

RECLAME

**Commentaar:****Vergelijkende reclame tussen soorten producten:  
gas versus mazout anno 2011***door Renzo van der Bruggen**Doctorandus/assistent, Instituut Financieel Recht, UGent***1. Vergelijkende reclame**

Vergelijkende reclame is sinds 1999 principieel toegelaten, op voorwaarde dat deze geoorloofd is. Om de geoorloofdheid te weten te komen, dienen we de vergelijkende reclame te toetsen aan de 5 negatieve en 3 positieve voorwaarden (cumulatief) uit artikel 19 Wet Marktpraktijken.<sup>1</sup> Nog belangrijker dan de toets *an sich* is vaak de discussie over wat precies onder “vergelijkende reclame” begrepen wordt. Immers, wanneer er geen sprake is van vergelijkende reclame, hoeft men deze niet te toetsen aan de voorwaarden uit artikel 19 Wet Marktpraktijken.

Artikel 2, 20° Wet Marktpraktijken definieert vergelijkende reclame als “*elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd*”.

Uit deze definitie kunnen we een dubbele tweedeling afleiden: [1] de vergelijkende reclame moet ofwel (1a) een concurrent ofwel (1b) diens aangeboden goederen of diensten noemen; [2] deze identificatie kan (2a) expliciet of (2b) impliciet gebeuren.

---

<sup>1</sup> Meer concreet mag vergelijkende reclame niet: (-1) misleidend zijn in de zin van artikelen 88 tot 91 en van artikel 96, 1° Wet Marktpraktijken; (-2) er toe leiden dat onder ondernemingen de adverteerder verward wordt met een concurrent of dat de adverteerder zijn merken, handelsnamen, goederen, diensten of andere onderscheidende kenmerken verward worden met die van een concurrent; (-3) de goede naam schaden van of zich kleinerend uitlaten over merken, handelsnamen, goederen, diensten, activiteiten, omstandigheden of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent; (-4) een oneerlijk voordeel opleveren ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of ander onderscheidend kenmerk van een concurrent of ten gevolge van de oorsprongsbenaming van concurrerende goederen; (-5) goederen of diensten voorstellen als imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermde handelsnaam of -merk. Bovendien moet vergelijkende reclame: (+1) goederen of diensten vergelijken die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn; (+2) een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken, waartoe ook de prijs kan behoren, van deze goederen en diensten op objectieve wijze met elkaar vergelijken; (+3) in elk geval betrekking hebben op goederen met dezelfde benaming (voor goederen met een benaming van oorsprong).

## 2. Concurrenten en hun aangeboden goederen of diensten

In tegenstelling tot het begrip “vergelijkende reclame”, wordt het begrip “concurrent” niet gedefinieerd door de Europese of Belgische wetgever. Belgische rechtspraak en rechtsleer beschouwen ondernemingen als concurrenten wanneer zij, vanuit het oogpunt van diegene waarop de vergelijkende reclame zich richt, goederen of diensten aanbieden die *substitueerbaar* zijn. Ondanks het feit dat we de term “substitueerbaarheid” reeds kennen vanuit het mededingingsrecht, krijgt het in de context van vergelijkende reclame een andere invulling. Er hoeft niet onderzocht te worden of de ondernemingen hun goederen of diensten op dezelfde relevante markt aanbieden (zoals in het mededingingsrecht), het volstaat reeds als de persoon tot wie de reclame zich richt de aangeboden goederen of diensten ziet als zaken die in dezelfde behoefte(n) voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn om deze als substitueerbaar te beschouwen.<sup>2</sup> Het spreekt voor zich dat, vanuit het oogpunt van diegene tot wie de reclame gericht is, gas en mazout in dezelfde behoefte voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn (verwarming).

Kan het feit dat Informazout een vereniging is (VZW) een obstakel vormen om haar als een concurrent van Shell Gas te beschouwen? De definitie van het begrip “onderneming” sluit verenigingen uitdrukkelijk in: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*” (artikel 2, 1° Wet Marktpraktijken). Wat de wetgever met deze laatste zinsnede precies bedoeld heeft, is evenwel niet glashelder. Enerzijds zou de Wet Marktpraktijken, op grond van de voorbereidende werken, enkel van toepassing zijn op *ondernemingsverenigingen die op duurzame wijze een economische activiteit nastreven*. Anderzijds, naar de letter van de wet, zou men er kunnen van uitgaan dat *alle ondernemingsverenigingen* onder het toepassingsgebied vallen.<sup>3</sup> Bij het volgen van de eerste en meest nauwe opvatting, is er een obstakel voor Informazout indien zij niet kan bewijzen op duurzame wijze een economische activiteit na te streven. Gezien de interpretaties die aan de begrippen “economische activiteit” (elke commerciële, industriële of financiële activiteit, los van de rechtsvorm en het streven naar winst) en “op

<sup>2</sup> Zie ook H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1036-1037; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 26; K. DAELE, “Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)”, *TBH* 2005, 747-748; V. RAUS en S. VANDER PUTTEN, “Vergelijkende reclame” in T. HEREMANS (ed.), *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: alles over oud en nieuw / La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Brussel, Larcier, 2010, 31-32.

