

Rondom wetsvoorstellen

Vergelijkende reclame

Josine van den Berg (KUN) en Chantal Mak (EUR)

‘OMO verwijderd op 60 graden meer vlekken dan Ariël!’ Onder huidig recht is onduidelijk of deze slogan voor reclamedoelinden gebruikt mag worden. Wetsvoorstel 27 619, dat momenteel aanhangig is en dient ter implementatie van EG-richtlijn 97/55, belooft echter aan deze onzekerheid een einde te maken door regels te stellen omtrent de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame.

Artikel 194 a

1. Onder vergelijkende reclame wordt verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.
2. Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze:
 - a. niet misleidend is;
 - b. goederen of diensten vergelijkt die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd;
 - c. op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, zoals de prijs, met elkaar vergelijkt;
 - d. er niet toe leidt dat op de markt de adverteerder wordt verward met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent;
 - e. niet de goede naam schaadt van of zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent;
 - f. voor producten met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming;
 - g. geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten; en
 - h. niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd merk of een beschermde handelsnaam.
3. Elke vergelijking die verwijst naar een speciale aanbieding, moet duidelijk en ondubbelzinnig het einde en, zo de speciale aanbieding nog niet loopt, het begin aangeven van de periode gedurende welke de speciale prijs of andere specifieke voorwaarden gelden dan wel vermelden dat de speciale aanbieding loopt zo lang de voorraad strekt of de diensten kunnen worden verleend.

1 Inleiding

Op 22 februari jl. werd bij de Tweede Kamer wetsvoorstel 27 619 ingediend, dat als volledige titel draagt: ‘Aanpassing van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn (EG) nr. 97/55 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn nr. 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PbEG L 290)’ (hierna: het wetsvoorstel). In het navolgende zal een groot aantal interessante aspecten van dit wetsvoorstel de revue passeren. Om te beginnen wordt de achtergrond van het voorstel geschetst (paragraaf 2). Vervolgens komt de definitie van het begrip ‘vergelijkende reclame’ aan de orde (paragraaf 3), waarna de voorwaarden voor rechtmatigheid worden besproken (paragraaf 4). In de laatstgenoemde paragraaf wordt bovendien uitgebreid stilgestaan bij de verhouding van vergelijkende reclame tot het merken- en handelsnamenrecht. Tot slot is er aandacht voor aanvullende en bijzondere regelingen inzake reclame (paragraaf 5). In deze bespreking blijven procesrechtelijke aspecten buiten beschouwing. Ook de verhouding van vergelijkende tot misleidende reclame komt slechts summier aan bod.¹

2 Achtergrond van het wetsvoorstel

2.1 De Richtlijn Vergelijkende Reclame

Het wetsvoorstel dient ter implementatie van EG-richtlijn 97/55² inzake vergelijkende reclame, die op 6 oktober 1997 tot stand kwam en een wij-

einde ook vergelijkende reclame te regelen, *Pb. L 290/18*. Zie over de gevolgen van deze richtlijn voor Amerikaanse adverteerders M.S. Don, *Wordt Europa een paradijs voor de Amerikaanse adverteerder?*, *AA 1999*, pp. 708-715.

1 Zie voor een meer uitgebreide beschouwing van dit onderwerp R.W. de Vrey, *Vergelijkende reclame: de vergelijking opgelost?*, *IER 2001*, pp. 164-175.

2 Richtlijn 97/55 van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame ten-

ziging inhoudt van de oude richtlijn 84/450/EEG over misleidende reclame. De richtlijn is het resultaat van '25 jaren geharrewar'³ op Europees niveau, waarbij uiteindelijk de voordelen verbonden aan juiste en niet misleidende vergelijkende reclame de doorslag hebben gegeven.⁴ De concurrentievrijheid wint het daarmee van het nadeel van het te gemakkelijk profiteren van naamsbekendheid en goodwill van de vergelekenen.⁵ Door vergelijkende reclame in beginsel toe te staan, vormt de richtlijn volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tevens een uitdrukking van erkenning van een fundamenteel consumentenrecht, namelijk het recht op voorlichting. De uiterste datum voor implementatie, 23 april 2000, is inmiddels verstreken.

