

tevens: art. 17 lid 1 onder h jo. art. 18 lid 4 van het Reglement betreffende de Reclame Code Commissie en het College van Beroep)

RCC 2011/00075

(Essent/NLEnergie)

Misleidende vergelijkende reclame over prijzen. Geen bewijs-suggestie dat Essent ten gevolge van de overname de prijzen heeft verhoogd. Geen strijd met art. 8.2 aanhef en onder d want geen onjuiste informatie over eigen product. Wel strijd vereisten professionele toewijding ex art. 7 NRC. De term 'de goedkoopste' is een vergelijking ten opzichte van alle concurrenten, niet slechts ten opzichte van Essent, mede door overtreffende trap (goedkoopste) in plaats van vergrotende trap (goedkoper). Printreclame: op zichzelf toelaatbaar dat adverteerder goedkope aanvangsprijzen voor eigen klanten vergelijkt met reguliere prijzen concurrenten. Vereisten voor objectieve prijsvergelijking art. 13 aanhef en onder c NRC. Duidelijk maken klanten over beperkingen in tarief. Strijd met art. 13 aanhef en onder c. Tevens misleiding. Geen discriminatie. Uitspraak onder aandacht breed publiek gebracht.

Essent Nederland B.V.,
gevestigd te 's-Hertogenbosch,
klaagster,
adv.: mrs. R.M. Kleemans en A.A.C.M. van Oorschot
tegen

De Nederlandse Energie Maatschappij B.V. (hierna ook: NLEnergie),
gevestigd te Rotterdam,
adverteerder,
adv.: mr. J.M. de Heer.

RECLAME CODE COMMISSIE

18 februari 2011

(Mr. J.P. Fokker, voorzitter en mr. R.J. Haakmeester, J. Leydes en M. Schaeffer, leden en mr. W. Reinhold-Hengeveld, plaatsvervangend lid en secretaris)

De procedure

De bestreden reclame-uitingen

(...)

Het betreft de volgende reclame-uitingen van adverteerder.

A. Televisiecommercial

Het betreft een televisiecommercial (uitgezonden vanaf 12 januari 2011), waarin het volgende wordt gezegd:

'Een groot Duits energiebedrijf is sinds kort eigenaar van Essent. Daar hebben ze bijna acht en een half miljard voor betaald. Dat geld willen ze natuurlijk terugverdienen. Doen wij daar aan mee? Ik zeg: nein! Stap over naar de Nederlandse Energie Maatschappij met zijn lage Hollandse tarieven. Dat scheelt u honderden euro's.

U snapt nu waarom wij de goedkoopste zijn. Bel 0800-4664. Ik zeg: doen!

De uitgesproken tekst wordt begeleid door beelden van onder meer de Duitse en de Nederlandse vlag. Bepaalde tekstfragmenten komen uitgeschreven in beeld. Aan het eind van de commercial komt de website van adverteerder in beeld.

In de tag-on wordt gezegd:

'Stap nu over naar de Nederlandsè Energie Maatschappij. Dat scheelt honderden euro's. Ik zeg: doen! Vergelijk de prijzen op Nederlandenergie.nl'

B. *Printreclame*

Het betreft de volgende printadvertenties:

- i. De in kopie aan deze beslissing gehechte advertenties in verschillende dagbladen (*Financieel Dagblad*, *Trouw*, *De Telegraaf* en *De Volkskrant*) met de titel: 'Wie is het goedkoopst?'
- ii. Een ariposter met de titel: 'Wie is het goedkoopst'. Kopieën van door klager overgelegde foto's van de poster zijn aan deze beslissing gehecht. In de bovengenoemde advertenties wordt een vergelijking gemaakt tussen de 'kosten gas en stroom per jaar' van NLEnergie en drie andere energiemaatschappijen (Essent, Nuon en Eneco). In vier kolommen naast elkaar worden deze kosten van de verschillende maatschappijen genoemd. Onderaan de kolommen staat per energiemaatschappij het 'Totaal per jaar'. Bij 'Nuon', 'Essent' en 'Eneco' staan daaronder de bedragen die, blijkens het bijschrift de 'BESPARING PER JAAR' inhouden. Naast deze bedragen staat een asterisk, die verwijst naar de volgende tekst onderaan de advertentie:

