

Vergelijkende reclame; enkele beschouwingen

Mr. J.J.E. Bremer LL.M.*

In dit artikel zullen enkele recente ontwikkelingen op het terrein van het recht van de vergelijkende reclame de revue passeren. Allereerst zal aandacht worden besteed aan het begrip ‘vergelijkende reclame’ en de reikwijdte daarvan. Daarna zullen ontwikkelingen op het terrein van de misleidende vergelijkende reclame worden besproken, waaronder de gevolgen van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de jurisprudentie ten aanzien van misleidende omissies. Vervolgens zal aan de hand van enkele voorbeelden uit recente jurisprudentie de stand van zaken ten aanzien van denigrerende of kleinerende vergelijkende reclame worden geïllustreerd. Tot slot wordt een uitstap gemaakt naar het traditioneel meer tot het terrein van het merkenrecht gerekende onderwerp van de *lookalike*-producten en wordt de mogelijke relevantie van het recht betreffende vergelijkende reclame voor deze producten besproken.

Inleiding

In Nederland is het lang omstrede geweest, of vergelijkende reclame überhaupt wel geoorloofd was. In 1985 oordeelde de Hoge Raad dat dit, zij het onder bepaalde voorwaarden, het geval was. Met de creatie en inwerking-treding van Richtlijn 97/55/EG¹ is het onderwerp vergelijkende reclame Europees geharmoniseerd. Sindsdien heeft deze vorm van reclame een behoorlijke vlucht genomen, getuige de dagelijks voorbij komende schoonmaak-middel-, vliegticket-, mobielelefonie- en andere reclames waarin een expliciete of impliciete vergelijking met de concurrentie voorkomt.

Uitgangspunt is dat vergelijkende reclame in beginsel is toegestaan, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Bij de beantwoording van de vraag onder welke voorwaarden vergelijkende reclame zou moeten worden toegestaan, speelt een conflict tussen de belangen van de onderneming die de reclame bezigt enerzijds, en die van de concurrent waarmee vergeleken wordt anderzijds. Ook het belang van

de consument speelt een zeer belangrijke rol. De consument heeft belang bij een zo transparant mogelijke markt. Hij dient, wil hij een weloverwogen beslissing kunnen nemen om een product al dan niet te kopen of een dienst al dan niet af te nemen, te kunnen beschikken over zo veel mogelijk voor de transactie relevante informatie. Dat kan informatie zijn over het product of de dienst zelf, bijvoorbeeld de kwaliteit, herkomst, duurzaamheid en prijs, maar ook informatie over de onderneming die het product aanbiedt (bijvoorbeeld: keurmerk, kwaliteit *after sales service*) en de voorwaarden die daarbij gehanteerd worden. Een deel van deze informatie zal de consument vrijwillig van de aanbieder krijgen, omdat de consument ernaar vraagt of omdat de aanbieder ermee adverteert, een deel zal hij krijgen omdat de aanbieder wettelijk verplicht is om bepaalde informatie te verschaffen (denk bijvoorbeeld aan etiketteringsregels), maar daarmee is nog altijd niet uitgesloten dat hij nog bepaalde belangrijke informatie mist. De gedachte achter het toestaan en zelfs stimuleren van vergelijkende reclame is, dat concurrenten van de aanbieder een belangrijke rol kunnen spelen bij het verschaffen van de ontbrekende informatie of het corrigeren van onjuiste informatie. Zij hebben immers een belangrijke drijfveer om de consument erop te wijzen dat bepaalde voor de aanbieder nadelige informatie ontbreekt: het eigenbelang. Daarmee zijn concurrenten misschien wel bij uitstek geschikt om de onderste steen boven te krijgen, wat de transparantie van de markt en dus zowel concurrenten als consumenten ten goede komt.

Daar staat tegenover dat het eigenbelang van de concurrent ook een nadelig effect kan hebben. Hij zal immers geneigd zijn de gegevens voor hemzelf zo rooskleurig mogelijk te presenteren. Daarbij gaan gebruikers van vergelijkende reclame, zo is in de praktijk regelmatig gebleken, vaak over de schreef, waardoor zij niet alleen hun concurrenten kunnen beschadigen, maar ook het tegenovergestelde bereiken van wat met Richtlijn 97/55/EG is beoogd: zij voorzien de consument van misleidende of anderszins ontoelaatbare informatie waardoor de transparantie van de markt juist verminderd wordt.

In dit artikel zullen enkele recente ontwikkelingen en rechtspraak de revue passeren. Het doel is niet een uitputtend overzicht te geven van alle recente ontwikkelingen op het terrein van de vergelijkende reclame. Daarvoor is

* Mr. J.J.E. Bremer LL.M. is werkzaam als advocaat bij BarentsKrans.

1. Inmiddels vervangen door Richtlijn 2006/114/EG.

dit terrein te omvangrijk. Aandacht zal worden besteed aan enkele geselecteerde onderwerpen, namelijk drie onderwerpen die de belangen van zowel consumenten als concurrenten raken (begrip ‘vergelijkende reclame, misleiding en *lookalike*-producten) en een onderwerp dat met name concurrenten aangaat (denigrerende reclame).

Voor bepaalde ‘bijzondere’ producten bestaan specifieke regels waaraan vergelijkende reclame moet voldoen. Zo gelden strenge eisen voor reclame voor geneesmiddelen en gezondheidsproducten, alcoholische dranken en tabaksproducten. Omdat het te ver voert om in dit artikel ook deze bijzondere regels uitgebreid te bespreken, zal ik mij beperken tot de ‘algemene’ vergelijkende reclame.

Regels betreffende vergelijkende reclame: artikel 6:194a BW

De regels betreffende vergelijkende reclame vloeien voort uit de Richtlijn 2006/114/EG² inzake misleidende en vergelijkende reclame (de Richtlijn MVR). Deze richtlijn is geïmplementeerd in de artikelen 6:194–196 BW. Artikel 6:194a ziet specifiek op vergelijkende reclame. Door de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG, hierna: Richtlijn OHP) is hier een set nieuwe regels aan toegevoegd. Deze regels zien op ‘handelspraktijken’ in het algemeen en dus (niet uitsluitend, maar wel onder meer) op (vergelijkende) reclame. De Richtlijn OHP is in het BW geïmplementeerd in de artikelen 6:193a–j.

In artikel 6:194a BW wordt bepaald dat onder vergelijkende reclame moet worden verstaan: elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd. Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, toegestaan, mits is voldaan aan een aantal voorwaarden, opgesomd in artikel 6:194a lid 2, aanhef en sub a tot en met h BW. Zo mag de reclame niet misleidend zijn, moet de vergelijking betrekking hebben op ‘vergelijkbare’ goederen of diensten en moet het gaan om een objectieve vergelijking van wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken. Verder mag de reclame geen verwarring (kunnen) veroorzaken, mag deze niet kleinerend of denigrerend zijn ten opzichte van de concurrent of oneerlijk voordeel opleveren. Ten slotte mag de reclame de goederen of diensten van de adverteerder niet voorstellen als een imitatie of namaak van goederen met een beschermd merk of een beschermde handelsnaam.³

Begrip vergelijkende reclame

Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt, dat het begrip ‘vergelijkende reclame’ ruim moet worden geïnterpreteerd.⁴

In het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Pokon/Substral* was al bepaald dat het niet nodig was dat de concurrent of zijn product in de reclame expliciet genoemd wordt, maar dat beslissend is of de gemiddelde consument⁵ de reclame zal betrekken op de concurrent. In de Richtlijn MVR is dit expliciet vastgelegd door vergelijkende reclame te definiëren als reclame waarin de concurrent of zijn producten uitdrukkelijk of impliciet wordt genoemd (art. 2 sub c).

