

Departement deontologie
Adviezen in deontologische kwesties

Het departement deontologie dient de stafhouders en raden van de Orde van advies, adviezen die ook - met goedkeuring van de betrokken opdrachtgevers – worden verspreid naar de overige Vlaamse balies.

1/VVB/Dep. Deontologie/117

**Reglement publiciteit - verbod van vergelijkende publiciteit - samenlezing met de
commentaar van het reglement die de advocaat toelaat zich te onderscheiden in
zijn publiciteit van andere advocaten - confraterniteitsregels**

Geachte Heer,

Ik dank U voor uw bericht van 11 april 2001.

Ik kan U als volgt van advies dienen i.v.m. de samenlezing van artikel 2 van het (plaatselijk) baliereglement inzake de publiciteit en zijn toelichtende nota :

1. Meer bepaald vroeg U zich af hoe het verbod om vergelijkende publiciteit te maken als advocaat zoals gestipuleerd in artikel 2 van het reglement moet samengelezen worden met de toelichting dat de advocaat zich wel mag onderscheiden van andere advocaten in het algemeen maar vergelijkingen uit den boze zijn. Moet ik "onderscheiden" begrijpen als zich uiten op een wijze die niet dezelfde is als deze van andere advocaten doch er mag geen enkele vergelijking zijn ?

Is dan een voorbeeld als : *"Daar al onze advocaten van het kantoor X een bijkomende opleiding hebben genoten inzake bemiddeling in familiezaken, hebben wij terzake bijzondere expertise in huis die U waarschijnlijk nergens anders in de regio aantreft"*, toegelaten (dit is een louter fictief voorbeeld doch er zijn er tal van dergelijke te brouwen).

Zou uw antwoord hetzelfde luiden in geval in de zinsnede "waarschijnlijk" wordt weggelaten ?

2. Vergelijkende publiciteit wordt gewoonlijk omschreven als publiciteit die met name de naam, het merk of het product van een andere handelaar aanhaalt ; als deze handelaar niet formeel geciteerd wordt, dan moet hij gemakkelijk herkenbaar zijn.

Anderzijds moet vergelijkende reclame waarheidsgetrouw zijn, zoniet gaat het eenvoudigweg om misleidende reclame die altijd verboden is (FRANCQ, B., "La publicité comparative en Europe", J.T., 1986, 169).

Anderzijds is vergelijkende reclame niet op zich verboden, en houdt elke publiciteit noodzakelijkerwijze een impliciet element van verwijzing of vergelijking in, daar het besproken product of de besproken dienst worden gepresenteerd als beter geschikt om een bepaalde doelstelling te bereiken (DE VROEDE, P., "La publicité comparative impliquant

sans nécessité la possibilité d'identifier un ou plusieurs autres commerçants, R.C.J.B., 1987, 36).

Onder artikel 20, 2° in fine van de oude wet op de handelspraktijken (14 juli 1971) was reclame die niet denigrerend noch misleidend was, desondanks verboden wanneer ze identificatie zonder noodzaak toeliet van één of meerdere handelaren. Dat hield in dat diende bewezen dat de publiciteit een vergelijking met een ander inhield, en dat deze kon geïdentificeerd worden, zonder dat daartoe noodzaak bestond.

Waar in sommige landen vergelijkende publiciteit was toegelaten en in andere niet, werd de toelating voornamelijk bepleit vanuit het oogpunt van de toegang tot de markt van nieuwe spelers en van de prijsvergelijking, omdat hier de vergelijking het meeste economisch nut had.

Thierry Bourgoignie wees er op dat in die landen waar vergelijkende publiciteit was toegelaten, deze onderworpen is aan strenge beperkingen, welke mettertijd zelfs strenger worden, door de rechtbanken, de organismen van autoregulering in de markt, of de administratie zoals de ombudsman of de Office of fair trading in het Verenigd Koninkrijk (BOURGOIGNIE, T., "La publicité comparative et la protection des intérêts des consommateurs en Europe : concilier l'inconciliable ?", J.T., 1991, 651).