<sup>3</sup> Zie ook R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 9; G. STRAETMANS en J. STUYCK, “Wet Marktpraktijken en consumentenbescherming (WMPC)”, *CBR Jaarboek 2009-2010*, 135; T. HEREMANS, “Definities en algemene principes” in T. HEREMANS (ed.), *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: alles over oud en nieuw / La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Brussel, Larcier, 2010, 12.

duurzame wijze” (binnen een zekere structuur, met regelmaat) worden gegeven,<sup>4</sup> lijkt er zich voor Informazout geen probleem te stellen. Bovendien voorziet hoofdstuk 6 (“Vordering tot staking”) van de Wet Marktpraktijken specifieke regelen voor een beroeps- of interprofessionele vereniging met rechtspersoonlijkheid.

### 3. Noemen

Hoewel het gaat over *vergelijkende* reclame, leert de (Europese) rechtspraak ons dat het niet noodzakelijk is een effectieve vergelijking door te voeren om te kunnen spreken van “vergelijkende reclame”. Het volstaat dat de concurrent of diens aangeboden goederen of diensten “genoemd” worden. Louter refererende of verwijzende reclame, waarbij geen effectieve vergelijking plaatsvindt, valt dus eveneens onder de noemer “vergelijkende reclame”.<sup>5</sup> Dit is tevens af te leiden uit de (ruime) definitie van vergelijkende reclame. De definitie neemt in haar omschrijving het woord “vergelijken” zelfs niet in de mond: “elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd”.

Dit “genoemd worden” (de identificatievereiste) kan zowel expliciet als impliciet. Het spreekt voor zich dat het impliciet noemen van een concurrent of diens aangeboden goederen of diensten moeilijker vast te stellen is dan wanneer dit uitdrukkelijk gebeurt. De rechter moet in die gevallen namelijk oordelen of de bestemming van de reclame de concurrent tussen de lijnen van de reclame door kan herkennen.<sup>6</sup>

### 4. Impliciet

#### *Algemene regel*

Volgens het Hof van Justitie dient de nationale rechter, wanneer de naam van een concurrent of diens aangeboden goederen of diensten niet expliciet wordt vermeld, na te gaan of de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde bestemming van de reclame tussen de lijnen door de concurrent kan identificeren.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 6.

<sup>5</sup> Zie ook H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1037-1038; V. RAUS en S. VANDER PUTTEN, “Vergelijkende reclame” in T. HEREMANS (ed.), *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: alles over oud en nieuw / La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l’ancien et le nouveau régime*, Brussel, Larcier, 2010, 32.

<sup>6</sup> Zie ook R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 27-28; K. DAELE, “Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)”, *TBH* 2005, 748.

<sup>7</sup> HvJ C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel versus Comité Interprofessionnelle du Vin de Champagne and Veuve Clicquot Ponsardin* [19 april 2007], [www.curia.eu](http://www.curia.eu), punt 22-23; H.

### *Duidelijk impliciet*

In het verleden werd in de rechtspraak het impliciet noemen vrij gemakkelijk aanvaard wanneer men bijvoorbeeld gebruikmaakte van een concurrent zijn slogans, zinspelingen, geluids- en/of merktekens; de concurrent zijn moederverenootschap vermeldde; de serienummers vermeldde waaronder de concurrent zijn goederen op de markt brengt; de kenmerken opsomde van een product van een concurrent; ...<sup>8</sup>

### *Superlatieven*

Reclame waarin uitsluitend gebruik wordt gemaakt van superlatieven zoals “*de beste*”, “*de grootste keuze*”, “*de meest betrouwbare*”, ... kan niet beschouwd worden als vergelijkende reclame aangezien dergelijke reclame de concurrent niet identificeert.<sup>9</sup>

### *Marktpositie*

De marktpositie van een onderneming kan een element zijn waardoor de geadresseerde van de reclame een concurrent of diens aangeboden goederen of diensten herkent. Deze herkenningfactor wordt in de rechtspraak slechts met wisselend succes erkend.

