

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)

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 3 november 2000 en het nader rapport d.d. 16 februari 2001, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 11 juli 2000, no. 00.004198, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, 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).

Blijkens de mededeling van de wnd. Directeur van Uw kabinet van 11 juli 2000, kenmerk 5037319/00/6, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovengenoemde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 3 november 2000, No. WO3.00.0259/l, bied ik U hierbij aan.

Ter implementatie van richtlijn nr.97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn nr. 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PbEG L 290) (hierna: de richtlijn) worden enige wijzigingen in en aanvullingen op de bepalingen over misleidende reclame in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW) voorgesteld.

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt daarbij een aantal opmerkingen in verband waarmee enige aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

Hierna volgt de bespreking van de bezwaren en opmerkingen van de Raad.

1. In het voorgestelde nieuwe artikel 194a van Boek 6 BW wordt in het eerste lid een met de richtlijn gelijklopende omschrijving van het begrip vergelijkende reclame gegeven en worden in het tweede lid de voorwaarden opgesomd waaraan deze vorm van reclame dient te voldoen wil zij geoorloofd zijn.

Het artikel heeft ten opzichte van artikel 194 en de overige bepalingen van afdeling 4 van titel 3 van Boek 6 een enigszins afwijkende formulering door niet aan te geven wanneer er sprake is van onrechtmatig handelen, maar te bepalen wanneer het handelen geoorloofd is. Daarnaast wordt in artikel 194a

over «reclame» gesproken terwijl eerder in artikel 194¹ voor een omschrijving van dit begrip is gekozen. De Raad beveelt aan deze discrepanties waar mogelijk weg te nemen. Daarbij valt te denken aan enerzijds het invoeren en definiëren van het begrip reclame in artikel 194 zodanig dat voor de gehele afdeling 4 van titel 3 hetzelfde begrip geldt en anderzijds het zodanig redigeren van het tweede lid van artikel 194a dat daarin wordt bepaald onder welke omstandigheden vergelijkende reclame onrechtmatig is.

1. Het systeem van afdeling 4 is thans dat een aantal bijzondere regels geldt voor een bijzonder type onrechtmatige daad (namelijk «misleidende reclame») maar dat overigens de afdeling systematisch thuishoort binnen titel 3 van boek 6 BW, te weten de algemene regeling van de onrechtmatige daad. De wetgever heeft indertijd geen aanleiding gezien de bepaling van artikel 194 van boek 6 BW (indertijd artikel 1416a BW) aan te passen aan de richtlijn-1984, waarin een definitie van reclame is opgenomen. Voor vergelijkende reclame bevat de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame echter een aantal specifieke regels, die ertoe nopen het toepassingsgebied nauwkeurig af te bakenen. Daartoe is de in de richtlijn opgenomen definitie van vergelijkende reclame overgenomen waarbij aan het begrip «reclame» op zichzelf genomen geen andere betekenis toekomt dat in de reeds bestaande bepalingen van afdeling 4. Ook in artikel 194a gaat het immers om een openbaar gemaakte mededeling omtrent goederen of diensten die worden aangeboden in de uitoefening van een beroep op een bedrijf. De richtlijn kiest voorts in artikel 3bis (nieuw) voor een systeem waarin wordt bepaald wanneer het handelen geoorloofd is. De voorgestelde tekst geeft uitdrukking aan de systematiek waarin een uiting van vergelijkende reclame in beginsel toelaatbaar is, mits aan een aantal welomschreven voorwaarden wordt voldaan. In zoverre valt vergelijkende reclame niet gelijk te stellen met misleidende reclame. Gekozen is voor een nauwe aansluiting met de tekst en opzet van de richtlijn met het oog op verenigbaarheid met het EG-Verdrag. Overigens wijs ik op het opschrift van Afdeling 4, waarin wordt gesproken van «reclame» zonder dat dit woord in artikel 194 boek 6 BW wordt gebruikt.

