

Vergaderjaar 2001–2002

**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. 5**

**NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 26 november 2001

**Algemeen**

Met belangstelling heb ik kennis genomen van het verslag van de Vaste Kamercommissie voor Justitie. Ik ben de commissie erkentelijk voor de steun die zij heeft uitgesproken voor dit voorstel tot aanpassing van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met vergelijkende reclame. Hierna zal ik ingaan op de in het verslag gestelde vragen. Daarbij zal aansluiting worden gezocht bij de volgorde van de vragen in het verslag. De leden van de fracties van de PvdA en de VVD hebben gevraagd naar de redenen waarom het wetsvoorstel niet eerder is ingediend, nu de uiterste datum van inwerkingtreding van de richtlijn reeds op 23 april van het vorig jaar is verstreken.

Vooropgesteld zij dat ik de zorg, die uit deze vraag spreekt over een correcte en tijdige implementatie van deze richtlijn, deel. In het verleden zijn dan ook de nodige organisatorische maatregelen genomen om een tijdige en correcte implementatie te bevorderen. Voor een beknopt overzicht daarvan verwijs ik deze leden naar het kabinetsstandpunt «Versnelde implementatie van EG- en andere internationale besluiten» (kamerstukken II, 1998–1999, 26 200 VI, nr. 65). Die maatregelen hebben ook zeker resultaat gehad. Veelzeggend is, dat uit het jaarverslag van de Commissie over de toepassing van het gemeenschapsrecht over 1999 van 23 juni 2000 (COM(2000)92 def.) blijkt dat Nederland 96% van alle op 31 december 1999 van toepassing zijnde EG-richtlijnen had geïmplementeerd. Daarmee komt Nederland, Europees gezien, op een gedeelte tweede plaats, na Denemarken, maar nog voor grote lidstaten, zoals Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.

Niettemin kunnen zich soms nog gevallen van verlate implementatie voordoen. De Commissie heeft in dat geval de mogelijkheid om tegen een nalatige lidstaat een zogenaamde inbreukprocedure te beginnen (artikel 226 EG-verdrag). Deze bestaat uit een administratieve procedure, eventueel gevolgd door een procedure voor het Hof van Justitie van de EG. Volgt daarop een veroordeling, en geeft een lidstaat binnen een redelijke termijn geen uitvoering aan een dergelijk Hofarrest, dan bestaat de mogelijkheid voor de Commissie het Hof te verzoeken de nalatige lidstaat een boete of een dwangsom op te leggen (artikel 228 EG-verdrag). Nederland is daarmee nog niet geconfronteerd.

In casu moet de kans op een succesvolle inbreukprocedure miniem worden geacht. Mocht de Commissie Nederland al aanspreken op verlate implementatie van de onderhavige richtlijn, dan kan de reactie immers bestaan uit de aankondiging van implementatiemaatregelen binnen afzienbare termijn. De Commissie is op de hoogte gebracht dat dit wetsontwerp is ingediend. Doorgaans is dit voldoende voor de Commissie om van voortzetting van de procedure af te zien. Dit laat onverlet dat particulieren die menen schade te hebben geleden door een verlate implementatie de overheid tot schadevergoeding kunnen aanspreken op grond van artikel 162 boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Meestal komt het echter niet zo ver, omdat de figuur van de zogenaamde rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen hen al het nodige soelaas biedt. In casu betekent dit dat burgers hun door de richtlijn toegekende rechten per 23 april 2000 jegens de overheid zouden kunnen invoeren, als en voor zover deze richtlijnbevestigingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. Dit laatste moet uiteraard per individuele richtlijnbevestiging worden vastgesteld; het is echter niet zo dat een richtlijn in haar geheel en per definitie rechtstreekse werking kan krijgen.

Tot de maatregelen die zijn genomen om de implementatieprocedure te versnellen behoort het uitgangspunt dat over ontwerp-implementatieregelingen in beginsel geen advies wordt gevraagd of extern overleg wordt gevoerd (Aanwijzingen voor de regelgeving nr. 336). Dit uitgangspunt wijkt evenwel als er implementatiemaatregelen met een potentieel grote maatschappelijke impact (moeten) worden overwogen. Een zorgvuldige implementatie brengt dan vaak de noodzaak tot consultatie met zich mee. Daarom zijn in het onderhavige geval de Stuurgroep Reclame, de Bond van Adverteerders, de Stichting Reclame Code, de Beneluxvereniging voor Merken- en Modellengemachtigden, het VNO/NCW, de Consumentenbond, de Nederlandse Orde van Advocaten, het Nederlands Uitgeversverbond, de Koninklijke Notariele Beroepsvereniging, de Orde van Octrooigemachtigden en verschillende deskundigen om advies gevraagd. Onvermijdelijk bergt dit enig risico van vertraging bij de implementatie met zich mee, zeker als de inbreng van maatschappelijke organisaties en instellingen tot een nieuwe interdepartementale afstemming noopt.