Hij wees er op dat deze beperkingen geen coherentie of rechtszekerheid bewerkstelligen, en de interesse van de beroepslui voor dergelijke publiciteit ten zeerste verminderen.

De navolgende legislatieve ontwikkeling heeft hem ongetwijfeld gelijk gegeven.

Richtlijn 97/55/EG van 6 oktober 1997 werd bij wet van 25 mei 1999 uitgevoerd door een artikel 23bis in de W.P.H.C. in te lassen.

Artikel 23bis, dat de richtlijnbeperkingen zonder meer overneemt, luidt als volgt :

"§ 1 Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze :

- 1. niet misleidend is in de zin van artikel 23, 1° tot 5° van onderhavige wet,*
- 2. producten of diensten vergelijkt die in dezelfde behoefte voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd,*
- 3. op objectieve wijze één of meer wezenlijke relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze producten en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, met elkaar vergelijkt,*
- 4. er niet toe leidt dat op de markt de adverteerder met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, producten of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward,*
- 5. niet de goede naam schaadt of zich niet kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, producten of diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent,*

6. voor producten met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming,
7. geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongbenamingen van concurrerende producten,
8. niet producten of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van producten of diensten van een beschermd handelsmerk of beschermde handelsnaam.

§ 2 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 in voorkomend geval, vermelden dat de speciale aanbieding loopt zolang de voorraad strekt of de diensten kunnen worden geleverd.

§ 3 Verboden is elke vergelijkende reclame die de voorwaarden gesteld in de § 1 en 2 niet eerbiedigt."

De oude bepaling van artikel 23, 7° (van de wet van 24 juli 1991) - de bepaling i.v.m. het zonder noodzaak identificeren van andere verkopers - blijft van kracht, o.m. wanneer niet wordt vergeleken of wordt vergeleken met een niet-concurrent (STUYCK, J., "Recente wetswijzigingen inzake handelspraktijken", T.B.H., 2000, 40).

Misleidende en denigrerende vergelijkende reclame blijft verboden ; om toelaatbaar te zijn moet vergelijkende reclame objectieve, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken vergelijken.

Belangrijk is de toelaatbaarheid thans van de prijsvergelijking.

3. Terzake was de Europese Commissie van oordeel dat het verbod op vergelijkende reclame van de reglementering der Europese octrooigemachtigden strijdig was met de concurrentieregels (de octrooigemachtigden kregen één jaar overgangperiode van de Commissie om hun reglement aan te passen).

Hier dient er op gewezen dat de beslissing van de Europese Commissie (1999/267/EG - zaak IV/36.147-EPI Gedragscode van 7 april 1999) door de betrokken beroepsorganisatie bestreden wordt voor het gerecht van eerste aanleg te Luxemburg en derhalve gaat het geenszins om een definitieve beslissing en evenmin om definitieve rechtsregels.

Voor een genuanceerde studie verwijs ik U naar de publicatie van Harold Nyssens, referendaris bij het gerecht van eerste aanleg van de Europese Unie : Concurrence et ordres professionnels : les trompettes de Jericho sonnent- elles ?, T.B.H., 1999, 475.

In dat verband verwijs ik naar G. Straetmans, "De vernieuwde wet op de handelspraktijken, een eerste analyse", waar juist de kwestie van de vergelijkende reclame en de beleidsruimte voor de lidstaten wordt onderzocht (R.W., 1999-2000, 692).

Daaruit blijkt dat de lidstaten ook na de richtlijn die omgezet moest zijn voor 23 april 2000 een verbod op vergelijkende reclame kunnen handhaven of introduceren voor bepaalde goederen of diensten indien dit rechtstreeks wordt opgelegd door een instantie of organisatie die bevoegd is om de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit, of een vrij beroep te reguleren.

De richtlijn houdt volgens deze auteur helemaal geen verplichtingen in om de vergelijkende reclame voor deze goederen of diensten toe te staan.

