

Vergaderjaar 2000–2001

27 619

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)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

1. Achtergrond en voorgeschiedenis van het onderwerp

De toelaatbaarheid van vergelijkende reclame is in Nederland en in andere landen van de Europese Unie jarenlang een punt van fundamentele discussie geweest. Het gaat immers om zakelijke en principiële belangen die vaak diametraal tegenover elkaar staan. Bij vergelijkende reclame gaat het niet alleen om een aanprijzing van het eigen bedrijf of product maar ook om een aanprijzing van het eigen bedrijf of product met behulp van een vergelijking tussen het aangeprezen bedrijf of product met een concurrerend bedrijf of product. Aan de ene kant staat het belang van een zo groot mogelijke concurrentievrijheid dat gediend is bij een volledige en juiste berichtgeving aan de consument door de adverteerder omtrent de eigenschappen of zelfs voordelen van zijn onderneming, product of dienst ten opzichte van die van een andere ondernemer. Aan de andere kant is een belang gemoeid met optreden tegen onjuiste en onvolledige berichtgeving en tegen het te gemakkelijk profiteren van merk- of naamsbekendheid en van goodwill opgebouwd door de concurrent met wiens bedrijf of product is vergeleken.

Tussen deze belangen is op het niveau van de Europese Unie thans een afweging gemaakt. Deze afweging komt erop neer dat de voordelen verbonden aan juiste en niet misleidende vergelijkende reclame de doorslag hebben gegeven. Vergelijkende reclame is op grond van 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 290/18 van 23 oktober 1997), in beginsel toelaatbaar te achten. Daarmee is deze richtlijn (hierna: de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame) tevens een uitdrukking van erkenning van een fundamenteel consumentenrecht: het recht op voorlichting. Dat recht vormt een belangrijke doelstelling van het communautair consumentenbeleid. Reclame wordt algemeen erkend als een belangrijk middel om de consument te informeren en hem zo in staat te stellen een (geïnformeerde) keuze te maken uit een steeds gevarieerder aanbod van goederen en diensten. Niettemin is aan deze vorm van reclame een aantal in Europees verband geharmoniseerde grenzen gesteld die zowel het belang van de consument en het publiek in het

algemeen, als het belang van de concurrent, met wie of met wiens producten of diensten wordt vergeleken, beogen te beschermen. In de overwegingen van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame is teruggegrepen naar een resolutie van de Raad van 14 april 1975 waarin het recht op voorlichting van de consument onder de fundamentele rechten van de consument wordt geschaard en een resolutie van de Raad van 19 mei 1981, waarin wordt verklaard dat vergelijkende reclame, die aan zekere voorwaarden voldoet, een gewettigd middel kan zijn om de consumenten over hun voordelen voor te lichten. In de zesde overweging van richtlijn nr. 84/450/EEG (PbEG L 250/17 van 19 september 1984; hierna: richtlijn-1984) is bepaald dat na harmonisatie van de nationale bepalingen inzake bescherming tegen misleidende reclame in een tweede stadium, op basis van passende voorstellen, zonodig de vergelijkende reclame moet worden geregeld. Het was niet mogelijk gebleken het onderwerp van de vergelijkende reclame in dit eerste stadium, dat was ingeleid door het indienen door de Commissie bij de Raad voor een richtlijnvoorstel betreffende de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende en oneerlijke reclame (PbEG C 70/4 van 21 maart 1978), te regelen. De richtlijn-1984 draagt lidstaten op misleidende reclame te verbieden in het belang van consumenten, concurrenten en het publiek in het algemeen. De lidstaten moeten zorgdragen voor passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van misleidende reclame. De richtlijn-1984 legt minimumnormen vast aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een reclame-uiting toelaatbaar is.

Omtrent de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame heeft zich in de Nederlandse maar ook de buitenlandse literatuur een intensieve discussie afgespeeld (vergelijk voor een overzicht van de voor- en tegenstanders in Nederland: Praktijkboek Reclame- en Aanduidingenrecht, losbladig, IID.12 e.v., Kluwer – Deventer; D.W.F. Verkade, Misleidende reclame, Monografieën Nieuw BW, B49, Kluwer – Deventer – 1992 en M.P.J. Ruypers/R.P.J.L. Tjittes, Vergelijkende reclame in Europees perspectief, IER 1993 p. 33). In de discussie is ook uitgebreid stilgestaan bij de vraag in hoeverre de bestaande regels inzake het recht op merken (de Benelux-Merkenwet) en handelsnamen (de Handelsnaamwet) en eventueel andere onderscheidingsstekens kunnen worden ingeroepen teneinde vergelijkende reclame waarin die tekens worden genoemd, te verhinderen. Over die kwestie heeft de lagere rechter zich regelmatig gebogen. Daaruit valt te concluderen dat aan het gebruik van andermans merken en andere onderscheidingsstekens in vergelijkende reclame in Nederland in juridisch opzicht risico's zijn verbonden, in die zin dat een beroep op inbreuk op merkrecht spoedig aan de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame in de weg blijkt te staan. Op het gebied van het merkenrecht is inmiddels een vergaande harmonisatie tussen de wetgevingen van de lidstaten bereikt door de Eerste richtlijn nr. 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (richtlijn betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, PbEG L 40/1 van 11 februari 1989). Door de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame is, gezien de principiële keuze dat vergelijkende reclame in beginsel toelaatbaar is en de lijst van voorwaarden die aan vergelijkende reclame worden gesteld, meer duidelijkheid over de verhouding met het merkenrecht gekomen. Op de verhouding met het merkenrecht is in de overwegingen (14) en (15) van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame ingegaan, in die zin dat vergelijkende reclame die voldoet aan de eisen die de richtlijn daaraan stelt, niet door een beroep op het merkenrecht kan worden verboden.

De Nederlandse rechter heeft zich in principe reeds uitgesproken ten faveure van toelaatbaarheid van vergelijkende reclame. In Hoge Raad 29 maart 1985, NJ 1985, 591 (Pokon/Substral) wordt gesproken van «andere en strengere» normen die de vergeleken concurrent beschermen tegen mededelingen in de concurrentiestrijd waarin de concurrent of zijn

product afbrekend worden besproken of bij zijn reputatie wordt aangehaakt. Dat is ook het uitgangspunt van de zelfreguleringsnormen die zijn opgesteld in het kader van de Stichting Reclame Code. In die normen worden voorwaarden gesteld aan vergelijkende reclame. Vergelijkende reclame die niet aan de voorwaarden voldoet, wordt geacht de concurrentie te verstoren, consumenten schade te berokkenen en consumenten negatief te beïnvloeden en te misleiden. Samenvattend kan worden gesteld dat de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame voor de Nederlandse situatie gelet op de stand van de rechtspraak geen fundamentele wijzigingen brengt, maar wel meer klaarheid biedt omtrent de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan. Tijdens het onderhandelingsproces over de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame heeft Nederland de stelling betrokken dat het de voorkeur heeft voor regeling van afzonderlijke onderwerpen op het gebied van reclame. Aan een alomvattende, «horizontale» regeling op Europees niveau van de oneerlijke of ongeoorloofde reclame bestaat geen behoefte. Deze stellingname is ook tot uitdrukking gebracht in de reactie van de Nederlandse regering op het Groenboek van de Europese Commissie inzake Commerciële communicatie in de interne markt (8 mei 1996, COM(96) 192def). Waar knelpunten worden gesignaleerd zal moeten worden gezien of deze knelpunten hun oorsprong vinden in nationale overwegingen van algemeen belang en of de uit deze overwegingen voortvloeiende maatregelen proportioneel zijn. Niet gerechtvaardigde handelsbelemmeringen dienen te worden voorkomen of te worden opgeheven. Vervolgens moet worden gezien of de markt zelf een oplossing voor deze knelpunten kan vinden via zelfregulering. Pas wanneer voor de oplossing van het probleem optreden op Europees niveau noodzakelijk is, kan communautaire regelgeving opportuun zijn. De richtlijn misleidende en vergelijkende reclame is een voorbeeld van een regeling op een afzonderlijk gebied van de reclame en past derhalve in het door Nederland voorgestane beleid op reclameterrein. De uitkomst van de onderhandelingen zoals neergelegd in deze richtlijn, schept meer duidelijkheid omtrent de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan. De bij reclame betrokkenen (adverteerders, consumenten, bedrijfsleven, media) zijn daarbij gebaat. Tegelijkertijd kan ten volle worden geprofiteerd van de positieve effecten die vergelijkende reclame heeft als middel tot voorlichting van de consument en als wapen in de concurrentiestrijd, waarmee het aanbod van producten en diensten transparanter en informatiever wordt.

2. Doelstellingen van de richtlijn

Met de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame is een aantal doelstellingen beoogd. De richtlijn is in de eerste plaats gericht op de voltooiing en de goede werking van de interne markt. Tussen de lidstaten bestonden grote verschillen met betrekking tot regelgeving omtrent vergelijkende reclame. Sommige lidstaten verbieden vergelijkende reclame, in andere is het – al dan niet onder voorwaarden – toegelaten. Door de snelle technologische ontwikkelingen, die leiden tot een toename van grensoverschrijdende massamedia en een toenemend verkeer van goederen en diensten, heeft reclame een meer en meer interstatelijke dimensie gekregen en kan vergelijkende reclame in die zin als een belangrijk marketinginstrument fungeren. Reclame reikt over de grenzen heen en dringt door op het grondgebied van andere lidstaten. Verschillen tussen regelgeving, met name als het gaat om de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame, kunnen het vrij verkeer van goederen en diensten belemmeren, bijvoorbeeld omdat ondernemingen bloot kunnen staan aan door concurrenten ontwikkelde reclamevormen waartegen zij zich niet met gelijke middelen kunnen weren. Voorts kunnen consumenten profiteren van de mogelijkheden die vergelijkende reclame biedt vanuit het oogpunt

van vergroting van doorzichtigheid van de markt en van informatie omtrent kwaliteit, hoedanigheid, afkomst en eigenschappen van goederen en diensten. De consument kan meer inzicht verkrijgen in het aanbod doordat goederen en diensten op wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve wijze worden vergeleken. Dit belang is ook onderkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het Hof heeft het belang van vergelijkende reclame als informatiebron onderstreept en verklaard dat handelsbelemmerende nationale regelingen die de consument bepaalde informatie ontzeggen niet kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op dwingende regels van consumentenbescherming (Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 7 maart 1990, zaak C-362/88, Jur. 1990, p. I-667, GB-Inno-BM). De richtlijn zal voorts leiden tot wettelijke bepalingen in nationale wetgeving die van toepassing zijn ongeacht de woon- of vestigingsplaats van de adverteerder(s). Ze zullen op alle marktdeelnemers van toepassing zijn en hebben zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed op de aanbieding, verrichting en verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten (Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Jur. 1993-I, p. 6097, Keck en Mithouard). Tenslotte kan vergelijkende reclame een stimulans vormen voor concurrentie tussen leveranciers van goederen en diensten. Door vergelijkende reclame kan het publiek worden gewezen op voordelen van het product van het ene bedrijf ten opzichte van bijvoorbeeld de goederen of diensten van andere bedrijven. De Europese Commissie verwacht hiervan een ontwikkeling ten goede ten behoeve van consumenten en van innoverende en ondernemende bedrijven (COM(91) 147 def. van 21 juni 1991 p. 9; zie ook overwegingen (2) en verder van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame).

