



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

Gijs van Poppel
Advocaat

Vergelijkende reclame

[ICT & Intellectuele eigendom](#)

28 februari 2011

Vergelijken Op internet danken Vergelijk.nl en Kieskeurig.nl hun bestaansrecht aan prijs- en productvergelijking. Prijs- en productvergelijking vindt bovendien steeds vaker plaats in reclame-uitingen van ondernemingen. Dergelijke uitingen zijn onderworpen aan het leerstuk van vergelijkende reclame.

Richtlijn en nationale wetgeving

De toelaatbaarheid van vergelijkende reclame is in Nederland en in andere landen van de Europese Unie jarenlang een punt van fundamentele discussie geweest. Bij vergelijkende reclame gaat het niet alleen om een aanprijzing van het eigen bedrijf of product, maar ook om een aanprijzing van het eigen bedrijf of product met behulp van een vergelijking tussen het aangeprezen bedrijf of product met een concurrerend bedrijf of product. Aan de ene kant staat het belang van een zo groot mogelijke concurrentievrijheid dat gediend is bij een volledige en juiste berichtgeving aan de consument door de adverteerder omtrent de eigenschappen of zelfs voordelen van zijn onderneming, product of dienst ten opzichte van die van een andere ondernemer. Aan de andere kant is een belang gemoeid met optreden tegen onjuiste en onvolledige berichtgeving en tegen het te gemakkelijk profiteren van merk- of naamsbekendheid en van goodwill opgebouwd door de concurrent met wiens bedrijf of product is vergeleken.

De voorwaarden die gelden voor vergelijkende reclame zijn vastgelegd in een aantal richtlijnen (1) en zijn in 2002 door de Nederlandse wetgever geïmplementeerd in artikel 6:194a van het Burgerlijk Wetboek, waarin bepaald is:

“Onder vergelijkende reclame wordt verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.” (2)



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

Deze definitie kent een ruime uitleg. Vergelijking met een naamloos product waarbij de merk- of handelsnaam van een concurrent niet expliciet worden genoemd, maar herleidbaar is naar een bepaalde zaak, dienst of onderneming, is ook aan te merken als vergelijkende reclame.(3) (4) Een voorbeeld is een commercial van Reckitt Benckiser waarin de toiletreiniger Harpic Max (beter dan bleek) wordt vergeleken met een toiletreiniger uit een gele fles. Het in de commercial getoonde bleekproduct betrof een blanco fles, niet voorzien van een merknaam. De Amsterdamse voorzieningenrechter oordeelde dat de gemiddelde consument de in de reclame gebruikte fles zal betrekken op Glorix, omdat de in de reclame gebruikte fles sterk lijkt op de Glorixfles en omdat Glorix grote bekendheid geniet en marktleider is op het gebied van toiletreinigers. Volgens de voorzieningenrechter was sprake van anonieme vergelijkende reclame. (5)

De ruime uitleg vloeit ook voort uit de (ruime) uitleg die de richtlijnen (6) en door de Nederlandse wetgever gegeven wordt aan het begrip 'reclame':

“iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en plichten. Reclame bevat een wervend aanbod, gericht tot een publiek.”.(7)

Medium voor vergelijkende reclame

Het voor de vergelijkende reclame gebruikte medium (bioscoop, billboard, krant, tv, internet) is niet relevant voor de toelaatbaarheid. Daarentegen is de invloed van het betreffende medium en de intensiteit waarmee de reclame-uiting ten gehore wordt gebracht of wordt vertoond, wel van belang voor de mate van zorgvuldigheid waarmee de uiting dient te worden gedaan.(8) Zo wordt televisiereclame geacht indringender te zijn door de combinatie van beeld en geluid in tegenstelling tot bijvoorbeeld een reclame op de radio of drukwerk, waardoor bij televisiereclames een grotere mate van zorgvuldigheid betracht moet worden. Het nadeel aan televisiereclame is dat minder concrete en gedetailleerde informatie kan worden overgebracht dan bijvoorbeeld bij drukwerk. Dit brengt als risico mee dat een televisiereclame eerder kan worden geacht onduidelijk en onrechtmatig te zijn.(9) (10)

Wettelijke vereisten die gelden voor vergelijkende reclame

Vergelijkende reclame is in beginsel geoorloofd met inachtneming van de hieronder genoemde voorwaarden, waarvan de belangrijkste zijn: (11)



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

- i) vergelijkende reclame mag niet misleidend zijn;
- ii) de goederen of diensten die worden vergeleken moeten voorzien in dezelfde behoeften of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
- iii) de vergelijking dient op een objectieve wijze plaats te vinden;
- iv) er mag geen gevaar ontstaan dat de adverteerder wordt verward met een concurrent;
- v) de goede naam van een concurrent mag niet worden geschonden;

- vi) de vergelijking van producten met een benaming van oorsprong moet in elk geval betrekking hebben op producten met dezelfde benaming, de vergelijking mag geen oneerlijk voordeel opleveren door de bekendheid van de concurrent; en

- vii) er mogen geen goederen of diensten worden voorgesteld als imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd merk of beschermde handelsnaam.

Omkering bewijslast

Relevant om te weten is dat bij vergelijkende reclame sprake is van omkering van de bewijslast: niet de klager moet aantonen (dan wel in kort geding: aannemelijk maken) dat de reclame onrechtmatig is, maar de adverteerder moet aantonen (dan wel in kort geding: aannemelijk maken) dat de gewraakte reclame juist is en ook overigens voldoet aan de wettelijke vereisten.⁽¹²⁾ Het is sterk aan te raden dat adverteerders voor aanvang van een (vergelijkende) reclamecampagne zorg dragen voor een goed gedocumenteerde onderbouwing van de juistheid van de vergelijking en dat voldaan is aan de hierboven genoemde vereisten voor vergelijkende reclame.

