias”* vandaan kwam¹⁰⁴.

45. Ten slotte proberen sommige adverteerders die worden beschuldigd van het voeren van afbrekende vergelijkende reclame hun reclame te rechtvaardigen door te wijzen op eerdere acties of reclame van hun concurrenten. De betwiste reclame zou dan een loutere mededeling uit commerciële zelfverdediging zijn.

Doorgaans wordt dit verweer afgewezen omdat wordt geoordeeld dat de adverteerder veel verder gaat dan de loutere zelfverdediging¹⁰⁵. Een enkele keer wordt dit verweer evenwel aanvaard. Zo oordeelde het hof van beroep te Brussel dat een schrijven van een verkoper de goede naam van de concurrent niet schond ondanks het feit dat daarin was aangegeven dat een brief van de concurrent tendentius was en dat deze laatste absoluut en bewust gewild foutieve informatie

¹⁰² R.o. 21 van het arrest.

¹⁰³ Voorz. Kh. Brussel 23 december 2002, *Fédération de l'Industrie du Gaz VZW/Centre d'information pour l'utilisation rationnelle et l'Économie du Mazout VZW*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 294.

¹⁰⁴ Brussel 18 juni 2002, *C.V.O. International NV e.a./Confiserie Leonidas NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 123 vernietigt Voorz. Kh. Brussel 5 april 2000, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 113.

¹⁰⁵ Voorz. Kh. Gent 22 december 2003, *ACL Aditi BVBA/Herbica BVBA e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 281; Voorz. Kh. Gent 30 juni 2003, *Van Cauwenberghe-Somerlinck BVBA e.a./Uitvaartcentrum De Ceder BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 206.

had verspreid. Het hof oordeelde dat het betwiste schrijven werd verstuurd teneinde te reageren op de onvolledige en foutieve wijze van voorstellen in een eerdere brief van de concurrent. In het licht van de inhoud van die andere brief was het betwiste schrijven dus niet afbrekend¹⁰⁶.

6. Geen vergelijking tussen producten met een verschillende benaming van oorsprong

46. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 6° WHPC dient vergelijkende reclame voor producten met een benaming van oorsprong betrekking te hebben op producten met dezelfde benaming. Er zijn nog geen vonnissen gewezen waarin deze bepaling is toegepast.

7. Geen oneerlijk voordeel halen uit een concurrerend merk of uit oorsprongsbenamingen

47. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 7° WHPC mag vergelijkende reclame geen oneerlijk voordeel opleveren ten gevolge van de bekendheid van een merk, een handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten.

48. In de eerste kroniek is er op gewezen dat de verwijzing naar andermans merk, handelsnaam of onderscheidend kenmerk toegelaten is wanneer er uitsluitend naar wordt gestreefd om de producten en diensten van de adverteerder te onderscheiden van die van zijn concurrent en aldus verschillen te doen uitkomen. De vermelding van een concurrerend merk zal in dit kader misschien wel een voordeel opleveren, doch dit voordeel is dan niet oneerlijk. Het voordeel dat de vergelijking kan opleveren wordt slechts oneerlijk indien “specifieke omstandigheden aanwijsbaar zijn dat wordt beoogd een voordeel binnen te halen” en indien er voor het gebruik van andermans merk “geen geldige redenen zijn”¹⁰⁷.

49. Deze “specifieke omstandigheden” waren overduidelijk voorhanden in de volgende reclamefolder van een fabrikant van generische geneesmiddelen. Voor alle duidelijkheid, een generisch geneesmiddel is een geneesmiddel dat equivalent is aan het referentiegeneesmiddel waarvan de

octrooibeschermering is vervallen. Op de voorpagina van de betwiste folder werd enkel de naam van het referentiegeneesmiddel “Cipramil” vermeld. Pas na het openen van de folder en een beetje vouwwerk werd deze merknaam getransformeerd in de eigen merknaam “Citalopram EG” van de adverteerder. De rechtbank veroordeelde deze vergelijkende reclame omdat “[la défenderesse] peut bien entendu citer le nom de son concurrent mais 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”¹⁰⁸.

Ook de hierboven reeds aangehaalde reclame voor een nieuw bier die met uitdrukkingen als “Net zoals de champagneboeren”, “Champagnebier” en “The beer world’s answer to Veuve Cliquot” volledig was geconcentreerd op de vergelijking met champagne is veroordeeld. Er werd geoordeeld dat er oneerlijk voordeel werd gehaald uit de bekendheid die aan de oorsprongsbenaming champagne verbonden was¹⁰⁹.

50. Geoorloofd, daarentegen, was de ook reeds aangehaalde reclame waarin een producent zijn Ovidias pralines had vergeleken met de bekende Leonidas pralines. In tegenstelling tot de beslissing in eerste aanleg, oordeelde het hof van beroep te Brussel dat er geen oneerlijk voordeel werd gehaald nu het analoge van beide assortimenten een voldoende geldige reden was om de merknaam Leonidas te vermelden. Het hof hield bovendien rekening met het feit dat Ovidias haar pralines aanbood in verkooppunten die geconcentreerd waren volgens het Leonidas-concept¹¹⁰.