3. Samenvatting van opzet en inhoud van de richtlijn

De richtlijn misleidende en vergelijkende reclame behelst een aantal wijzigingen van de titel van en artikelen uit de richtlijn-1984. Aldus wordt aangesloten bij de structuur en opzet van een bestaande richtlijn die reeds is uitgevoerd in de lidstaten. In Nederland heeft de richtlijn-1984 niet tot wetgeving geleid aangezien de bestaande wettelijke bepalingen inzake misleidende reclame (artikelen 1416a-c van het Burgerlijk Wetboek-oud) geheel in overeenstemming waren met de richtlijn. Deze artikelen zijn thans artikelen 194–196 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

De richtlijn misleidende en vergelijkende reclame bevat kort weergegeven de volgende bepalingen.

Artikel 1 lid 1 bevat een wijziging van de titel van de richtlijn-1984.

Artikel 1 lid 2 bevat een aanvulling van de reikwijdte en het doel van de richtlijn-1984, zoals neergelegd in artikel 1 van die richtlijn.

Artikel 1 lid 3 bevat een definitie van het begrip «vergelijkende reclame», te weten «elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd».

De definitie van vergelijkende reclame is ingevoegd als punt 2bis in artikel 2 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame. Reclame valt in dit verband te beschouwen 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 verplichtingen» (zie artikel 2 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame).

De definitie van vergelijkende reclame zal worden overgenomen in de wetgeving.

Artikel 1 lid 4 bevat een nieuw artikel 3bis, inhoudende de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame, wat de vergelijking betreft, is toegestaan. Voor zover het de vergelijking betreft, dient vergelijkende reclame ook te voldoen aan de eisen die de richtlijn-1984 reeds stelde. Aan deze eisen moet cumulatief zijn voldaan. Artikel 3bis, lid 2 bevat een specifieke regel voor speciale aanbiedingen. In de lijst met voorwaarden wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met het noemen van of verwijzen naar merken en handelsnamen.

Artikel 3bis, leden 1 en 2, dat nauwkeurig de voorwaarden opsomt waaraan deze vorm van reclame dient te voldoen, zal worden overgenomen in de wetgeving.

In *artikel 1 leden 5 en 6* wordt bepaald dat de lidstaten dienen zorg te dragen dat een stelsel van passende en doeltreffende sancties ter bestrijding van ongeoorloofde vergelijkende reclame ter beschikking staat, ook ten aanzien van organisaties die een rechtmatig belang hebben bij het verbieden van misleidende reclame of het reguleren van vergelijkende reclame. Tot de sancties die de richtlijn voorschrijft behoren een bevel tot staking van ongeoorloofde reclame en een verbod van publicatie van nog niet onder het publiek gebrachte reclame. Deze bepalingen zijn slechts bedoeld om de toepasselijkheid van eerdere bepalingen in de richtlijn-1984 op vergelijkende reclame tot uitdrukking te brengen.

Artikel 1 lid 7 bepaalt dat vrijwillig toezicht ook op vergelijkende reclame van toepassing kan zijn. Aan vrijwillig geregeld toezicht op reclame worden geen belemmeringen gesteld, mits uiteindelijk maar een beroep op een gerechtelijke of administratieve instantie openstaat. Dezelfde benadering derhalve als die reeds in de richtlijn-1984 was gekozen.

Artikel 1 lid 8 regelt dat de adverteerder bewijzen aandraagt voor de materiële juistheid van de feitelijke gegevens in de reclame, indien althans die eis passend lijkt, met inachtneming van de rechtmatige belangen van de adverteerder en van elke andere partij bij de procedure. In geval van vergelijkende reclame kan worden geëist dat de adverteerder dergelijke bewijzen binnen een korte termijn aandraagt.

Deze laatste bepaling is nieuw en vereist aanpassing van de wetgeving.

Artikel 1 lid 9 bevat tenslotte een belangrijke aanvulling op artikel 7 van de richtlijn-1984. Artikel 7 bepaalde in het algemeen dat deze richtlijn voor misleidende reclame een minimumharmonisatie bevat. Voor vergelijkende reclame, aldus artikel 7, lid 2, geldt thans evenwel een totale harmonisatie, althans waar het de vergelijking betreft. Dit is ook tot uitdrukking gebracht in overweging (18) van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame. Lidstaten mogen voor vergelijkende reclame geen verdergaande bescherming regelen van de consument, van personen die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep uitoefenen, en het publiek in het algemeen. Dat laat overigens onverlet de mogelijkheid dat een lidstaat tegen ongeoorloofde vergelijkende reclame strengere sancties ter beschikking stelt in zijn nationale wetgeving dan de richtlijn voorschrijft. Aan communautaire regelgeving betreffende reclame voor specifieke goederen of diensten of betreffende reclame in specifieke media doet de richtlijn niets af.

Op grond van artikel 7, lid 4, wordt het de lidstaten voorts toegestaan reclameverboden voor bepaalde goederen of diensten te handhaven of te introduceren, voor zover het betreft verboden die rechtstreeks dan wel via een instantie of organisatie die volgens de wetgeving van de lidstaten bevoegd is om de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een vrij beroep te reguleren, worden opgelegd. Lidstaten zijn, voor die goederen of diensten, op grond van de richtlijn niet verplicht vergelijkende reclame toe te staan. Als het reclameverbod beperkt is tot bepaalde media, is de richtlijn evenwel van toepassing op de media waarvoor het verbod niet geldt. Een zekere vrijheid voor lidstaten om regels te handhaven of te introduceren voor vergelijkende reclame voor beroepsmatige dienstverlening, al dan niet beperkt tot speci-

fieke media, is geregeld in artikel 7, lid 5. Een lidstaat is ook bevoegd tot een verbod of beperking van het gebruik van vergelijkingen in reclame voor beroepsmatige dienstverlening, terwijl een dergelijk verbod of dergelijke beperking niet afhankelijk is van een (algemeen) reclameverbod voor deze dienstverlening.

Artikel 2 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame draagt de Europese Commissie op dat zij nagaat of effectieve middelen voor de behandeling van grensoverschrijdende klachten over vergelijkende reclame vastgesteld kunnen worden. Daartoe zal de Commissie binnen achttien maanden na inwerkingtreding van de richtlijn verslag doen van haar bevindingen. De Commissie heeft aanvankelijk verklaard voornemens te zijn dit verslag zo ver mogelijk tegelijkertijd in te dienen met het verslag over de klachtenstelsels zoals bedoeld in artikel 17 van richtlijn (EG) nr. 97/7 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten. In het Actieplan voor het consumentenbeleid 1999–2001 (Mededeling van de Commissie van 1 december 1998, COM(1998) 696 def.) heeft de Commissie aangekondigd dat zij onderzoek zal doen naar grensoverschrijdende klachten in de vergelijkende reclame en daarover verslag zal uitbrengen (p. 20).

Artikel 3 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame bevat standaardbepalingen over de termijnen waarbinnen lidstaten aan deze richtlijn dienen te voldoen. De richtlijn dient uiterlijk 30 maanden na bekendmaking ervan in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen te zijn uitgevoerd in nationale wetgeving. Dat betekent dat de wetgeving tot uitvoering uiterlijk op 23 april 2000 in werking diende te treden.

Artikel 4 van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn is gericht tot de lidstaten.

4. Wijze van uitvoering van de richtlijn

a. Algemeen

In de Nederlandse wetgeving zijn regels omtrent misleidende reclame neergelegd in de artikelen 194–196 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 194 sub j van Boek 6 houdt in dat sprake is van onrechtmatig handelen wanneer een reclamemededeling in een of meer opzichten misleidend is ten aanzien van de vergelijking met andere goederen of diensten. Deze bepaling veronderstelt dat vergelijkende reclame in beginsel toelaatbaar is. Artikel 195 bevat regels omtrent de bewijslast terzake van de juistheid en volledigheid van de gegevens die in de reclame-uiting zijn vervat. Artikel 196, eerste lid, bevat regels over voordeelingen die toekomen aan diegene die door de misleidende reclame schade heeft geleden of dreigt te lijden.

De grenzen waarbinnen vergelijkende reclame toelaatbaar is, worden in de praktijk door de rechter bepaald. Het is betrekkelijk onzeker waar op dit moment precies de grenzen liggen. In het hiervoor aangehaalde Pokon/Substral-arrest uit 1985 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat voor individuele vergelijkende reclame, waarvan ook sprake kan zijn in gevallen waarin het publiek het vergeleken (anonieme) product voor een bepaald merkproduct zal houden of als het publiek de reclame zal betrekken op het product van de concurrent, «andere en strengere» normen gelden dan voor andere vormen van reclame. Welke die andere en strengere normen precies zijn, heeft de Hoge Raad niet aangegeven maar aangenomen mag worden dat deze onder meer betrekking hebben op een hogere mate aan zorgvuldigheid die bij vergelijkende reclame gevegd wordt en op de regels van het merkenrecht. Ook volgens de normen die worden toegepast in het kader van het vrijwillig toezicht op reclame, namelijk op grond

van de Nederlandse Reclame Code(s), wordt uitgegaan van de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame, zij het dat daaraan een aantal meer precieze voorwaarden wordt gesteld.