'Er wordt vergeleken met variabele tarieven voor groene stroom en gas. Deze worden normaliter per 1 januari en 1 juli van een kalenderjaar aangepast; er wordt vergeleken met een gemiddeld jaarverbruik van: 3500 kWh stroom en 1850 m³ gas (in gasregio 4; dit kan per regio verschillen); de vergelijking is gebaseerd op de tarieven die op peildatum 3 januari 2011 op de websites van Nuon, Essent en Eneco te vinden waren en op de prijsaanbieding die NLEnergie hanteert vanaf 3 januari 2011; het stroomtarief is gebaseerd op enkeltarief en het gas tarief voor gasprofiel 1; het vastrecht ligt bij ons hoger. Dit betekent dat uw voordeel bij minder verbruik kleiner zal zijn; Energiebelasting is als volgt berekend; € 0,1334 per kWh, € 0,1950 per m³ en € 379,16 heffingskorting per jaar; totalen zijn inclusief BTW, Energiebelasting, vastrecht en netbeheerkosten (netbeheerder Liander is als voorbeeld genomen).'

- iii. De in kopie aan deze beslissing gehechte webpagina's:

- www.nederlandenergie.nl/berekenzelf met de kop: 'Wie is het goedkoopst'. Op deze pagina worden de eerder genoemde energiebedrijven genoemd met daaronder de bedragen (met asterisk) die de 'BESPARING PER JAAR' inhouden. Wanneer men op deze webpagina op de link: 'meer informatie' klikt, wordt men doorverwezen naar de webpagina.
- www.nederlandenergie.nl/consumenten/Tarieven/Besparingsoverzicht variabel met de kop: 'Wie is de goedkoopste energieleverancier'. Op deze pagina worden, op vergelijkbare wijze als in de bovengenoemde advertenties, de 'kosten gas en stroom per jaar' van de genoemde energiebedrijven met elkaar vergeleken. Onderaan de kolommen wordt per bedrijf 'Uw besparing' genoemd. Onderaan de webpagina staat een tekst, gelijkloidend aan de tekst onderaan de advertenties, zoals hierboven vermeld.

De klacht

Klaagster stelt dat de beoogde strategie van adverteerder is om klagster in het geheugen van de consument neer te zetten als doelwit van een overname door een buitenlandse concurrent die de overnameprijs probeert terug te verdienen door middel van hogere tarieven. Daarbij, stelt klagster, heeft de televisiereclame een versterkend effect op de printreclame.

Ad A. *Televisiecommercial*

Met betrekking tot de televisiereclame stelt klagster; samengevat, het volgende.

1. *€ 8,5 miljard moet worden 'terugverdiend': misleidend en ontoelaatbaar vergelijkend.*

De consument wordt erop gewezen dat Essent voor bijna € 8,5 miljard is overgenomen en dat dat geld 'natuurlijk' moet worden terugverdiend. Klager acht deze mededeling misleidend. Sinds de overname door RWE zijn de tarieven van Essent niet meer of minder gestegen dan de prijzen in de rest van de markt. Klager verwijst naar haar overgelegde grafieken 'vergelijking leveringstarieven elektriciteit en vergelijking leveringstarieven gas'. Van een terugverdienmodel is geen sprake. De claim dat de overnameprijs van € 8,5 miljard moet worden 'terugverdiend' is feitelijk onjuist en daarom misleidend.

De overname heeft eerder een gunstig effect voor de consument, nu deze Essent in staat stelt om efficiënter en met grotere slagkracht energie in te kopen.

Gelet op het voorgaande acht klager de commercial in strijd met art. 6:193c lid 1 sub d BW en art. 6:194a lid 2 sub a BW en met art. 2, 7, 8 en 13 Nederlandse Reclame Code (NRC).