Eveneens geoorloofd was de reeds aangehaalde prijsvergelijking van Mobistar met Belgacom Mobile die was verstuurd in een paarse enveloppe met wit opschrift. Belgacom Mobile had voorgehouden dat Mobistar door het gebruik van de paarse enveloppe een oneerlijk voordeel haalde aangezien de Belgacom klanten werden aangezet om deze enveloppe te openen in de verwachting een besparing te kunnen realiseren op hun abonnement bij Belgacom Mobile. Indien een andere enveloppe was gebruikt dan zou minstens een deel van de Belgacom Mobile klanten de enveloppe niet openen. De voorzitter wees dit echter van de hand. Er werd geoordeeld dat de klant bij het openen van de enveloppe onmiddellijk kon vaststellen dat deze niet afkomstig was van Belgacom maar wel van Mobistar waardoor de Belgacom klant die enkel geïnteresseerd zou zijn in Belgacom mailings de brochure zou weggooien. Derhalve was van een oneerlijk voordeel geen sprake. Bovendien, zo vervolgde de voorzitter, kon de redenering ook worden omgedraaid in die zin dat

¹⁰⁶. Brussel 25 juni 2003, *Merck & Co Inc. e.a./Aktuapharma NV*, onuitg., A.R. 2002/1820.

¹⁰⁷. Brussel 18 juni 2002, *C.V.O. International NV e.a./Confiserie Leonidas NV*, Jaarboek Handelspraktijken 2002, 123.

¹⁰⁸. Voorz. Kh. Brussel 8 september 2003, *Lundbeck NV/Eurogenerics NV*, onuitg. A.R. 2885/2003.

¹⁰⁹. Voorz. Kh. Nijvel 26 juli 2002, *Veuve Clicquot Ponsardin NV e.a./De Landtsheer Emmanuel NV*, Jaarboek Handelspraktijken 2002, 71.

¹¹⁰. Brussel 18 juni 2002, *C.V.O. International NV e.a./Confiserie Leonidas NV*, Jaarboek Handelspraktijken 2002, 123 vernietigt Voorz. Kh. Brussel 5 april 2000, *Jaarboek Handelspraktijken 2001*, 113 waarin was geoordeeld dat Ovidias op onrechtmatige wijze voordeel had gehaald uit de bekendheid van de Leonidas pralines en dit om de verkoop van haar eigen minder bekende Ovidias pralines te bevorderen.

klanten die enkel in Mobistar geïnteresseerd zouden zijn de enveloppe niet zouden openen omdat ze zouden denken dat deze van Belgacom afkomstig was¹¹¹.

Verder is beslist dat ook Ryanair geen oneerlijk voordeel haalde uit het gebruik van het merk en het logo van Sabena in vergelijkende reclame. Ryanair vermeldde dat merk en logo immers enkel om de goede naam van Sabena te schaden¹¹².

8. Geen namaak of imitatie

51. Overeenkomstig artikel 23bis § 1, 8° WHPC mag vergelijkende reclame de geadverteerde producten of diensten niet voorstellen als een imitatie of namaak van concurrerende producten of diensten met een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam.

In een procedure tussen een fabrikant van generische geneesmiddelen en een fabrikant van merkgeneesmiddelen hield deze laatste voor dat de generische geneesmiddelen werden voorgesteld als imitatie of namaak van de merkgeneesmiddelen. Het Hof was het daar niet mee eens. De algemeen gekende bedoeling van generische geneesmiddelen bestond er immers precies in een equivalent te bieden voor producten die in octrooirechtelijke betekenis helemaal niet meer konden nagemaakt worden¹¹³.

9. Vergelijken met een speciale aanbieding

52. Hoewel dit strikt genomen geen toelaatbaarheidsvoorwaarde uitmaakt, voorziet artikel 23bis § 2 WHPC dat elke vergelijking die verwijst naar een speciale aanbieding duide-

lijk en ondubbelzinnig het einde en, zo de speciale aanbieding nog niet loopt, het begin moet aangeven van de periode gedurende welke de speciale prijs of andere specifieke voorwaarden gelden dan wel in voorkomend geval, moet vermelden dat de speciale aanbieding loopt zolang de voorraad strekt of de diensten kunnen worden geleverd.

Dit punt kwam aan bod in het kader van de reeds aangehaalde reclame van Cardoen waarin werd aangekondigd dat de consument bij haar een prijsvoordeel kon genieten van 15% op de catalogusprijs van de aangeboden auto's. Eisers hielden voor dat Cardoen een inbreuk pleegde op artikel 23bis § 2 WHPC door niet te vermelden dat het om een speciale serie van auto's ging die normaal in België niet verkrijgbaar was en waarvan slechts een beperkt aantal auto's werd aangeboden gedurende de duur van de reclame-campagne. Dit argument werd evenwel zowel in eerste aanleg als in beroep afgewezen. Er werd geoordeeld dat er geen sprake was van een speciale aanbieding en dat prijsvergelijkingen op zich niet gelijk te stellen waren met een speciale aanbieding. Bovendien gold er geen verplichting om aan te geven dat te koop aangeboden auto's afkomstig waren van een speciale serie¹¹⁴.

Zonder dat deze beslissingen dit met zoveel woorden aangeven, bevestigen zij dat het begrip "speciale aanbieding" verwijst naar een "speciale prijs" of, met andere woorden, naar een andere, lagere prijs dan deze die de adverteerder normaal toepast. Voor een dergelijke speciale (prijs)aanbieding moet de einddatum en eventueel de begindatum worden vermeld. Het begrip "speciale aanbieding" lijkt daarentegen niet van toepassing op producten of diensten die speciaal, in de zin van ongebruikelijk of uitzonderlijk, worden aangeboden maar aan een gewone, niet verminderde prijs.

V. VERGELIJKENDE EN HYPERBOLISCHE RECLAME

53. De vraag naar de verenigbaarheid van hyperbolische reclame en vergelijkende reclame is nieuw en interessant. Hyperbolische reclame betreft reclame waarin de adverteerder de kwaliteiten van zijn producten of diensten op zo'n manier overdrijft dat de geadresseerde van de reclame beseft dat de reclameboodschap niet letterlijk maar met de nodige korrel zout moet worden genomen. Slogans als "het enige betrouwbare product", "het beste product" of "geen enkel waspoeder in de wereld wast beter" worden dan door de consument ervaren als een betrouwbaar of een goed product. De

consument relativeert, met andere woorden, dergelijke superioriteitsclaims en herleidt ze tot de juiste proporties.

