

III Rechtspraak

Vergelijkende reclame in vrije beroepen: de octrooigemachtigden slaan terug

Mr. E.R. Vollebregt

1 E.R. Vollebregt, Reclame- en honorarieregels van een branchevereniging beoordeeld onder Europees mededingingsrecht, NTER 1999, p. 179.

2 Beschikking van de President van het Gerecht van 14 april 2000, Instituut van erkende gemachtigden/-Commissie, T-144/99 R, nog niet gerapporteerd.

3 Deze bepalingen luiden:

*Artikel 2 - Reclame

a) Reclame is in het algemeen geoorloofd, voorzover zij waarheidsgetrouw, objectief en in overeenstemming met de basisbeginselen van eerlijkheid en eerbiediging van het beroepsgeheim is.

b) De volgende reclame is bij wijze van uitzondering niet geoorloofd:

1. Vergelijking van de beroepsdiensten van een lid met die van een ander lid; ...

3. Vermelding van een andere beroepsuitoefenaar, tenzij er een schriftelijke samenwerkingsovereenkomst tussen het lid en deze beroepsuitoefenaar bestaat; ...

Artikel 5 - Betrekkingen met andere leden ...

c) Een lid moet elke gedachteswisseling over een concrete zaak waarvan het weet of vermoedt dat deze door een ander lid wordt of is behandeld, met de betrokken cliënt vermijden, tenzij de cliënt de wens te kennen geeft een onafhankelijk advies in te winnen of van gemachtigde te veranderen. Het lid mag het andere lid hiervan slechts met de instemming van de cliënt in kennis stellen. ...'

Deze zaak heeft een lange geschiedenis. Aanvankelijk als gevolg van een klacht van een van haar leden besloot het Instituut voor erkende octrooigemachtigden bij het Europees Octrooibureau haar gedragsregels aan te melden bij de Europese Commissie ter verkrijging van een vrijstelling onder artikel 81 lid 3 EG-Verdrag. De voorgeschiedenis is uitgebreid beschreven in dit tijdschrift bij de rapportage van de beschikking van de Europese Commissie.¹

Gerecht van Eerste Aanleg 8 maart 2001, Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau tegen de Commissie, T-144/99, n.n.g.

Feiten

De voorgeschiedenis

Het Instituut voor erkende octrooi gemachtigden bij het Europees Octrooibureau (EPI) was niet tevreden met de vrijstelling die de Commissie uiteindelijk gaf, omdat zij haar gedragscode aanzienlijk had moeten aanpassen. Op 14 juni 1999 stelde EPI daarvoor een nietigheidsberoep bij het Gerecht in.

Intussen hadden er nog twee procedurele schermutselingen plaats: EPI probeerde bij de Commissie het in de procedure gebruikte maar niet overgelegde advies van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities te pakken te krijgen en probeerde het eindigen van de vrijstellingsbeschikking van de Commissie te laten schorsen door de President van het Gerecht. De Commissie, daaromtrent benaderd, riep artikel 10 lid 6 van Verordening nr. 17 in en weigerde dit advies over te leggen.

De vrijstelling van de Commissie liep tot 23 april 2000, zodat EPI op 6 maart 2000 besloot in kort geding om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 1 van de beschikking te verzoeken omdat, kort gezegd, de inwerkingtreding van de beschikking onomkeerbare schadelijke effecten op de concurrentie zou hebben en omdat zowel de cliënten als de octrooigemachtigden zelf zich niet zo snel aan de nieuwe omstandigheden zouden kunnen aanpassen. De president van het Gerecht wees het verzoek op 14 april 2000 af met het argument dat EPI geen van de drie punten inhoudelijk (met een economische analyse of anderszins) onderbouwd had en daardoor geen ernstige en onomkeerbare schade als gevolg van de inwerkingtreding van de beschikking kon bewijzen.²

Arrest van het Gerecht

Het beroep strekte er in essentie toe de vrijstellingsbeschikking nietig te laten verklaren voorzover deze de bepaalde reclamevoorschriften en omgangsregels als mededingingsbepalend bestempelde³, de verwijzing naar het advies van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities van 17 november 1998, alsmede het hieruit voortvloeiende betoog inzake de rechtvaardiging van de beperkte duur van de ontheffing en impliciet inzake de toepassing van artikel 81 lid 1 EG bij de behandeling buiten beschouwing te laten.

In het navolgende zal ik de indeling van het Gerecht in het arrest aanhouden.