Het impliciet verwijzen naar een concurrent of een concurrerend product komt regelmatig voor. Denk bijvoorbeeld aan televisiecommercials waarin het product van de adverteerder wordt vergeleken met een product ‘X’, terwijl er eigenlijk maar één andere grote concurrent op de markt is. In de zaak *Unilever/Reckitt Benckiser*⁶ bijvoorbeeld vergeleek Reckitt Benckiser haar toiletreiniger Harpic Max in een *split screen* commercial met een anoniem product in een gele fles. De voorzieningenrechter oordeelde dat de gemiddelde consument hierin een vergelijking met de toiletreiniger *Glorix* van Unilever zou zien, omdat *Glorix* ook werd verkocht in een gele fles en marktleider is in de markt van toiletreinigers in gele flessen.

Het is niet nodig dat naar een specifieke concurrent wordt verwezen, wil er sprake zijn van vergelijkende reclame. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *De Landtsheer/Veuve Cliquot*⁷ bepaald dat een dergelijk strikt vereiste in strijd is met de ruime definitie van vergelijkende reclame in eerdere rechtspraak. De vraag was of de gebruikte wijze van adverteren, waarin werd verwezen naar een productcategorie en niet naar een specifiek product of een specifieke aanbieder, ook als vergelijkende reclame moest worden aangemerkt. Het Hof oordeelde dat het loutere feit dat verwezen wordt naar een productsoort, niet volstaat om de reclame uit te sluiten van de werkingssfeer van de Richtlijn MVR. De vraag is of de gemiddelde consument kan identificeren met welke concurrent(en) vergeleken wordt. Daarbij is niet relevant dat meerdere concurrenten van de adverteerder of door hen aangeboden goederen of

2. Deze richtlijn vervangt Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame (Pb. EG 1984, L 250/17), zoals gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (Pb. EG 1997, L 290/18).

3. Het vereiste dat met producten met een beschermde oorsprongsbenaming alleen mag worden vergeleken als de vergelijking betrekking heeft op producten met dezelfde oorsprongsbenaming, is van minder belang, nu dit aanzienlijk is gerelativeerd door de Hof van Justitie EU in de *Champanebier*-zaak (HvJ EU 19 april 2007, IER 2007, 68)

4. HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-112/99, *Toshiba/Katun*.

5. Het begrip ‘gemiddelde consument’ moet worden gelezen in de zin van het *Gut Springenheide*-arrest, HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-210/96, *NJ* 2000, 374: ‘de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’.

6. Vznr. Rb Amsterdam 22 mei 2009, <www.reclameboek.nl> RB 372, (*Unilever/Reckitt Benckiser*).

7. HvJ EG 19 april 2007, zaak C-381/05, *De Landtsheer/Veuve Cliquot*, IER 2007, 68.

diensten kunnen worden geïdentificeerd waarop de reclameboodschap betrekking heeft.⁸

De conclusie is dus dat de vraag of een reclame als vergelijkende reclame moet worden aangemerkt, afhankelijk is van de perceptie van de gemiddelde consument van de betrokken waren of diensten. Als deze in de reclame een verwijzing ziet naar een of meer concurrenten van de adverteerder, dan is het vergelijkende reclame.⁹

De gedachte hierachter lijkt te zijn dat door zo veel mogelijk soorten reclame-uitingen onder de definitie te laten vallen, de doelstelling van de richtlijn, namelijk het bevorderen van transparantie van de markt ten behoeve van de consument, wordt nageleefd. Immers: vergelijkende reclame is in beginsel toegestaan. Daar staat tegenover dat al deze uitingen vervolgens onderworpen dienen te worden aan de toets of aan de voorwaarden van artikel 6:194a lid 2 is voldaan. Artikel 6:194a BW fungeert daarmee als een soort trechter: zeer veel soorten reclame vallen in de opening, maar vervolgens dienen zij wel door het smallere uiteinde te passen.

Misleidende vergelijkende reclame

Veel – zo niet de meeste – rechtspraak over vergelijkende reclame gaat over de vraag of een bepaalde reclame al dan niet misleidend is. Sinds de implementatie van de Richtlijn OHP moet een onderscheid worden gemaakt tussen misleidende vergelijkende reclame gericht op consumenten (B2C-reclame) en misleidende vergelijkende reclame gericht op ondernemingen (B2B-reclame).

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken

De Richtlijn OHP en de implementatiewetgeving hebben het nodige stof doen opwaaien. In de literatuur is een discussie gevoerd over de gevolgen van de implementatie van deze richtlijn. Daarbij is van belang te weten dat de Richtlijn MVR en voorganger Richtlijn 84/450/EEG minimumharmonisatie voorschrijven, waardoor afwijking ten behoeve van verdergaande bescherming van consumenten en concurrenten was toegestaan, maar dat de Richtlijn OHP maximumharmonisatie voorschrijft ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken die de belangen van consumenten rechtstreeks (en dus indirect ook die van concurrenten) schaden,¹⁰ waaronder misleidende reclame

gericht op consumenten. De discussie rondom de implementatie van de Richtlijn OHP ging met name over de vraag wat de consequentie van de Richtlijn was voor de mogelijkheid van handelaren, zich te verzetten tegen misleidende consumentenreclame van hun concurrenten.

Een ongelukkig geformuleerde passage in de memorie van toelichting bij de Wet Oneerlijke Handelspraktijken (waarmee de Richtlijn OHP werd geïmplementeerd) was een van de oorzaken van de discussie. In deze passage werd de indruk gewekt dat Afdeling 4 (de artikelen 6:194 en 6:194a BW) in zijn geheel alleen nog van toepassing was op B2B-reclame, dat wil zeggen: reclame die gericht is op andere ondernemingen, niet op consumenten.¹¹ Er is wel betoogd dat uit de Richtlijn OHP volgt dat alleen consumenten die benadeeld zijn door dergelijke oneerlijke en/of misleidende reclame, daartegen in rechte kunnen optreden, maar concurrenten niet.¹² Dat zou betekenen dat ondernemingen alleen nog zouden kunnen optreden tegen misleidende (vergelijkende) reclame die gericht is op ondernemingen, en dat terwijl juist misleidende (vergelijkende) reclame gericht op consumenten, concurrenten veel schade kan berokkenen.