De Richtlijn Vergelijkende Reclame beoogt een aantal doelstellingen te verwezenlijken. Om te beginnen is de richtlijn gericht op de voltooiing en de goede werking van de interne markt.⁶ De regels met betrekking tot vergelijkende reclame in de EU-lidstaten verschillen onderling namelijk aanzienlijk. Waar in het ene land, bijvoorbeeld België, deze vorm van reclame bij wet verboden is, wordt in een andere staat, zoals in Nederland, vergelijkende reclame — onder voorwaarden — toegestaan.⁷ Met het oog op het toenemende grensoverschrijdende gebruik van reclame binnen de Unie is harmonisatie van nationale wetgeving dan ook gewenst. Een tweede punt betreft het vergroten van de marktdoorzichtigheid en het verbeteren van de consumenteninformatie. Doordat diensten en producten op wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve wijze worden vergeleken, kan de consument meer inzicht in het aanbod verkrijgen.⁸ Tot slot kan vergelijkende reclame de concurrentie tussen leveranciers van goederen en diensten stimuleren. Dit zal naar de verwachting van de Europese Commissie zowel in het voordeel van consumenten als van innoverende en ondernemende bedrijven werken.⁹

2.2 Huidig Nederlands recht

Zoals aangegeven, is vergelijkende reclame in Nederland in beginsel toegestaan, mits aan be-

paalde voorwaarden wordt voldaan. Dit volgt reeds uit het arrest van 29 maart 1985 in de zaak Pokon/Substral,¹⁰ waarin de Hoge Raad spreekt van 'andere en strengere normen' die de vergeleken concurrent beschermen tegen mededelingen in de concurrentiestrijd waarin de vergelekenen of zijn product afbrekend wordt besproken of bij zijn reputatie wordt aangehaakt.¹¹ De Reclame Code Commissie en haar College van Beroep hebben beide vanuit dit uitgangspunt criteria ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden getoetst of sprake is van rechtmatige vergelijkende reclame. Zo bepaalt artikel 14 van de Reclame Code dat vergelijkende reclame is toegestaan indien de vergelijking (a) vergelijkbare producten betreft, (b) betrekking heeft op alle relevante eigenschappen, (c) niet misleidend is, en (d) niet nodeloos denigrerend is.¹²

Het Burgerlijk Wetboek bevat momenteel geen bepalingen omtrent vergelijkende reclame. De artikelen 6:194 tot en met 6:196 BW regelen slechts de misleidende reclame. Uiteraard is op grond van deze bepalingen ook misleidende vergelijkende reclame verboden, zoals artikel 6:194 sub j BW uitdrukkelijk bepaalt. Daaruit wordt a contrario wel afgeleid dat vergelijkende reclame op zichzelf toelaatbaar is.¹³ Het wetsvoorstel beoogt conform de Richtlijn Vergelijkende Reclame deze vorm van reclame wettelijk te regelen.

3 Het begrip vergelijkende reclame

3.1 Een ruime definitie

Het eerste lid van het nieuwe artikel 6:194a BW geeft als definitie van vergelijkende reclame: 'elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd'. Onder deze ruime omschrijving worden ook gevallen begrepen die niet op het eerste gezicht als vergelijkende reclame in het gangbare taalgebruik gelden, aldus de Memorie van Toelichting. In dit verband wordt in overeenstemming met artikel 2 lid 1 van de richtlijn reclame

3 D.W.F. Verkade, Bijpraten over vergelijkende reclame, *Mediaforum* 1998, p. 41.

4 *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 1.

5 D.W.F. Verkade, *a.w.*, p. 41; *TK* 2000-2001, nr. 3, p. 1.

6 Zie *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 3; H.A.G. Temmink, *Vergelijkende reclame onder voorwaarden toegestaan in de gehele Europese Unie*, *NTER* 1997, p. 287 en dezelfde auteur, *Kroniek Europees consumentenrecht*, *TvC* 1998, p. 24.

7 H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 287.

8 *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 4; H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 287.