2. *Discriminatie*

Door de Duitse vlag te tonen en door het vermelden van: 'Nein', wordt de nadruk gelegd op het feit dat de overnemende partij buitenlands is. Klager stelt dat wordt geappelleerd aan mogelijke xenofobe angstgevoelens van consumenten. De indruk wordt gewekt dat de Duitse nationaliteit

van de nieuwe aandeelhouder van Essent een directe impact heeft op de wijze waarop de tarieven worden opgebouwd en op het verdienmodel dat wordt gehanteerd. Aldus is naar klagsters mening sprake van discriminatie op grond van nationaliteit en daarom van strijd met art. 2 NRC.

3. *'De goedkoopste' misleidend.*

Klaagster wijst op de algemene aanbeveling van de Commissie onder e, waarin staat dat een superlatief als 'de goedkoopste' vrijwel altijd misleidend is omdat het voor de adverteerder nagenoeg onmogelijk is om na te gaan of hij of zij in alle gevallen ook daadwerkelijk de goedkoopste is. Adverteerder stelt in de commercial in absolute zin dat zij de goedkoopste is, zonder dat zij dat hard maakt of hard kan maken. Ook op de website waarnaar in de tag-on wordt verwezen, wordt de claim dat adverteerder in alle gevallen de goedkoopste is, niet onderbouwd. Gelet op het voorgaande acht klagster deze claim misleidend.

Ad B. *Printreclame*

1. *Misleidende vergelijking*

In de printreclame wordt een jaarvergelijking van variabele tarieven voor gas en stroom gemaakt. Uit de printreclame maakt de consument op dat de prijs voor levering van energie bij adverteerder op jaarbasis € 225,44 lager is dan bij Essent.

Klaagster stelt dat deze claim misleidend is, nu gebleken is dat het basistarief van Essent wordt vergeleken met een 'standaardaanbieding voor nieuwe klanten' van adverteerder. Deze in de vergelijking gehanteerde tarieven zijn kennelijk anders dan de basistarieven van bestaande klanten van adverteerder. In de uiting wordt dit niet duidelijk gemaakt.

Het genoemde jaarvoordeel van € 225,44 geldt ook niet voor klanten die nu zouden overstappen naar de Nederlandse Energie Maatschappij, nu de nieuwe klant na verloop van tijd het tarief zal gaan betalen zoals dat geldt voor bestaande klanten.

In de kleine lettertjes waarnaar met een asterisk wordt verwezen, wordt meegedeeld dat de prijs per 1 januari en per 1 juli kan worden aangepast. Adverteerder stelt ten onrechte een prijsaanpassing op basis van marktomstandigheden, die inherent is aan een variabel tarief, gelijk met een prijsaanpassing die het einde van een 'instaptarief' inhoudt. Voor de gemiddelde consument is dit onduidelijk.

Onder verwijzing naar gegevens van de website van adverteerder van 2010 stelt klagster tot slot dat de verschillen tussen het instaptarief en het basis variabele tarief onverklaarbaar groot zijn.

In de printadvertentie wordt niet meegedeeld hoe en wanneer het instaptarief ophoudt te bestaan. Aldus acht klager de reclame, waarin wordt gesuggereerd dat sprake is van een 'besparing per jaar' van € 225,44, oneerlijk en misleidend.

In haar brief van 3 februari 2011 illustreert klagster het vorenstaande aan de hand van gegevens van twee klanten van adverteerder.

2. *Relevante informatie (nagenoeg) onleesbaar*

Klaagster stelt dat de letters van het onderschrift bij de kleinere krantenadvertenties en bij de abriposters dermate klein zijn, dat deze voor een groot deel van de consumenten nauwelijks te lezen zijn.

Het verweer

De klacht is gemotiveerd weersproken. Voor zover voor de beslissing van belang wordt in het oordeel op het verweer teruggekomen.