Veel publiciteit

Met (on)rechtmatige vergelijkende reclame is veel (goedkope) publiciteit te genereren. De online bedrijvengids iLocal presenteerde zich als goedkoper alternatief van de Gouden Gids en adverteerde met de slagan “de keerzijde van adverteren in de Gouden Gids” en een afbeelding van de achterkant van iemand die op Katja Schuurman leek, een advertentie met een knipoog naar de Gouden Gids. Alhoewel iLocal in het geding tegen de Gouden Gids en Schuurman veroordeeld werd wegens het op oneerlijke wijze profiteren van de bekendheid van de Gouden Gids en wegens maken van het portretrecht van Schuurman, verschaft de veroordeling aan iLocal wel een prachtige marktintroductie. Route Mobiel heeft enkele jaren geleden met het gebruik van de gele kleur haar diensten willen vergelijken met de diensten die monopolist ANWB aanbood en zich vervolgens met juridische procedures voorzien van gratis publiciteit voor haar marktintroductie. Ook de Nederlandse Energie



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

Maatschappij (NL Energie) maakt vergelijkende reclame met behulp van Frans Bauer; Essent ondernam onlangs actie tegen haar vergelijkende reclame (een tv commercial waarin zij onder andere beweerde 'de goedkoopste' te zijn). Deze reclame werd niet toelaatbaar geacht door de Reclame Code Commissie.(13)

Conclusie

U mag in reclame-uitlatingen uw product of dienst met die van uw concurrent vergelijken. Aandikken mag tot bepaalde grenzen ook. Het is daarom van belang om als adverteerder (maar ook als concurrent) op de hoogte te zijn of een bepaalde uiting valt aan te merken als vergelijkende reclame en wat de grenzen zijn die aan deze uiting worden gesteld.

- 1). Richtlijn 97/55/EG van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 85/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook de vergelijkende reclame teneinde ook de vergelijkende reclame te regelen, Pb. EG 1997, L 290/18 en Richtlijn 89/104 van 21 december 1988 betreffende aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten en TK 2000-2001, 27619, nr. 3, p. 1.
- 2). Deze ruime definitie komt overeen met de definitie van 'vergelijkende reclame' zoals vastgelegd in art. 2 van de Richtlijn 97/55/EG van 6 oktober 1997, ook wel art. 3 bis van de richtlijn 89/104 van 21 december 1988 betreffende aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, Pb. EG 11 februari 1989, L 40/1.
- 3). TK 2000-2001, 27619, nr. 3, p. 12-13, zo oordeelde de Hoge Raad reeds in HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 (Pokon/Substral).
- 4). Aldus de nationale rechtspraak, Pokon/Substral (HR 29 maart 1985, NJ 1985) en het vonnis over de elektrische tandenborstels (Rb. Utrecht (vzr.) 15 april 2004, IER 2004-4), maar ook volgens vaste rechtspraak van het HvJ EG waarin is uitgemaakt dat er sprake kan zijn van vergelijkende reclame, voor zover aan de hand daarvan, al is het maar impliciet, een concurrent of door een concurrent aangeboden goederen of diensten kunnen worden geïdentificeerd waarop die reclame concreet betrekking heeft (25 oktober 2001 Toshiba Europe, 8 april 2003 Pippig Augenoptik en 19 april 2007 Veuve Clicquot).
- 5). Voorzieningenrechter Amsterdam 22 mei 2009, IEPT20090522.
- 6). Zie noot 1.
- 7). TK 2000-2001, 27619, nr. 3, p. 12.
- 8). TK 2000-2001, 27619, nr. 3, p. 14.



**van poppel
croonen**
ADVOCATEN

9). B. le Poole, 'Vergelijkende reclame', Deventer: Kluwer 2004, p. 79 e.v.

10). Dit risico werd verwezenlijkt in de zaak Edah tegen Albert Heijn, waarin de rechter aannam dat de TV commercial niet toelaatbaar was, omdat voor de consument niet duidelijk zichtbaar was welke producten (in de boodschappenkar) werden vergeleken. Er werd een verwijzing naar de website getoond die in de gauwigheid helemaal niet op viel. De rechter was van mening dat de consument de onjuiste indruk zou krijgen dat een willekeurig gevulde boodschappenkar van de Albert Heijn vijf euro duurder zou zijn dan bij Edah en achtte de vergelijking niet toelaatbaar (Vzr. Rb. Amsterdam 3 december 2003, LJN AN9389.).

11). Art. 6:194a lid 2 BW.

12). Artikel 6:195 BW; zo ook Vzr. Rb. Amsterdam 21 maart 2002, BIE 2002, p. 446 (Herz/Easy Rent a Car) waarin 'De beste reden om bij EasyCar een auto te huren vindt u op Herz.nl' niet toelaatbaar werd geacht, omdat EasyCar niet kon aantonen dat zij al haar goederen en diensten beter waren dan Herz; Hof Amsterdam 19 november 2002, IER 2003, p. 134 de rechter oordeelde dat 'U hoeft nooit meer prijzen te vergelijken, Fielmann is altijd de voordeligste' eveneens niet toelaatbaar was, omdat zij dit alleen ten aanzien van de merkmonturen konden aantonen en zie recentelijk Hof 's-Hertogenbosch 21 september 2010 B9 9116 (Bik en Vaculux/Techcomlight I)

13). www.nu.nl, vrijdag 18 februari 2011 RCC: 'Vergelijkende reclame NL Energie kan niet door de beugel'.