2. *Het huidige artikel 195 lid 1 van Boek 6 BW heeft betrekking op misleidende reclame en regelt in aansluiting op artikel 6 van de richtlijn dat bij een vordering wegens misleidende reclame de bewijslast van de juistheid en de volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd bij de adverteerder berust, behoudens voorzover deze bewijslastverdeling onredelijk is. Artikel 195 lid 1 wordt aldus aangevuld dat in geval van vergelijkende reclame binnen korte termijn de bewijzen dienen te worden aangedragen waarop de materiële juistheid en volledigheid van de feitelijke gegevens rust.² De Raad wijst erop dat deze aanvulling niet geheel overeenstemt met het gewijzigde artikel 6 van de richtlijn omdat ingevolge dit artikel de regeling omtrent de bewijslastverdeling ook betrekking heeft op de vergelijkende reclame.³*

Naar het oordeel van de Raad ligt het in de rede vanuit systematisch oogpunt de huidige regeling omtrent de bewijslastverdeling in artikel 195 lid 1 tevens van toepassing te doen zijn op vorderingen wegens onrechtmatige vergelijkende reclame. Daartoe is temeer aanleiding omdat het in de praktijk stellig veel zal voorkomen dat een eiser in kort geding zich baseert op een reclameuiting die zowel misleidend als vergelijkend is. Geadviseerd wordt het artikel in voornoemde zin aan te passen.

2. De Raad heeft terecht geconstateerd dat volgens het huidige artikel 195 lid 1 van boek 6 BW de bewijslast van de juistheid en volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd bij de adverteerder berust en dat het niet zou sporen met de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame indien deze bepaling niet ook op vorderingen wegens ongeoorloofde vergelijkende reclame van toepassing zou zijn. De bepaling is op dienovereenkomstige wijze aangepast. De toelichting is op dit punt aangevuld.

3. *Ingevolge het voorgestelde artikel 194a lid 2, onderdeel f, van Boek 6 BW, dat overeenkomt met het onderdeel f van artikel 3bis⁴, eerste lid, van de richtlijn, geldt dat een vergelijking met betrekking tot producten met een benaming van oorsprong mede betrekking dient te hebben op producten met*

¹ Artikel 194 van Boek 6 BW bevat niet een aan de richtlijn gelijklopende omschrijving van het begrip misleidende reclame.

² Artikel I, onderdeel B, van het wetsvoorstel.

³ Voor misleidende reclame bevat de richtlijn een minimumharmonisatie; voor vergelijkende reclame geldt een totale harmonisatie, waar het de vergelijking betreft.

⁴ Artikel 1, vierde lid, van richtlijn 97/55/EG.

dezelfde benaming. Uit onderdeel g volgt voorts dat een vergelijking geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van onder meer de oorsprongsbenamingen van concurrerende producten. Uit overweging 12 van richtlijn 97/55/EG blijkt dat in de voorwaarden gesteld aan geoorloofde vergelijkende reclame in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met de bescherming van oorsprongsbenamingen en geografische aanduidingen, die voortvloeien uit de verordening inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen inzonderheid artikel 13 daarvan.¹ In deze verordening wordt een onderscheid gemaakt tussen de benaming van oorsprong en de geografische aanduiding.²

De Raad acht het gewenst dat in de toelichting wordt aangegeven of de voorgestelde beschermende wettelijke regeling omtrent de benamingen van oorsprong ook geografische aanduidingen betreft, dan wel dat wordt vermeld waarom deze regeling niet ziet op geografische aanduidingen.

3. De Raad heeft gewezen op het feit dat artikel 3bis, sub f, van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame slechts een verwijzing bevat naar oorsprongsbenamingen en niet tevens naar geografische aanduidingen. In de richtlijn is voor een dergelijk onderscheid, dat voorkomt in Verordening (EEG) nr. 2081/92 van de Raad van 14 juli 1992 inzake de bescherming van geografische aanduidingen en oorsprongsbenamingen van landbouwproducten en levensmiddelen, geen goede verklaring te vinden. Niettemin is er voor gekozen om de tekst van de richtlijn zo nauwkeurig mogelijk te volgen. Gelet op het karakter van maximumharmonisatie van de richtlijn waar het vergelijkende reclame betreft, is er ook geen ruimte om de betreffende bepaling aan te passen. Een en ander wil niet zeggen dat de regeling inzake vergelijkende reclame niet op geografische aanduidingen van toepassing is. Ook vergelijkende reclame waarin wordt gebruikt gemaakt van dergelijke aanduidingen zal aan de normen van de richtlijn en dus van de wettelijke regeling dienen te voldoen.