De mondelinge behandeling

Mrs. Kleemans en Van Oorschoot voornoemd hebben aan de hand van hun notities het standpunt van klagster nader toegelicht. Mr. De Heer voornoemd heeft het standpunt van adverteerder nader toegelicht, eveneens aan de hand van zijn notities.

Het oordeel van de Commissie

Met betrekking tot de genoemde bezwaren van klagster overweegt de Commissie als volgt.

Ad A. *Televisiecommercial*

Ad 1. *€ 8,5 miljard moet worden terugverdiend*

In de commercial wordt meegedeeld dat de 'bijna acht en een half miljard', die door het grote Duitse energiebedrijf is betaald voor Essent, 'natuurlijk' moet worden terugverdiend. Vervolgens wordt men aangespoord om over te stappen op de Nederlandse Energie Maatschappij met zijn 'lage Hollandse tarieven' en wordt gesteld dat dat 'honderden euro's' scheelt.

Naar het oordeel van de Commissie wordt aldus, door een verband te suggereren tussen de overname, die € 8,5 miljard heeft gekost, en de stelling dat het overstappen naar NLEnergie de klant 'honderden euro's' zal schelen, de indruk gewekt dat, ten gevolge van de overname, de tarieven van Essent omhoog gaan of zijn gegaan.

Klaagster betwist gemotiveerd dat haar tarieven omhoog zijn gegaan ten gevolge van de bewuste overname.

Adverteerder heeft op dit punt — kort gezegd — aangevoerd dat de 'enorme kosten die met zo'n grote overname gepaard gaan', 'logischerwijs in de prijs van de te verkopen producten (zullen) moeten worden verdisconteerd'. Adverteerder noemt in dit verband een kritische publicatie in *NRC Handelsblad* van 17 april 2009, waarin door 'vooraanstaande economen' wordt gepleit voor het 'in publieke handen blijven' van energiebedrijven Essent en Nuon.

Voorts verwijst adverteerder naar verschillende andere publicaties waaruit zou blijken dat 'overnames hoge kosten met zich meebrengen en tot prijsstijgingen kunnen leiden'. Tot slot stelt zij hieromtrent dat gebleken is dat Essent 'tot 1 januari 2010 het goedkoopste was van de grote drie en in 2010 — het jaar van de herpositionering als "an RWE Company" — vanaf 1 juli 2010 de duurste van de grote drie' is.

De Commissie is van oordeel dat adverteerder echter onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat, zoals in de commercial wordt gesuggereerd, de overname van Essent door

het Duitse bedrijf RWE tot gevolg heeft dat de tarieven van Essent daadwerkelijk worden of zijn verhoogd (en dat het daardoor voor de klanten van Essent 'honderden euro's scheelt' wanneer men overstapt naar adverteerder). Derhalve acht de Commissie deze in de commercial gewekte suggestie onjuist.

Gelet op het voorgaande gaat de commercial naar het oordeel van de Commissie gepaard met onjuiste informatie ten aanzien van de prijs van het product als bedoeld in art. 8.2 onder d NRC. De Commissie is voorts van oordeel dat de gemiddelde consument, naar aanleiding van deze onjuiste informatie, ertoe gebracht zou kunnen worden een besluit over een transactie te nemen, dat hij anders niet zou hebben genomen.

Ad 2. *Discriminatie*

Van discriminatie in de zin van de wet is naar het oordeel van de Commissie geen sprake. Het 'Ik zeg: nein', in combinatie van het tonen van de Duitse vlag, waarmee wordt verwezen naar de Duitse nationaliteit van het overnemende bedrijf, is kennelijk humoristisch bedoeld. Niet wordt naar het oordeel van de Commissie gesuggereerd dat Duitse bedrijven in het algemeen duurder of niet integer zouden zijn.