Traditioneel heeft de Belgische rechtspraak geoordeeld dat hyperbolische reclame niet misleidend is en de concurrentie niet denigreert¹¹⁵. Deze toegeeflijke houding ten aanzien van hyperbolische reclame – die per definitie subjectief is en danig overdrijft – ligt evenwel veel moeilijker wanneer ze deel uitmaakt van een vergelijkende reclame die om geoorloofd te zijn precies objectief moet zijn.

¹¹¹. Voorz. Kh. Leuven 4 november 2003, *Belgacom Mobile NV/Mobistar NV*, onuitg., BRK C 03.31.

¹¹². Brussel 4 december 2002, *Ryanair Ltd/Curatoren Sabena NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 130.

¹¹³. Brussel 26 maart 2002, *UCB NV e.a./Eurogenerics NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 80 met noot G. STRAETMANS, "Over vergelijkende reclame en generische geneesmiddelen".

¹¹⁴. Antwerpen 12 juni 2003, *Groepering van Concessiehouders Renault België VZW e.a./Cardoen-Center NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 152 bevestigt Voorz. Kh. Antwerpen 24 oktober 2002, *Groepering van Concessiehouders en directe agenten Renault van België VZW e.a./Cardoen Center NV e.a.*, onuitg., A.R. 10206/02.

54. Principieel tegen het gebruik van hyperbolische reclamevormen in vergelijkende reclame was de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel.

Het betrof de reeds aangehaalde reclame waarin een fabrikant van diervoeding zijn product had vergeleken met een aantal concurrenten op basis van uitgevoerde smaaktesten. De reclame bevatte een aantal hyperbolische slogans als *“la meilleure alimentation”* en *“le meilleur de la nutrition”*. De voorzitter overwoog dat vergelijkende reclame *“permet de mettre en évidence, de manière objective, la qualité d’un produit (service) par rapport à certains autres produits”*. Hyperbolische reclame daarentegen *“[est] une technique de publicité subjective qui consiste à vanter, de manière exagérée, les qualités d’un produit (service) de façon à susciter l’attention du consommateur. Le produit ainsi vanté est, par exemple, présenté comme ‘le meilleur’, ‘le super’, etc.”*. Bijgevolg zijn *“ces deux techniques de publicités, par essence, exclusives l’un de l’autre”* en *“ne peuvent elles être utilisées concomitamment sous peine de tromper le consommateur”*. De voorzitter besloot dat *“une publicité ne peut comporter des hyperboles sous peine de perdre son objectivité et donc sa licéité”*. Hij veroordeelde vervolgens de betwiste reclame omdat de hyperbolische beweringen *“la meilleure alimentation pour son chien/chat”* en *“un aliment qu’ils (chiens et chats) sont garantis à 100% d’adorer”* de vereiste objectiviteitstest niet konden doorstaan. De testen waarop de adverteerder zich had gebaseerd toonden immers aan dat slechts tussen de 60% en 80% van de dieren het geadverteerde product verkozen en dat de voorkeur enkel rekening hield met de smaak van het product (terwijl er algemene superioriteit werd geclaimd)¹¹⁶.

Enkele maanden later kwam dezelfde rechtbank, zij het voorgezeten door een andere voorzitter, in een andere zaak tot een andere conclusie. Superlatieve slogans als *“de PPI tegen de beste prijs/kwaliteitverhouding”* en *“BC: de beste kwaliteit tegen de beste prijs”* in een vergelijkende reclame zijn toen niet veroordeeld. Er werd geoordeeld dat deze slogans niet misleidend noch afbrekend waren aangezien elke consument zou weten dat een onderneming zich zo goed mogelijk omschrijft¹¹⁷.

55. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Nijvel lijkt in zijn vonnis van 18 juli 2003 eenzelfde permissieve houding aan te nemen¹¹⁸. Het betrof de reeds hierboven aangehaalde TV-spot waarin drie verschillende *“3 in 1 tabletten”* voor afwasautomaten werden vergeleken. De spot

sloot af met de boodschap *“Sun 3 en 1. Imbattable sur les taches difficiles. Pour vous conseiller aussi Sun est imbattable. Retrouvez conseils et astuces sur sun.online.be”*. De voorzitter beschouwde deze bewering als een zelfverheerlijking en een hyperbolische reclame die noch misleidend, noch afbrekend was. Op het eerste zicht lijkt dus ook voor de voorzitter te Nijvel hyperbolische en vergelijkende reclame verenigbaar.

Een belangrijke nuance is evenwel op zijn plaats. In zijn vonnis maakte de voorzitter een onderscheid tussen het eerste gedeelte van de TV-spot (waarin de vergelijkende test tussen de drie wasmiddelen werd getoond) en het slot ervan waarin wordt gesteld dat *“Sun 3 en 1”* en Sun in het algemeen onklopbaar zijn inzake vlekken. Hij oordeelde vervolgens dat deze beweringen geen verband hielden met de vergelijkende test.

56. Gelet op de concrete feiten van de zaak lijkt het oordeel van de voorzitter voor kritiek vatbaar. Aangezien de TV-spot immers ook opende met de slogan *“Qui est imbattable sur les taches difficiles comme le thé?”* en dit werd gevolgd door de vergelijkende test kunnen de hyperbolische beweringen op het einde van de spot niet zomaar worden afgescheiden en maken zij één geheel uit met de vergelijkende test zelf.