9 Vgl. *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 4.

10 HR 29 maart 1985, *NJ* 1985, 591.

11 Vgl. *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 2 en p. 6.

12 G. Straetmans, *Europese regelgeving inzake vergelijkende reclame: Terug naar af?*, *TvP* 1998, p. 396.

13 Vgl. G. Straetmans, *a.w.*, pp. 396-397.

opgevat als 'iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en plichten'.¹⁴ Wie bijvoorbeeld in een brief aan een aantal potentiële afnemers zijn product vergelijkt met dat van een ander, bedrijft derhalve vergelijkende reclame.¹⁵

Het ruime begrip 'vergelijkende reclame' dat in de richtlijn en in het wetsvoorstel gehanteerd wordt, omvat ook refererende reclame, dat wil zeggen reclame waarin enkel wordt *verwezen* naar een ander of diens producten of diensten.¹⁶ Een vergelijking in strikte zin is dus geen vereiste voor toepasselijkheid van de regeling. Straetmans wijst erop dat het in dit licht verwonderlijk is dat slechts toelaatbaarheidsvoorwaarden worden gesteld aan vergelijkende reclame in strikte zin.¹⁷ Het tweede lid van het voorgestelde artikel 6:194a BW bepaalt, evenals de richtlijn, dat vergelijkende reclame, *voor wat de vergelijking betreft*, geoorloofd is indien aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. De zuiver refererende reclame blijft in deze omschrijving dus buiten schot, hoewel niet aannemelijk is dat de (Europese) wetgever deze vorm van reclame heeft willen uitsluiten.¹⁸ De Memorie van Toelichting merkt in dit verband enkel op dat, hoewel dergelijke reclame-uitingen onder de voorgestelde regeling vallen en de voorwaarden van artikel 6:194a BW erop van toepassing zijn, in de praktijk slechts een aantal van die voorwaarden daadwerkelijk toepasbaar zal zijn.¹⁹ In dit kader is voorts de verhouding tot het merkenrecht van belang; in paragraaf 4 zal uitgebreider bij dit vraagstuk worden stilgestaan.

3.2 Individuele vergelijkingen en systeemvergelijkingen

Slagter maakte reeds in 1969 een onderscheid tussen een vijftal categorieën van rechtmatige vergelijkingen, te weten de vergelijking op verzoek van een klant, de systeemvergelijking, ver-

gelijking om technische verbeteringen te verduidelijken, de vergelijking als verweer en de vergelijking in het algemeen belang.²⁰ In de Memorie van Toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel wordt een aantal van deze vormen genoemd als voorbeeld van situaties die onder het begrip 'vergelijkende reclame' in de zin van artikel 6:194a BW vallen.

Onder het nieuwe artikel vallen zowel individuele vergelijkingen als systeemvergelijkingen. Van individuele vergelijkende reclame is sprake wanneer daadwerkelijk namen of merken genoemd worden of wanneer de naam of het product van de concurrent duidelijk herkenbaar is.²¹ Systeemvergelijking is aan de orde indien wordt verwezen naar producten of diensten van anderen waarbij de naam niet wordt genoemd of het product niet duidelijk herkenbaar is.²² Bij deze laatste categorie kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een reclame waarin het gebruik van plastic kozijnen wordt geplaatst tegenover het gebruik van houten kozijnen.²³ Wanneer een reclame-uiting slechts het eigen bedrijf of product betreft, zelfs als daarmee iets wordt gesuggereerd of medegedeeld over (kenmerken van) andere bedrijven, merken of handelsnamen (bijvoorbeeld 'het allerbest', 'wast het schoonst'), is geen sprake van vergelijkende reclame in de zin van het wetsvoorstel; een dergelijke reclamemededeling is te onbepaald om onder de definitie te vallen.²⁴

3.3 Overige toepassingsgebieden

In tv-reclames en gedrukte advertenties wordt al regelmatig melding gemaakt van uitkomsten van vergelijkende warenonderzoeken: 'Als beste getest door de Consumentenbond!' bijvoorbeeld. Ook dergelijke reclamemedelingen vallen onder het wetsvoorstel, indien tevens de naam of het merk van de concurrent(en) wordt genoemd.²⁵ Het enkele vermelden van de eigen testuitslag of de vindplaats van een testonderzoek kan volgens de Memorie van Toelichting niet onder de definitie gebracht worden, nu geen sprake is van het expliciet of impliciet noemen van

14 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 12.