Wat juist bedoeld wordt met de marktpositie als herkenningfactor kan geïllustreerd worden aan de hand van het volgend voorbeeld. Sun maakte een tv-spot waarin een vergelijkende test werd gedaan met drie verschillende 3 in 1-tabletten voor afwasautomaten. Drie tassen met hardnekkige theevlekken werden ten tonele opgevoerd. De eerste tas werd gewassen met een niet bij naam genoemd product “A”, de tweede tas werd gewassen met product “B” en de derde tas met Sun. Na de test werden de drie tassen omgedraaid en -u raadt het-bleek enkel de derde tas vlekkeloos te zijn. Sun wenste hiermee aan te tonen “*onklopbaar*” te zijn “*op hardnekkige vlekken*”. Op het eerste zicht zou u misschien denken dat deze geanonimiseerde test geen concurrenten impliciet genoemd heeft. Sun's concurrent Calgonit dacht hier anders over en meende dat

---

DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1039.

<sup>8</sup> Zie ook H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1038; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 27-28; V. RAUS en S. VANDER PUTTEN, “Vergelijkende reclame” in T. HEREMANS (ed.), *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: alles over oud en nieuw / La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Brussel, Larcier, 2010, 33 (en de aldaar gemaakte verwijzingen).

<sup>9</sup> H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1041. Zie ook R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 40-41; G. STRAETMANS, “Over hyperbolen, misleiding en vergelijkende reclame”, *DCCR* 2007, afl. 73, 146-153.

zij op basis van haar marktpositie (47%) kon worden geïdentificeerd. Sun en Calgonit namen samen 98% van de markt in en de redenering was dus dat wanneer de consument product “A” of “B” zag, hij vrijwel automatisch aan Calgonit dacht. Temeer omdat Calgonit minder dan 2 maanden voor de betwiste tv-spot een uitgebreide reclamecampagne op touw zette ter promotie van haar tablet. De voorzitter in kwestie volgde deze redenering echter niet. Calgonit steunde zich nochtans op 2 beslissingen waarin werd geoordeeld dat een concurrent (respectievelijk Coca Cola en Lipton Ice Tea) in dergelijke vergelijkende test wel degelijk kon worden geïdentificeerd op basis van zijn marktpositie.<sup>10</sup> De voorzitter merkte op dat de adverteerders in de door Calgonit aangehaalde rechtspraak eerder een bescheiden marktaandeel hadden (Pepsi Cola) of voet aan de grond wensten te krijgen in de markt (Nestea), en dat de identificeerbare concurrenten in die zaken de onbetwiste marktleider waren (Coca Cola 80%, Lipton Ice Tea 95%). De Sun *versus* Calgonit-zaak zou volgens de voorzitter tevens verschillend zijn omdat: de markt van 3 in 1-tabletten voor afwasautomaten minder afgebakend en attractief is; deze markt slechts een submarkt van een grotere markt is; consumenten minder interesse hebben in 3 in 1-tabletten dan in frisdrank; Calgonit ten opzichte van het volledige afwasgamma (poeder, gel, tabletten, ...) een zwakkere positie heeft dan Sun, terwijl zij een gelijkaardig aandeel hebben in de tablettenmarkt; 3 in 1-tabletten vrij nieuw zijn op de markt (en dus nog geen “blijvende herinnering” in het hoofd van de consument hebben veroorzaakt).<sup>11</sup> Deze opmerkingen (bijvoorbeeld “onbetwiste marktleider”) moeten we wellicht niet beschouwen als voorwaarden om een concurrent op basis van zijn marktpositie te kunnen identificeren,<sup>12</sup> maar als indicatoren.

Logischerwijs kan de “herkenning door marktpositie”-redenering het best worden opgeworpen bij een markt met duopolistische of oligopolistische kenmerken, aangezien de identificeerbaarheid in dergelijke gevallen groter is.<sup>13</sup> Indien er, bijvoorbeeld, veel spelers op een markt zijn waardoor de consument de samenstelling en karakteristieken van die markt niet goed kent, zal de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde bestemmeling van de reclame de concurrent niet of veel moeilijker kunnen identificeren op basis van diens marktpositie. Ter illustratie: bij een waspoederreclame werden de mededelingen “*Dixan wordt verkozen boven het meest verkochte waspoeder*”, “*37% van de consumenten vindt dat Dixan het witst wast terwijl 13% hetzelfde*”

<sup>10</sup> Brussel 7 juni 1983, Coca Cola/Pepsi, *JT* 1983, 717; Voorz. Kh. Brussel 18 oktober 1993, Lipton Ice Tea/Nestea, *Jb.Hand.Med.* 1993, 112.