Vermits de raden van de Ordes het ontwerp reglement op de publiciteit hebben goedgekeurd, kan ervan uitgegaan worden dat de bevoegde regulerende overheid de vergelijkende reclame heeft uitgesloten voor advocaten, wat in overeenstemming is volgens deze auteur met de richtlijn zelf.

Deze maatregel moet wel in overeenstemming zijn met de verdragsbepalingen, inzonderheid met de "rule of reason".

Deze regel, de "rule of reason", wordt duidelijk in de bijdrage van referendaris Nyssens uiteengezet, waar ook de bewegingsruimte, die de ordinale overheden hebben op het gebied van de beoordeling van het deontologisch minimum aan de orde wordt gesteld.

4. Het kader waarin het reglement op de publiciteit moet gesitueerd en geïnterpreteerd worden, is aldus geschetst, en, zoals gebleken is, situeert het zich in de stand van rechtspraak en rechtsleer van voor de toelating van de vergelijkende reclame voor handelaren c.q. verkopers.

Dat houdt m.i. ook in dat de regels die aan handelaren c.q. verkopers (noodzaak-vereiste, vereisten van artikel 23bis W.H.P.C.) beperkingen opleggen a fortiori zullen gelden voor de advocaten.

Dit houdt ook in dat in principe reeds de enkele referentie in publiciteit naar een ander advocaat onrechtmatig moet genoemd worden (DE VROEDE, o.c., R.C.J.B., 1987, 38, nr 7).

De kwestie van de "noodzaak" een concurrent te vermelden, zou maar kunnen onderzocht worden uitgaande van de uitzonderingen aanvaard voor de tot standkoming van artikel 20, 2° in fine van de wet van 14 juli 1971, voor zover een vergelijking mogelijk is, vermits, vanzelfsprekend de advocaten niet onder deze wetgeving vallen : de verdediging bij een aanval op betrokken publiciteitvoerend advocaat, wanneer de referentie naar andere advocaten al dan niet bij naam genoemd noodzakelijk is als enig middel om het dienstaanbod verstaanbaar te maken aan het publiek, of op generieke wijze door vergelijking met de diensten van concurrenten, hun methodes en werkwijze in het algemeen. Voorzichtigheid is echter geboden omdat het verbod van vergelijkende reclame tevens een deontologische regel is.

Rechtspraak over de vraag of een vergelijking aanwezig is, en in hoeverre identificatie van de concurrent of groepen concurrenten mogelijk is (eventueel door de publicitaire slogan

zelf, door het systeem van dienstverlening, of de dienstverlening zelf, door het (beperkt) aantal van dienstverleners actief in de geografische omschrijving of in de betrokken specialiteit) blijft hier dus relevant (DE VROEDE, ib., nr 11 tot 22 ; die uit het feit dat de publiciteit een vergelijking moet inhouden om onder de regel van de noodzakelijkheid te vallen, afleidt dat artikel 20, 2° (oud) niet van toepassing is indien de aankondiging het publiek enkel aanzet tot vergelijking - een mening die aan de concrete omstandigheden van elk geval zal moeten getoetst worden).

Een vergelijking moet niet altijd expliciet voorkomen in de reclameboodschap, een impliciete verwijzing naar de concurrenten volstaat (ib., nr 14).

5. Daarbij weze herinnerd aan de rechtspraak die stelt dat de stakingsrechter, in het kader van het onderzoek naar misleidende publiciteit, rekening kan houden met de bijzondere situatie van bepaalde categorieën van gebruikers en van de noodzaak hen bijzonder te beschermen, een aanwijzing zeker van toepassing in de markt van de juridische dienstverstrekkers aan een groot en veelal niet ingewijd publiek (Cass., 12 oktober 2000, J.L.M.B., 2001, 188, noot V.-V. Dehin).

En aan een recent arrest van het Brusselse Hof, waar een persoonlijk en vertrouwelijk schrijven i.v.m. een geschil met een vroegere vennoot van een accountantsbureau aan haar cliënt, als reclame, en ingevolge onjuistheden in die brief, als misleidende reclame wordt bestempeld (Brussel, 7 november 2000, A.J.T., 2000-2001, 420).