15 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 12.

16 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 13. Zie artikel 2bis en inleidende overweging 6 van de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame, en G. Straetmans, *a.w.*, p. 416.

17 G. Straetmans, *a.w.*, pp. 416-417.

18 G. Straetmans, *a.w.*, p. 417.

19 TK 2000-2001, nr. 3, p. 13.

20 W.J. Slagter, *De vergelijking begrensd*, 1969, p. 8, aangehaald door G. Straetmans, *a.w.*, p. 396.

21 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 12; R.W. Holzhauer, *Ontoelaatbare reclame*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, p. 101; H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 288.

22 H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 288; R.W. Holzhauer, *a.w.*, p. 101.

23 Voorbeeld genoemd door H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 288.

24 TK 2000-2001, nr. 3, p. 13.

25 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 13.

de vergelekenen). Ook het onderzoek op zich, waarbij bijvoorbeeld een consumentenorganisatie verschillende bedrijven of producten onderling vergelijkt, en in het bijzonder de publicatie ervan, valt niet onder het begrip ‘vergelijkende reclame’; er is immers geen sprake van reclame voor eigen waren of diensten en van vergelijking met de concurrent.²⁶

Voor toepasselijkheid van artikel 6:194a BW dient in ieder geval sprake te zijn van een vergelijking ten opzichte van de concurrentie.²⁷ Een vergelijking van een fiets met een Rolls Royce valt derhalve niet onder de regeling, aldus de Memorie van Toelichting. Ook het zich ongunstig uitlaten over de concurrent of diens product kan niet onder de noemer ‘vergelijkende reclame’ worden gebracht.²⁸

Tot slot is van belang dat het wetsvoorstel betrekking heeft op alle vergelijkende reclame, ongeacht het medium (bioscoop, billboard, krant, tv, Internet) dat gebruikt wordt.²⁹ Op dit punt komt het voorstel overeen met de huidige regeling voor misleidende reclame.

4 Rechtmatigheidsvoorwaarden

Het tweede lid van artikel 194a somt de voorwaarden op waaronder vergelijkende reclame is toegestaan. Deze zijn ontleend aan de richtlijn,³⁰ waarin de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan cumulatief worden opgesomd. Aan elk van deze voorwaarden moet afzonderlijk worden voldaan om te voorkomen dat vergelijkingen de concurrentie verstoren, schade berokkenen aan concurrenten of een negatieve invloed hebben op de keuze van de consument.³¹

Lid 3 kan worden gezien als een aanvulling op de voorwaarden van het tweede lid en is van toepassing op speciale aanbiedingen.³²

In verband met de ruimte die ons ter beschikking staat, zal slechts een bespreking volgen van voorwaarden waarover (enige) discussie bestaat.

4.1 Vergelijkende reclame mag niet misleidend zijn

De eerste voorwaarde van het tweede lid verklaart de algemene norm dat reclame niet misleidend dient te zijn, te vinden in artikel 6:162 jo 194 BW, van toepassing.³³ Hier dient te worden opgemerkt dat het lidstaten toegestaan is zelf te bepalen hoe streng de normen voor misleiding zijn.³⁴ Deze vrijheid geldt echter niet met betrekking tot de vergelijking. Er wordt in de Memorie van Toelichting dan ook gesproken van minimumharmonisatie voor misleidende reclame, terwijl voor vergelijkende reclame sprake is van totale harmonisatie.³⁵ Aanpassing of verscherping van regelgeving inzake misleiding doet evenwel niet af aan de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame.³⁶ Duidelijkheid over de precieze gevolgen hiervan verschaft de Memorie evenwel niet.³⁷

4.2 Dezelfde behoefte en hetzelfde doel

Het stellen van de voorwaarde onder b) heeft een tweeledig doel. Ten eerste dient zij te voorkomen dat vergelijkende reclame op een anticoncurrerende en oneerlijke wijze wordt aangewend. Ten tweede beoogt zij te garanderen dat de vergelijkende reclame voor de consument wezenlijke informatie bevat.³⁸