4. In het voorgestelde onderdeel h van artikel 194a lid 2 van Boek 6 BW is overeenkomstig artikel 3bis, eerste lid, onder h, van de richtlijn bepaald dat vergelijkende reclame geoorloofd is op voorwaarde dat de vergelijking niet goederen of diensten voorstelt als een imitatie of namaak van goederen of diensten met een beschermd merk of een beschermde handelsnaam.³ In de toelichting wordt deze bepaling aldus uitgelegd dat in een vergelijkende reclame alleen het originele merkproduct van een concurrent mag worden afgebeeld, geen imitatie van dat product. De Raad wijst erop dat de bepaling ook in die zin geïnterpreteerd kan worden dat bij vergelijkende reclame het eigen product of de eigen dienst niet mag worden gepresenteerd als een imitatie van een product of dienst met een beschermd merk of een beschermde handelsnaam. Met het oog op de uitleg van onderdeel h, wordt aanbevolen in de toelichting aan de achtergrond en strekking van deze bepaling nadere aandacht te besteden.

4. Bij vergelijkende reclame mag niet het eigen product of de eigen dienst worden gepresenteerd als een imitatie van een product of dienst met een beschermd merk of een beschermde handelsnaam. De vraag is of het spoedig zal voorkomen dat een adverteerder het eigen product (of de eigen dienst) presenteert als een imitatie van een product (of dienst) met een beschermd merk of een beschermde handelsnaam, welk voorbeeld door de Raad is aangevoerd. In ieder geval is echter de tekst van de wet voldoende toegesneden op ook dat geval. De tekst van de toelichting is op dit punt verduidelijkt teneinde misverstanden te voorkomen.

5. In overweging 10 van richtlijn 97/55/EG wordt verwezen naar de internationale overeenkomsten inzake auteursrecht alsmede naar de nationale bepalingen inzake contractuele en niet-contractuele aansprakelijkheid. In de toelichting bij artikel 194a lid 1 van Boek 6 BW wordt vermeld dat het op grond van het auteursrecht niet verboden is uit een gepubliceerd onderzoek te citeren of om de inhoud daarvan zakelijk samen te vatten en dat hiervoor ook niet de voorafgaande toestemming van de rechthebbende is vereist. Met betrekking tot het citeren uit een dergelijk onderzoek merkt de Raad op dat daarbij wel voldaan dient te worden aan de voorwaarden die in artikel 15a van de

¹ Verordening (EEG) nr.2081/92 van de Raad van 14 juli 1992 (PbEG L 208/1).

² Zie de artikelen 2 en 4.

³ Artikel I, onderdeel C, van het wetsvoorstel.

Auteurswet worden gesteld. Één van de voorwaarden is dat het citeren uit een werk plaatsvindt in een aankondiging, beoordeling, polemiek of wetenschappelijke verhandeling. In de nota naar aanleiding van het eindverslag bij het wetsvoorstel tot aanpassing van de Auteurswet 1912 aan de Akte van Parijs van de Berner Conventie is aangegeven dat advertenties niet vallen onder het woord aankondiging.¹ Niet zonder meer valt in te zien dat in alle gevallen van vergelijkende reclame sprake zal zijn van een aankondiging. Het college acht het in verband hiermee gewenst dat in de toelichting nader op de mogelijkheden tot citeren wordt ingegaan.

5. Het bestaan van auteursrecht op de resultaten van een vergelijkend waren- of dienstenonderzoek behoeft op zich niet te beletten van de resultaten gebruik te maken. Niet alleen zou een zakelijke samenvatting of een verslag van de feiten die uit het onderzoek naar voren zijn gekomen niet als inbreuk zijn te beschouwen, de Auteurswet 1912 laat op zichzelf een zekere vrijheid om uit het onderzoek te citeren (artikel 15a Auteurswet 1912). In de toelichting is daarop reeds ingegaan. Het is juist dat nog in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsontwerp tot aanpassing van de Auteurswet 1912 aan de Akte van Parijs van de Berner Conventie is aangegeven dat advertenties niet vallen onder het woord «aankondiging», dat in artikel 15a is gebruikt. Van die opvatting, die niet voortvloeit uit de tekst van de Berner Conventie zelf en die evenmin wordt onderschreven in het meest gezaghebbende commentaar op de Berner Conventie (S. Ricketson, *the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886–1986*, p 489), is in de nationale literatuur afstand genomen (J.H. Spoor en D.W.F. Verkade, *Auteursrecht*, Kluwer 1993, paragraaf 148 e.v.). Ik meen dat een dergelijke inperking ook niet nodig is. Met het «wervende» karakter van de context waarin wordt geciteerd, kan door de rechter rekening worden gehouden in het licht van toetsing de criteria voor een beroep op artikel 15a, 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. Deze overweging is verwerkt in de toelichting.