In de inleiding van dit artikel is nu juist betoogd dat concurrenten bij uitstek (en veel meer dan individuele consumenten) over de middelen beschikken om effectief actie te ondernemen tegen (vergelijkende) reclame waardoor de consument wordt misleid. Geerts en Vollebregt hebben dan ook – mijns inziens terecht – betoogd dat niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest dat ondernemingen die worden benadeeld door misleidende reclame van een concurrent, daar niet tegen zouden kunnen optreden.¹³ Dat zou ook in strijd zijn met de Richtlijn MVR, waarin verschillende soorten reclame gericht op consumenten worden genoemd als voorbeelden van wat als misleidende vergelijkende reclame kan worden aangemerkt. Verder wordt in overweging 8 van de Richtlijn OHP uitdrukkelijk aangegeven dat de Richtlijn ook indirect concurrenten beschermt tegen misleidende handelspraktijken gericht op consumenten.¹⁴

Vergelijkende reclame wordt in de preambule bij de Richtlijn OHP uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de richtlijn uitgezonderd. Er is, aangenomen dat aan de hiervoor genoemde passage uit de memorie van toelichting niet de door Kroon en Mastenbroek gesuggereerde consequentie hoeft te worden verbonden, dan ook geen reden

8. Dat dit in praktijk niet altijd even consequent wordt toegepast, blijkt onder meer uit RCC 24 september 2007, *IER* 2007, 108, m.nt. EHH (*Rabobank/Perfect Hypotheken*). De Reclame Code Commissie oordeelde dat er, ondanks het feit dat de reclame superioriteitsclaims bevatte ('de beste hypotheek en de laagste maandlasten') geen sprake was van vergelijkende reclame, omdat er in de reclame geen concurrent of door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet werden genoemd.

9. Zie ook bijvoorbeeld RCC 10 november 2008, dossiernr. 08.0469 (*Aldi/slagers*), waarin een vergelijking met 'de slager op de hoek' als vergelijkende reclame werd aangemerkt, en RCC 24 september 2007, *IER* 2007, 109 (*Perfect Hypotheken/Rabobank*), waarin het gebruik van de zin 'Tussenpersonen liegen de klant voor' werd aangemerkt als vergelijking met de concurrerende beroepsgroep van hypotheektussenpersonen.

10. Preambule Richtlijn OHP, overweging 6.

11. Het bewuste kopje in de MvT luidde: 'Wijziging artikel 194 (beperking afdeling misleidende en vergelijkende reclame tot bedrijven onderling' (cursivering JJB) en de passage daaronder luidde: 'Dit artikel beperkt de reikwijdte van Afdeling 4 (misleidende en vergelijkende reclame) tot handelspraktijken tussen bedrijven onderling. De vraag of de consument is misleid zal na inwerkingtreding van deze wet moeten worden beoordeeld op basis van de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken)'.

12. L. Kroon en C.S. Mastenbroek, 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk', *IER* 2008, p. 253.

13. P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2009, p. 5-9.

14. 'Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen'.

om aan te nemen dat een concurrent niet zou kunnen optreden tegen misleidende *vergelijkende* reclame. In artikel 6:194a lid 2 sub a BW worden uitdrukkelijk zowel de artikelen 6:193c-g betreffende misleidende handelspraktijken als artikel 6:194 betreffende misleidende reclame genoemd.

Uit de tot nu toe verschenen jurisprudentie over misleidende B2C-reclame blijkt dat de Nederlandse rechters impliciet¹⁵ (maar soms ook expliciet¹⁶) erkennen dat een overtreding van de OHP-regels door een onderneming onrechtmatig kan zijn jegens concurrenten en dat deze concurrenten gerechtigd zijn hiertegen op te treden. Het is vanzelfsprekend aan het Hof van Justitie om hierover uiteindelijk het definitieve oordeel te vellen.

De Stichting Reclame Code heeft er bij de aanpassing van de Nederlandse Reclame Code (NRC) aan de Richtlijn OHP overigens voor gekozen om geen onderscheid te maken tussen consumenten en handelaren. Volgens de NRC kunnen zowel consumenten als concurrenten een klacht indienen over reclame die niet voldoet aan de OHP-regels. Daarbij maakt het niet uit of het om B2B-reclame gaat of om B2C-reclame.

In het vervolg van dit artikel zal worden gefocust op (vergelijkende) reclame gericht op consumenten.

Misleiding

Artikel 6:193b BW bevat een algemeen verbod op handelspraktijken¹⁷ die oneerlijk zijn. Een handelspraktijk is oneerlijk, aldus artikel 6:193b lid 2, als een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding,¹⁸ waardoor het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Artikel 6:193b lid 3 BW noemt twee voorbeelden van handelspraktijken die in het bijzonder oneerlijk zijn, namelijk: misleidende handelspraktijken en agressieve handelspraktijken. Met name deze eerste categorie is van belang voor de praktijk van de vergelijkende reclame.

Een misleidende handelspraktijk kan zijn een misleidende handeling (art. 6:193c en 6:193g BW) of een misleidende omissie (art. 6:193d-g BW). In beide gevallen is vereist dat het resultaat van de misleiding is dat de misleide consument een transactiebeslissing neemt of kan nemen, die hij

zonder de misleiding niet zou hebben genomen. Het is aan de partij die zich beklagt over de reclame om aannemelijk te maken dat er van dergelijke verstoring van het economisch gedrag van de consument sprake is of kan zijn. Hij hoeft dus niet te bewijzen dat een daadwerkelijke verstoring heeft plaatsgevonden. Het is voldoende dat hij aannemelijk maakt dat een dergelijke verstoring kon plaatsvinden. In de literatuur is bepleit dat deze bewijslast niet te zwaar zou moeten zijn.¹⁹ Dat rechters het tot dusverre hiermee eens lijken te zijn, blijkt onder meer uit de uitspraken in de zaken *TomTom*²⁰ en *Tele2/UPC*.²¹

Verder bevatten de artikelen 6:193g en 6:193i BW lijsten van handelspraktijken die onder alle omstandigheden oneerlijk zijn. Dergelijke praktijken zijn te allen tijde verboden; degene die zich op dit verbod wil beroepen, behoeft niet aan te tonen dat het economisch gedrag van de consument door de handelspraktijk potentieel of daadwerkelijk wezenlijk is beïnvloed.

Bij de beoordeling of er sprake is van misleiding, is de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument de maatman. Als de adverteerder zich echter (mede) richt tot een specifieke groep consumenten, waarvan hij kan voorzien dat deze extra 'kwetsbaar' of beïnvloedbaar is, dan geldt het gemiddelde lid van deze specifieke groep als maatman (art. 6:193a lid 2 BW). Dat betekent in de praktijk dat er bij deze groep sneller sprake zal zijn van misleiding. Daarentegen geldt niet dat, wanneer de reclame zich richt tot een deskundig publiek, extra alertheid mag worden verwacht (en dus minder snel misleiding zal worden aangenomen), tenzij vast komt te staan dat het publiek tot wie de reclame zich richt *uitsluitend* bestaat uit mensen met een bijzondere deskundigheid.²²

Misleidende omissie

Misleiding kan niet alleen worden veroorzaakt door onjuiste informatie, maar ook door onvolledige informatie. Dat ook het weglaten van informatie tot misleiding kan leiden, ligt voor de hand en was dan ook al jaren vaste jurisprudentie,²³ maar met de implementatie van de Richtlijn OHP is de misleidende omissie expliciet in het BW opgenomen. Volgens artikel 6:193d BW is van een misleidende omissie sprake wanneer essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor hij een transactiebeslissing neemt die hij anders niet had genomen.

De vraag wanneer een adverteerder bepaalde informatie wel respectievelijk niet moet opnemen in zijn reclameboodschap, is niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Natuurlijk verdient het in beginsel de voorkeur zo volledig mogelijk te zijn. Het weglaten van essentiële informatie

15. Vznr. Rb Haarlem 25 juli 2008, *IER* 2009, 6 en Hof Amsterdam 23 maart 2010, nog niet gepubliceerd; <www.boek9.nl>, B9 8718 (*Tele2/UPC*). Zie verder ook Vznr. Rb Amsterdam 18 juni 2009, *IER* 2009, 89, m.nt. EHH (*Hans Anders/Specsavers*).