<sup>11</sup> Voorz. Kh. Nijvel 18 juli 2003, *Jb.Hand.Med.* 2003, 219-220. Zie ook K. DAELE, “Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)”, *TBH* 2005, 748-749; S. DEBAENE, “De identificatievereiste en de objectiviteitsvereiste bij vergelijkende reclame” (noot onder Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007), *RABG* 2007, 1345; H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1044.

<sup>12</sup> Zo niet loeren problemen van ongelijke behandeling om de hoek.

<sup>13</sup> G. STRAETMANS, “Recente tendensen in handelspraktijken”, *CBR Jaarboek* 2005-2006, 2006, 186; H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1039.

dacht aangaande het meest verkochte merk”, “wat frisheid betreft, 38% van de consumenten vindt dat Dixan de beste resultaten geeft terwijl 24% van de consumenten hetzelfde vond aangaande het meest verkochte merk” en “48% van de consumenten koos voor Dixan terwijl slechts 21% koos voor het meest verkochte merk” niet als vergelijkende reclame beschouwd. De voorzitter in kwestie oordeelde dat hiermee niet was aangetoond dat de consument in staat zou zijn om de concurrent te identificeren. Met andere woorden: de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde bestemming van de reclame weet niet wat het meest verkochte merk is op de waspoedermarkt.<sup>14</sup> Wanneer er op de markt sprake is van een monopolie, is de identificeerbaarheid uiteraard het grootst. Ter illustratie: een tv-spot die als doel heeft de klanten mee te delen dat een sinaasappelsap voortaan niet meer verkocht wordt in brikverpakking maar in plastic fles, waarbij een brik getoond wordt die plaats maakt voor een fles met de woorden “gedaan met spatten”, werd beschouwd als (geoorloofde) vergelijkende reclame. Deze reclame liet toe de fabrikanten van de brikverpakking (die voor dat product over een monopolie beschikken) te identificeren.<sup>15</sup>

### *Abstracte groep*

De rechtspraak aanvaardt vrij gemakkelijk dat een of meerdere concurrenten of hun aangeboden goederen of diensten impliciet genoemd worden wanneer de reclamemakende onderneming verwijst naar een (abstracte) groep verkopers.<sup>16</sup> Enkele voorbeelden: de radioreclamespot van Neckermann met slogan “*werken zonder tussenpersonen is een goede zaak*” werd als vergelijkende reclame beschouwd omdat de reisagenten (de “tussenpersonen”), bij wie de Neckermannreizen niet te verkrijgen waren, als groep konden worden herkend;<sup>17</sup> de reclame van autocenter Cardoen (een parallelverkoper die zich positioneert tegenover de officiële merkverdelers) waarin de “Cardoen-prijs” werd vergeleken met de “catalogusprijs”, werd als vergelijkende reclame beschouwd omdat de consument door de verwijzing naar de “catalogusprijs” de officiële

<sup>14</sup> Voorz. Kh. Brussel 12 september 2005, *Jb.Hand.Med.* 2005, 304, *DCCR* 2006, noot G. STRAETMANS. Zie ook V. RAUS en S. VANDER PUTTEN, “Vergelijkende reclame” in T. HEREMANS (ed.), *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: alles over oud en nieuw / La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Brussel, Larcier, 2010, 33-34; S. DEBAENE, “De identificatievereiste en de objectiviteitsvereiste bij vergelijkende reclame” (noot onder Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007), *RABG* 2007, 1345-1346; H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1041 en 1044.

<sup>15</sup> Voorz. Kh. Brussel 18 mei 2004, *Jb.Hand.Med.* 2004, 218-221.

<sup>16</sup> Zie ook R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 28; S. DEBAENE, “De identificatievereiste en de objectiviteitsvereiste bij vergelijkende reclame” (noot onder Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007), *RABG* 2007, 1346.

<sup>17</sup> Vz. Kh. Gent 23 oktober 2000, besproken in R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 28-29.



merkverdelers kon herkennen;<sup>18</sup> de reclame van optiekwinkelketen Pearle waarin verwezen werd naar de prijzen bij de “klassieke opticiens”, werd als vergelijkende reclame beschouwd omdat de gemiddelde consument bij de notie “klassieke opticiens” de opticien-zelfstandige met een optiekwinkel in zijn dorp, stad of straat voor ogen heeft (en deze zodoende identificeert);<sup>19</sup> ...