Ad 3. *'Goedkoopste'*

Zonder voorbehoud wordt in de commercial gesteld dat NLEnergie 'de goedkoopste' is ('Nu begrijpt u waarom wij de goedkoopste zijn'). Naar door adverteerder bij verweer is meegedeeld, geldt deze claim echter uitsluitend ten opzichte van Essent. Nog daargelaten of NLEnergie daadwerkelijk (ten opzichte van Essent) de goedkoopste is, acht de Commissie deze beperking dermate essentieel, dat deze uitdrukkelijk uit de commercial had dienen te blijken. De Commissie volgt adverteerder niet in haar stelling dat de consument uit de reclame zelf kan opmaken dat de claim uitsluitend op Essent van toepassing is. Ook de verwijzingen naar de website van adverteerder acht de Commissie in dit opzicht onvoldoende.

Nu de genoemde relevante informatie ontbreekt, is naar het oordeel van de Commissie sprake van een omissie als bedoeld in art. 8.3 onder c NRC. De Commissie is voorts van oordeel dat de gemiddelde consument, naar aanleiding van deze ontbrekende informatie, ertoe gebracht zou kunnen worden een besluit over een transactie te nemen, dat hij anders niet zou hebben genomen.

Conclusie

Op grond van het hierboven Ad 1 en Ad 3 geoordeelde is de commercial op de daar genoemde punten misleidend in de zin van art. 8 NRC en daarom oneerlijk in de zin van art. 7 NRC. Voorts is sprake van ontoelaatbare vergelijkende reclame in de zin van art. 13 aanhef en sub a NRC.

Ad B. *Printreclame*

Ad 1. *Misleidende vergelijking*

Naar door klaagster onweersproken is gesteld, is in de vergelijkingen die in de printreclames worden gemaakt, voor

wat betreft de bij NLEnergie genoemde bedragen uitgegaan van een 'standaardaanbieding', die slechts geldt voor haar nieuwe klanten. Na verloop van tijd zullen, zoals klaagster onvoldoende weersproken heeft aangevoerd, deze klanten het tarief gaan betalen zoals dat geldt voor bestaande klanten. Klaagster heeft voorts gewezen op de grote verschillen tussen dit instaptarief en het basis variabele tarief van adverteerder en heeft dit geïllustreerd aan de hand van twee voorbeelden.

De Commissie constateert dat aldus in de vergelijkingen bij adverteerder is uitgegaan van een speciaal, lager 'instaptarief', dat slechts geldt voor de eerste periode dat men klant is bij NLEnergie en dat lager is dan het basistarief voor haar reeds bestaande klanten, terwijl bij de andere genoemde energiebedrijven wordt uitgegaan van het basistarief, dat wel geldt voor de bestaande klanten van die bedrijven. De Commissie is van oordeel dat aldus geen sprake is van een objectieve vergelijking van de prijs als bedoeld in art. 13 aanhef en sub c NRC.

Bovendien is de Commissie op grond van de bovengenoemde uitgangspunten van oordeel dat, nu verschillende soorten tarieven worden gehanteerd die in de loop van het jaar (met uiteenlopende bedragen) zullen worden verhoogd, niet aannemelijk is dat de in de uitingen genoemde kosten van gas en stroom 'per jaar' de juiste bedragen zijn en dat de genoemde bedragen die volgens de advertenties de 'besparing per jaar' inhouden, daadwerkelijk de kosten zijn die men per jaar bespaart als men overstapt naar NLEnergie.

Gelet hierop is de Commissie van oordeel dat de uitingen gepaard gaan met onjuiste informatie ten aanzien van de prijs van het product als bedoeld in art. 8.2 onder d NRC. De Commissie is voorts van oordeel dat de gemiddelde consument, naar aanleiding van deze onjuiste informatie, ertoe gebracht zou kunnen worden een besluit over een transactie te nemen, dat hij anders niet zou hebben genomen. Om die reden zijn de reclame-uitingen misleidend en daarmee oneerlijk in de zin van art. 7 NRC. Voorts is sprake van ongeoorloofde vergelijkende reclame in de zin van art. 13 aanhef en sub a NRC.

Adverteerders stellingen dat het haar vrij staat om 'verschillende tarieven voor verschillende klantengroepen' te hanteren en dat het prijsbeleid en prijsontwikkeling van de door energieleveranciers aangeboden producten onder toezicht staan van de Energiekamer van de NMa, doen niet af aan het voorgaande.