16. Vznr. Rb. Leeuwarden 29 april 2009, nr. 87328/HA ZA 08-96 (*Huis & Hypotheek/DSB Bank*).

17. Een handelspraktijk is, volgens art. 2 sub d Richtlijn 2005/29/EG, 'iedere handeling, gedraging, voorstelling van zaken van commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop op levering van een product aan consumenten'.

18. In art. 6:193a BW wordt dit begrip als volgt gedefinieerd: 'het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken'.

19. P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2009, p. 22, waarin wordt verwezen naar R.W. de Vrey, 'Eerlijk is eerlijk: de consument voorop? Het richtlijnvoorstel "oneerlijke handelspraktijken" nader bezien', *TvC* 2004, p.8 en B.J. Drijber, 'Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: een eerlijk compromis', *NTER* 2005, p. 180.

20. Beslissing RCC 12 juni 2008, dossiernr. 08.0127.

21. Vznr. Haarlem 25 juli 2008, *IER* 2009, 26, m.nt. JK.

22. HR 30 mei 2008, *IER* 2008, 88 (*Eisers/TMF*).

23. Zie o.m. HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 888 (*Boterenbrood/MeesPierson*).

dient zo veel mogelijk te worden voorkomen. Het door de adverteerder voor zijn reclame gebruikte medium kan echter bepaalde beperkingen met zich brengen. Zo zal er in vergelijkende reclame op de website van de adverteerder veel meer ruimte zijn voor aanvullende informatie dan in een tv-commercial die maar enkele seconden duurt. Dit wordt uitdrukkelijk erkend in artikel 6:193d lid 4 BW, dat voorschrijft dat beperkingen die inherent zijn aan het gebruikte medium en maatregelen die zijn genomen om de ontbrekende informatie op andere wijze alsnog beschikbaar te maken, in aanmerking moeten worden genomen bij de beslissing of essentiële informatie is weggelaten.²⁴

In de zaak *AH/Edah*,²⁵ van vóór de implementatie van de Richtlijn OHP, werd geoordeeld dat een tv-commercial waarin een volle boodschappenkar werd getoond met de mededeling ‘deze boodschappen kosten bij Albert Heijn 55 euro en bij Edah kosten ze 49,87 euro, dat scheelt ruim 5 euro’ misleidend is, omdat niet duidelijk werd gemaakt welke specifieke boodschappen bij de vergelijking betrokken waren. De omstandigheid dat Edah in de commercial onderin het beeld voor de inhoud van de vergelijking verwees naar haar eigen website, waarop te lezen was om welke producten en welke prijzen het ging, deed daar niet aan af, onder meer omdat de kijker volgens de voorzieningenrechter niet de moeite zou nemen om de website te bezoeken.²⁶ Door de tv-commercial zou bij deze kijker de onjuiste indruk gewekt kunnen worden dat een voor 55 euro bij Albert Heijn gevulde winkelwagen bij Edah steeds bijna 10 procent goedkoper is bij Edah.

De zaak *Hans Anders/Specsavers*,²⁷ van na de implementatie van de Richtlijn OHP, betrof een (schriftelijke) advertentie van Specsavers waarin werd medegedeeld dat slechts een beperkt deel van de bij Hans Anders werkzame audiciens en opticiens een mbo-of hbo-opleiding heeft gevolgd. Daarbij werd niet gezegd dat alle Hans Anders-medewerkers die geen mbo-of hbo-opleiding hebben gevolgd, wel een interne opleiding van Hans Anders hebben voltooid. Dit was wel vermeld op de website van Hans Anders, waarnaar in de advertentie werd verwezen. De voorzieningenrechter achtte het weglaten van deze informatie in de advertentie niet misleidend, gezien de beperkingen die een advertentie met zich brengt en gezien de verwijzing naar de website.

Het verschil in uitkomst tussen de beide hiervoor besproken zaken is opmerkelijk, met name op de omstandigheid dat er in een schriftelijke advertentie juist meer ruimte en gelegenheid lijkt te zijn voor het opnemen van informatie dan in een televisiecommercial, en er is dan ook enige kritiek geweest op het vonnis in de zaak *Hans Anders/Specsavers*.²⁸

24. Ook in de ‘oude’ wetsgeschiedenis werd dit reeds onderkend; zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 611, nr. 3, p. 10 en 14 (MvT) en *Kamerstukken II 1978/79*, 13 611, nr. 6, p. 18 en 24 (MvA).

25. Vzng. Rb. Amsterdam 3 december 2003, *IER* 2004, 35.

26. Ook werd zowel door de voorzieningenrechter als door het Hof in hoger beroep geoordeeld dat de verwijzing naar de website niet voldoende duidelijk en opvallend was.

27. Vzng. Rb. Amsterdam 18 juni 2009, *IER* 2009, 89.

28. Zie noot E.H. Hoogenraad bij *IER* 2009, 89 en noot P. Geerts op <www.boek9.nl> (B9 8089).

De zaak *Tele2/UPC*²⁹ ging onder meer over een radio-commercial van UPC waarin UPC zei dat haar combinatiepakket ‘internet en bellen’ slechts 20 euro per maand kostte en verwees naar een informatietelefoonnummer en haar website, maar daarbij niet aangaf dat de consument naast het bedrag van 20 euro ook nog een bedrag moest betalen voor de aansluiting voor analoge televisie en radio. De voorzieningenrechter meende dat, ook al ging het om essentiële informatie, deze informatie toch mocht worden weggelaten omdat een radiocommercial in tijd beperkt is. Door de informatie op haar website alsnog te vermelden, heeft UPC volgens de voorzieningenrechter voldoende maatregelen getroffen om de ontbrekende informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen. In hoger beroep³⁰ werd de radiocommercial echter alsnog verboden. Het Hof vond de vermelding van het informatienummer en websiteadres niet voldoende en oordeelde dat de gemiddelde consument er bij het horen van de commercial niet op bedacht zal zijn dat er nog een bedrag bovenop de in de commercial genoemde prijs komt.

Ook hebben rechters en zelfreguleringsinstanties zich kritisch getoond over de reclame-uitingen die door telecom- en internetproviders worden gebruikt ten aanzien van prijs en internetsnelheid. Zo ging de hiervoor genoemde zaak *Tele2/UPC* onder meer over een televisiecommercial waarin UPC aangaf dat men bij UPC ‘supersnel kon internetten tot maar liefst 24 mb per seconde’ en dat men bij UPC al tv kon kijken, internetten en bellen voor nog geen 37 euro per maand. Daarbij vertelde UPC niet dat voor de genoemde prijs van 37 euro slechts een internetverbinding met een snelheid van 1,5 mb per seconde verkrijgbaar was en dat een internetverbinding met 24 mb/s duurder was. De voorzieningenrechter was van oordeel dat de reclame ten onrechte de indruk wekte dat de consument internet met een snelheid van 24 mb per seconde kon krijgen voor een maandbedrag van 37 euro.