Een minderheid in de rechtspraak en rechtsleer is van oordeel dat de verwijzing naar een (abstracte) groep verkopers onvoldoende specifiek is om concurrenten te kunnen identificeren. Wanneer de adverteerder zich daarentegen op een markt met oligopolistische kenmerken bevindt, delen zij de meerderheidsopvatting op voorwaarde dat de consument de concurrent impliciet kan identificeren aan de hand van zijn marktpositie.<sup>20</sup>

Wat betreft de omvang van de (abstracte) groep, lijkt er evenmin consensus te bestaan. Deze is niet voor iedereen eindeloos. Waar de grens precies ligt, is moeilijk te zeggen maar volgend voorbeeld geeft aan dat *de gehele bestaande markt* (en dus niet een bepaalde concurrent of groep concurrenten) een brug te ver is. Een aankooporganisatie van videofilms en dvd's (die voorziet in de verdere toelevering naar diverse videotheken waarmee zij een contract hebben gesloten) richt zijn reclame aan videotheken en breekt daarbij andere aankooporganisaties af. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen oordeelde dat deze reclame niet vergelijkend (maar wel afbrekend) was aangezien de aankooporganisatie zich niet tegenover een bepaalde concurrent (of groep concurrenten) profileerde, maar wel tegenover de gehele bestaande markt.<sup>21</sup> Deze redenering staat of valt uiteraard met de invulling die men aan “de gehele bestaande markt” geeft. Wanneer men de gehele bestaande markt zou beschouwen als “het geheel van (alle mogelijke) manieren waarop een videotheek videofilms of dvd's kan aankopen”, dan zou bovenstaande redenering niet langer opgaan. Aankooporganisaties zijn dan slechts een deel van die markt.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Voorz. Kh. Gent 18 november 2002, *Jb.Hand.Med.* 2002, 249, *TBH* 2003, afl. 7, 605, noot K. DAELE. Zie ook K. DAELE, “Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)”, *TBH* 2005, 749; H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1042.

<sup>19</sup> Voorz. Kh. Leuven 28 juni 2005, *Jb.Hand.Med.* 2005, 285. Zie ook H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1042.

<sup>20</sup> Zie R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 29 (en de aldaar gemaakte verwijzingen).

<sup>21</sup> Voorz. Kh. Antwerpen 7 juli 2005, *Jb.Hand.Med.* 2005, 301. Zie ook H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1044.

<sup>22</sup> Indien we deze redenering zouden toepassen op de hoger vermelde Neckermann, Cardoen en Pearle-reclame en daarbij de gehele bestaande markt invullen als (resp.) “de markt van reizen die door tussenpersonen worden aangeboden”, “de markt van officiële automerkverdelers” en “de markt van opticien-zelfstandigen”, dan zouden deze reclames niet langer vergelijkend zijn.

*Soort product*

De rechtspraak leert ons dat een verwijzing naar een soort product *kan* beschouwd worden als vergelijkende reclame. Het Hof van Justitie besliste dat “de verwijzing in een reclameboodschap naar een soort product, en niet naar een bepaalde onderneming of een bepaald product, kan worden geacht vergelijkende reclame te zijn wanneer het mogelijk is deze onderneming of de door haar aangeboden producten te identificeren waarop die reclameboodschap concreet betrekking heeft. Dat meerdere concurrenten van de adverteerder of door hen aangeboden goederen of diensten kunnen worden geïdentificeerd waarop de reclameboodschap concreet betrekking heeft, is irrelevant voor de beoordeling of er sprake is van vergelijkende reclame.”<sup>23</sup> De tweede zin is een logisch gevolg van de eerste en toont tevens de overlap aan met het zopas besproken *topic* van impliciete identificatie door verwijzing naar een abstracte groep. Immers, bij een soort product zijn vaak meerdere ondernemingen betrokken.

Een eerste voorbeeld, waarbij de soorten producten overigens niet zo ver van elkaar afliggen, is er een met betrekking tot room. Unilever bracht in 2003 een nieuw product (op basis van melk en plantaardige vetten) uit en gebruikte daarbij de slogan “een modern en gezond alternatief voor room”. Deze reclame werd als vergelijkend beschouwd omdat ze toeliet een bepaalde individuele producent van roomproducten te identificeren.<sup>24</sup>

Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat de slogan “het origineel redt levens”, die gebruikt werd in een reclameboodschap voor een origineel geneesmiddel, als vergelijkende reclame diende gekwalificeerd te worden. Aangezien het woord “origineel” enkel maar zin of betekenis heeft als het in verband gebracht wordt met iets dat “niet origineel” is, zou het duidelijk zijn dat het origineel geneesmiddel zich wenste te onderscheiden van de generische producten.<sup>25</sup>