De termen ‘dezelfde behoefte’ en ‘hetzelfde doel’ mogen, blijkens de Memorie van Toelichting, niet te ruim noch te strikt worden uitgelegd. Het is de bedoeling om ook een vergelijking mogelijk te maken tussen niet-identieke producten.³⁹

De interpretatie van de begrippen doel en behoefte zal in veel gevallen samenhangen met die naar de kenmerken welke in de vergelijking zijn betrokken. Het criterium van de ‘relevante markt’, met name ontwikkeld in het Europese mededingingsrecht, zou volgens de wetgever in deze een aanknopingspunt kunnen geven.⁴⁰

Met Temmink is Straetmans van mening dat uit de formulering van deze voorwaarde kan worden afgeleid dat vergelijkende reclame slechts is toegestaan tussen concurrerende goederen of

26 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 14.

27 H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 288; TK 2000-2001, nr. 3, p. 14.

28 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 14.

29 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 14.

30 Artikel 1, vierde lid, dat een nieuw artikel 3bis bevat.

31 Inleidende overweging 7 van de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame; TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 14.

32 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 21.

33 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 14.

34 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 15.

35 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 15.

36 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 15.

37 De VVD-fractie heeft in het verslag van de vaste commissie voor Justitie, belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel, vragen gesteld over deze kwestie. TK 2000-2001, 27 619, nr. 4, p. 3.

38 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 15, overweging 9 richtlijn.

39 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 15.

40 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 15.

diensten. Hij geeft verder een aanvulling op de uitleg van het begrippenpaar doel en behoefte. De rechtspraak volgend die op grond van de Richtlijn Misleidende Reclame werd ontwikkeld, komt hij tot de conclusie dat de geoorlooftheid van reclamebepalingen dient te worden bepaald vanuit het standpunt van de consument. Behoefte en doeleind verwijzen in zijn optiek dan ook naar de substitueerbaarheid van goederen of diensten vanuit het oogpunt van de consument en niet vanuit het standpunt van de concurrent.⁴¹

4.3 De termen objectief, wezenlijk, relevant, controleerbaar en representatief

Diverse auteurs hebben hun twijfels geuit over de voorwaarde die is opgenomen als sub c). Zo roept volgens Verkade de onderlinge verhouding tussen de diverse onderdelen de nodige vragen op. Temmink zet zijn vraagtekens bij het gegeven dat de vergelijking niet op alle wezenlijke, relevante controleerbare en representatieve kenmerken betrekking behoef te hebben.

Door de wetgever is de volgende toelichting gegeven: de voorwaarde stelt ten eerste dat de vergelijking op objectieve wijze plaats dient te vinden. Dit impliceert dat de vergelijking op zakelijke wijze neutraal tot uitdrukking wordt gebracht en niet voornamelijk berust op subjectieve onderdelen en bevindingen.⁴² Verder valt uit de woorden 'wezenlijk en relevant' af te leiden dat de vergelijking betrekking moet hebben op aspecten die de aankoopbeslissing in de regel dragen.⁴³ Ten slotte stelt de voorwaarde dat de vergelijking controleerbare en representatieve kenmerken moet betreffen. Controleerbaar is een vergelijking wanneer door een gemiddelde consument nagegaan kan worden of de vergelijking zakelijk gesproken klopt, bijvoorbeeld door het opvragen van rapporten of het controleren van de vergelijking. De vergelijking is bovendien representatief wanneer zij betrekking heeft op datgene wat men in het algemeen van een bedrijf, goed of dienst verwacht.⁴⁴

Zoals hierboven reeds aangestipt, kan een vergelijking die zich tot tenminste één element, zo-

als de prijs, beperkt geoorloofd zijn, mits deze op objectieve wijze plaatsvindt en met name niet misleidend is.⁴⁵ Temmink twijfelt echter aan de beoogde verhoging van de markttransparantie, nu niet vereist is dat de vergelijking betrekking heeft op alle relevante eigenschappen. Voorstelbaar is immers dat de vergelijking dan met name plaatsvindt op punten waar de aanbieder goed scoort ten opzichte van zijn concurrenten.⁴⁶