Los van de toepassing op de concrete feiten, lijkt de piste die de voorzitter bewandelt om hyperbolische en vergelijkende reclame te verzoenen evenwel verdedigbaar. Artikel 23bis § 1, 3° WHPC bepaalt immers dat, wat de vergelijking betreft, wezenlijke, relevante, representatieve en controleerbare kenmerken objectief moeten worden vergeleken. In de vergelijking van de kenmerken zelf is er derhalve geen ruimte voor hyperbolische, want subjectieve, beweringen. Wanneer het terrein van de vergelijking zelf wordt verlaten, lijkt er evenwel wél nog plaats voor hyperbolische uitlatingen. Zo luidt het in een andere beslissing dat *“de vergelijking slechts objectiviteit verliest indien de reclameboodschap een hyperbolische uitspraak koppelt aan de vergelijking”*¹¹⁹.

Uiteraard zal het in de praktijk dikwijls moeilijk uit te maken zijn of een hyperbolische uitspraak gekoppeld is aan de vergelijking zelf (en dus ongeoorloofd is) of niet (en dus in wezen wel geoorloofd is). Dit zal in de toekomst ongetwijfeld nog veel stof tot discussie opleveren.

¹¹⁵. O.a. Voorz. Kh. Brussel 14 juni 1993, *Jaarboek Handelspraktijken* 1993, 101 inzake de slogan *“Barrisol, le seul plafond fiable”*; Voorz. Kh. Brussel 19 september 1994, *Jaarboek Handelspraktijken* 1994, 112 waarin de rechter aangaf dat *“la seule affirmation qu’on est le meilleur, le premier, le plus diversifié dans la branche ne constitue pas en soi un dénigrement”*; Voorz. Kh. Verviers, 5 juni 1992, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, 133 inzake de slogan dat bouwmetaal *“peut remplacer utilement le bois dur au 21ème siècle et dès lors mettre fin à la destruction de nos forêts”* waarin de rechter oordeelde dat de slogan *“relève en réalité à la fois et de la publicité superlatieve et du pur slogan flattant la sensibilité écologique actuelle”*.

¹¹⁶. Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill’s Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

¹¹⁷. Voorz. Kh. Brussel 2 januari 2003, *Astrazenica NV/Biochemie NV*, onuitg., V.S. 6051/02.

¹¹⁸. Voorz. Kh. Nijvel 18 juli 2003, *Reckitt Benckiser Belgium NV/Unilever Belgium NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 213 met noot F. LONGFILS, *“Publicité comparative et publicité superlatieve: où sont les limites?”*.

¹¹⁹. Voorz. Kh. Brussel 12 juli 2004, *Coca Cola Company e.a./Friesland Drinks Belgium NV*, onuitg., A/04/0615.

VI. ALGEMENE SUPERIORITEIT

57. Veel verkopers hebben de neiging om de voordelen van hun producten of diensten in vergelijking met die van hun concurrenten te overdrijven. Een gewaagde techniek is om op basis van één geïsoleerd kenmerk waarop het geadverteerde product beter scoort maar meteen de algemene conclusie te trekken dat het product hoedanook en op alle vlakken beter is dan de concurrentie.

Zo is eerder al aangegeven dat een fabrikant van hondenvoeding veroordeeld is omdat hij in zijn reclame, op basis van een smaaktest waaruit bleek dat de dieren het aangeprezen voer qua smaak verkozen, voorhield dat zijn product hoedanook en dus op alle vlakken veel beter was dan de andere¹²⁰.

Ook het claimen van een algemene prijssuperioriteit kan niet wanneer de adverteerder in werkelijkheid niet altijd de goedkoopste is of minder goedkoop is dan werd voorgehouden. Zo is een reclame veroordeeld waarin de adverteerder beweerde dat *“met Proximus vanuit het buitenland naar België kost 1,25 € per minuut tijdens de daluren, dit is 17% goedkoper dan bij Mobistar en Base”* omdat bleek dat voor twee landen een andere operator goedkoper was en er voor drie landen geen prijsverschil bestond. Overigens gaf de voorzitter de adverteerder nog een tip mee over hoe de reclame wel had moeten gevoerd worden: de vergelijking zou niet misleidend zijn geweest indien de adverteerder zou hebben aangegeven voor welke landen de bewering niet opging¹²¹. Ook de bewering dat surfen via het netwerk van de adverteerder *“tot 25% goedkoper was”* is veroordeeld omdat bleek dat dit enkel in bepaalde gevallen zo was en omdat enkel de beltijd op zich tot 25% goedkoper was maar er geen rekening was gehouden met maandelijks abonnementskosten en connectiekosten¹²².

58. De volgende zaak illustreert dat een adverteerder zijn algemene superioriteit overigens niet eens uitdrukkelijk hoeft op te eisen om veroordeeld te kunnen worden. Ook het impliciet communiceren van een onterechte algemene superioriteit is volgens sommigen verboden.

Een supermarkt in zijn winkel twee winkelkarretjes geplaatst met daarin telkens dezelfde negentien producten. De producten in de ene kar waren aangekocht bij een concurrent, de producten in het andere karretje waren aangekocht bij de adverteerder zelf. Boven de karretjes hing nog een groot blad papier waarop voor een aantal producten de aan-

kooprij van de adverteerder werd vermeld naast de aankooprij van de concurrent. Onder aan dit blad werd de totale aankooprij van de adverteerder en de concurrent vermeld.

Er is geoordeeld dat het loutere feit dat de prijsvergelijking slechts betrekking had op een beperkt aantal producten uit het assortiment van de concurrent de reclame niet ongeoorloofd maakte. Representativiteit was immers geen zelfstandige eis voor prijsvergelijkende reclame. Aldus belette niets een verkoper om in reclame de prijs van een beperkt aantal producten te vergelijken met deze van een concurrent.