De richtlijn verschaft over de voorwaarden voor toelaatbaarheid van vergelijkende reclame meer duidelijkheid en zekerheid. Het ligt voor de hand dat bij omzetting van de bepalingen van de richtlijn aansluiting is gezocht bij de bestaande regeling over misleidende reclame in de artikelen 194–196 Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, waar ook thans reeds met vergelijkende reclame wordt rekening gehouden.

b. Verhouding met merken en andere onderscheidingsmiddelen

Belangrijk punt van discussie tijdens het totstandkomingsproces van de richtlijn was de verhouding tot de rechten op merken en handelsnamen en andere onderscheidingstekens, met name oorsprongsbenamingen en geografische aanduidingen. Wat betreft het merkenrecht is sprake van harmonisatie als gevolg van richtlijn 89/104/EEG. Aangezien, zoals tot uitdrukking gebracht in overweging (14) bij de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, het bij vergelijkende reclame noodzakelijk kan zijn de producten of diensten van een concurrent aan te duiden door melding van te maken van het merk of de handelsnaam van de concurrent, is van onrechtmatig gebruik van een merk in de zin van richtlijn 89/104/EEG volgens overweging (15) bij de richtlijn geen sprake bij vergelijkende reclame die voldoet aan de voorwaarden van deze laatste richtlijn. Aldus is de samenhang tussen beide EG-regelingen tot uitdrukking gebracht. Wat betreft gevallen waarin sprake is van het noemen van een handelsnaam geldt dat daarvoor geen bijzondere voorziening nodig is. De wijze waarop de wetgeving en rechtspraak thans voorzien in bescherming van een handelsnaam, staat niet in de weg dat in vergelijkende reclame die voldoet aan de voorwaarden die de richtlijn stelt een handelsnaam van een concurrent genoemd mag worden. Voorts moet worden rekening gehouden met de bescherming van oorsprongsbenamingen en geografische aanduidingen, zoals met name neergelegd in Verordening (EEG) Nr. 2081/92 van de Raad van 14 juli 1992 (Publ.EG L 208/1 van 24 juli 1992) inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen. De Verordening verbiedt in artikel 13 – kort gezegd – elk ongeoorloofd gebruik van de benaming. De richtlijn maakt vergelijkende reclame met deze benamingen mogelijk, maar slechts voorzover het producten betreft met dezelfde benaming. Tenslotte is van belang het auteursrecht in de gevallen waarin in vergelijkende reclame wordt verwezen naar de resultaten van vergelijkende waren- of dienstenonderzoeken. In het oorspronkelijk voorstel van de Commissie was bepaald dat voor dergelijk verwijzen toestemming nodig was van degene die de test had uitgevoerd. De definitieve versie van de richtlijn verwijst in overweging (10) slechts naar de internationale overeenkomsten inzake auteursrecht alsmede de nationale bepalingen inzake contractuele en niet-contractuele aansprakelijkheid.

c. Regels voor bepaalde goederen of diensten en voor het vrij beroep

De richtlijn laat lidstaten voorts de vrijheid bijzondere regels te handhaven of te introduceren voor bepaalde goederen of diensten. In artikel 7 lid 4 is neergelegd dat lidstaten die, met inachtneming van de verdragsbepalingen, een reclameverbod handhaven of introduceren voor bepaalde goederen of diensten, niet verplicht zijn vergelijkende reclame toe te staan. Wel kunnen zij het verbod beperken tot bepaalde goederen of diensten. Het doet er niet toe of dat verbod rechtstreeks wordt opgelegd, dus op grond van de wet, dan wel wordt opgelegd door een instantie of organisatie die volgens de nationale wetgeving bevoegd is tot het reguleren van de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke

activiteit of een vrij beroep. Het gaat in deze bepaling derhalve om bijzondere reclameregels voor bepaalde goederen of diensten, zoals op grond van de bijzondere Code waaraan reclame voor geneesmiddelen wordt getoetst.

In artikel 7 lid 5 is neergelegd dat de richtlijn lidstaten niet belet om verbodsbepalingen of beperkingen voor vergelijkende reclame voor beroepsmatige dienstverlening te handhaven of te introduceren. Op grond van lid 5 hebben lidstaten een zekere vrijheid verboden of beperkingen op vergelijkende reclame te introduceren, waarbij de toepassing van die verboden of beperkingen beperkt kan zijn tot bepaalde media, zodat de richtlijn in dat geval betekenis heeft voor media die niet door het verbod of de beperking zijn getroffen. Ook kan op grond van lid 5 een verbod of beperking van toepassing worden verklaard op bepaalde goederen of diensten. Daarbuiten gelden de regels van de richtlijn. Ook in dit verband doet het er niet toe of het verbod rechtstreeks via de wet wordt opgelegd of via een organisatie of instelling die verantwoordelijk is voor het reguleren van de uitoefening van de beroepsactiviteit. Daaronder vallen dus, al dan niet door beroepsorganisaties opgestelde, bijzondere regels inzake reclame voor advocaten, notarissen, makelaars, gerechtsdeurwaarders, accountants, belastingadviseurs en anderen. Ten behoeve van deze groepen bestaat op zich niet de plicht bestaande reclameregels die vergelijkende reclame verbieden op grond van deze richtlijn af te schaffen, te wijzigen of te introduceren. Het is beleid om op dit terrein zoveel als mogelijk zelfregulering aan te moedigen, uiteraard binnen de grenzen van de wet, verdragen en de communautaire wetgeving. Dit uitgangspunt is ook te vinden in overweging (16) van de richtlijn.

In dit verband dient echter gewezen te worden op de beschikking van de Europese Commissie van 7 april 1999, inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (thans: artikel 81) naar aanleiding van de aanmelding van het Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau met het oog op het verkrijgen van een negatieve verklaring of, bij gebreke daarvan, een beschikking tot ontheffing van het kartelverbod (PbEG L 106/14 van 23 april 1999). Het Instituut heeft de Europese Commissie een gedragscode voorgelegd waarin onder meer regels over reclame voorkomen. Artikel 2 van de code schrijft voor dat vergelijking bij wege van reclame van de beroepsdiensten van een lid met die van een ander lid niet is geoorloofd. De Europese Commissie heeft hierover geoordeeld dat artikel 7 lid 5 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame niet voorziet in een automatische uitzondering voor door beroepsorganisaties opgestelde regels maar in de mogelijkheid voor lidstaten om dergelijke uitzonderingen in het leven te roepen of te handhaven. Ook een dergelijke uitzondering dient, aldus de Europese Commissie, te worden getoetst aan artikel 85 van het Verdrag. Van het verbod van vergelijkende reclame in artikel 2 van de code van het Instituut oordeelt de Commissie dat deze niet noodzakelijk is 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. De Europese Commissie heeft beschikt dat dit verbod tijdelijk van het verbod van artikel 85 lid 1 van het EG-Verdrag zal zijn vrijgesteld, namelijk tot 23 april 2000, de uiterste termijn voor de lidstaten om de noodzakelijke bepalingen vast te stellen om te voldoen aan de richtlijn. Deze periode is volgens de Europese Commissie toereikend te achten om de gemachtigden in staat te stellen zich geleidelijk aan te passen aan de nieuwe situatie.

Dit leidt tot de gevolgtrekking dat de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame ook van toepassing is op reclame voor diensten die door beroepsbeoefenaren worden geleverd en op regels die organisaties van beroepsbeoefenaren stellen terzake van de geoorloofdheid van reclame, in het bijzonder vergelijkende reclame. Deze beroepsorganisaties hebben

in beginsel niet de vrijheid te bepalen dat vergelijkende reclame door hun leden niet is toegelaten of aan strengere voorwaarden is gebonden dan de richtlijn toelaat. Voorbeelden van dergelijke regels doen zich onder meer voor in de advocatuur, het notariaat en de praktijk van octrooi- en merken-gemachtigden. De grondslag waarop deze organisaties de betreffende regels hebben opgesteld doet in beginsel niet ter zake. De Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft laten weten bij de toetsing van vergelijkende reclame-afspraken die geen grensoverschrijdende dimensies hebben, zich te zullen richten naar de opvatting van de Europese Commissie. Dat laat onverlet dat in het kader van bijzondere wetgeving terzake van de uitoefening van bepaalde beroepen de vraag kan rijzen of niet strengere wettelijke regels inzake vergelijkende reclame wenselijk zijn. Het Europees Verdrag en de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame laten daartoe op zich de ruimte. In het kader van deze wetgeving zal op die vraag evenwel niet worden ingegaan.

d. Zelfregulering

In de Nederlandse praktijk van het toezicht op reclame speelt zelfregulering een zeer belangrijke rol. Consumenten en ook anderen kunnen klagen bij de Reclame Code Commissie in geval van schending van de Nederlandse Reclame Code, met inbegrip van de bijzondere reclamecodes. De Reclame Code Commissie opereert in het kader van de Stichting Reclame Code waarin organisaties van adverteerders, bedrijfsleven, consumenten en media zijn vertegenwoordigd. Deze zelfregulering berust op overeenkomsten van (organisaties van) media, reclamebureaus, adverteerders en anderen, al dan niet ingebed in verenigings- of stichtingskader. De organisaties die in de Stichting participeren, zijn verplicht al hetgeen in hun vermogen ligt te doen om te bereiken dat alle ondernemingen die betrokken zijn bij het maken van reclame zich verplichten of worden verplicht op verantwoorde wijze reclame te maken en daarbij de Reclame Code en de aanbevelingen van de Code Commissie en het College van Beroep in acht te nemen. De Code Commissie en het College van Beroep achten hun bevoegdheid overigens niet beperkt tot die adverteerders of media die bij de Stichting Reclame Code zijn aangesloten. De Nederlandse Reclame Code bestaat uit een groot aantal regels (het algemeen deel van de Code en de bijzondere gedragsregels) waaraan de Code Commissie toetst. Kort gezegd kan iedere belanghebbende klagen over reclame-uitingen die niet voldoen aan de toepasselijke wettelijke normen en de eigen normen van de Code. Tot die regels behoren ook specifieke normen die op vergelijkende reclame betrekking hebben.

Van de beslissingen van de Code Commissie staat beroep open bij het College van Beroep. Het is mogelijk een aanbeveling van de Reclame Code Commissie of van het College van Beroep ter toetsing aan de burgerlijke rechter voor te leggen. De rechter is aan de aanbeveling niet gebonden maar kan daarmee rekening houden aangezien deze een uitdrukking vormt van wat in het sociaal-economisch verkeer leeft omtrent hetgeen uit een oogpunt van fatsoensnormen, mededinging en consumentenbescherming via reclame zorgvuldig of onzorgvuldig wordt geacht. De betrokken organisaties bevorderen dat aangeslotenen zich aan de aanbevelingen van de Reclame Code Commissie en het College van Beroep zullen houden. Het is aannemelijk dat een beroep op de betrekkelijk informele en goedkope rechtsgang bij de Code Commissie een intensief beroep op de gewone rechter voorkomt. Om die reden wordt zowel in overweging (16) van de richtlijn-1984 als overweging (16) van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame gesteld dat vrijwillig toezicht door zelfreguleringscolleges moet worden aangemoedigd. De Nederlandse praktijk voldoet reeds sedert vele jaren aan die aansporing.