De Richtlijn OHP lijkt geen ingrijpende wijziging in de rechtspraak over misleidende omissies in reclame teweeg te hebben gebracht. Wel is vermeldenswaard dat in de uitspraak in de zaak *Tele2/UPC* wordt bevestigd dat het weglaten van informatie toelaatbaar kan zijn in verband met de beperkingen van het voor de reclame gebruikte medium, ook als het zogenoemde essentiële informatie betreft. Kabel merkt in zijn noot bij deze uitspraak op dat dit zijns inziens volgt uit de bewoording van artikel 6:193d lid 4 BW en dat dit een vermindering van de bescherming van de consument betekent.³¹

De conclusie moet niettemin zijn, zo lijkt het, dat men nog altijd zeer terughoudend moet zijn met het weglaten van essentiële informatie, ook wanneer de reclame via een medium verspreid wordt dat beperkingen in zich draagt. Het opnemen van een verwijzing naar een website of telefoonnummer waar de ontbrekende informatie alsnog kan worden verkregen, lijkt vooralsnog maar zelden afdoende te worden geacht om de reclame toelaatbaar te maken. Het

29. Vzng. Haarlem 25 juli 2008, *IER* 2009, 6, m.nt. JK.

30. Hof Amsterdam 23 maart 2010, <www.boek9.nl> (B9 8718).

31. Zie voetnoot 27 hiervoor.

weglaten van informatie wordt door rechters en zelfreguleringsinstanties, om overigens begrijpelijke redenen, met argusogen bekeken.

Daarbij gaan de beoordelende instanties ook wel eens te ver. Zo zijn er zaken geweest waarin de rechter van oordeel was dat een reclame alleen toelaatbaar was als de adverteerder daarbij bepaalde informatie zou vermelden waardoor hij of zijn product in een ongunstig daglicht zou worden gesteld. Een voorbeeld hiervan was de Oostenrijkse zaak *Krone Verlag/Oostenrijk*,³² waarin de Oostenrijkse rechter een prijsvergelijking tussen een zogenoemde kwaliteitskrant en een boulevardkrant had verboden, tenzij de adverteerder (de uitgever van de boulevardkrant) in de reclame uitdrukkelijk melding zou maken van de verschillen, onder meer in stijl van verslaggeving, en in aard van de beide kranten. Dat ging het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te ver; het EHRM meende dat dit verbod de essentie van prijsvergelijking belemmerde en achtte het dan ook in strijd met de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM).

De Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde echter in de zaak *ANWB/Route Mobiel*³³ dat de reclame van Route Mobiel, waarin zij haar prijzen vergelijkt met de prijzen van de ANWB, misleidend was. De rechtbank meende dat Route Mobiel haar prijzen weliswaar mocht vergelijken met die van de ANWB, maar dat zij daarbij in haar reclame uitdrukkelijk had moeten vermelden dat zij een lager reparatiepercentage had dan de Wegenwacht van de ANWB, omdat dit meebracht dat klanten van Route Mobiel na door Route Mobiel te zijn geholpen, vaker dan de klanten van de ANWB additionele kosten moesten maken voor reparatie door een garage. De Cock Buning meent dan ook dat deze verplichting tot vermelding dat de kwaliteit van de dienstverlening van Route Mobiel lager is dan die van de ANWB, zich niet verdraagt met het oordeel van het EHRM in het arrest *Krone Verlag/Oostenrijk*.³⁴

Denigrerende of kleinerende vergelijkende reclame

Vergelijkende reclame is volgens artikel 6:194a lid 2 aanhef en sub e BW niet geoorloofd, wanneer deze de goede naam schaadt van of zich kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken van goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent. Het gaat dus om schade die het gevolg is van denigrerende of kleinerende reclame en vanzelfsprekend niet om schade die het gevolg is van het feit dat de (prijs)vergelijking met de adverteerder negatief uitvalt voor de concurrent.³⁵

In geschillen over vergelijkende reclame komt de vraag of er sprake is van denigrerende reclame regelmatig aan de orde. De klagende partij stelt zich dan op het standpunt dat hij nodeloos beschadigd wordt door de reclame, terwijl de adverteerder zich vaak verweert met het argument dat de voor zijn concurrent nadelige uitingen worden gerechtvaardigd door de vergelijking. Ook wordt vaak het verweer gevoerd dat de beweerdelijk kleinerende uiting 'met een knipoog' is bedoeld. Hierna zullen, ter illustratie, enkele relevante uitspraken worden besproken.

De tv-commercial van Burger King waarin Ronald McDonald, symbool van McDonald's, met hoed en lange regenjas een hamburger bestelt bij een filiaal van concurrent Burger King, werd onrechtmatig geacht omdat het feit dat Ronald McDonald incognito en dus 'stiekem' bij de concurrent gaat eten, kleinerend was ten opzichte van McDonald's; McDonald's werd daardoor volgens de voorzieningenrechter belachelijk gemaakt.³⁶

Ook mocht Rabobank in haar advertentie niet het krantencitaat (met bronvermelding) 'Tussenpersonen liegen de klant voor' opnemen, ook al werd in het onderliggende krantenartikel een AFM-rapport besproken waarin werd gewaarschuwd om bij de keuze voor een hypotheekadviseur zorgvuldig te werk te gaan. Het citaat in de advertentie was ontoelaatbaar, omdat daarmee de suggestie werd gewekt dat alle tussenpersonen de klant voorliegen. Voorts werd het gebruik van de slogan 'Nu echt zonder fratsen' door Steengoed, waarmee zij verwijst naar de door C1000 gebruikte reclameslogan 'Geen fratsen. Dat scheelt', kleinerend en schadelijk en dus onrechtmatig bevonden. De voorzieningenrechter vond dat er geen noodzaak was om de overeenstemmende slogan te gebruiken. Het argument van Steengoed dat de slogan bedoeld was als 'knipoog' naar de slogan van C1000 werd verworpen.³⁷

In een tv-commercial van Pronova voor koortslipcrème Prevner was een tube van het geadverteerde product te zien, die bovenop een lichtblauwe wekker met daarin de letter 'Z' valt en deze verbrijzelt. Een dergelijke wekker was door concurrent GlaxoSmithKline gebruikt in haar reclamecampagne voor de koortslipcrème Zovirax. De boodschap van de reclame was dat de Prevner-crème wél werkt (in tegenstelling tot de Zovirax-crème). De rechtbank achtte de commercial onrechtmatig, omdat het Zovirax-product daarin letter en figuurlijk werd afgebroken.³⁸ Voor het argument van Pronova dat sprake was van een humoristische kwinkslag die de kleinering zou kunnen excuseren, was de rechtbank niet gevoelig. Wel voegde de rechtbank daaraan toe dat een 'kritische noot' in reclame volgens vaste rechtspraak wél is toegestaan, als deze gegrond is en dus op waarheid berust, maar daarvan was in casu geen sprake. De rechtbank houdt dus uitdrukkelijk de deur op een kier voor vergelijkende reclame die niet uitsluitend beperkt is tot de zakelijke vergelijking, maar

32. EHRM 11 december 2009, Application Number 39069/97; zie ook *Mediaforum* 2004, p. 80, m.nt. JK en H.J.M. Boukema en B.J. Drijber, 'Vergelijkende reclame vergeleken', *IER* 2004, 70.

33. Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2006, *IER* 2007, 16.

34. Noot bij *ANWB/Route Mobiel* (*IER* 2007, 16).

35. HvJ EG 8 april 2003, zaak C-44/01, *Pippig/Hartlauer*, *IER* 2003, 64.

36. Vzng. Rb. Amsterdam 13 januari 2005, *IER* 2005, 43.

37. Vzng. Rb. Utrecht 12 oktober 2006, *IER* 2007, 10, *Schuitema/Steen-goed*.

38. Rb. Arnhem 26 april 2007, *IER* 2007, 89, *GSK/Pronova*.

ook andere uitingen bevat die nadelig zijn voor de concurrent.