In het arrest *De Landtsheer* diende het Hof van Justitie uitspraak te doen over 2 soorten producten die iets verder van elkaar verwijderd liggen. Het betrof reclame voor bier die refereerde naar champagne, zonder daarbij een specifiek champagnemerk, product of onderneming te viseren. Deze verwijzing *kan*

<sup>23</sup> HvJ C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel versus Comité Interprofessionnelle du Vin de Champagne and Veuve Clicquot Ponsardin* [19 april 2007], [www.curia.eu](http://www.curia.eu), punt 24.

<sup>24</sup> Voorz. Kh. Brussel 3 november 2004, besproken in K. DAELE, “Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)”, *TBH* 2005, 749; S. DEBAENE, “De identificatievereiste en de objectiviteitsvereiste bij vergelijkende reclame” (noot onder Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007), *RABG* 2007, 1346; H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1042.

<sup>25</sup> Brussel 27 juni 2006, *DCCR* 2007, afl. 74, 46, noot X. VERMANDELE, *Jb.Hand.Med.* 2006, 174, *Ing.Cons.* 2006, afl. 3, 408. Zie ook H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1042-1043.



volgens het Hof geacht worden vergelijkende reclame te zijn indien een concurrent of diens goederen of diensten geïdentificeerd kunnen worden. Het is evenwel aan de nationale rechter om, op basis van het nationaal recht of in voorkomend geval gemeenschapsrecht, te oordelen of de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde bestemming van de reclame tussen de lijnen door de concurrent kan identificeren.<sup>26</sup>

*In de reclame zelf en zonder nader onderzoek?*

In de zaak *De Slegte* -overigens ook een voorbeeld van impliciete identificatie door verwijzing naar een (abstracte) groep- oordeelde het Hof van Cassatie<sup>27</sup> dat het niet vereist is dat de geadresseerde de vergeleken concurrent of zijn goederen of diensten onmiddellijk van bij de kennisname van de reclame, zonder nader onderzoek, kan identificeren. Reclame is aldus ook vergelijkend indien de identificatie pas later gebeurt, ingevolge nader onderzoek van de geadresseerde. Deze rechtspraak zou volgens bepaalde auteurs op gespannen voet staan met de visie van het Hof van Justitie. Laatstgenoemd Hof zou vereisen dat de identificatie op zich in de reclame zelf vervat moet liggen.<sup>28</sup>

## 5. Gas versus mazout

Wanneer reclame gas met mazout vergelijkt (of *vice versa*), komt alles wat hierboven besproken is samen: gas en mazout zijn, vanuit het oogpunt van de consument, duidelijk substitueerbaar maar hebben elk hun specifieke eigenheden; hierdoor kan een effectieve vergelijking vaak niet 100% doorgetrokken worden en rest er enkel de mogelijkheid om te refereren; beiden hebben een bijzonder dominante positie op de markt; de markt is duopolistisch gekenmerkt; ook in deze sector wordt gebruik gemaakt van superlatieven (“goedkoopste”, “meest voordelige”, “schoonste”, ...); door in algemene termen te verwijzen naar gas of mazout, als soort product, is het mogelijk dat een

<sup>26</sup> HvJ C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel versus Comité Interprofessionnelle du Vin de Champagne and Veuve Clicquot Ponsardin* [19 april 2007], [www.curia.eu](http://www.curia.eu), punt 22-24. Zie ook H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1039-1040; S. DEBAENE, “De identificatievereiste en de objectiviteitsvereiste bij vergelijkende reclame” (noot onder Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007), *RABG* 2007, 1346-1348; V. RAUS en S. VANDER PUTTEN, “Vergelijkende reclame” in T. HEREMANS (ed.), *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: alles over oud en nieuw / La nouvelle loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur: tout sur l'ancien et le nouveau régime*, Brussel, Larcier, 2010, 32-33.

<sup>27</sup> Cass. 29 april 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 4, 741, *DCCR* 2005, afl. 66, 21, noot K. DAELE, *Jb.Hand.Med.* 2004, 97, *NjW* 2004, afl. 94, *Pas.* 2004, afl. 4, 732, *TBH* 2004, afl. 10, 981.