Anders was het evenwel indien de reclame op basis van een beperkt staal bij de consument de indruk wekt dat elk product lager geprijsd is dan bij de concurrent. De voorzitter oordeelde dat de adverteerder door de gewraakte reclame niet de bedoeling had om specifiek de verkoop van de negentien producten te bevorderen, doch eerder te kennen gaf dat haar globale winkelassortiment dat bestond uit duizenden producten goedkoper was dan dat van de concurrent. De voorzitter baseerde zich hiervoor op de wijze waarop de reclame was gevoerd, namelijk het gebruik van de twee volle winkelkarren en het gebruik van het groot blad papier. De voorzitter beschouwde de betwiste reclame dus als misleidend maar veroordeelde de reclame desalniettemin op basis van een gebrek aan objectiviteit nu zij van oordeel was dat vergelijkende reclame niet objectief is wanneer ze misleidend¹²³.

59. In de toekomst zal blijken of dit oordeel niet te streng is geweest. Er is reeds aangegeven dat er in het geschil tussen Lidl en Colruyt over de prijsvergelijking van deze laatste een aantal prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie zijn voorgelegd. Een van de vragen luidt of de vereiste dat een vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn zo moet worden uitgelegd dat een vergelijking van het algemene prijzenpeil van adverteerders met dat van concurrenten waarbij op basis van de prijs van een staal van producten een extrapolatie wordt gemaakt ongeoorloofd is omdat zij hoedanook de indruk creëert dat de adverteerder goedkoper is voor zijn gehele productenassortiment tenzij de reclame toelaat om te achterhalen welke en hoeveel producten in de vergelijking zijn betrokken.

¹²⁰ Voorz. Kh. Brussel 20 september 2002, *Royal Canin Benelux NV/Hill's Pet Products (Benelux) NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 226.

¹²¹ Voorz. Kh. Brussel 8 juli 2003, *Base NV/Belgacom Mobile NV*, *onuitg.*, V.S. 02/11772.

¹²² Voorz. Kh. Antwerpen 21 maart 2002, *Belgacom NV/Planet Internet NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 163. Andere voorbeelden zijn Voorz. Kh. Brugge (afd. Oostende), 2 oktober 2003, *Liberty Channels NV/Jet Air NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 232 waarin de adverteerder onterecht beweerde *“dezelfde hotels aan te bieden als andere touroperators, tegen dezelfde voorwaarden, maar altijd tegen een betere prijs”*; Voorz. Kh. Mechelen, 19 december 2000, *Belgacom NV/Telenet Operaties NV*, *onuitg.*, A.R. 00/2430 waarin de adverteerder slogans als *“Bellen met ons is gewoon goedkoper”* en *“Blijft bellen met Telenet een pak goedkoper”* hanteerde terwijl hij niet altijd de goedkoopste was.

¹²³ Voorz. Kh. Brussel 2 januari 2002, *Carrefour Belgium NV/Supermarkt Broekmans NV*, *onuitg.*, R.K. 366.01 bevestigd door Brussel 11 juni 2002, *Carrefour Belgium NV/Supermarkt Broekmans NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 111.

VII. VERGELIJKENDE RECLAME EN HET RECHT OP VRIJE MENINGSUITING

60. Op basis van de in artikel 23bis § 1 opgesomde voorwaarden kan vergelijkende reclame duidelijk aan banden worden gelegd. Een arrest van 11 december 2003 van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna "EHRM") illustreert dat er aan de begrenzing van vergelijkende reclame echter ook grenzen zijn. De feiten waren als volgt.

Een Oostenrijkse krantenuitgever Krone had een reclame geplaatst waarin een prijsvergelijking werd gemaakt tussen een abonnement op haar populaire krant en de prijs van een abonnement op een kwaliteitskrant die werd uitgegeven door een concurrent. In de reclame werd tevens vermeld dat de populaire krant "de beste" lokale krant was.

Op verzoek van de uitgever van de kwaliteitskrant werd deze reclame door allerlei Oostenrijkse rechtbanken en hoven onder de plaatselijke Handelspraktijkenwet als misleidend veroordeeld. De ene krant was immers een kwaliteitskrant en de andere niet en dit verschil was niet noodzakelijk gekend bij de consumenten. Krone werd bevolen om vergelijkingen van de prijzen van de twee kranten te staken indien niet tevens de verschillen tussen de twee kranten werden aangeduid inzake de nieuwsgaring met betrekking tot binnen- en buitenlandse politiek, economie, cultuur, wetenschap, gezondheid, milieu en recht. Krone vond dit stakingsbevel een onrechtmatige beperking van haar door artikel 10 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna "EVRM") beschermde recht op vrije meningsuiting en bracht de zaak voor het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna "EHRM").

Het EHRM erkende vooreerst dat het stakingsbevel inderdaad een beperking uitmaakte van Krone's recht op vrije meningsuiting. Een dergelijke beperking is krachtens artikel 10 § 2 van het EVRM enkel geoorloofd indien zij is voorgeschreven door de wet, een legitiem doel nastreeft en noodzakelijk is in een democratische maatschappij. Het EHRM ging dan ook na of het betrokken stakingsbevel voldeed aan deze voorwaarden. De eerste twee voorwaarden stelden geen probleem: het stakingsbevel was gesteund op de Oostenrijkse Handelspraktijkenwet en beoogde de bescherming van de reputatie van derden.