In de hiervoor al genoemde zaak *AH/Edah* was de vraag aan de orde of Edah de vraag ‘Waarom bij AH te veel betalen?’ mocht gebruiken in haar reclame. Dit mocht volgens het Hof Amsterdam, mits dit werd gedaan in combinatie met de afbeelding van kassabonnen. Dan zou immers voor de consument duidelijk zijn dat met de term ‘te veel’ bedoeld werd ‘meer dan bij AH’. Voor zover de uiting zelfstandig werd gebruikt, was deze wel onrechtmatig, omdat dan de indruk zou worden gewekt dat bedoeld werd ‘meer dan nodig is’ of ‘meer dan het product waard is’.

Ook het gebruik in de reclame van Specsavers van de slogan ‘Anders dan Hans’ werd niet onrechtmatig jegens Hans Anders geacht. Deze slogan was volgens de voorzieningenrechter mogelijk ‘enigszins provocerend’, maar Hans Anders had, door zichzelf ‘Anders’ te noemen, dit zelf uitgelokt. Een dergelijke ludieke variant op een merk was toelaatbaar en niet denigrerend.³⁹

In een commercial van Reckitt Benckiser, waarin twee reinigingsproducten werden vergeleken, was te zien dat aan het einde de gele fles (van het concurrerende Glorix-product) werd weggegooid. Ook was de dame die de gele fles gebruikte uitgerust met een toolbelt en een verfrroller, waarmee de suggestie werd gewekt dat hardnekkige vlekken alleen met zwaar gereedschap konden worden verwijderd (en dus niet met Glorix). Het weggooiden van de gele fles werd niet denigrerend geacht, omdat dit een illustratie was van de boodschap van de commercial dat bij gebruik van Harpic Max, het product van Reckitt Benckiser, geen bleekproduct meer nodig is. Het gebruik van de verfrroller en toolbelt werd door het Hof⁴⁰ evenmin denigrerend geacht, nu dit een evidente overdrijving is en ook dit de strekking van de commercial, dat hardnekkige vlekken bij gebruik van enkel een bleekproduct, illustreert. Volgens de voorzieningenrechter⁴¹ hebben concurrenten tot op zekere hoogte dergelijke ‘beeldspraak’ in vergelijkende reclame van elkaar te dulden.

Rechters zijn tamelijk kritisch bij de beoordeling van denigrerende uitingen over concurrenten of concurrerende producten of diensten, ook wanneer dat ‘met een knip-oog’ gebeurt. Een beroep op de ‘humorexceptie’⁴² ter vergoelijking van denigrerende of kleinerende reclame-uitingen slaagt maar zelden. Wel hebben concurrenten enige beeldspraak van elkaar te accepteren. Waar de grens ligt tussen acceptabele beeldspraak en onacceptabele kleinering, is echter niet altijd eenvoudig vast te stellen. De jurisprudentie op dit terrein is op het ene moment streng en op het volgende moment weer aanzienlijk liberaler.

Voor zover er een lijn in kan worden geïdentificeerd, dan is dat mijns inziens: hoe directer en nauwer het verband is met een achter de uiting stekend zakelijk argument en hoe duidelijker dit verband blijkt uit de reclame, des te groter de kans dat de uiting niet in strijd met artikel 6:194a lid 2 sub e BW wordt bevonden.⁴³

Dat rechters overigens ook wel eens een negatieve opmerking over de concurrent die niet direct verband houdt met de onderliggende zakelijke boodschap door de vingers zien, blijkt uit de zaak *ANWB/Route Mobiel*.⁴⁴ In deze zaak had Route Mobiel in een tv-commercial onder meer de mededeling ‘Route Mobiel. Zonder het hele circus van duizenden kantoormedewerkers, praatpalen en een blaadje dat u toch niet leest’ verwerkt. Deze mededeling, die duidelijk ging over de ANWB, werd door de voorzieningenrechter ‘veeleer ietwat badinerend dan kleinerend en in de gegeven context niet onrechtmatig’ geacht.

Lookalikes

Interessant is wellicht de vraag of het uiterlijk en de presentatie van een product zelf ook vergelijkende reclame kan vormen en dus moet worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 6:194a BW. Eerder in dit artikel is besproken dat vergelijkende reclame niet uitdrukkelijk de concurrent waarmee vergeleken wordt, hoeft te noemen. Een impliciete verwijzing is ook voldoende.

Deze vraag is met name interessant voor de zogenoemde *lookalike*-producten; producten die zo zijn ontworpen, dat zij de distinctieve kenmerken van een A-merkproduct imiteren. Dit is een vaak voorkomend verschijnsel, onder meer bij sommige huismerkproducten van supermarkten. Een huismerkproduct wordt onder een eigen (woord-/beeld)merk van de supermarkt aangeboden, maar het lijkt qua uiterlijk (denk aan kleur en lay-out van de verpakking) vaak sterk op het corresponderende A-merkproduct.

Door deze gelijkenis wordt bij de consument het A-merkproduct in gedachten opgeroepen. Dat is niet voor niets. De huismerkaanbieder wil de positieve associatie van het A-merkproduct bij de consument overbrengen op het huismerkproduct en aldus de indruk wekken dat het huismerkproduct gelijkwaardig is aan het A-merkproduct, maar wel minder duur. Daarnaast is het (beoogde) effect dat de goodwill en het imago van het A-merkproduct afstraalt op het huismerkproduct.

De ‘merkbeleving’ door de consument van A-merken is iets waar A-merkhouders fors in investeren. Zij willen voorkomen dat aanbieders van huismerken een graantje mee kunnen pikken van deze inspanningen door (zonder te investeren in de reputatie van het merk of het product) *lookalike*-producten aan te bieden die bij de consument een associatie zullen opwekken met het A-merk.

De in het verleden ondernomen pogingen om met een beroep op het merkenrecht de verhandeling van *lookalike*-producten tegen te gaan, zijn maar beperkt succesvol

39. Vznr. Rb. Amsterdam 18 juni 2009, *IER* 2009, 89.

40. Hof Amsterdam 6 april 2010, <www.boek9.nl>, (B9 8741), *Unilever/Reckitt Benckiser*.

41. Vznr. Rb. Amsterdam 22 mei 2009, <www.boek9.nl>, (B9 7925), *Unilever/Reckitt Benckiser*.

42. Hoogenraad heeft een dergelijke exceptie, zij het binnen bepaalde grenzen, bepleit; zie o.m. haar annotaties bij Vznr. Rb. 's-Hertogenbosch 11 mei 2007, *IER* 2007, 88, *Campina/Cono*, bij Vznr. Rb. Amsterdam 18 juni 2009, *IER* 2009, 89, *Hans Anders/Specsavers* en bij Rb. Breda 25 oktober 2006, *IER* 2007, 15, *NZO/Alpro*.

43. Zie ook noot Kabel bij *McDonald's/Burger King*, *IER* 2005, 43.

44. Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2006, *IER* 2007, 16.

geweest. Bekend is de zaak *Unilever/Albert Heijn*,⁴⁵ waarin Unilever in kort geding een verbod vorderde tegen de verhandeling van dertien huiskartikelen van Albert Heijn, maar de voorzieningenrechter oordeelde dat slechts twee van deze producten inbreuk maakten op de merkrechten van Unilever.