<sup>28</sup> Zie ook K. DAELE, “Interpretatie vergelijkende reclame door het Hof van Cassatie wijkt af van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie” (noot onder Cass. 29 april 2004), *DCCR* 2005, afl. 66, 32-40; K. DAELE, “Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)”, *TBH* 2005, 749-751; H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 1040 (en de aldaar gemaakte verwijzingen).

of meerdere concurrenten -zelfs de gehele bestaande markt?- of diens goederen of diensten worden geïdentificeerd door de consument. Wanneer een vermeende vergelijkende reclame tussen beide brandstoffen voor de rechter wordt gebracht, is het uitkijken naar hoe hij al deze kaarten schudt en welke hij trekt.

*Voorz. Kh. Brussel 23 december 2002*

De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel besliste dat de reclameslogan “*Mazout ontploft niet*”, gebruikt door een (andere) VZW die de mazoutsector vertegenwoordigt, het geheel van de aardgasverdelers identificeert.<sup>29</sup> Na een verwijzing naar destijds recente rechtspraak over de mogelijkheid van vergelijking met een groep handelaren, motiveerde de voorzitter dat “*dans un marché duopolistique , s’il y a comparaison avec la concurrence, c’est nécessairement le groupe qui occupe une des deux positions dominantes qui sera identifié par le consommateur*”. Uit de feiten zou tevens duidelijk blijken dat het geheel van de aardgasverdelers geïdificeerd werd. Bovendien zou, door de duopolistische posities van gas en mazout op de verwarmingsmarkt, de consument deze groep onmiddellijk identificeren.<sup>30</sup>

*Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007*

Bij de beoordeling van de identificatievereiste, wordt in deze beslissing van start gegaan met de stelling dat zowel de online *calculator* (die het publiek toelaat om de prijzen van aardgas en mazout te vergelijken) als de begeleidende reclame doelen op een vergelijking tussen aardgas- en mazoutketels en/of de vergelijking tussen aardgas en mazout als brandstof.<sup>31</sup>

KVBG<sup>32</sup> werpt op dat de aangevochten reclames niet voldoen aan de definitie van vergelijkende reclame omdat noch Informazout noch een van haar leden daarin expliciet of impliciet worden genoemd. Er zou volgens KVBG enkel een bepaald type van product vermeld worden dat door een groot aantal verkopers wordt aangeboden, of waarin de algemeenheid van de concurrenten in haar geheel wordt geïdificeerd. De voorzitter antwoordt hierop dat “*het bestaan van vergelijkende reclame dient te worden beoordeeld vanuit het standpunt van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende persoon waarbij eveneens rekening moet worden gehouden met de doelgroep van de reclameboodschap. De hoofddoelgroep van de desbetreffende reclame betreft de gebruiker van mazoutketels en mazout als brandstof. Bij de beoordeling van de identificatievereiste dient in casu rekening te worden gehouden met de contextuele elementen die de desbetreffende doelgroep kent, en dus niet alleen met de reclame op zich. De referentiepersoon zal bij de waarneming en*

<sup>29</sup> Voorz. Kh. Brussel 23 december 2002, *Jb.Hand.Med.* 2002, 294-298. Zie ook K. DAELE, “Vergelijkende reclame: overzicht van rechtspraak (2002-2004)”, *TBH* 2005, 748-749.

<sup>30</sup> Voorz. Kh. Brussel 23 december 2002, *Jb.Hand.Med.* 2002, 297-298.

<sup>31</sup> Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007, *Jb.Hand.Med.* 2007, 211, *RABG* 2007, 1328.

<sup>32</sup> KVBG is een vereniging van bedrijven en intercommunales die actief zijn in de verkoop en distributie van aardgas waarvan ook talrijke aardgasinstallateurs lid zijn.

*verwerking van de KVBG-reclame deze trachten in te passen in zijn context.” In navolging van het Hof van Cassatie in de zaak *De Slegte* besluit de voorzitter uit het voorgaande “dat de definitie van vergelijkende reclame niet vereist dat de consument wanneer hij kennis neemt van de vergelijkende reclameboodschap op het zicht van die boodschap de concurrenten moet kunnen identificeren zonder nader onderzoek [en dat dus van] de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende persoon [...] een redelijke inspanning [mag] vereist worden.”<sup>33</sup>*

Doordat de mazoutmarkt waar in de reclameboodschap naar verwezen wordt een markt is met een groot aantal spelers, doch die eveneens gekenmerkt wordt door het gegeven dat enkele belangrijke spelers op de markt (zowel nationaal, als regionaal) aanwezig zijn die een grote bekendheid genieten door nationale dan wel lokale reclame en waaraan de gemiddelde persoon uit de relevante doelgroep quasi-automatisch (dan wel na enige te verwachten inspanning) denkt, kwalificeert de rechter de betrokken reclame als vergelijkend. Eveneens zou aan de identificatievereiste voldaan zijn doordat de aangesproken mazoutconsument gebruik maakt van zijn normale en vaste mazoutleverancier.<sup>34</sup>

*Voorz. Kh. Brussel 12 juli 2011*

De boven deze commentaar gepubliceerde beslissing beschouwt onder andere de mededelingen “*een gasketel is tot 30% goedkoper dan toestellen van andere energiebronnen*”, “*propaan blijkt reeds een goedkopere oplossing dan alle andere energiebronnen*”, “*bleekt dat gas nog steeds veruit de goedkoopste energievorm blijft*” als vergelijkende reclame.