Vastgesteld kan worden dat ook andere lidstaten soms problemen kennen bij de richtlijnimplementatie. De redenen daarvoor zijn uiteenlopend. Naast soms te krappe implementatietermijnen zij gewezen op het welbekende feit dat de door richtlijnen bestreken materie nogal eens complex is, terwijl de gekozen systematiek niet altijd aansluit bij de nationale wetsystematiek. Het gevolg is vaak dat een correcte implementatie de aanpassing van meerdere wetten en regels van diverse departementen vergt. Juist dan is een redelijke implementatietermijn van groot belang. Daaromstreeft de regering bij de totstandkoming van alle EG-besluiten naar geloofwaardige en reële implementatietermijnen (Aanwijzingen voor de regelgeving nr. 329). Deze vormen op hun beurt echter het voorwerp van overleg binnen de Raad van Ministers, waardoor specifieke wensen van Nederland ter zake niet altijd kunnen worden gehonoreerd.

De leden van de fractie van de VVD hebben gevraagd naar de ervaringen met de afwikkeling van grensoverschrijdende klachten op het gebied van reclame in het kader van de European Advertising Standards Alliance. De betrokkenen zijn van opvatting dat het systeem goed functioneert. Met enige regelmaat is sprake van gevallen van grensoverschrijdende reclame waartegen zich klachten richten die vervolgens via het systeem van de EASA worden behandeld. Een enigszins bovengemiddeld aantal klachten heeft zijn oorsprong in Nederland. Sinds de inwerkingtreding in 1992 zijn er door het systeem enkele in totaal honderden zaken afgehandeld. Verschillende keren heeft dit ook tot waarschuwingen door de EASA geleid. Met enige regelmaat worden uitspraken gepubliceerd. Ik maak

erop attent dat dit systeem geheel en al door het bedrijfsleven wordt gedragen. Ik heb geen indicaties dat zich hier ontwikkelingen voordoen die mij op dit moment tot ingrijpen nopen.

De leden van de fractie van D66 hebben erop gewezen dat in het kader van bijzondere wetgeving inzake de uitoefening van bepaalde beroepen strengere wettelijke regels inzake vergelijkende reclame wenselijk kunnen zijn en vroegen een nadere toelichting van de regering op dat punt. Lidstaten hebben inderdaad een zekere, doch beperkte vrijheid om verboden of beperkingen op vergelijkende reclame te introduceren. Ik acht het echter niet wenselijk om op dit moment van deze beperkte vrijheid gebruik te maken. De maatschappelijke en internationale tendensen gaan in de richting van vrijere commerciële publiciteit en meer markttransparantie. Deze richtlijn is daarvan een duidelijk voorbeeld. Er is sprake van een geleidelijk terugdringen van beperkingen van reclameuitingen, ook in de sfeer van vrije beroepen. Een voorbeeld op nationaal niveau is de invoering van de Gerechtsdeurwaarderswet per 15 juli 2001, waarbij tevens de verordening beroeps- en gedragsregels van kracht is geworden. In die verordening is ervoor gekozen geen afzonderlijke bepalingen ter inperking van vergelijkende reclame op te nemen. Ik meen dat er thans geen reden is de trend tot liberalisering los te laten. Dit laat onverlet dat bij evident ongewenste ontwikkelingen ingrijpen van de wetgever nodig kan zijn. Daarvan is op dit moment geen sprake.

Voorts hebben deze leden gevraagd of een rectificatie ook tot de sanctiemogelijkheden behoort in geval van ongeoorloofde vergelijkende reclame. Die vraag kan bevestigend beantwoord worden. Zowel in gevallen van misleidende reclame als van ongeoorloofde vergelijkende reclame staat de eiser in beginsel het hele arsenaal aan handhavingsmiddelen ter beschikking ter bescherming van het betrokken belang. Wat betreft de rectificatie is dit bovendien uitdrukkelijk in artikel 196, eerste lid, tot uitdrukking gebracht.

De leden van de fractie van D66 hebben gevraagd om een nadere toelichting op de toestemming die nodig is van degene die een vergelijkend waren- of dienstenonderzoek heeft uitgevoerd om te kunnen verwijzen naar de resultaten. Doorgaans zal op de (wijze van uitdrukking geven aan) resultaten van zo'n onderzoek auteursrecht rusten, hetgeen zekere beperkingen inhoudt terzake van de mogelijkheid om van die resultaten gewag te maken. Niettemin is het toegestaan om binnen de grenzen van het auteursrecht, die in hoge mate uit internationale regels voortvloeien, uit zo'n onderzoek te citeren of om de inhoud daarvan zakelijk samen te vatten. Voor het (geoorloofd) citeren of samenvatten is niet de voorafgaande toestemming van de rechthebbende vereist. Ook heeft men niet de toestemming nodig voor het verspreiden van met het doel van bekendmaking van het onderzoek aangeschafte exemplaren van het onderzoek, mits althans de verspreiding niet aan contractuele beperkingen is gebonden. Bovendien kan met het «wervende» karakter van de context waarin wordt geciteerd, 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.