Wat de noodzakelijkheidsvoorwaarde betreft, overwoog het EHRM vooreerst dat de nationale autoriteiten weliswaar een ruime maar geen onbeperkte appreciatiebevoegdheid genoten. Deze autoriteiten kunnen ook inzake reclame beperkende maatregelen opleggen op voorwaarde dat deze gerechtvaardigd en proportioneel zijn. De opgelegde straf moet daarbij worden beoordeeld in het licht van alle aspecten van de zaak, hetgeen het EHRM dan ook prompt deed.

Ze nam ten eerste aanstoot aan het feit dat de Oostenrijkse rechtbanken en hoven, enerzijds, de vergelijkende reclame als misleidend hadden veroordeeld omdat de kranten niet van een vergelijkbare kwaliteit waren terwijl ze, anderzijds, hadden aangegeven dat de kranten concurrenten waren op dezelfde markt voor dezelfde lezers. Het Hof vond dit hoogst tegenstrijdig. Ten tweede viel het Hof over de verregaande gevolgen van het stakingsbevel voor toekomstige prijsvergelijkingen: Krone zou telkens weer moeten berichten over de verschillen tussen de kranten inzake nieuwsgaring met betrekking tot een heel reeks onderwerpen. Een dergelijke verplichting was veel te ruim, in strijd met de essentie van prijsvergelijkingen en in de praktijk zeer moeilijk te realiseren. Ten slotte, hield het EHRM ook rekening met de dwangsom van 100.000 euro die Krone was opgelegd per inbreuk op het stakingsbevel.

Op basis van deze elementen en de tegenstrijdige belangen van de partijen afwegend, oordeelde het EHRM dat de Oostenrijkse rechtbanken en hoven hun appreciatiemarge hadden overschreden en dat het stakingsbevel disproportioneel was. Het bevel was dan ook "niet noodzakelijk in een democratische samenleving" in de zin van artikel 10 § 2 EVRM en in strijd met artikel 10 EVRM¹²⁴.

Mogelijk biedt dit arrest ook voor adverteerders in België nieuwe verweermiddelen tegen concurrenten en rechters die het voeren van vergelijkende reclame te zeer aan banden willen leggen.

61. Ook voor de Belgische rechtbanken is het recht op vrije meningsuiting al ingeroepen zij het om negatieve uitlatingen aan het adres van een concurrent te verantwoorden.

Inzake het reeds besproken persbericht van Luminus waarin Electrabel werd beschuldigd van oneerlijke handelspraktijken overwoog de voorzitter dat het recht op vrije meningsuiting niet wegnam dat informatie en handelsverkeer objectief, juist, relevant en volledig diende te zijn. Hij vervolgde dat bij de evaluatie van de toelaatbaarheid van beperkende maatregelen ten aanzien van het recht op vrije meningsuiting het "noodzakelijkheidscriterium" met het daaraan verbonden criterium van de "dwingende sociale behoefte" en het "pertinentie- en proportionaliteitscriterium" van doorslaggevend belang was. Er bestond volgens de voorzitter voor Luminus geen noodzaak om in de reclame die zij maakte voor haar producten en diensten een negatief beeld op te hangen van een concurrent. Bovendien werd het persbericht door Luminus op eigen initiatief opgesteld en verzonden zodat er ook in die zin geen noodzaak bestond. Ten slotte kon de eventuele noodzaak tot informatie hoedanook niet verantwoord worden dat een verkoper een concurrent tegen wie hij het geding voerde slecht maakte¹²⁵.

¹²⁴. EHRM 11 december 2003, *Krone Verlag GmbH & Co/Oostenrijk, onuitg.*, zaak 39069/97.

VIII. RELATIE TUSSEN ARTIKEL 23bis EN HET ARTIKEL 23, 6° EN 7° WHPC

62. In de eerste kroniek is aangegeven dat er duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen “gewone” reclame die moet voldoen aan de bepalingen van artikel 23 WHPC en “vergelijkende” reclame die moet voldoen aan de bepalingen van artikel 23bis WHPC. Er is toen geponeerd dat de artikel 22 § 2 en 23bis WHPC, enerzijds, en artikel 23 WHPC, anderzijds, niet gelijktijdig op eenzelfde reclame kunnen worden toegepast. Een reclame is immers ofwel vergelijkend en dan dient te worden onderzocht of zij voldoet aan de voorwaarden van artikel 23bis WHPC ofwel is zij niet vergelijkend en dient zij te worden getoetst aan artikel 23 WHPC. De rechtspraak heeft daaraan gevolg gegeven en veel beslissingen bevestigen uitdrukkelijk dat vermelde artikelen inderdaad niet samen kunnen worden toegepast¹²⁶.

Desalniettemin blijven andere rechtbanken ten onrechte artikel 23bis en artikel 23 WHPC op eenzelfde reclame toepassen en onder beide artikelen sanctioneren¹²⁷. Nog andere rechtbanken kwalificeren reclames dan weer uitdrukkelijk als vergelijkend om het stakingsbevel dan toch weer uit te spreken op basis van artikel 23 WHPC¹²⁸.

De verwarring die er blijkbaar nog steeds bestaat wordt waarschijnlijk veroorzaakt door de verwijzing in artikel 23bis § 1, 1° naar artikel 23, 1° t.e.m. 5° en de verwijzing in artikel 23, 6° en 7° naar artikel 23bis WHPC. Nochtans is dit alles vrij eenvoudig. Wanneer er sprake is van een vergelijkende reclame in de zin van artikel 22 § 2bis moet worden vastgesteld of aan de toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 23bis § 1 voldaan is. Zo mag vergelijkende reclame niet misleiden (art. 23bis § 1, 1°), noch afbreken of kleineren (art. 23bis § 1, 5°). Om het misleidende of afbrekende karakter van de vergelijkende reclame te toetsen wordt teruggegrepen naar artikel 23 waar die begrippen onder 1° t.e.m. 5° en 6° en 7° reeds lang gekend zijn. Eens die analyse onder artikel 23 achter de rug is en er is vastgesteld of de reclameboodschap al dan niet misleidend of afbrekend is, kan worden geoordeeld of de vergelijkende reclame aan de toelaatbaarheidsvoorwaarden van artikel 23bis § 1 voldoet. Is dat het geval, dan is de vergelijkende reclame geoorloofd en kan zij niet worden gesanctioneerd. Is dat niet het geval, dan is zij niet geoorloofd en moet ze op basis en enkel op basis van artikel 23bis § 3 worden gesanctioneerd.