4.4 Verhouding tussen vergelijkende reclame en merkenrecht

Een belangrijke reden waarom vergelijkende reclame in Nederland tot op heden niet voorkomt, is de terughoudendheid van adverteerders het merk van de concurrent te noemen.⁴⁷ Op grond van de Benelux Merkenwet⁴⁸ was het gebruik van een merk in stukken voor zakelijk gebruik en in de reclame uitdrukkelijk verboden (art. 13A lid 2 sub d BMW). Toch kan het bij doeltreffende vergelijkende reclame noodzakelijk zijn melding te maken van het merk of de handelsnaam van een concurrent om diens producten of diensten te kunnen aanduiden.⁴⁹ Een beschouwing van de nieuwe verhouding tussen de rechten van de adverteerder en die van zijn merkgerechtigde concurrent is dan ook op zijn plaats.

Het vermelden van andermans merk in vergelijkende reclame is gebruik in de zin van artikel 13A lid 1 sub d jo 13A lid 2 sub d van de Benelux Merkenwet.⁵⁰ De kernvraag in deze is in hoeverre de nieuwe wetgeving in de weg staat aan een succesvol beroep door een merkgerechtigde op deze artikelen, op basis waarvan hij zich kan verzetten tegen:

lid 1: (...) elk gebruik, dat *zonder geldige reden* in het economisch verkeer van een merk of overeenstemmend teken wordt gemaakt, *anders dan ter onderscheiding van waren*, indien door dat gebruik ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken uit of afbreuk kan worden gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.

waarbij het volgende geldt:

41 Deze visie heeft ook gevolgen voor het bepalen van een definitie van het begrip concurrent. G. Straetmans, *a.w.*, p. 417 e.v.

42 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 16.

43 Zie hierover uitgebreid: G. Straetmans, *a.w.*, p. 427 e.v.

44 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 16.

45 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 16.

46 H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 288.

47 D.E. Stols, Ruimere mogelijkheden voor vergelijkende reclame, *Bb* 1998, p. 192.

48 Het merkenrecht van de lidstaten is geharmoniseerd door richtlijn 89/104 EEG van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *PbEG* L nr. 40/1 van 11 februari 1989.

49 Inleidende overweging 14 van de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame, TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, pp. 18-19.

50 Zoals uit het navolgende zal blijken is de vraag of deze artikelen van toepassing zijn echter nog onderwerp van discussie.

lid 2: Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder gebruik van een merk of een overeenstemmend teken met name verstaan: het gebruik van het teken in stukken voor zakelijk gebruik en in de reclame.

Uit deze teksten is op te maken dat om de artikelen ten gunste van de adverteerder buiten toepassing te kunnen verklaren, deze een geldige reden voor het gebruik moet hebben en dit bovendien moet geschieden anders dan ter onderscheiding van waren. In zijn antwoord op de vraag of in geval van vergelijkende reclame deze voorwaarden vervuld zijn, volgt de Nederlandse wetgever de opvatting van de Europese. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat het enkele gebruik van het merk van een derde geen inbreuk vormt op het exclusieve recht van die derde, voorzover althans de daarbij in de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame vastgestelde rechtmatigheidsvoorwaarden worden nageleefd, aangezien er uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en aldus verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen. Voor vergelijkende reclame wordt een noodzaak, de geldige reden, aanwezig geacht en wordt voorts het merkteken van de ander niet gebruikt ter onderscheiding van de eigen waar of dienst. De eis dat de wijze van vermelding van het merk niet ertoe leidt dat ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen ervan blijft onverminderd gelden.⁵¹

Volgens Stols is het maar de vraag of het gebruik van het merk van een ander in vergelijkende reclame inderdaad valt aan te merken als gebruik 'anders dan ter onderscheiding van waren'. Hij is van mening dat de considerans van de richtlijn eerder lijkt te verwijzen naar artikel 13A lid 1 sub a BMW, dat van toepassing is in geval van soortgelijke waren.⁵²

Een andere door onder meer Stols en Straetmans⁵³ aan de orde gestelde kwestie is, of gesproken kan worden van een geldige reden. Zij

verwijzen in dit kader naar lagere rechtspraak, gewezen op basis van een arrest van het Benelux-Gerechtshof, dat bepaalde dat een geldige reden vereist dat 'er voor de gebruiker van dat teken een zodanige noodzaak bestaat juist dat teken te gebruiken dat het van hem in redelijkheid niet kan worden gevegd dat hij zich, niet tegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouder toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt'.⁵⁴ Vergelijkende reclame leverde geen geldige reden op omdat het niet noodzakelijk werd geacht het merk van de concurrent te noemen.⁵⁵