De richtlijn brengt wat betreft de vrijheid om reclame-uitingen te toetsen in het kader van via zelfregulering opgestelde normen geen wijziging ten

opzichte van de situatie ontstaan door inwerkingtreding van de richtlijn-1984. Het staat de Reclame Code Commissie dan ook geheel vrij te blijven oordelen over gevallen van vergelijkende reclame die haar worden voorgesteld. Artikel 14 van de Reclame Code staat vergelijkende reclame toe, indien de vergelijking vergelijkbare producten betreft, betrekking heeft op alle relevante eigenschappen, niet misleidend is en niet nodeloos denigrerend is. Artikel 6 van de Milieureclamecode bepaalt dat als de aangeprezen producten impliciet of expliciet worden vergeleken met andere producten een dergelijke vergelijking op alle relevante milieu-aspecten van de vergeleken producten betrekking dient te hebben. Volgens de toelichting betekent dit dat de vergelijking op de meest wezenlijke punten volledig dient te zijn.

De Code is thans niet geheel gelijklopend met de gedetailleerde normen die de richtlijn bevat. Enerzijds lijken de voorwaarden van de Code verder te gaan (strenger te zijn), in andere opzichten weer minder ver. De Stichting Reclame Code heeft inmiddels laten weten dat de Code geheel in overeenstemming wordt gebracht met de bepalingen uit de richtlijn. Daar is des te meer aanleiding toe vanwege de verplichte aansluiting van de Nederlandse omroeporganisaties bij de Stichting Reclame Code. De Nederlandse wetgever is gehouden de voorwaarden over te nemen die de Europese wetgever aan vergelijkende reclame heeft gesteld. Mede gelet op het karakter van harmonisatie op grond van deze richtlijn, komt de Stichting Reclame Code en het College van Beroep geen vrijheid toe andere normen voor toelaatbaarheid van vergelijkende reclame te hanteren. De richtlijn misleidende en vergelijkende reclame laat lidstaten overigens alle ruimte tot behoud of introductie van systemen van zelfregulering op het gebied van toezicht op reclame. Vrijwillig toezicht op reclame, ook waar het gaat om reclame op televisie en radio, neemt in Nederland een belangrijke plaats in en de richtlijn bewerkstelligt dat die positie blijft gehandhaafd. De richtlijn laat het aan de nationale zelfreguleringsinstanties over om te bezien in hoeverre zij hun werkzaamheden kunnen coördineren via verenigingen of organisaties op communautair niveau om onder meer grensoverschrijdende klachten te behandelen. De gemeenschapswetgever heeft daarmee de betekenis erkend van de zogenaamde European Advertising Standards Alliance (EASA) bij procedures inzake grensoverschrijdende reclame. Bij deze organisatie zijn de voornaamste nationale zelfreguleringsorganisaties aangesloten, waaronder de Stichting Reclame Code. De EASA heeft tot doel ervoor te zorgen dat klachten over grensoverschrijdende reclame snel en doeltreffend worden behandeld. Dat kan erop neerkomen dat een nationale zelfreguleringsinstantie een zaak doorverwijst naar de instantie van een ander land.

e. Overgangsrecht

Het voorstel bevat geen bijzondere regels voor overgangsrecht. Van fundamentele wijzigingen van de stand van het recht is geen sprake. De nieuwe regels vormen in feite slechts een verduidelijking van wat op grond van algemene regels en rechtspraak in Nederland reeds gold. Daarom lenen de voorgestelde regels zich voor onmiddellijke werking (artikel 68a lid 1 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek).

f. Tijdstip van uitvoering

De richtlijn schrijft voor dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden op uiterlijk 23 april 2000. Het voorstel zal derhalve niet tijdig in werking treden. Materiële gevolgen zullen daaraan niet zijn verbonden. De stand van het nationale recht zoals dat op dit moment luidt, wijkt niet fundamenteel af van hetgeen de richtlijn voorschrijft. Voorts heeft de Nederlandse rechter alle ruimte de

bestaande toepasselijke nationale bepalingen inzake onrechtmatige daad en merkenrecht uit te leggen overeenkomstig de doelstellingen en voorschriften van de richtlijn.

6. Overleg en advisering

Reeds in 1983 heeft de staatssecretaris van Economische Zaken advies gevraagd aan de SER over de wenselijkheid van toelaatbaarheid van vergelijkende reclame. De SER Commissie voor Consumenten-aangelegenheden (SER/CCA) deelde toen de mening van de staatssecretaris dat goede vergelijkende reclame mogelijk moest zijn (SER/CCA-advies inzake informatieve waarde van reclame, SER-publicatie 86/16). Op 5 maart 1992 heeft de Staatssecretaris van Justitie, mede namens de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de Staatssecretaris van Economische Zaken, een adviesaanvraag gedaan aan de SER/CCA, over het voorliggende richtlijnvoorstel van de Europese Commissie met een aantal gerichte vragen. Het SER/CCA-advies (waarvan de voorbereiding in handen is gelegd van de Werkgroep Internationale Consumenten-aangelegenheden), werd op 3 september 1992 vastgesteld. Hoewel de SER/CCA op het standpunt stond dat goede vergelijkende reclame mogelijk moest zijn en dat het toepassingsgebied van de richtlijn met betrekking tot de verschillende soorten reclame voldoende duidelijk omlijnd was, is op een aantal punten niet tot een eensluidend advies gekomen. Het gaat dan om de (strengheid en mate van gedetailleerdheid van de) voorwaarden waaronder vergelijkende reclame moet worden toegestaan, de vraag onder welke voorwaarden het noemen van een merk of handelsnaam mag geschieden, onder welke voorwaarden naar (gegevens uit) een vergelijkend warenonderzoek mag worden verwezen en de vraag of de richtlijn het karakter van een totale harmonisatie danwel een minimum-harmonisatie moet dragen. Eenstemmigheid bestond omtrent de wenselijkheid dat ook op het terrein van de vergelijkende reclame de nodige ruimte voor zelfregulering aanwezig is, dat de richtlijn nationale regelingen ter zake van beperkingen tot het maken van reclame voor sommige diensten niet regardeert en dat de omkering van de bewijslast net als bij misleidende reclame in het algemeen ook voor vergelijkende reclame geldt.

Een voorontwerp is voorgelegd aan onder meer de Stuurgroep Reclame, de Bond van Adverteerders, de Stichting Reclame Code, de Beneluxvereniging voor Merken- en Modellengemachtigden, het VNO/NCW, de Consumentenbond, de Orde van Advocaten, het Nederlands Uitgeversverbond, de Koninklijke Notariële Beroepsvereniging, de Orde van Octrooigemachtigden en verschillende deskundigen. Met een aantal van hen is het voorontwerp besproken. Het voorontwerp is over het algemeen met instemming ontvangen. Met het ontvangen commentaar is bij het opstellen van dit voorstel rekening gehouden.

ARTIKELN

Inleiding

De richtlijn misleidende en vergelijkende reclame noopt tot een aantal aanpassingen in afdeling 4 van titel 3 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 194–196 inzake misleidende reclame). Aan de betreffende afdeling wordt een nieuw artikel 194a toegevoegd dat een opsomming bevat van de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan. De voorwaarden moeten worden gezien als het resultaat van het onderhandelingsproces in Brussel, zowel tussen lidstaten en Commissie als tussen lidstaten onderling, als tussen Raad, Commissie en Europees Parlement, waarin een evenwicht moest worden gevonden tussen wensen tot meer restrictieve voorwaarden en wensen tot minder

restrictieve voorwaarden. De richtlijn heeft een juist evenwicht gevonden tussen de noodzakelijke mate van gedetailleerdheid en de ruimte die aan de rechtspraak kan worden gelaten om rekening houdend met de omstandigheden van het geval tot een nadere invulling te komen. De invulling van de voorwaarden is echter in hoge mate aan de rechter voorbehouden. Het reclamerecht is nu eenmaal sterk casuïstisch van karakter; reclame is bij uitstek een gebied waar creativiteit van adverteerders en reclamebureaus kan gedijen. De rechter zal steun kunnen vinden bij eerdere uitspraken op dit terrein; dat geldt ook voor de zelfreguleringscolleges die op dit terrein actief zijn. De uitleg van de termen die in de richtlijn voorkomen, is uiteindelijk voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, die moet toezien op een uniforme invulling van die termen, door middel van de prejudiciële procedure van artikel 177 EG-verdrag (thans: artikel 234). Andere vormen van onrechtmatige reclame, zoals denigrerende of aanhakende reclame, worden niet aan deze afdeling maar aan het algemene artikel 162 van Boek 6 getoetst.

Artikel I, onderdeel A

Het opschrift van Afdeling 4, Titel 3, Boek 6 Burgerlijk Wetboek, zoals dat thans luidt (Misleidende reclame) dient te worden aangevuld, in die zin dat duidelijk wordt gemaakt dat deze afdeling ook ziet op vergelijkende reclame.

Artikel I, onderdeel B

In de eerste plaats dient artikel 194, sub j, Boek 6 Burgerlijk Wetboek te worden geschrapt. Deze bepaling bevat een voorbeeld van een geval waarin van misleidende reclame sprake kan zijn, namelijk ten aanzien van vergelijking met andere goederen of diensten. Deze bepaling is overbodig vanwege de opsomming van de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan, waaronder de voorwaarde dat de vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn.

Artikel 194a, eerste lid, Boek 6 Burgerlijk Wetboek

Dit artikellid bevat een definitie van vergelijkende reclame, rechtstreeks ontleend aan artikel 2 van de richtlijn. Het betreft een ruime definitie, waaronder ook gevallen worden begrepen die niet op het eerste gezicht als vergelijkende reclame in het gangbare taalgebruik gelden. Reclame valt in dit opzicht te beschouwen 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: zie artikel 2 lid 1 van de richtlijn. Reclame bevat een wervend aanbod, gericht tot een publiek. Wie zich in een brief richt tot een aantal mogelijke afnemers en daarin zijn of haar bedrijf of product vergelijkt met die van een ander bedrijf vergelijkende reclame.