De leden van de fractie van D66 hebben gevraagd naar de wijziging van de Reclame Code en of de voorwaarden van de Code thans zijn strenger zijn ten opzichte van de richtlijn of worden versoepeld. Daarop kan worden geantwoord dat de Reclame Code reeds per 1 oktober 2000 is aangepast met het oog op het bereiken van uniformiteit met de richtlijn. In

artikel 14 van de Code is thans nauwgezet de tekst van de richtlijn (en daarmee van dit wetsvoorstel) gevolgd. Evenmin als voor de voorgestelde wetgeving, kan voor de Code worden gesteld dat daarmee de zelfreguleringsnormen strenger of juist soepeler zijn gesteld.

## **Artikelen**

### *Artikel 194a, tweede lid, Boek 6 Burgerlijk Wetboek*

De leden van de fractie van de PvdA hebben een nadere precisering gevraagd in welke gevallen aan de hand van de voorgestelde regeling vergelijkende reclame onrechtmatig is.

Door de leden van de fractie van de VVD is een rechtsvergelijkend overzicht gevraagd om aan te geven hoe andere lidstaten omgaan met de verhouding tussen de regels inzake vergelijkende reclame en de regels inzake misleidende reclame. Tevens vragen zij de regering een beschouwing te geven van de grensoverschrijdende handel en dienstverlening.

Hoewel het inderdaad mogelijk is dat regels ten aanzien van misleidende reclame in de verschillende lidstaten verschillen, zullen deze verschillen in het algemeen niet groot zijn. De richtlijn misleidende reclame is uitvoerig ten aanzien van punten waarop misleiding zou kunnen plaatsvinden. Bedrijven die zich bezig houden met grensoverschrijdende handel en dienstverlening zullen zich over de exacte regels in een ander land moeten laten informeren. Dit valt mijns inziens onder de normale bedrijfsvoering.

Ook hebben de leden van de fractie van de VVD leden gevraagd welk recht van toepassing is bij grensoverschrijdende handel en grensoverschrijdende publiciteit. Wat de vraag van deze leden naar het toepasselijke recht betreft, merk ik het volgende op. De handelingen die door het wetsvoorstel van een sanctie worden voorzien, liggen in de sfeer van de onrechtmatige daad. In geval van grensoverschrijdend onrechtmatig handelen zijn van toepassing de regels van de op 1 juni 2001 in werking getreden Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (Stb. 190). In het door de aan het woord zijnde leden geschetste voorbeeld van een Nederlands bedrijf dat via een televisienetwerk in Luxemburg zijn product vergelijkt met een Spaans product, wordt de vraag of er sprake is van misleidende reclame in beginsel beheerst door het recht van de staat waar de daad plaatsvindt, in casu het Luxemburgse recht. Het is echter heel goed mogelijk dat het schadelijk effect van de reclameboodschap niet in Luxemburg, maar bijvoorbeeld in Spanje dan wel in Nederland wordt ondervonden. In dat geval is niet het Luxemburgse, maar het Spaanse, onderscheidenlijk het Nederlandse recht van toepassing op de vraag of er sprake is van misleidende vergelijkende reclame en welke sanctie daartegen mogelijk is. Bepalend is, met andere woorden, het recht van het land waar de schade wordt ondervonden. Een en ander is, zou ik menen, geheel in overeenstemming met de bedoeling van de richtlijn.

### *Artikel 195 Boek 6 Burgerlijk Wetboek*

De leden van de fractie van de PvdA hebben gevraagd of de omkering van de bewijslast gehandhaafd blijft en waarom een dergelijke bepaling ontbreekt. Bij de uitvoering van deze richtlijn is getracht zo nauw mogelijk aansluiting te zoeken bij de tekst van de richtlijn, zonder dat dit tot onnodige herhalingen of onnodige wijzigingen van de bestaande wettekst zou leiden. De bepaling van artikel 195, eerste lid, is in eerste instantie geschreven voor een normale gerechtelijke procedure. De inwerkingtreding van de richtlijn-1984 heeft indertijd niet tot aanpassing van artikel

1416b, eerste lid (thans artikel 195, eerste lid) geleid. De richtlijn misleidende en vergelijkende reclame voegt aan artikel 6, sub a, van de richtlijn-1984 een passage toe, maar laat de rest van het artikel ongemoeid. Het is dan ook minder logisch in dat opzicht thans wijzigingen aan te brengen die in het verleden niet nodig zijn geacht. Dat de bewijslastverdeling niet onredelijk mag zijn, volgt uit de algemene regels van het burgerlijk procesrecht en behoeft niet op deze plaats in dit artikel herhaald te worden. Om die reden zijn de woorden «behoudens voorzover deze bewijslastverdeling onredelijk is» geschrapt. In kort geding, waar de meeste procedures over onrechtmatige reclame worden gevoerd, missen de bewijsregels toepassing, maar zal de kort geding rechter zonder meer rekening houden met de redelijkheid van de bewijslast. Aan een expliciete redelijkheidstoets is geen behoefte, aangezien deze moet worden geacht te zijn inbegrepen in de afweging die zowel de gewone als de kort geding rechter zal maken bij de bepaling van bewijslast.

De Minister van Justitie,  
A. H. Korthals