Voor zuiver refererende reclame geldt dat deze rechtmatig is wanneer aan alle voorwaarden van artikel 6:194a is voldaan en daarnaast de toets aan artikel 6 lid 1 sub c⁵⁶ van richtlijn 89/104/EEG kan worden doorstaan.⁵⁷

Zoals uit het voorgaande is gebleken is de verhouding tussen de rechten van een adverteerder en de concurrent die zijn merk genoemd ziet in een vergelijkende reclame een complexe. Wanneer echter niet het merk van een concurrent, maar diens handelsnaam in de vergelijkende reclame wordt genoemd, ligt de situatie geheel anders.

Artikel 1 van de Handelsnaamwet definieert het begrip: Een handelsnaam is de naam waaronder een onderneming wordt gedreven. Deze wet kent geen bijzondere bepalingen op grond waarvan de rechthebbende op een handelsnaam zich zou kunnen verzetten tegen het noemen van zijn naam in vergelijkende reclame. Hem staat slechts een beroep open op artikel 6:162 jo 194 BW. Dit wordt, blijkens de Memorie van Toelichting, evenwel niet gehonoreerd wanneer de adverteerder aan de voorwaarden van artikel 6:194a BW voldoet. Een wijziging van de Handelsnaamwet om te voldoen aan het bepaalde van artikel 6:194a lid 2 sub e wordt daartoe niet vereist geacht.⁵⁸

51 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 19.

52 D.E. Stols, *a.w.*, p. 192.

53 G. Straetmans, *a.w.*, pp. 436-438.

54 BGH I maart 1975, NJ 1975, 472 (Claeryn/Klarein). In deze zaak ging het overigens niet om vergelijkende reclame. Stols stelt dat het in de doctrine daarom onjuist wordt geacht deze interpretatie van de geldige reden onverkort toe te passen op vergelijkende reclame.

55 D.E. Stols, *a.w.*, p. 192.

56 De tekst van dit artikel luidt: Het aan het merk ver-

bonden recht staat de houder niet toe een derde te verbieden om in het economisch verkeer gebruik te maken van het merk, wanneer dit nodig is om de bestemming van een product of dienst, met name als accessoire of onderdeel, aan te geven, voor zover er sprake is van gebruik volgens de eerlijke gebruiken in nijverheid en handel; TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, pp. 19-20.

57 Zie voor een uitgebreide beschouwing van merkenrechtelijke aspecten, De Vrey, *a.w.* pp. 172-175.

58 TK 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 20.

5 Aanvullende en bijzondere regelingen inzake reclame

5.1 Zelfreguleringsinstanties

De Richtlijn Vergelijkende Reclame staat toezicht door zelfreguleringsinstanties toe, mits de mogelijkheid bestaat uiteindelijk naar de rechter te stappen. De EU-lidstaten mogen vrijwillig toezicht door dergelijke colleges zelfs aanmoedigen, omdat gerechtelijke of administratieve procedures via deze weg voorkomen kunnen worden.⁵⁹ Zoals reeds vermeld, speelt in Nederland de Reclame Code Commissie op dit terrein al geruime tijd een rol van betekenis. Deze instantie toetst aan de Reclame Code, waarin onder meer bepalingen zijn opgenomen betreffende vergelijkende reclame, zoals het eerdergenoemde artikel 14. Tegen een beslissing van de commissie staat beroep open bij het College van Beroep en een aanbeveling van de commissie of van dit college kan ter toetsing aan de burgerlijke rechter worden voorgelegd.⁶⁰