6. Hoofdens artikel 2 van het reglement mag een advocaat niet aan vergelijkende publiciteit doen. Dit verbod wordt, volgens de toelichting, gegrondvest op de confraterniteitsregel :

"Gezien de advocaat de deontologische plicht heeft om, in het belang van de cliënt en van een goede rechtsbedeling, te streven naar minnelijke oplossingen, dient hij steeds de vereisten van de confraterniteit in acht te nemen, zodat zijn publiciteit geen inbreuk maakt op het streven van advocaten naar een onderlinge verhouding die berust op welwillendheid en vertrouwen."

Advocaten zijn, meer dan handelaars of leveranciers van diensten allerhande, aangewezen op samenwerking, overleg en onderhandeling met beroepsgenoten, omdat het verkieslijk is dat de zaken van hun cliënten geregeld worden door onderling overleg en schikking i.p.v. kostelijke en tijdrovende procedures.

Schikkingen worden ten eerste bevorderd wanneer tussen de beroepsgenoten er een sfeer heerst van welwillendheid en vertrouwen - de Nederlandse definitie van de term confraterniteit.

Het mogelijk voordeel dat het publiek zou kennen bij de thans fel gereguleerde en beperkte mogelijkheid voor verkopers van diensten om aan vergelijkende reclame te doen, weegt niet op tegen de nadelen die dergelijke praktijk kan berokkenen aan de confraterniteitsgedachte, en de daaraan beantwoordende ingesteldheid tot minnelijke regeling.

7. De toelichting verklaart verder :

"De advocaat mag zich in zijn publiciteit wel onderscheiden van andere advocaten in het algemeen, maar vergelijkingen met andere bij naam aangeduide advocaten, of met advocaten die door de gebruikte termen identificeerbaar zijn, zijn uit den boze."

Geplaatst in het hoger beschreven kader van de reeds voor handelaars geldende regels, houdt de regel van artikel 2 van het reglement in, dat enige vergelijking, begrepen als referentie naar andere advocaten onrechtmatig zal zijn, met mogelijk in zeer uitzonderlijke gevallen van strikte noodzaak de uitzonderingen hoger beschreven onder punt 4.

Vergelijking hangt mede af van de vraag of de identificatie van diegene(n) met wie vergeleken wordt, mogelijk is.

De rechtspraak toont een gevarieerde casuïstiek van dergelijke gevallen (in handelsconflicten), waaruit blijkt dat het terrein bijzonder glibberig is, en dat wat voor de een vergelijking met een identificeerbaar handelaar of groep betekent, voor de andere dat niet is.

Commentaren op deze rechtspraak in de rechtsleer vertonen een gelijke onzekerheid en uiteenlopendheid. Over het algemeen dient men dan nog het gezichtspunt van het niet-ingewijd publiek als doelgroep van de (meeste) reclame in te nemen.

In uw voorbeeld blijkt duidelijk vergelijkende reclame aanwezig, zo men het "waarschijnlijk" weg laat.

Elke advocaat of advocatengroepering in de regio die aan bemiddeling in familiezaken doet, zou zich terecht geïrriteerd voelen.

Ook met het waarschijnlijk hebben wij m.i. nog steeds met impliciet vergelijkende reclame te maken. Daar doet niet van af dat de mogelijkheid open gelaten wordt (hoewel deze eventualiteit als "onwaarschijnlijk" wordt voorgesteld) dat ergens in de regio iemand anders een dergelijk bijzondere expertise in huis heeft.

Dit lijkt niet toegelaten. Onderscheiden is zich publicitair uiten op een andere wijze dan andere advocaten, één van de basisbeginselen van elke goede marketing. Vergelijken met anderen is daarentegen m.i. niet noodzakelijk, noch gewenst, noch, zoals gezegd, toegelaten.

Jo STEVENS

Bestuurder departement deontologie