IX. STAKINGSBEVEL

63. In de eerste kroniek is reeds aangeduid dat een stakingsbevel niet te ruim mag worden geformuleerd en precies de staking moet bevelen van de inbreukmakende vergelijkende reclame. Dit wordt bevestigd door tal van voorbeelden die in de besproken periode zijn uitgesproken¹²⁹.

64. Een ander punt dat aandacht verdient betreft de diverse media waarlangs de veroordeelde vergelijkende reclame is of kan worden verspreid.

Zo oordeelde de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Gent dat “de stakingsmaatregel direct moet aansluiten bij de vastgestelde inbreuk, [hetgeen echter] niet betekent dat zij strikt beperkt moet blijven tot de inbreuk zoals die in concreto wordt omschreven. Indien de toekomstgerichte stakingsmaatregel in casu enkel beperkt wordt tot de tot het verleden behorende publiciteit zoals deze op een pagina van de website van verweerster voorkwam heeft ze geen zin. In de gegeven omstandigheden vordert de eiseres derhalve terecht dat de stakingsmaatregel ook betrekking heeft op andere publicitaire dragers dan de website van verweerster doch

¹²⁵ Voorz. Kh. Kortrijk 14 april 2003, *Luminus NV/Electrabel NV e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 577.

¹²⁶ Voorz. Kh. Gent 22 december 2003, *Arr. Cass., L. Aditi VZW/Lombaert Els en Herbica BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 281; Voorz. Kh. Gent 30 juni 2003, *Van Cauwenberghe-Somerlinck BVBA e.a./Uitvaartcentrum De Ceder BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 206; Voorz. Kh. Kortrijk 5 mei 2003, *Omer Daniels/Perfecta België BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 184; Voorz. Kh. Brussel 2 januari 2003, *Astrazeneca NV/Biochemie NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 58; Voorz. Kh. Gent 16 december 2002, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 286; Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 249; Voorz. Kh. Kortrijk 17 juni 2002, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 211.

¹²⁷ Voorz. Kh. Gent 3 november 2003, *Belgacom Mobile NV/City Mobile NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 811; Voorz. Kh. Brugge (afd. Oostende) 2 oktober 2003, *Liberty Channels NV/Jetair NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 232; Voorz. Kh. Brussel 8 september 2003, *Lundbeck NV/Eurogenerics NV*, *onuitg.*, A.R. 2885/2003; Voorz. Kh. Brussel 28 juli 2003, *Biodiphar NV/Docpharma NV*, *onuitg.*, A.R. 10335/2002; Voorz. Kh. Bergen 24 januari 2003, *Cubic NV/Gestion Plus BVBA e.a.*, *onuitg.*, A.R. 3030/02; Antwerpen 6 december 2001, *Telenet Operaties NV/Belgacom NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 101.

¹²⁸ Voorz. Kh. Brussel 1 september 2003, *Paneurolife NV/Winterthur-Europe Assurances NV*, *onuitg.*, A.R. 1134/2003; Voorz. Kh. Brussel 27 mei 2002, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 178; Voorz. Kh. Kortrijk 22 oktober 2001, *Berry Coordination Center NV e.a./Unilin Decor NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 253; Voorz. Kh. Brussel 10 oktober 2001, *Eurogenerics NV/Solvay Pharma & Cie V.O.F.*, *onuitg.*, V.S. 4058/2001.

¹²⁹ Voorz. Kh. Gent 30 juni 2003, *Van Cauwenberghe-Somerlinck BVBA e.a./Uitvaartcentrum De Ceder BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 157; Voorz. Kh. Gent 16 december 2002, *Boekhoudkantoor Clincspoor-De Rijke & D'Hondt BVBA e.a./P.C.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 286; Brussel 4 december 2002, *Ryanair Ltd/Curatoren Sabena NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 130; Voorz. Kh. Brussel 28 oktober 2002, *Belgian Leisure Organisation BVBA/Privilege BVBA e.a.*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 240; Voorz. Kh. Kortrijk 17 juni 2002, *Van der Heyden NV/BeneLux Scientific BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 211; Brussel 11 juni 2002, *Carrefour Belgium NV/Supermarkt Broekmans NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 111.

enkel voor zover de aldaar gevoerde publiciteit identiek zou zijn aan deze die op de pagina van de website van verweerster voorkwam"¹³⁰.

Het hof van beroep te Antwerpen, daarentegen, weigerde uitdrukkelijk om op het verzoek van eiseres in te gaan om het stakingsbevel niet alleen uit te spreken voor de media waarin

de veroordeelde reclame was verschenen (de krant) maar tevens uit te breiden tot andere media. Het hof was van oordeel dat aangezien er geen inbreuk was gepleegd door het gebruik van TV-spots, via het internet of andere dan krantenpubliciteit was er geen reden om de opgelegde dwangsom uit te breiden tot die media¹³¹.