Ook de mededelingen onderaan de advertentie nemen niet weg dat sprake is van een ongeoorloofde vergelijking zoals hierboven is geoordeeld.

Ad 2. *Leesbaarheid relevante informatie*

De Commissie kan niet beoordelen of de teksten onder de gewraakte printuitingen voldoende duidelijk zijn, nu klaagster niet de originele uitingen heeft overgelegd. Om die reden wijst de Commissie de klacht op dit punt af.

De beslissing

Op grond van het voorgaande acht de Commissie de televisiecommercial op de punten zoals genoemd Ad A, 1 en 3 in strijd met art. 7 en art. 13 aanhef en sub a NRC. De printreclames acht de Commissie, op grond van het Ad B, 1 geoordeelde in strijd met art. 7, art. 13 aanhef en sub a en art. 13 aanhef en sub c NRC.

Zij beveelt adverteerder aan om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. Voor het overige wijst de Commissie de klacht af.

De Commissie ziet geen aanleiding om deze uitspraak onder de aandacht van een breed publiek te brengen (openbaar te maken) als bedoeld in art. 17 lid 1 onder h jo. art. 18 lid 4 van het Reglement betreffende de Reclame Code Commissie en het College van Beroep.

(...)

Noot

1. Deze noot gaat niet over de hoog oplopende energie-oorlog en de vraag wanneer wel of niet sprake is van misleiding in de reclame-uitingen van de Nederlandse Energie Maatschappij. Deze annotatie gaat over de juridische dogmatiek bij ontoelaatbare vergelijkende reclame. Zowel Reclame Code Commissie als het College van Beroep passen de regels van vergelijkende reclame hier niet op de juiste manier toe. Ook rechters maken soms diezelfde fout.¹ Ik ben het eens met de uitkomst, maar niet met de route daar naar toe. Deze noot beoogt helderheid te geven.

2. De vergelijkende reclame van de Nederlandse Energie Maatschappij ('Wie is het goedkoopst') noemt de eigen – zeer lage – instapprijzen. Maar verzuimt aan de consumenten te vertellen dat dit voordeel tijdelijk is omdat na verloop van tijd die lage instapprijzen worden verhoogd. Zo wordt de consument verkeerd voorgelicht: essentiële informatie wordt weggelaten waaruit blijkt dat de lage prijzen slechts van beperkte duur zijn. Misleiding dus.

3. De Code Commissie en het College van Beroep brengen dit echter niet onder het onderdeel 'misluiding' (sub a) van de vergelijkende reclame, maar onder de rubriek 'niet op objectieve wijze vergelijken (...)' (sub c).²

4. Art. 6:194a BW over vergelijkende reclame bepaalt:

'Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze:

- a. niet *misluidend* 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.(...) t/m h (...)'

Art. 13 Nederlandse Reclame Code is, voor zover hier van belang, identiek aan deze wettekst.

5. Het onder sub a genoemde verbod tot misleiding is een wezenlijk ander vereiste dan de sub c vermelde voorwaarde voor toelaatbaarheid, te weten dat de vergelijking geschiedt op objectieve wijze, met betrekking tot een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken. Deze twee dienen niet door elkaar gehusseld te worden. Anders gezegd: 'objectieve wijze' is niet gelijk aan 'juiste, niet misleidende wijze'.

6. Blijkens de memorie van toelichting van art. 6:194a BW bij gelegenheid van de implementatie van de Richtlijn Vergelijkende en Misluidende reclame 97/55 is over sub c het volgende gezegd³: 'De vergelijking tussen adverteerder en concurrent of tussen goederen of diensten onderling mag niet in hoofdzaak op subjectieve oordelen of bevindingen berusten. De vergelijking moet op zakelijke wijze neutraal tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Een rationele afweging moet de conclusie waartoe de vergelijkende reclame leidt, kunnen steunen.'