De aanvullende regels van zelfreguleringsinstanties komen niet altijd (geheel) overeen met de in de Richtlijn Vergelijkende Reclame opgenomen bepalingen. Artikel 14 van de Reclame Code bepaalt bijvoorbeeld, anders dan artikel 3bis van de richtlijn, dat vergelijkende reclame uitsluitend is toegestaan indien de vergelijking betrekking heeft op *alle* relevante eigenschappen.⁶¹ Nu de richtlijn uitgaat van totale harmonisatie van wetgeving, is het niet mogelijk dat zelfreguleringsinstanties van deze regelgeving afwijkende normen voor de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame hanteren.⁶² Het mag dan ook goed nieuws heten dat de Stichting Reclame Code heeft laten weten de Reclame Code aan te zullen passen aan de richtlijn.⁶³ De vraag blijft echter of het wellicht niet wenselijk zou zijn ook op Europees niveau de voorwaarde te stellen dat alle relevante eigenschappen vergeleken moeten worden; het wordt adverteerders immers nu erg makkelijk gemaakt om slechts te vergelijken op de voor hen gunstige punten.⁶⁴

5.2 Vrije beroepsbeoefenaren

De gedragsregels van organisaties van vrije beroepsbeoefenaren bevatten veelal bijzondere regelingen ten aanzien van vergelijkende reclame, meestal inhoudende een verbod. De Richtlijn Vergelijkende Reclame kent als uitgangspunt dat dergelijke reclamebepalingen zijn toegestaan.⁶⁵ In een beschikking van 7 april 1999 heeft de Europese Commissie echter geoordeeld dat het verbod van vergelijkende reclame dat in casu was opgenomen in de code van het Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau, niet noodzakelijk was om de verantwoordelijkheid en onafhankelijkheid te waarborgen, het beroepsgeheim te beschermen of valse en misleidende verklaringen of belangenconflicten te voorkomen, en dus om toe te zien op de naleving door de leden van het Instituut van de beroeps gedragsregels.⁶⁶ Hieruit volgt dat de richtlijn, en derhalve de bepalingen uit het wetsvoorstel, van toepassing zijn op reclame en gedragscodes van vrije beroepsbeoefenaren. Het staat de beroepsorganisaties in beginsel niet vrij te bepalen dat vergelijkende reclame door hun leden niet is toegelaten of aan strengere voorwaarden is gebonden dan de richtlijn toelaat.⁶⁷ Het EG-Verdrag en de richtlijn laten evenwel de mogelijkheid open dat in voorkomende gevallen strengere wettelijke regels worden vastgesteld inzake vergelijkende reclame door bepaalde beroepsgroepen; in het kader van het onderhavige wetsvoorstel wordt deze problematiek verder buiten beschouwing gelaten.⁶⁸

6 Tot slot

Na een lange periode van 'geharrewar', onduidelijkheid en diversiteit in nationale regelingen, wordt de vergelijkende reclame wettelijk en uniform geregeld. Een uitgebreide beschouwing van de wettekst en de toelichting daarop lijkt de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat een groot aantal van de vragen die zich tot nu toe opwier-

59 H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 289; *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 9.

60 *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 9.

61 Vgl. H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 290.

62 H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 290; *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 10.

63 D.W.F. Verkade, Wetsontwerp vergelijkende reclame ingediend, *BIE* 2001, p. 75; *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 10.

64 H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 291 noemt het voor-

beeld dat een B-merk zich graag zal afzetten tegen een A-merk ten aanzien van de prijs en minder waarde zal hechten aan een kwaliteitsvergelijking.

65 Inleidende overweging 16 van de Richtlijn Misleidende en Vergelijkende Reclame; *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 8; H.A.G. Temmink, *a.w.*, 1997, p. 291.

66 *Pb.* L 106/14 van 23 april 1999.

67 *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, pp. 8-9.

68 *TK* 2000-2001, 27 619, nr. 3, p. 9.

pen beantwoord is. Gebleken is echter ook dat er enkele aspecten zijn waarover nadere discussie gewenst is. Met name de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan geven aanleiding tot een dergelijke discussie. Wellicht wordt in een later stadium van de behandeling van het voorstel meer duidelijkheid verkregen.

Geconcludeerd kan echter wel worden dat het voorstel een stap in de goede richting is en dat de doelstellingen zoals verwoord in de tweede paragraaf onzes inziens bereikt zijn. Het wachten is nu op de reclame waarin OMO daadwerkelijk stelt meer vlekken te verwijderen dan concurrent Ariël.