Onder vergelijkende reclame in de zin van artikel 194a, eerste lid, valt in ieder geval individuele vergelijkende reclame. Bij individuele vergelijkende reclame gaat het in de regel om het daadwerkelijk noemen van namen of merken. Ook denkbaar is zogenaamde anonieme vergelijkende reclame waarbij de consument de anonieme vergelijking kan herleiden tot een bepaald goed, bepaalde dienst of bepaald bedrijf. Het is mogelijk om – in de zin van de richtlijn en dit wetsvoorstel – te vergelijken zonder merken of namen uitdrukkelijk te noemen, bijvoorbeeld het geval waarin met een naamloos product wordt vergeleken maar het publiek door de omstandigheden van het geval, zoals het bestaan van slechts een zeer gering aantal aanbieders op de markt, de reclame-uiting naar alle waarschijnlijkheid spoedig op het product van de naaste concurrent zal

betrekken (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 29 maart 1985, NJ 1985, 591, Pokon/Substral). De definitie omvat beide vormen. Een reclame-uiting die slechts betrekking heeft op het eigen bedrijf of het eigen product, zelfs als daarmee iets wordt gesuggereerd of medegedeeld over (kenmerken van) andere bedrijven of andere merken of handelsnamen («het allerbest», «voelt het best aan») is te onbepaald om onder de definitie te vallen. In zo'n geval valt de reclamemededeling niet meer te herleiden tot een concurrent. Uiteraard zijn de normen inzake misleidende reclame van toepassing.

Voorts kan het enkele noemen van andermans merk, naam of ander onderscheidingsmiddel, zonder daarbij tevens op enigerlei wijze inhoudelijk te vergelijken of anderszins een relatie te leggen met andermans goederen of diensten, onder vergelijkende reclame in de zin van dit voorstel worden begrepen. Dergelijke reclame zal echter niet spoedig voldoen aan de voorwaarden gesteld in artikel 194a, reeds vanwege het ontbreken van kenmerken aan de hand waarvan wordt vergeleken.

Een volgend geval betreft reclame waarin het merk, de naam of ander onderscheidingsmiddel van een ander wordt genoemd teneinde aan te duiden dat het eigen bedrijf in het bijzonder gekwalificeerd is om diensten te verrichten bijvoorbeeld ter reparatie of ter onderhoud van bepaalde waren of diensten of teneinde aan te duiden dat het eigen product geschikt is om te gebruiken in samenhang met een ander product (zogenaamde refererende of verwijzende reclame). Ook die reclame valt onder de definitie van vergelijkende reclame. De voorwaarden die artikel 194a stelt, zijn op die vorm van reclame van toepassing. In de praktijk zal echter slechts een aantal van die voorwaarden daadwerkelijk toepasbaar zijn. Terzake van het merkenrecht is over deze materie een uitgebreide rechtspraak ontwikkeld, waaronder recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, vanwege de toepassing van richtlijn 89/104/EEG inzake de harmonisatie van het merkenrecht (Hof van Justitie 20 februari 1999, zaak C-63/97, Jur. I-905, BMW/Deenik). Deze merkenrechtelijke beslissing is met de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame geheel in overeenstemming en vormt als het ware een nadere invulling van de voorwaarden waaronder vanuit het oogpunt van merkenrecht vergelijkende reclame toelaatbaar valt te achten.

Voorts valt het aanhalen uit vergelijkende onderzoeken van bijvoorbeeld de ANWB of de Consumentenbond onder vergelijkende reclame, indien daarbij de naam of het merk van de concurrent(en) wordt genoemd. Het slechts vermelden van het eigen testresultaat of het enkele verwijzen naar de vindplaats van een testonderzoek valt daarentegen niet onder de definitie. Van het expliciet of impliciet noemen van een naam of merk van een ander is dan geen sprake. Dat wil overigens niet zeggen dat het aanhalen of overnemen uit, of verwijzen naar dergelijke onderzoeken altijd geoorloofd is jegens de instantie die het onderzoek heeft uitgevoerd. Op de publicatie van dergelijke onderzoeken zal doorgaans auteursrecht rusten. Het is op grond van het auteursrecht overigens niet verboden uit zo'n gepubliceerd onderzoek te citeren of om de inhoud daarvan zakelijk samen te vatten (zie overweging (10) van de richtlijn). Evenmin is voor dergelijk geoorloofd citeren of samenvatten de voorafgaande toestemming van de rechthebbende vereist. Denkbaar is dat men voor het doel van bekendmaking aangeschafte exemplaren van het onderzoek geciteerd, kan door de rechter worden rekening gehouden in het licht van toetsing de criteria voor een beroep op artikel 15a Auteurswet 1912, in het bijzonder het criterium onder lid 1, onder 2e, dat het citeren in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang der geciteerde gedeelten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd. Echter, zelfs indien het gebruik van een vergelijkend onderzoek toelaatbaar is, kan men niet op de toelaatbaarheid van de vergelijkende reclame wijzen mocht blijken dat het

onderzoek inhoudelijk niet deugt. De adverteerder kan niet volstaan met verwijzing naar de organisatie die het onderzoek heeft uitgevoerd. Ook de adverteerder kan dan tot rectificatie gehouden zijn.

Het onderzoek dat wordt uitgevoerd door bijvoorbeeld een consumentenorganisatie waarin verschillende bedrijven of producten onderling worden vergeleken en met name de publicatie van een dergelijk onderzoek valt evenwel niet onder de definitie van vergelijkende reclame. Weliswaar is sprake van een vergelijking waarin merken, namen of andere onderscheidingsmiddelen worden genoemd, maar bij de publicatie van een dergelijk onderzoek door een consumentenorganisatie ontbreekt het element van reclame voor eigen waren of diensten en is geen sprake van mededelingen over (de producten of diensten van) een concurrent (van de consumentenorganisatie). Het feit dat onderzoek door een consumentenorganisatie wordt verricht en met name de naamsbekendheid, reputatie en het gezag van de organisatie moge een wervende en afzetbevorderende betekenis hebben voor de betrokken producten of diensten, maar dat vloeit niet voort uit het enkele gegeven dat in het onderzoek merken of namen van bedrijven of producten worden genoemd. Uiteraard dienen het onderzoek en de publicatie van de resultaten te voldoen aan de eisen van zorgvuldigheid (vergelijk Hoge Raad 15 december 1995, NJ 1996, 509).

Een beperking van het begrip vergelijkende reclame is gelegen in het feit dat het moet gaan om vergelijking met concurrenten, hoe ruim het begrip «concurrent» op zich ook kan zijn. Onder concurrent zouden immers kunnen vallen al diegenen die bij het op de markt brengen van een product betrokken zijn, zoals de fabrikant, importeur, exporteur, distributeur en verkoper. Het is overigens moeilijk voor te stellen hoe men objectief kan vergelijken met niet-vergelijkbare ondernemingen, goederen of diensten. Wie een fiets met een Rolls Royce wil vergelijken, zal de uiting niet makkelijk kunnen verdedigen met een beroep op de bepalingen van deze regeling en hem zal spoedig kunnen worden verweten het publiek te misleiden of op onrechtmatige wijze gebruik te maken van de reputatie en de goede naam van een ander. Onder vergelijkende reclame valt niet het zich eenvoudigweg ongunstig uitlaten over de concurrent of diens goederen of diensten.

Het voor vergelijkende reclame gebruikte medium (bioscoop, billboard, krant, tv, Internet) is niet relevant voor toelaatbaarheid. Dit volgt overigens reeds uit de algemene regeling inzake misleidende reclame. De invloed van het gebruik van een bepaald medium en de intensiteit waarmee de reclame-uiting ten gehore wordt gebracht of wordt vertoond, kan uiteraard verschillen hetgeen gevolgen kan hebben voor de zorgvuldigheid waarmee de uiting dient te worden gedaan.

Artikel 194a, tweede lid, Boek 6 Burgerlijk Wetboek

Artikel 194a, tweede lid, bevat de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan. De voorwaarden zijn ontleend aan artikel 1, vierde lid, van de richtlijn, dat een nieuw artikel 3bis bevat, waarin de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan cumulatief worden opgesomd. Dat wil zeggen dat aan elk van die voorwaarden afzonderlijk moet zijn voldaan. Waar het de vergelijking betreft, behoeft evenwel niet aan meer of andere voorwaarden te worden voldaan.

Lid 2, sub a): de vergelijking is niet misleidend (zie artikel 3bis lid 1, a, van de richtlijn)

Deze voorwaarde verklaart van toepassing de algemene norm dat reclame niet misleidend dient te zijn. Deze norm is wat betreft het Nederlands recht neergelegd in artikel 162 jo. artikel 194 Boek 6 Burgerlijk Wetboek. De vraag is gerezen hoe deze bepaling moet worden verstaan in het licht

van het bepaalde in artikel 7 van de richtlijn-1984, waarin is bepaald dat lidstaten zelf mogen bepalen hoe streng de normen voor misleiding zijn. Dat betekent derhalve dat voor misleidende reclame sprake is van minimumharmonisatie en dat lidstaten eventueel strengere normen mogen stellen. Artikel 1 lid 9 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, dat een belangrijke aanvulling van artikel 7 bevat, bepaalt dat die vrijheid niet geldt voor zover het de vergelijking betreft. In zoverre is dus sprake van totale harmonisatie. In het algemeen kan daarvan worden gezegd dat voor de lidstaten de vrijheid van artikel 7 (thans: artikel 7 lid 1) niet is aangetast. Een eventuele aanpassing of aanscherping van de algemene normen inzake misleiding is in theorie mogelijk. Aan de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame doet zo'n aanpassing of aanscherping, die overigens niet wordt overwogen, evenwel niet af. De bijzondere bepalingen inzake toelaatbaarheid van vergelijkende reclame worden op zich niet geraakt door wijziging van de normen ter bepaling van het misleidend karakter van een reclame-uiting. Herhaald zij dat vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn, met andere woorden: een aanscherping van een regel tegen misleiding beperkt de vrijheid om vergelijkende reclame te maken en raakt daarmee de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame. Dit volgt uit het systeem van de richtlijn.