Wellicht kan worden verdedigd dat *lookalike*-producten ook langs de lat van de vergelijkende reclame moeten worden gelegd. Immers: het Hof van Justitie hanteert volgens vaste rechtspraak een ruime definitie van 'vergelijkende reclame', zoals hiervoor uiteengezet, en heeft bevestigd dat deze reclame zeer uiteenlopende vormen kan aannemen.⁴⁶ In beginsel zullen de verpakking en presentatie van een product mijns inziens ook kunnen worden aangemerkt als 'reclame' in de zin van artikel 2 Richtlijn MVR. Een huiskartikelen-*lookalike* verwijst door zijn uiterlijk en plaatsing in het supermarktschap (doorgaans vlak bij het A-merk) naar het (A-merk)product van een concurrent. Daarmee wordt bij de gemiddelde consument de suggestie gewekt dat de producten niet alleen uiterlijk, maar ook overigens (bijvoorbeeld qua smaak of samenstelling) gelijkwaardig zijn. Deze situatie verschilt niet wezenlijk van de casus van *Toshiba/Katun*, waarin een aanbieder van eigen merk reserveonderdelen voor Toshiba-kopieerapparaten in haar catalogus de artikelnummers van de met haar producten corresponderende Toshiba-reserveonderdelen vermeldde, waardoor de boodschap werd overgebracht dat de Katun-onderdelen gelijkwaardig waren aan die van Toshiba. Het is, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, niet noodzakelijk dat de waren of diensten in de reclame ook daadwerkelijk worden vergeleken; ook refererende reclame is vergelijkende reclame. Als de verpakking en presentatie van een *lookalike* kan worden aangemerkt als vergelijkende reclame, is de vervolgvraag of deze vergelijkende reclame geoorloofd is volgens de regels van artikel 6:194a BW.

Het is ten eerste de vraag of de reclame (impliciet) op objectieve wijze een of meer controleerbare kenmerken van de producten vergelijkt. In *Toshiba/Katun* werd vastgesteld dat de vermelding van de artikelnummers van Toshiba de impliciete boodschap behelsde dat de technische kenmerken van de twee producten gelijkwaardig zijn. Bij *lookalike*-producten bij supermarkten is echter wellicht niet altijd even duidelijk vast te stellen op welke kenmerken van de producten de vergelijking betrekking heeft. Dat op zich zou de reclame al ontoelaatbaar kunnen maken, omdat er geen sprake is van objectieve vergelijking van controleerbare kenmerken van de producten in kwestie.

Voorts is niet uitgesloten dat geconcludeerd wordt dat de aanbieder van een *lookalike*-product oneerlijk voordeel trekt uit de bekendheid van het A-merk. In *Toshiba/Katun* oordeelde het Hof van Justitie dat de vermelding van de artikelnummers van Toshiba oneerlijk voordeel voor Katun opleverde als het gevolg van de reclame was dat de doelgroep van de reclame Toshiba associeert met Katun in die zin, dat de doelgroep de reputatie van de producten

gaat toeschrijven aan de producten van de leverancier. In de memorie van toelichting bij artikel 6:194a BW is te lezen dat het gebruik van een merk van een concurrent in vergelijkende reclame oneerlijk voordeel op kan leveren, met name indien dit zodanig groot en nadrukkelijk gebeurt en met onnodige gebruikmaking van bijvoorbeeld afbeeldingen dat de gereede kans bestaat dat bij het publiek de indruk wordt gewekt dat het merk in belangrijke mate wordt gebruikt teneinde reclame te maken voor het eigen bedrijf of product zodanig door het wekken van een bepaalde kwaliteitssuggestie.⁴⁷

Interessant in dit verband is het recente arrest *L'Oréal/Bellure*⁴⁸ van het Hof van Justitie. Het betrof een zaak waarin zowel het merkenrecht als vergelijkende reclame een rol speelde. Het ging in deze zaak om parfums die een imitatie vormden van bekende merkparfums, maar die onder een ander merk en in een verpakking die gelijkenis vertoonde met de verpakking van de merkparfums, op de markt werden gebracht. De aanbieder van de imitatieparfums hanteerde vergelijkingslijsten, waarop te zien was met welke specifieke geur van de merkhouder de imitatieparfums overeenstemden.

Het merkenrecht kent een bepaling op grond waarvan de houder van een bekend merk zich kan verzetten tegen ongerechtvaardigd voordeel dat door een derde wordt getrokken uit de reputatie van zijn merk.⁴⁹ De relevante merkenrechtelijke bepaling lijkt sterk op artikel 6:194a lid 2 sub g BW, waarin wordt gesproken over 'oneerlijk voordeel'. In het *L'Oréal/Bellure*-arrest heeft het Hof van Justitie bepaald dat de begrippen 'ongerechtvaardigd voordeel' uit de Merkenrichtlijn en 'oneerlijk voordeel' uit de Richtlijn MVR in beginsel op dezelfde wijze worden uitgelegd.

Dit is interessant omdat het Hof van Justitie in hetzelfde arrest uitlegt dat van 'ongerechtvaardigd voordeel' sprake is, wanneer een derde door het gebruik van een met het bekende merk overeenstemmend teken 'in het kielzog van dit merk probeert te varen om van de aantrekkingskracht, de reputatie en het prestige ervan te profiteren alsmede om zonder enige financiële vergoeding en zonder daarvoor inspanningen te moeten leveren, voordeel te halen uit de commerciële inspanning die de houder van het merk heeft gedaan om het imago van dat merk te creëren en te onderhouden'.

Dit 'kielzogvaren' is nu mijns inziens exact wat aanbieders van *lookalikes* proberen te doen. Door hun producten zo vorm te geven dat ze sterk gelijken op A-merkproducten, proberen ze de reputatie en het imago van het A-merkproduct op hun producten af te doen stralen en aldus een 'graantje mee te pikken'⁵⁰ van de investering in en omzet van het A-merkproduct.

47. Kamerstukken II 2000/01, 27 619, nr. 3, p. 20 (MvT).

48. Zie noot 14 hiervoor.

49. Zie art. 5 lid 2 Merkenrichtlijn 89/104/EEG, art. 2.20 lid 1 sub c BVIE en art. 9 lid 1 sub c Gemeenschapsmerkenverordening (EG) nr. 40/94.

50. Deze term werd gebruikt in Hof Amsterdam 2 februari 2010, <www.boek9.nl> (B9 8571), *Red Bull/Leidseplein Beheer*, r.o. 3.10.

Verder gaat het Hof van Justitie in op artikel 4 sub g Richtlijn MVR⁵¹ (artikel 6:194a lid 2 sub h BW), waarin wordt bepaald dat vergelijkende reclame goederen niet mag voorstellen als een imitatie of namaak van een merkproduct. Dit verbod is niet alleen van toepassing op namaakartikelen, maar op iedere imitatie of replica van een merkproduct. Verder ziet het verbod niet alleen op reclameboodschappen 'die expliciet het idee weergeven dat er sprake is van een imitatie of namaak, maar ook die welke, gelet op de concrete globale voorstelling en economische context, geschikt zijn om dat idee aan de doelgroep over te brengen'. Daarbij is niet van belang of de reclameboodschap vermeldt dat het gaat om een imitatie van het merkproduct in zijn geheel of slechts van een belangrijk kenmerk ervan.⁵² Het voordeel dat dankzij dergelijke reclame wordt behaald, moet worden aangemerkt als oneerlijk voordeel in de zin van artikel 4 sub f Richtlijn MVR (art. 6:194a lid 2 sub g BW).