6. In de toelichting wordt vermeld dat de uitgangspunten die gelden voor het vierde lid van artikel 7 van de richtlijn, ook gelden voor het vijfde lid. Het college wijst echter op de volgende verschillen tussen het vierde en vijfde lid.² Ten eerste is de bepaling in het vierde lid, dat wanneer een reclameverbod beperkt is tot specifieke media de richtlijn van toepassing is op de media waarvoor het reclameverbod niet geldt, niet opgenomen in het vijfde lid. Een tweede verschil is dat ingevolge het vierde lid uitsluitend indien een reclameverbod geldt voor bepaalde goederen of diensten, vergelijkende reclame voor die goederen of diensten mag worden verboden. Op grond van het vijfde lid kan vergelijkende reclame voor beroepsmatige dienstverlening worden beperkt of verboden, zonder dat voor deze beroepsmatige dienstverlening een reclameverbod geldt. Ten slotte wordt in het vijfde lid, in tegenstelling tot het vierde lid, behalve over verbodsbepalingen ook gesproken over beperkingen voor het gebruik van vergelijkingen in reclame. De Raad acht derhalve de opmerking in de toelichting dat de uitgangspunten van artikel 7, vierde lid, volgens het vijfde lid van artikel 7 ook gelden voor beroepsmatige dienstverlening, weinig genuanceerd en acht aanscherping van de toelichting op dit punt gewenst.

6. Het vierde en vijfde lid van artikel 7 van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame betreffen de vrijheid die lidstaten (nog) hebben om vergelijkende reclame te beperken of te verbieden. Die vrijheid is door de richtlijn immers niet geheel ontnomen, met inachtneming van de beschikking van de Europese Commissie van 7 april 1999, waarop in de toelichting, onderdeel 4, sub c., nader is ingegaan. Niet van alle verschillen waarop de Raad doelt, is sprake. De bepaling van het vierde lid bevat een regel over specifieke media waarop een reclameverbod in een lidstaat van toepassing kan zijn terwijl de richtlijn dan van toepassing is op de media waarvoor het verbod niet geldt. Het vijfde lid lid is daarmee in lijn aangezien een lidstaat een verbod of beperking voor het gebruik van vergelijkingen in reclame voor beroepsmatige dienstverlening eveneens kan beperken tot specifieke media. Het is tegelijkertijd juist, zoals de Raad opmerkt, dat een verbod of beperking van het

¹ Kamerstukken II 1983/84, 16 740, nr. 12.

² Algemeen, paragraaf 3.

gebruik van vergelijkingen in reclame voor beroepsmatige dienstverlening in het vijfde lid niet afhankelijk is gesteld van een reclameverbod voor deze dienstverlening. Tevens is het juist dat in het vijfde lid ook wordt gesproken over beperkingen voor het gebruik van vergelijkingen in reclame, waar in het vierde lid slechts wordt gerept van een verbod. De toelichting is op deze punten aangescherpt.

7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

7. Voorts heeft de Raad enige redactionele kanttekeningen gemaakt. Met deze kanttekeningen is rekening gehouden.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

De Raad van State heeft in overweging gegeven het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal nadat met de vorenbehandelde bezwaren is rekening gehouden.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 3 november 2000, no. W03.000259/I, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- Daar artikel 195 lid 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ook ziet op vorderingen wegens ongeoorloofde vergelijkende reclame, in dit lid naast artikel 194 ook artikel 194a vermelden.
- In onderdeel f van artikel 194a lid 2 het woord «mede» vervangen door de in het overeenkomstige onderdeel van artikel 3bis van de richtlijn gebruikte woorden «in elk geval».