Lid 2, sub b): de vergelijking betreft goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd (zie artikel 3bis, lid 1, b, van de richtlijn)

Deze voorwaarde wordt, blijkens overweging (9) bij deze richtlijn, gesteld teneinde te voorkomen dat vergelijkende reclame op een anti-concurrerende en oneerlijke wijze wordt aangewend. Met het stellen van deze voorwaarde wordt ook bereikt dat vergelijkende reclame voor de consument wezenlijke informatie verschaft. De richtlijn vereist niet dat de vergelijking slechts volstrekt identieke producten mag betreffen. De vraag wanneer precies sprake is van goederen of diensten die in dezelfde behoefte voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd, is in hoge mate casuïstisch. De termen «dezelfde behoefte» en «hetzelfde doel» mogen, om de voorwaarde niet geheel zonder betekenis te maken, niet te ruim worden uitgelegd maar tegelijkertijd is niet bedoeld om slechts vergelijking tussen identieke producten mogelijk te maken. Een vergelijking tussen zeer uiteenlopende typen personenauto's zal spoedig op bezwaren kunnen stuiten. Een vergelijking waarin de kwaliteit, prijs, onderhoudskosten en veiligheid van auto's worden vergeleken, zal veelal geoorloofd zijn als deze betrekking heeft op min of meer dezelfde categorieën van personenvervoer: bijvoorbeeld stadsauto's, middenklasse-auto's, «ruimtwagens» of (nog) luxere typen. Tegelijkertijd is heel wel denkbaar dat wordt vergeleken tussen verschillende vervoerstypen: zoals het goederenvervoer over de weg, over het spoor en over het water. Zo is heel wel denkbaar dat terzake van hetzelfde reistraject (bijvoorbeeld Parijs-Amsterdam) een geoorloofde vergelijking tussen een verbinding per vliegtuig of een verbinding per trein kan worden gemaakt. Dat valt te verklaren omdat in veel gevallen de interpretatie van wat precies behoefte en doel betekenen, zal samenhangen met de vraag welke kenmerken in de vergelijking zijn betrokken. Aansluiting kan worden gezocht bij het criterium van de «relevante markt», zoals dat met name in het Europese mededingingsrecht is ontwikkeld. Er mag van worden uitgegaan dat van misleiding sprake is indien de vergelijking betrekking heeft op goederen of diensten die in het geheel niet op de markt zijn of daar niet op afzienbare termijn zijn te verwachten. Een vergelijking van een product dat op het punt staat «gelanceerd» te worden met producten die reeds op de markt zijn, is dus wel toegestaan.

Lid 2, sub c): de vergelijking geschiedt op objectieve wijze van een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren (artikel 3bis, lid 1, c, van de richtlijn)

De voorwaarde bevat een aantal begrippen die elkaar deels overlappen. Voor een goed begrip is het nuttig deze voorwaarde in een aantal onderdelen te ontleden.

Ten eerste dient de vergelijking op objectieve wijze te geschieden. Dat wil zeggen dat de vergelijking tussen adverteerder en concurrent of tussen goederen of diensten onderling niet in hoofdzaak op subjectieve oordelen of bevindingen mag berusten. Van het eigen product kan bijvoorbeeld zonder problemen worden beweerd dat het lekker zit of dat het prettig aanvoelt maar van het vergeleken product mag in beginsel niet worden gezegd dat het vervelend zit of dat het er lelijk uitziet. 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.

Voorts moet de vergelijking betrekking hebben op aspecten die de aankoopbeslissing doorgaans dragen: dat valt af te leiden uit de termen wezenlijk en relevant. Aspecten als prijs, duurzaamheid, betrouwbaarheid, snelheid, nauwkeurigheid en veiligheid vallen daar onder, uiteraard afhankelijk van het bedrijf of het product in kwestie. Indien slechts niet-wezenlijke kenmerken worden vergeleken, ontstaat een onvolledig beeld van de vergeleken producten en wordt niet tegemoet gekomen aan de achterliggende bedoelingen van de richtlijn: het bevorderen van voorlichting aan de consument.

Een verdere afbakening waarop de regeling betrekking heeft, komt tot uitdrukking in de voorwaarde dat de vergelijking controleerbare en representatieve kenmerken moet betreffen. De eis van controleerbaarheid beoogt te voorkomen dat ongefundeerde beweringen of slechts subjectieve uitlatingen onderdeel van een geoorloofde vergelijkende reclame uitmaken. Controleerbaar hoeft niet slechts op cijfermatig meetbaar te slaan. Het moet algemeen gesproken door de gemiddelde consument zijn na te gaan of de vergelijking zakelijk gesproken klopt, bijvoorbeeld door het opvragen van rapporten of het controleren van de vergelijking. Bekendheid en smaak zijn wel controleerbaar, bijvoorbeeld door marktonderzoek of consumentenpanels, maar het is niettemin de vraag of die aspecten telkens voldoen aan de overige voorwaarden. Daarbij kan ook de vraag rijzen naar de wijze waarop het onderzoek is opgezet, hoe het panel is samengesteld en hoe de resultaten worden gepresenteerd. Een en ander zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Met representatief wordt bovendien bedoeld op wat men door de bank genomen beschouwt als datgene wat men van zo'n bedrijf, goed of dienst verwacht. Het valt niet in het algemeen te zeggen welke kenmerken voor alle producten of diensten telkens wezenlijk, relevant, controleerbaar en representatief zijn. Dat zal van product tot product kunnen verschillen. Een belangrijke aanwijzing omtrent wat wezenlijk, relevant, controleerbaar en representatief is, kan worden gevormd door hetgeen door de vergeleken producent zelf wordt benadrukt. Bovendien laat de regeling onverlet dat de producent van het vergeleken product het initiatief neemt om in een vergelijking op zijn beurt ook andere eigenschappen voor het voetlicht te brengen en deze in een vergelijking te betrekken.

Conform deze regeling hoeft de vergelijking niet telkens op alle wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken betrekking te hebben; een vergelijking die zich beperkt tot tenminste één van die aspecten, zoals de prijs, kan evenzeer geoorloofd zijn, mits deze op objectieve wijze plaatsvindt en met name niet misleidend is (zie ook overweging (8) bij de richtlijn). Consumenten worden niet per definitie in het bijzonder aangetrokken tot een bepaald product vanwege alle wezenlijke

of relevante kenmerken maar hun interesse kan beperkt blijven tot bepaalde (wezenlijke of relevante) eigenschappen of kenmerken van het product. Dit mag in het systeem van de richtlijn en de nieuwe wettelijke regeling niet tot gevolg hebben dat op onjuiste wijze wordt geprofiteerd van een door bijvoorbeeld jarenlange inspanningen opgebouwde goede naam en imago van de concurrent. Daartegen waken de voorwaarden zoals hierna verwoord onder e. en g., die bescherming beogen tegen schending van de goede naam en het zich kleinerend uitlaten over andere merken en handelsnamen, en tegen het opleveren van oneerlijk voordeel ten gevolge van de bekendheid van merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken en oorsprongsbenamingen. Als uit de vergelijkende reclame-uiting voldoende duidelijk blijkt dat op andere punten niet vergeleken is, en als de producten voldoende vergelijkbaar zijn volgens lid 1, sub b), behoeft vergelijking van slechts de prijs niet misleidend te zijn. Ter illustratie moge gelden dat naar aanleiding van het advies van het Europees Parlement in eerste lezing overwogen is om een specifieke bepaling op te nemen voor vergelijkende reclame die slechts de prijzen betrof en waaraan nadere voorwaarden werden gesteld. Daarover is uiteindelijk geen overeenstemming bereikt. Als bezwaar tegen deze specifieke bepaling gold dat deze in de praktijk moeilijk uitvoerbaar zou zijn en bovendien met consumentenbescherming weinig verband hield. Tenslotte is toegestaan dat niet alle op de markt beschikbare, vergelijkbare producten in de vergelijking worden betrokken maar dat de vergelijking slechts één bedrijf of één merk betreft.

Lid 2, sub d): de vergelijking mag er niet toe leiden dat op de markt de adverteerder met een concurrent, of de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen of diensten van de adverteerder met die van een concurrent worden verward (artikel 3bis, lid 1, d, van de richtlijn)

Deze voorwaarde brengt tot uitdrukking dat bij de consument geen verwarring dient te ontstaan tussen de adverteerder en de concurrent respectievelijk de goederen en diensten van de adverteerder en die van de concurrent. De wijze van presentatie of inkleding van de vergelijkende reclame zou daartoe aanleiding kunnen geven. Bijvoorbeeld het gebruiken van andermans merken in een vergelijkende reclame-uiting op de verpakking van het product van de adverteerder zou aanleiding kunnen zijn om gevaar voor verwarring aan te nemen. Doet zich inderdaad verwarring voor, dan is geen sprake van geoorloofde vergelijkende reclame. Daarbij zal de rechter zich kunnen richten naar de verwachtingen van wat door het Hof van Justitie is omschreven als de «gemiddeld geïnformeerde, omzichtigte en oplettende gewone consument» (16 juli 1998, zaak C-210/96, Jur. 1998-7, I-4657, Gut Springenheide GmbH, R. Rusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt). Overigens is reeds het reële gevaar voor verwarring voldoende om de ongeoorloofdheid van de reclame-uiting aan te nemen.

Lid 2, sub e): de vergelijking schaadt niet de goede naam of laat zich niet kleinerend uit over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent (artikel 3bis, lid 1, e, van de richtlijn)

Geoorloofde vergelijkende reclame is niet onnodig denigrerend ten opzichte van de goede naam, de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, de waren, de diensten, de activiteiten of de omstandigheden van de concurrent. Onnodig denigrerende reclame zal doorgaans niet objectief zijn en ook (of reeds) op die grond ongeoorloofd. Zelfs een duidelijk voordeel dat de adverteerder heeft ten opzichte van zijn concurrent of diens waren of diensten mag niet zodanig worden gepresenteerd dat daarmee onnodig afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van

merk, handelsnaam of onderscheidend kenmerk. Zie ook de voorwaarde hierna vermeld onder g. Men heeft de plicht zich in een dergelijke uiting behoedzaam op te stellen en zorg te betrachten omtrent het effect van de uiting op of voor het vergeleken bedrijf of product.

Aan de andere kant is niet het enkele feit dat een vergeleken concurrent of product er minder goed uitspringt voldoende om aan te nemen dat reeds daardoor de goede naam wordt geschonden of dat daarmee vaststaat dat de adverteerder zich kleinerend heeft uitgelaten. Men moet de waarheid tot uitdrukking kunnen brengen. In ieder geval zal zijn toegelaten een zakelijke conclusie omtrent de uitkomst van de gemaakte vergelijking. Ook een zodanige presentatie van zakelijke gegevens dat de consument zelf de conclusie kan trekken moet in beginsel toelaatbaar worden geacht. Zulks volgt overigens ook uit de Nederlandse rechtspraak op dit punt (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 24 december 1937, NJ 1938, HR 13 maart 1941, NJ 1941, 660 en HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591). Afbrekende mededelingen die onjuist of onvolledig zijn, zijn evenwel als regel onrechtmatig. Van praktisch belang is dat de reclame-uiting niet in nodeloos grievende of nodeloos denigrerende bewoordingen of inkleding mag worden gedaan.