X. CONCLUSIE

65. In de eerste kroniek is op basis van een analyse van de procederende partijen geconcludeerd dat vergelijkende reclame tot dan toe voornamelijk werd toegepast in sectoren waarin nieuwkomers dienden op te boksen tegen de zogenaamde "gevestigde waarden". Eenzelfde conclusie kan worden gemaakt voor voorliggend overzicht van rechtspraak. De telecom- en internetoperatoren en de fabrikanten van generische en merkgeneesmiddelen blijven met grote voorsprong de kroon spannen wat betreft het voeren van vergelijkende reclame en het aantal geschillen daaromtrent. Ook in andere sectoren, zoals de warenhuis-, voedings-, reisen en automobielsector, lijkt men vandaag evenwel de eerste schuchtere stappen te zetten inzake het voeren van vergelijkende reclame.

66. Wat de definitie van vergelijkende reclame betreft wordt vooral aandacht besteed aan de identificatievereiste van de concurrent. Het wordt stilaan duidelijk dat de vergeleken concurrent niet individueel identificeerbaar moet zijn maar dat het volstaat dat deze behoort tot een geïdentificeerde groep van verkopers. Ingevolge recente cassatierechtspraak is het evenmin noodzakelijk dat de vergeleken concurrent onmiddellijk bij de kennisname van de reclame door de geadresseerde moet kunnen worden geïdentificeerd. Het volstaat dat de identificatie mogelijk is na nader onderzoek. Dit oordeel staat m.i. echter op gespannen voet met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.

67. Wat de toelaatbaarheidsvoorwaarden in hun totaliteit betreft, bevestigt zowel de Europese als de Belgische rechtspraak het belang van een soepele interpretatie vanuit het standpunt van het volledige doelpubliek van de reclame. Verder kan de geoorloofdheid van een vergelijkende reclame enkel en alleen getoetst worden aan de in artikel 23bis § 1 WHPC limitatief opgesomde toelaatbaarheidsvoorwaarden. Deze voorwaarden moeten worden uitgelegd in de zin van de Europese communautaire invulling ervan, los van eventuele strengere nationale bepalingen.

68. Inzake de individuele toelaatbaarheidsvoorwaarden zijn de volgende voorzichtige conclusies te trekken.

Er wordt meer en meer aandacht besteed aan de controleerbaarheid van de vergeleken kenmerken. Voorlopig is nog niet echt duidelijk door wie (de geadresseerde van de reclame of eventuele derden) en op welk ogenblik de kenmerken controleerbaar moeten zijn.

Ook de objectiviteitsvereiste van de vergelijking komt uitgebreid in de rechtspraak aan bod. Het is weliswaar toegelaten om juist die producten of diensten te vergelijken die voor de adverteerder in vergelijking met zijn concurrent het grootste voordeel opleveren maar de vergelijking moet correct blijven. Zo moet de adverteerder zich hoeden voor het opeisen van een algemene superioriteit die is gesteund op een beperkte superioriteit.

Wat het misleidende karakter van vergelijkende reclame betreft is er inzake de omvang van de informatieplicht van de adverteerder tegenstrijdige rechtspraak. Volgens sommigen kan de adverteerder zich beperken tot informatie over zijn eigen aanbod en dient hij niet te informeren over het aanbod van de vergeleken concurrent. Deze laatste moet immers maar terugslaan met reclame voor zijn aanbod. Anderen menen dat een adverteerder ook juist moet informeren over het concurrerende aanbod. Dit zou de geadresseerde van de reclame moeten toelaten de voordelen van de aangeprezen producten of diensten in het juiste perspectief te beoordelen.

Over het algemeen blijft de rechtspraak het verbod op kleineren en denigreren streng interpreteren tenzij de negatieve uitlatingen aan het adres van de concurrent gebaseerd zijn op objectief juiste gegevens.

Wat het vermelden van andermans merk betreft en het verbod om daar oneerlijk voordeel uit te halen, valt de grote soepelheid op die de Belgische rechtspraak – behoudens enkele flagrante gevallen – aan de dag legt. Ook het Europese Hof van Justitie lijkt zonder veel probleem het vermelden van andermans merk in vergelijkende reclame te aanvaarden.

69. Het is nog geen uitgemaakte zaak in de rechtspraak of hyperbolische en vergelijkende reclame al dan niet verenigbaar zijn. Er valt echter veel te zeggen voor de volgende middenweg: hyperbolische uitlatingen die deel uitmaken

¹³⁰. Voorz. Kh. Gent 3 november 2003, *Belgacom Mobile NV/City Mobile BVBA*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2003, 811.

¹³¹. Antwerpen 6 december 2001, *Telenet Operaties NV/Belgacom NV*, *Jaarboek Handelspraktijken* 2001, 101.

van de vergelijking zelf stellen een probleem, hyperbolische uitlatingen die daarentegen los staan van de vergelijking moeten kunnen.

70. Tevens moet men er rekening mee houden dat de toelaatbaarheidsvoorwaarden zoals die vandaag bestaan een adverteerder al danig beperken in zijn communicatiemogelijkheden. Stakingsbevelen moeten dan ook wel overwogen en duidelijk omlijnd worden opgelegd. Stakingsbevelen die de communicatiemogelijkheden van een adverteerder te zeer aan banden leggen of zelfs quasi onmogelijk maken kunnen een inbreuk uitmaken op het door het Europees Verdrag van

de Rechten van de Mens erkende recht op vrije meningsuiting.

71. Ten slotte valt het in vergelijking met de eerste kroniek op dat men dieper en dieper gaat spitten naar de grenzen van vergelijkende reclame en haar toelaatbaarheidsvoorwaarden. Daarbij zijn tal van nieuwe interessante vragen opgegraven. Een aantal daarvan zijn aan het Europese Hof van Justitie voorgelegd en wachten op een antwoord. Het is duidelijk dat het laatste woord inzake vergelijkende reclame voorlopig nog niet is gezegd.