Volgens het onlangs verschenen Commission staff working document *Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*⁵³ moet het gebruik van wat in het document *copycat packaging* wordt genoemd, mogelijk worden gezien als een misleidende handelspraktijk, nu het kan leiden tot verwarring onder consumenten.⁵⁴ Misleiding van consumenten kan volgens de Commissie plaatsvinden als gevolg van directe verwarring tussen producten of omtrent de herkomst van producten, maar kan ook bestaan in misleiding omtrent equivalentie of kwaliteit. Daarvan is sprake, wanneer de consument wel waarneemt dat de *copycat* verschilt van het bekende product, maar tegelijkertijd gelooft, naar aanleiding van de overeenstemmende verpakking, dat de kwaliteit gelijk is aan die van het bekende product of in ieder geval dat deze daar dichterbij zit dan de consument zou hebben aangenomen als de verpakking niet op die van het bekende product had geleken. De verpakking wekt aldus de indruk dat de prijs het enige verschil is tussen de producten.⁵⁵ De fabrikant lift mee op de bekendheid en reputatie van het A-merkproduct en dus op de investering die de A-merkfabrikant zich heeft getroost om die bekendheid en reputatie op te bouwen.

Het voorgaande overziend, lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat *lookalike*-producten wellicht strenger moeten worden beoordeeld dan tot nu toe werd aangenomen. Gezien de brede definitie van 'vergelijkende reclame' en de in het arrest *L'Oréal/Bellure* gegeven uitleg aan artikel

6:194a lid 2 sub g en h BW, lijkt allerminst uitgesloten dat *lookalike*-producten als vergelijkende reclame moeten worden aangemerkt en aldus aan de voorwaarden van artikel 6:194a BW moeten voldoen. Als door de verpakking en presentatie de suggestie gewekt wordt dat de kwaliteit, smaak, samenstelling of andere eigenschappen van de *lookalike* gelijkwaardig zijn aan het A-merkproduct en dat is ten onrechte, dan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de aanbieder van de *lookalike* zich heeft bezondigd aan een misleidende handelspraktijk. Het ligt immers voor de hand dat de gemiddelde consument hierdoor een transactiebeslissing neemt of kan nemen, die hij niet zou hebben genomen als de verpakking volledig anders zou zijn dan die van het A-merkproduct. Zowel consumenten als concurrenten kunnen dan op grond van artikel 6:194a jo. lid 2 sub a jo. 6:193b jo. 6:193c lid 1 sub b en/of lid 2 actie ondernemen om een einde te maken aan deze misleidende handelspraktijk. Maar zelfs als de suggestie ten aanzien van de eigenschappen van de *lookalike* die uitgaat van de verpakking op zich wel terecht is en er geen misleiding of verwarring van consumenten plaatsvindt, dan nog is mogelijk sprake van een misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c lid 2 sub a, als het concept *Guidance*-document wordt gevolgd. Daarnaast kan een concurrent (maar niet een consument) optreden tegen de *lookalike* op grond van artikel 6:194a lid 2 sub g en/of h, mits hij aannemelijk kan maken dat het product zo is vormgegeven om in het kielzog van het A-merkproduct mee te kunnen varen. Daarbij is, aldus het Hof van Justitie in het *L'Oréal/Bellure*-arrest, niet vereist dat er sprake is van enige schade aan het A-merk, de aanbieder van dat merk of zijn producten. Het doelbewust meeliften is voldoende.

Conclusie

Het voorgaande illustreert dat het terrein van de vergelijkende reclame nog altijd volop in beweging is. Hoewel vergelijkende reclame in de preambule van de Richtlijn OHP wordt uitgezonderd van de werkingssfeer, heeft de implementatie van deze richtlijn wel degelijk gevolgen voor vergelijkende reclame gericht op consumenten. Hoewel een van de doelstellingen van de Richtlijn OHP is het verbeteren van de bescherming van de belangen van de consument, is er op dit moment nog geen aanleiding (maar is het wellicht ook nog te vroeg) te concluderen dat na de implementatie de rechten van consumenten om zich te verzetten tegen hen onwelgevallige misleidende vergelijkende B2C-reclame zijn versterkt.

Uit de rechtspraak van de laatste jaren over vergelijkende reclame kan worden geconcludeerd, dat adverteerders weliswaar enige ruimte hebben om, naast de zuivere vergelijking, in vergelijkende reclame een kritische mededeling – al dan niet met knipoog – over de concurrentie te verwerken, maar zij moeten daarbij wel op hun tellen passen. Als het verband tussen de kritische mededeling en de onderliggende zakelijke vergelijking minder direct of duidelijk is, zal de reclame sneller denigrerend of kleinerend en dus onrechtmatig worden geacht. Dit resulteert in een

51. Het HvJ spreekt over artikel 3bis lid 1 sub h van Richtlijn 84/450. Deze richtlijn is, zoals eerder opgemerkt, inmiddels opgegaan in de Richtlijn MVR.

52. Arrest *L'Oréal/Bellure*, r.o. 73-76.

53. Commission staff working document d.d. 3 december 2009, SEC (2009) 1666, <http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_en.pdf>, p. 36.

54. In overweging 14 van de preambule bij de Richtlijn OHP is te lezen dat de richtlijn niet beoogt de verkoopbevordering van *look-alike*-producten te verbieden, *tenzij de gelijkheid bij de consument verwarring doet ontstaan*. Als de term 'verwarring' zo ruim ingevuld moet worden als in het *Guidance*-document van de Commissie wordt beschreven, kan het gebruik van *copycat packaging* waardoor de suggestie van equivalentie wordt gewekt als een oneerlijke handelspraktijk in de zin van de Richtlijn OHP worden aangemerkt.

55. *Guidance*-document d.d. 3 december 2009, SEC (2009) 1666, p. 36-37.

alleszins bevredigende balans tussen bescherming van ondernemingen tegen denigrerende reclame van concurrenten enerzijds en ruimte voor adverteerders om in vergelijkende reclame een kritische noot te kraken (hetgeen ook de transparantie van de markt en dus het belang van de consument ten goede komt) anderzijds.

De (Europese) jurisprudentie over het begrip ‘vergelijkende reclame’, ten slotte, is mogelijk ook relevant voor de discussie omtrent *lookalike*-producten en de bezwaren daartegen van A-merkfabrikanten. Hoewel op het eerste gezicht niet onmiddellijk evident, kan het kopiëren van of aanhaken bij de verpakking van een A-merkproduct mogelijk als vergelijkende reclame worden gezien. Dat zou betekenen dat de aanbieder van het *lookalike*-product moet voldoen aan de eisen van artikel 6:194a BW. Dit biedt A-merkfabrikanten wellicht een tot nu toe nog niet nog onvoldoende belichte mogelijkheid om op te treden tegen dergelijke *lookalikes*. Het *working document* van de Commissie met richtsnoeren voor de implementatie en toepassing van de Richtlijn OHP en de recente jurisprudentie over *free riding* op de bekende merken lijken de deur nog verder open te zetten voor effectieve actie tegen *lookalikes*. De toekomst zal moeten uitwijzen of deze argumenten met succes kunnen worden ingezet om *lookalikes* te bestrijden.