De motivering van de voorzitter luidt als volgt: “*De verwijzing naar stookolie in de door Shell gas gehanteerde reclame stelt de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument in staat om het beeld te doen oproepen van één of meerdere specifieke ondernemingen die stookolie aanbieden (de concurrent kan door de consument tussen de lijnen door worden herkend)*”.

Wat de achterliggende gedachte van deze korte motivering is, kunnen we alleen maar raden. Voelt de voorzitter zijn soevereiniteit gesterkt door het arrest *De Landtsheer*? Vindt de rechter de discussie over de identificatie *in casu* overbodig? Was het misleidend karakter van de reclame belangrijker dan het vergelijkend? Is het vanzelfsprekend geworden dat een verwijzing in reclame naar een soort product als vergelijkende reclame moet worden beschouwd? Wordt een verwijzing in reclame naar een soort product als expliciet noemen van een concurrent zijn goederen of diensten beschouwd? Is de beperking van de omvang (“de gehele bestaande markt”) van de groep concurrenten hiermee tenietgedaan (gelet op “... *een goedkopere oplossing dan alle andere energiebronnen*”)?

<sup>33</sup> Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007, *Jb.Hand.Med.* 2007, 212, *RABG* 2007, 1329-1330.

<sup>34</sup> Voorz. Kh. Antwerpen 22 maart 2007, *Jb.Hand.Med.* 2007, 212, *RABG* 2007, 1330.

In afwachting van de antwoorden (en zolang de wet het niet als ongeoorloofd beschouwt), blijven we rechtspraak *vergelijken*.

## Voorz. Kh. Gent

16 september 2011

*Partijen:* I. ACVK / 1. Beroepsvereniging Pro-Caro; 2. Anseeuw & Despriet BVBA; 3. RG Rosseau G Tegelfabriek BVBA; 4. Rodrigeus Dekimpe BVBA; 5. Carimar NV; 6. Vanhoutven NV; 7. Schelfhout NV; 8. Daldecor NV; 9. Gavra BVBA; 10. Interceram NV; 11. Euro Carro CVOA; 12. Cedexsa NV  
II. ACVK NV / Euro-Caro NV  
*Zetel:* D. Vercruysse  
*Advocaten:* P. Debra / M. De Vlieghere

### *Samenvatting*

*Reclame van een beroepsvereniging van tegelverkopers en haar leden waarin wordt verklaard dat hun tegels onder de garantie van een keurmerk worden verkocht, waarbij wordt aangegeven dat zij ten overstaan van de klant garant staan voor de kwaliteit van de tegel en dat zij de klant van een degelijke service verzekeren, is niet misleidend omwille van het enkele feit dat de kwaliteit van de tegels niet door een onafhankelijk organisme wordt gecontroleerd en wanneer geen bewijs geleverd wordt dat het gebruik van het keurmerk de consumenten misleidt omtrent kwaliteit en service.*

### *Sommaire*

*La publicité faite par une association professionnelle de vendeurs de carrelages et par ses membres, déclarant que leurs carrelages sont vendus sous la garantie d'un label de qualité, et dans laquelle il est indiqué qu'ils se portent garant envers le client de la qualité du carrelage et qu'ils garantissent un service sérieux au client, n'est pas trompeuse du simple fait que la qualité des carrelages n'est pas contrôlée par un organisme indépendant, et lorsqu'il n'est pas prouvé que l'utilisation du label de qualité tromperait les consommateurs en ce qui concerne la qualité et le service.*

### **Vonnis**

#### *VORDERING*

Met de dagvaarding van 17 februari 2011 stelt eiseres op grond van de wet van 6 april 2010 op de marktpraktijken en de consumentenbescherming een stakingsvordering in en vordert ze dat hen verbod zou worden opgelegd om nog tegels te verkopen voorzien van het keurmerk CertiKera en tevens om voor dergelijke producten publiciteit te maken.