Lid 2, sub f) de vergelijking heeft voor producten met een benaming van oorsprong in elk geval betrekking op producten met dezelfde benaming (artikel 3bis, lid 1, f, van de richtlijn);

Deze voorwaarde heeft betrekking op de voorschriften die voortvloeien uit Verordening (EG) nr. 2081/92 van de Raad van 14 juli 1992 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen (PbEG L 208/1 van 24 juli 1992) en met de andere communautaire bepalingen op landbouwgebied. De ruimte voor vergelijkende reclame met deze producten is beperkt aangezien de vergelijking vanwege de voorwaarde dat deze in ieder geval betrekking heeft op producten met dezelfde benaming slechts betrekking kan hebben op producten die voldoen aan de voorschriften uit genoemde verordening. Deze verordening bevat overigens op zijn beurt ook bepalingen die waken tegen misleiding, zodat verdedigd kan worden dat aan de door die bepalingen geboden bescherming niet wordt getornd (vergelijk artikel 13; zie ook Plassman, Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, 1996, p. 337).

Lid 2, sub g): vergelijking levert geen oneerlijk voordeel op ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent dan wel van de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten (zie artikel 3bis, lid 1, g, van de richtlijn)

De Europese Commissie heeft het initiatief genomen tot harmonisatie van het merkenrecht in de lidstaten. In 1988 is daartoe richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht van de lidstaten vastgesteld. In 1994 is bovendien Verordening (EG) 40/94 inzake het Gemeenschapsmerk aanvaard (PbEG L 11/1 van 14 januari 1994). Deze regelingen hebben het merkenrecht in hoge mate een Europees karakter gegeven. In artikel 5 van richtlijn 89/104/EEG worden de houder van een ingeschreven merk exclusieve rechten verleend waaronder het recht derden te verbieden in het economisch verkeer hetzelfde of een vergelijkbaar teken te gebruiken voor waren of diensten, of in voorkomende gevallen zelfs voor andere waren of diensten. In artikel 6 van die richtlijn worden enige beperkingen op het merkenrecht opgesomd.

Het kan voor een doeltreffende vergelijkende reclame noodzakelijk zijn de waren of diensten van een concurrent aan te duiden door melding te

maken van een merk waarvan deze laatste de houder is of van diens handelsnaam. Bij het nader redigeren van de richtlijn inzake vergelijkende reclame, die door de Commissie aan de Raad is aangeboden nadat richtlijn 89/104/EEG en de Gemeenschapsmerkenverordering waren aanvaard, is toegezien op de verhouding tussen beide richtlijnen en de verordening. Met betrekking tot de vraag hoe vergelijkende reclame zich verhoudt tot het merkenrecht, is met name van belang hoe ver het recht van de merkhouder, zoals neergelegd in artikel 13A.1 Benelux-Merkenwet, reikt. Hierbij moet worden rekening gehouden met de omstandigheid dat de Benelux-Merkenwet door het Protocol van 2 december 1992 (Trb. 1992, Trb. 1993, 12, rectificatie Trb. 95, 169 en 229) op verschillende onderdelen is aangepast, onder meer als gevolg van richtlijn 89/104/EEG betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. In artikel 13A.6 is artikel 6 van richtlijn 89/104, waarin beperkingen op het merkrecht zijn opgesomd, overgenomen.

Voor het gebruik van een merk van een ander in «zuiver» vergelijkende reclame kan worden aangenomen dat daarvoor onder het Benelux-merkenrecht een geldige reden bestaat in de zin van artikel 13A.1d Benelux-Merkenwet. Immers, voor vergelijkende reclame wordt een «noodzaak» aanwezig geacht (zie overwegingen (14) en (15) bij de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame) en wordt voorts het merkteken van de ander niet gebruikt ter onderscheiding van de eigen waar of dienst. Daaraan doet niet af de eerder aangehaalde uitspraak van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen 23 februari 1999 inzake BMW/Deenik. Daarin is uitgemaakt dat indien een garagehouder publiekelijk aankondigt dat hij een bepaald merk auto's repareert respectievelijk onderhoudt, dan wel gespecialiseerd is in de betreffende auto's, dat gebruik oplevert in de zin van artikel 5 lid 1 sub a richtlijn 89/104/EEG, dat wil zeggen gebruik oplevert van het merk voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven (derhalve gebruik in de zin van artikel 13A lid 1 sub a Benelux-Merkenwet). Het Hof stelde immers vast dat in een geval waarin een garagehouder uitlatingen bezigt als «reparaties en onderhoud van BMW», specialist in BMW» of «gespecialiseerd in BMW» het gaat om een gebruik van hetzelfde merk ter onderscheiding van de betrokken waren als het object van de door de adverteerder (garagehouder) verleende diensten. De toelaatbaarheid van dergelijk merkgebruik hangt echter af mede af van de vraag of zulk gebruik valt te bestempelen als gebruik ter aanduiding van de bestemming van een dienst in de zin van artikel 6, lid 1, sub c van richtlijn 89/104. Met andere woorden, naast de voorwaarden die uit de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame voortvloeien, zal een dergelijk verwijzend of refererend merkgebruik moeten voldoen aan de toets van artikel 6, lid 1, sub c, van richtlijn 89/104/EEG.

Bij gevallen van vergelijkende reclame waarin het merkteken wordt betrokken bij de vergelijking met de waren of diensten van de concurrent, moet er echter vanuit worden gegaan dat het niet gaat om gebruik van het merk van het goed of de dienst waarmee is vergeleken voor de eigen waren of diensten van de adverteerder maar om anderszins gebruik van het merk in het economisch verkeer. Zodanig gebruik in vergelijkende reclame valt derhalve niet onder het recht vervat in de leden 1 en 2 van artikel 5 richtlijn 89/104/EEG jo. artikel 13A.1a Benelux-Merkenwet. Zodanig gebruik is evenwel begrepen onder de aan de merkhouder voorbehouden handelingen zoals vervat in het vijfde lid van artikel 5 van de richtlijn jo. artikel 13A.1d Benelux-Merkenwet. Artikel 5 lid 5 bepaalt dat de merkhouder zich kan verzetten tegen elk ander gebruik van zijn merk, anders dan ter onderscheiding van waren of diensten, indien door dat gebruik, zonder geldige reden, van dat merk ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk. Lidstaten die reeds voorzien in zo'n bescherming hebben de vrijheid die bescherming te behouden. In de

Benelux-Merkenwet is die bepaling inderdaad overgenomen aangezien aan de merkhouder reeds een dergelijk recht toekwam onder de Benelux-Merkenwet zoals deze gold tot 1 januari 1996. Dit maakt mogelijk dat de rechter voor geoorloofde vergelijkende reclame een geldige reden aanneemt in de zin van artikel 5 lid 5 richtlijn 89/104/EEG jo. artikel 13A.1d Benelux-Merkenwet. In het verleden heeft de rechter ook onder de Benelux-Merkenwet zoals die gold vóór 1 januari 1996, in veel gevallen uitgemaakt dat de adverteerder in zulke gevallen gebruik maakt van het merk in het economisch verkeer onder zodanige omstandigheden dat schade aan de merkhouder kan worden toegebracht. Slechts in uitzonderingsgevallen heeft de rechter echter een geldige reden voor zodanig gebruik aangenomen. Aan de onzekerheid of in gevallen van geoorloofde vergelijkende reclame een geldige reden kan worden opgenomen, is door de richtlijn echter een einde gemaakt.

Samengevat kan worden gesteld dat het enkele gebruik van een merk van een derde geen inbreuk vormt op het exclusieve recht van de derde, voor zover althans daarbij de in de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame vastgestelde voorwaarden worden nageleefd, aangezien er uitsluitend naar wordt gestreefd deze van elkaar te onderscheiden en aldus verschillen op objectieve wijze te doen uitkomen. Het Protocol van 2 december 1992 heeft geleid tot een aanpassing van artikel 13A Benelux-Merkenwet, in dier voege dat deze in overeenstemming is gebracht met artikel 5 van richtlijn 89/104/EEG. Eén en ander leidt tot de conclusie dat voor het gebruik van een merk in vergelijkende reclame door de adverteerder een beroep kan worden gedaan op een geldige reden, of dat sprake is van de situatie waarover het Hof van Justitie heeft geoordeeld in de zaak BMW/Deenik, mits aan de voorwaarden van artikel 194a, lid 1, is voldaan. In zoverre is dus principiële duidelijkheid verschaft over de toelaatbaarheid van het noemen van merken in vergelijkende reclame. Niet vereist is dat de adverteerder voorafgaand toestemming vraagt aan de merkhouder voor gebruik van het merk in vergelijkende reclame; evenmin is vereist het merkgebruik vooraf wordt gemeld. Het staat de merkhouder uiteraard vrij te reageren op de vergelijkende reclame, bijvoorbeeld door op eigen beurt een reclame-uiting te doen waarin beide bedrijven of producten worden vergeleken. Eén en ander laat onverlet dat de wijze van vermelden van deze merken in strijd kan zijn met het merkenrecht, 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 als zodanig door het wekken van een bepaalde kwaliteitssuggestie. De aandacht valt in zo'n geval niet in de eerste plaats op de vergelijking maar op het vergeleken product waardoor ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk (Benelux-Gerechtshof 20 december 1993, BIE 1994 p. 139, Mercedes/Haze). Bijzondere aandacht dient te worden besteed aan het geval waarin niet een merk maar een handelsnaam wordt genoemd in de vergelijkende reclame. Een handelsnaam is de naam waaronder de onderneming wordt gedreven (artikel 1 Handelsnaamwet). Tegen het noemen van zijn handelsnaam kan de rechthebbende zich verzetten op grond van artikel 162 jo. artikel 194 Boek 6 Burgerlijk Wetboek. Er is geen bijzondere bepaling in de Handelsnaamwet waarop de rechthebbende op een handelsnaam zich zou kunnen beroepen om te kunnen optreden tegen het noemen van een naam in vergelijkende reclame. Een dergelijk beroep (op artikel 162 jo. 194 Boek 6 Burgerlijk Wetboek) wordt evenwel niet gehonoreerd indien de adverteerder aan de voorwaarden van artikel 194a Boek 6 Burgerlijk Wetboek voldoet. Een wijziging van de Handelsnaamwet, om te voldoen aan het bepaalde van lid 2, e, van artikel 194a is daartoe niet vereist.