7. In de considerans van de Richtlijn 97/55/EG staat in overweging 7 dat de voorwaarden voor geoorloofde reclame criteria moeten omvatten voor een *objectieve* vergelijking van de kenmerken van goederen en diensten. 'Objectieve wijze' en 'objectieve vergelijking' gaat steeds over hetzelfde. Niet een (voornamelijk) subjectief oordeel, maar objectieve criteria.

8. Bij 'objectieve vergelijking' sub c hebben we het over de *methode* van de vergelijking. Niet over de wijze waarop de vergelijking wordt ingevuld. Het gaat hierbij juist niet over de (misluidende) *inhoud*. Sub c abstraheert van de feiten, en beoordeelt de parameters. Objectieve bouwstenen waar de vergelijking op is gebaseerd. Denk aan de prijs, de kwaliteit, hoeveelheid, productsamenstelling, leeftijd. Soms is ook de smaak van een product een objectief gegeven, aldus het Hof 's-Hertogenbosch bij de vergelijkende reclame voor diervoeders.⁴ De vergelijking mag niet louter gebaseerd zijn op subjectieve criteria, zoals mooi, grappig, bijzonder, aardig.

9. Deze lijn volgt ook uit het Hof van Justitie in *Lidl/Colruyt*.⁵ Het hof overweegt kort gezegd: gezien punt 2 en

1 Zo bijvoorbeeld Hof Arnhem 20 maart 2007, nr. 2006/964 KG, IER 2007/54 m.nt. EHH. Daar signaleerde ik al de onjuiste toepassing van de wetssystematiek dat de vergelijking die in strijd is met het objectiviteitsvereiste uit art. 6:194a lid 2 sub c BW ongeoorloofd is, maar daarmee niet per se misleidend, dat is immers een aparte rechtsgrond waarop de vergelijkende reclame ontoelaatbaar is.

2 Het College van Beroep overweegt in 5.10 dat op zichzelf toelaatbaar is dat een adverteerder de eigen 'nieuwe-klienten prijzen' vergelijkt met de reguliere prijzen van de concurrent. Wel dient in verband met het vereiste van objectieve prijsvergelijking ex art. 13 aanhef onder c NRC aan de consument op niet mis te verstane wijze duidelijk gemaakt te worden dat het tarief afwijkt van dat van bestaande klanten, met informatie over de duur van de afwijking, zo overweegt het CvB. Misleidingsargumenten dus (het weglaten van essentiële informatie), ondergebracht bij de 'objectieve wijze'-rubriek.

3 MvT, 2000-2001 Kamerstuk, 27 619, nr. 3, p. 16.

4 Rb. Breda 16 augustus 2002, IER 2002/58 m.nt. JK (Royal Canin/Hill's), bevestigd door Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2003.

5 HvJ EG 19 september 2006, C-356/04, (Lidl/Colruyt), IER 2006/97 m.nt. JK.

punt 7 van de considerans van Richtlijn 97/55 EG gelden twee vereisten aan de sub c genoemde objectiviteit:

- de neergelegde cumulatieve criteria van wezenlijkheid, relevantie, controleerbaarheid en representativiteit van het vergeleken product dragen bij tot de waarborg van een objectieve vergelijking (overweging 44);
- deze kenmerken moeten objectief worden vergeleken (overweging 45). Dit vereiste beoogt in wezen vergelijkingen uit te sluiten die een subjectieve beoordeling van degene die vergelijkt inhouden, en niet zozeer een objectieve vaststelling (overweging 46). Het hof vervolgt dat (o.a.) de prijs niet vatbaar is voor een subjectieve beoordeling. Het wel of niet vermelden van de producten en prijzen heeft geen invloed op het objectieve of subjectieve karakter van de vergelijking. Zoals Jan Kabel in zijn annotatie bij dit arrest zegt: dit arrest benadrukt de zelfstandige, *van misleiding onafhankelijke betekenis* van de vereisten onder b en c van de vergelijkende reclame. Het vereiste dat op objectieve wijze moet worden vergeleken sluit subjectieve vergelijkingen uit. Niet objectief te controleren mededelingen van een adverteerder zijn verboden in een vergelijkende reclame. Dat soort mededelingen zijn niet op misleiding te toetsen en worden doorgaans in eenzijdige reclame toegestaan als gebruikelijke overdrijving. Prijzen zijn altijd objectief te controleren en vormen dus een controleerbaar kenmerk, aldus Kabel. Daarop vul ik nu aan: bij prijsvergelijking is daarmee tevens (veelal) voldaan aan het objectiviteitsvereiste. Een wezenlijk, controleerbaar, kenmerk.

10. 'Misleiding' daarentegen gaat juist wél over inhoud: is de vergelijking juist, voldoende compleet; is geen essentiële informatie weggelaten en is de boodschap voor de 'Gut Springenheide' consument eenduidig en correct op te vatten.

11. Het is wel enigszins te begrijpen dat het soms misgaat: in het pre-Vergelijkende Reclame Richtlijn tijdperk golden de klassieke voorwaarden (verbod van misleiding, denigreren, verwarren en overbodig aanhaken). Met art. 6:194a sub b en c BW kwamen opeens twee nieuwe eisen om de hoek kijken: de vergeleken goederen moeten in dezelfde behoefte voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn (sub b), en de vergelijking moet op objectieve wijze een of meer kenmerken enz. vergelijken (sub c). Die eis had onder het oude recht geen zelfstandige betekenis; volgens de rechtspraak dekte het misleidingsverbod die twee eisen al.⁶ Alles was misleiding. Maar nu moet het precies gerubriceerd worden.

12. Is dit alles louter dogmatisch geneuzel? Nee. Het is essentieel voor de rechtszekerheid en voor een adequate en zorgvuldige juridische stelplicht en bewijslast dat de juiste criteria als grondslag voor de ontoelaatbare vergelijkende reclame worden aangevoerd. Het is van groot belang dat de rechter en de zelfregulerende instanties overeenkomstig de geldende wetssystematiek beslissen. En voor de juridische

puriteinen: het schrijft als de regels onjuist worden toegepast, óók wanneer het eindresultaat hetzelfde is.

13. We zullen beter op onze woorden moeten letten. In het (juridisch) dagelijkse spraakgebruik spreekt men vaak over een 'misleidende vergelijkende reclame'. Maar dat is niet correct: de generieke naam is een *ontoelaatbare vergelijkende reclame*. Of, zo men wil, een *verboden of onzuivere, vergelijkende reclame*. Dit wegens misleiding (sub a), dan wel omdat de goederen niet vergelijkbaar zijn (sub b), of omdat de vergelijking niet op objectieve wijze enz. gebeurt (sub c), en zo verder. Het merendeel van de ontoelaatbare vergelijkingen strandt al bij sub a, de misleiding. Dat is de grootste bulk. Maar dit species mag niet verworpen tot een generieke term.

14. Als de vergelijking struikelt over de misleiding sub a hoeft de rechter of de Reclame Code Commissie het rijtje b t/m h niet meer verder af te lopen. De vergelijking is dan wegens misleiding reeds ongeoorloofd. Het hof 's-Gravenhage heeft in de recente zaak *Architectenweb/SDU*⁷ de goede procedure doorlopen; in de dagvaarding waren vrijwel alle subs ten grondslag gelegd. De vergelijking is naar het oordeel van het hof misleidend (sub a) en daarmee reeds ontoelaatbaar.⁸ Een trend die navolging verdient, ook bij de zelfregulering.

EHH

⁶ Aldus ook Jan Kabel onder *Royal Canin/Hill's*, zie noot 4.

⁷ Hof 's-Gravenhage 27 mei 2011, LJN BQ4878 (*Architectenweb/SDU*).

⁸ Soortgelijke juiste redenering: Rb. Amsterdam (vzr.) 18 februari 2011, LJN BP5170 (*Binckbank/Lynx*).