Lid 2, sub h): De vergelijking stelt niet goederen of diensten voor als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een merk of handelsnaam (artikel 3bis, eerste lid, g, van de richtlijn)

Deze voorwaarde betreft bijvoorbeeld het geval dat in een advertentie een afbeelding van een imitatie of namaakproduct van het product van de concurrent wordt gebruikt of afgedrukt. Een ander voorbeeld is wanneer het eigen product of de eigen dienst wordt gepresenteerd als een imitatie van een product of dienst met een beschermd merk of een beschermde handelsnaam. De richtlijn geeft de mogelijkheid daartegen op te treden. Deze bepaling beschermt immers tegen reclame met behulp van namaak- of imitatieproducten. Tot op zekere hoogte ondervangen ook de voorwaarden genoemd in lid 1, a, en lid 1, g, van de richtlijn deze vorm van misbruik van merken en handelsnamen. Voorts kan de afbeelding van dergelijke imitatie of namaakproducten in strijd zijn met auteursrecht of merkenrecht. Vereist is dat als sprake is van gebruik van afbeeldingen van de vergeleken producten, slechts gebruik van het originele merkproduct is toegestaan. Deze bepaling verbiedt op zich niet dat een niet-bestaand product of merkloos product wordt afgebeeld, aangezien bij deze producten immers geen sprake zal zijn van een beschermd merk of beschermde handelsnaam, zij het dat op een dergelijke reclame-uiting de normale regels inzake misleidende reclame van toepassing zijn. Zoals hiervoor is opgemerkt onder de toelichting op lid 2, sub b), mag er van worden uitgegaan dat van misleiding sprake is indien de vergelijking betrekking heeft op goederen of diensten die in het geheel niet op de markt zijn of daar niet op afzienbare tijd zijn te verwachten.

Artikel 194a, derde lid, Boek 6 Burgerlijk Wetboek

Artikel 3bis, tweede lid, van de richtlijn, bevat een bijzondere regel voor het maken van vergelijkende reclame in het kader van speciale aanbiedingen. Deze voorwaarde is overgenomen in het derde lid van artikel 194a. Het moet daarbij gaan om tijdelijke acties, waarin bijvoorbeeld een bepaald product slechts gedurende een zekere tijd beschikbaar is of waarin een product slechts gedurende een korte tijd tegen een aantrekkelijker prijs dan de normale beschikbaar is. Het bijzondere of incidentele karakter van een dergelijke actie dient in de vergelijkende reclame-uiting tot uitdrukking te worden gebracht. Men kan dit artikellid zien als een bijzondere voorwaarde die moet worden vervuld, naast de voorwaarden genoemd in het tweede lid, die onverminderd van toepassing zijn. Vereist is dat het einde van de actie duidelijk wordt aangegeven. Tevens moet het begin duidelijk worden aangegeven in het geval de actie nog niet loopt. Indien niet van dergelijke termijnen sprake is, moet duidelijk worden gemaakt dat de actie loopt zolang de voorraad strekt of de diensten kunnen worden verricht.

Artikel 195 Boek 6 Burgerlijk Wetboek

De richtlijn vergt voorts een aanpassing van artikel 195 Boek 6 Burgerlijk Wetboek, eerste en tweede lid, terzake van de bewijslast van de adverteerder. Artikel 195 Boek 6 voorziet in een bewijslastverlichting voor diegene die op grond van artikel 194 en artikel 194a Boek 6 Burgerlijk Wetboek wil ageren. Het eerste lid van artikel 195 bewerkstelligt deze verlichting door de bewijslast ten aanzien van de onrechtmatigheid te leggen op de adverteerder, het tweede lid beoogt hetzelfde ten aanzien van de toerekenbaarheid. Beide artikelliden zijn slechts van toepassing ten aanzien van degene die inhoud en inkleding geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen. Daarmee blijft het publiciteitsmedium, dat de mededeling ter kennis van het publiek brengt, buiten schot van deze bewijslastbepalingen.

Artikel 1 lid 8 voorziet ten aanzien van vergelijkende reclame in een wijziging van artikel 6 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame. Deze wijziging heeft slechts betrekking op vergelijkende reclame. Artikel 6, a eist thans dat de adverteerder bewijzen aandraagt voor de materiële juistheid van de feitelijke gegevens in de reclame, indien, met inachtneming van de rechtmatige belangen van de adverteerder en van elke andere partij bij de procedure, die eis passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het geval. Deze bepaling heeft indertijd niet tot aanpassing van (de voorganger van) artikel 195 geleid. Artikel 1, achtste lid, van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame voegt daar thans aan toe dat in geval van vergelijkende reclame van de adverteerder geëist kan worden dat deze dergelijke bewijzen binnen een korte termijn aandraagt. De richtlijn wijzigt artikel 6, a in die zin dat de bewijslastomkering of –verlichting wordt gehandhaafd, dus voor zowel misleidende als vergelijkende reclame geldt. Voor vergelijkende reclame wordt echter voorts geëist dat de adverteerder voor de materiële juistheid van de feitelijke gegevens in de reclame binnen korte termijn op verzoek van de belanghebbende bewijzen aandraagt. Het Europees Parlement had in tweede lezing naar aanleiding van het gemeenschappelijk standpunt van de Raad en de Europese Commissie over de richtlijn, waarin een dergelijke bijzondere bepaling niet voorkwam, een amendement aangenomen dat erop neerkwam dat de adverteerder als voorwaarde voor toelaatbaarheid van de uiting van vergelijkende reclame voorafgaand aan het plaatsen van de advertentie zou beschikken over concrete bewijzen voor de gegevens op basis waarvan vergeleken werd zodat de adverteerder dit bewijsmateriaal binnen achtenveertig uur ter beschikking kon stellen van de bevoegde instanties. Dit amendement is in de procedure op grond van artikel 189b (thans artikel 251) EG-Verdrag nog gewijzigd. Het is niet aannemelijk dat de terminologie die in het gewijzigde artikel 6 is neergelegd, afwijkt van de situatie waarop men door toepassing van het Nederlands recht zou uitkomen. In de meeste gevallen waarin de toelaatbaarheid van een reclame-uiting aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd, betreft het een procedure in kort geding. Hoewel de bewijsregels van artikel 195 directe toepassing missen in kort geding en de regel van artikel 6 van de richtlijn evenmin dwingen tot toepassing zonder meer, zal de president in kort geding, wanneer van de gedaagde wordt gevergd dat deze binnen korte termijn de gegevens ter beschikking stelt waarop de uiting van vergelijkende reclame berust, mogelijk sneller genegen zijn een vordering tot verbod of rectificatie toe te wijzen in het geval de adverteerder de juistheid en volledigheid van de gestelde gegevens niet aannemelijk kan maken. Steun voor deze opvatting is te vinden in Hoge Raad 15 januari 1999, NJ 1999, 665. Niettemin lijkt het juister de terminologie van de richtlijn te volgen, waarbij uitdrukkelijk aangetekend wordt dat uit de wijziging van artikel 195 niet mag worden afgeleid dat de adverteerder terzake van andere reclame-uitingen waarvan juistheid of volledigheid wordt betwist niet ook op dezelfde voet gehouden kan zijn de bewijzen in ieder geval op een redelijke termijn bijeen te brengen. Er is niet voor gekozen ook de woorden «met inachtneming van de rechtmatige belangen van de adverteerder en van elke andere partij bij de procedure» over te nemen of in het artikellid mede te bepalen dat «die eis passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het betrokken geval» omdat deze voorwaarden geacht kunnen worden te zijn inbegrepen bij de afweging die de rechter reeds maakt op grond van de bestaande bepalingen. Voorts zou uit de gebezigde terminologie niet moeten worden afgeleid dat de rechter in kort geding bij de bewijslastverdeling, die immers niet onredelijk mag zijn, geen rekening mag houden met het feit dat bewijslevering met name in gevallen van vergelijkende reclame bezwaarlijk kan zijn. Met andere woorden, het doel van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, namelijk om vergelijkende reclame onder zekere voorwaarden mogelijk te

maken, mag niet door een te strikte toepassing van de regels inzake bewijslastverlichting en -omkering in kort geding ondermijnd worden.

Artikel 196 Boek 6 Burgerlijk Wetboek

Tenslotte is een bescheiden aanvulling van artikel 196 nodig, teneinde duidelijkheid te verschaffen dat de vorderingen die daarin worden genoemd en de omstandigheden waaronder de vorderingen kunnen worden ingesteld ook van toepassing zijn op ongeoorloofde vergelijkende reclame. Aantekening verdient dat de rechter gegeven de discretionaire bevoegdheid die hij, ook in kort geding, heeft bij het toewijzen van een vordering tot verbod of rectificatie, rekening houdt met de gevolgen waartoe de bepaling van artikel 6:195 terzake van de bewijslastverlichting en -omkering leiden kan, in relatie tot de mate van verstrekkendheid van de sanctie (verbod of ook rectificatie) die eventueel wordt uitgesproken. Voor het overige is geen aanpassing nodig ter zake van de bepalingen omtrent sancties en de rechtsbescherming. Het bestaande arsenaal aan middelen tot bescherming van de belangen die in deze richtlijn in het geding zijn, voldoet reeds. Gesteld kan zelfs worden dat het naar Nederlands recht beschikbare arsenaal ruimer is dan de sancties die richtlijn 97/55/EG uitdrukkelijk noemt. Zo kunnen genoemd worden de vordering tot winstafdracht (artikel 104 van Boek 6 BW) en de vordering tot terughaaling van materiaal dat uitingen bevat van niet geoorloofde reclame. Dat geldt ook voor de actiebevoegdheid van organisaties van consumenten, bedrijven of anderen, die hun bevoegdheid ontleen aan artikel 305a, Boek 3, Burgerlijk Wetboek. Inmiddels is de wet tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn nr. 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen (PbEG L 166) in werking getreden. Deze wet maakt het bij grensoverschrijdende reclame ook voor buitenlandse consumentenorganisaties uit de Europese Unie mogelijk om voor de Nederlandse rechter tegen ongeoorloofde vergelijkende reclame op te treden, evenals Nederlandse consumentenorganisaties dat in de toekomst kunnen in de andere lidstaten.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

**BIJLAGE BIJ DE MEMORIE VAN TOELICHTING BEHORENDE BIJ
HET VOORSTEL VAN WET HOUDENDE 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)**

*Transponeringstabel richtlijn-implementatiewetsvoorstel en bestaande
regelgeving*

<i>Artikelen richtlijn</i>	<i>Wetsvoorstel</i>
1, lid 1	Zie nieuwe titel opschrift Afdeling 4, titel 3, Boek 6 BW
1, lid 2	Geen bepaling
1, lid 3	Artikel 6:194a lid 1 BW
1, lid 4	Artikel 6:194a leden 2 en 3 BW
1, lid 5	Geen bepaling
1, lid 6	Geen bepaling
1, lid 7	Geen bepaling
1, lid 8	Nieuwe redactie artikel 6:196 BW
1, lid 9	Nieuwe redactie artikel 6:195 BW
2	Behoeft geen implementatie
3	Behoeft geen implementatie
4	Behoeft geen implementatie