De vergelijkende reclameverboden

Wat betreft de reclameverboden beriep het EPI zich op drie argumenten: de beschikking was niet voldoende gemotiveerd op het punt van toepasselijkheid van artikel 7 lid 5 van de Vergelijkende Reclame Richtlijn⁴, verkeerde toepassing artikel 7 lid 5 van de Vergelijkende Reclame Richtlijn en een verkeerde toepassing van artikel 81 EG.

Met alledrie de argumenten maakte het Gerecht korte metten. Het Gerecht vond de beschikking wel duidelijk genoeg gemotiveerd op het punt van niet-toepasselijkheid van artikel 7 lid 5 van de Vergelijkende Reclame Richtlijn. De Commissie had vastgesteld in de beschikking dat EPI niet door een lidstaat aangewezen was als uitgezonderde instantie in de zin van artikel 7 lid 5 van de richtlijn. Bij de Commissie had EPI zich echter op het standpunt gesteld dat artikel 7 lid 5 een automatische uitzondering was. Bij het Gerecht betoogde EPI nu dat de toepassing van artikel 81 EG door de Commissie (nu artikel 7 lid 5 EPI daarvan niet uitzonderde) artikel 7 lid 5 ieder nuttig effect ontnam, omdat de intentie van de wetgever met die bepaling was, de mogelijkheid te scheppen vergelijkende reclame voor vrije beroepen te verbieden. Het Gerecht stelde vast dat een dergelijke automatische uitzondering niet bestaat onder artikel 7 lid 5.⁵ Bovendien brengt het beginsel van de hiërarchie van normen met zich mee dat artikel 7 lid 5 binnen het kader van artikel 81 EG moet worden geïnterpreteerd, dus van geval tot geval.⁶ Het derde argument van EPI betreft weer een automatische toepassing en wel die van de 'rule of reason' op gedragsregels die een doel van algemeen belang nastreven.⁷ Ook hierin kan het Gerecht zich niet vinden: ten eerste kan niet worden aanvaard, dat regels die de uitoefening van een beroep organiseren principieel ontsnappen aan de toepassing van artikel 81 lid 1 EG door het enkele feit dat de bevoegde instanties deze regels als gedragsregels kwalificeren.⁸ Ten tweede bestaat er in het EG-Verdrag geen uitdrukkelijke uitzondering van de mededingingsregels voor gedragsregels, terwijl dit bij andere gebieden (bijvoorbeeld landbouw en wapens) wel het geval is.⁹ Dus was enkel van belang of de

Vervolg noten op pagina 188

4 'Niets in deze richtlijn belet de lidstaten om, met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag, verbodsbepalingen of beperkingen voor het gebruik van vergelijkingen in reclame voor beroepsmatige dienstverlening te handhaven of te introduceren, die rechtstreeks worden opgelegd dan wel door een instantie of organisatie die volgens de wetgeving van de lidstaten verantwoordelijk is voor het reguleren van de uitoefening van een beroepsactiviteit.'

5 Punt 53.

6 Punten 52 en 54.

7 Punten 56-61.

8 Punt 64.

9 Punt 67.

10 Punt 68.

11 Punten 70-71.

12 Punten 72-78.

13 Artikel 5 (c) van de gedragsregels, zie hierboven in voetnoot 3.

14 Punt 93.

15 Punten 94-95.

16 Punten 96 en 98.

17 Punten 97 en 99.

18 Punten 130 en 131.

19 Punten 133 en 134.

20 Punten 135-137.

Commissie terecht heeft geoordeeld, dat de in de beschikking aan de orde zijnde bepalingen van artikel 2 van de gedragscode de mededinging beperken in de zin van artikel 81 lid 1 EG.¹⁰ Het Gerecht oordeelde dat deze bepaling geen betrekking op vergelijkende reclame had en evenmin op de betrekkingen tussen EPI-leden, maar enkel op de vermelding van een andere beroepsuitoefenaar tenzij er een schriftelijke samenwerkingsovereenkomst tussen het lid en deze beroepsuitoefenaar bestaat.¹¹ Zo probeert deze bepaling te vermijden, dat een gemachtigde zich ten onrechte op professionele relaties laat voorstaan. De conclusie luidde derhalve dat de Commissie dit punt ten onrechte aangemerkt had als een beperking van de mededinging omdat zij vergelijkende reclame tussen gemachtigden zou verbieden, zodat de beschikking in zoverre nietig moest worden verklaard. Wat betreft het 'eigenlijke' verbod van vergelijkende reclame in artikel 2 onder b lid 1 oordeelde het Gerecht dat de Commissie dit terecht als mededingingsbeperkend had aangemerkt.¹²

De omgangsvoorschriften

Hier was in het geding het verbod om bij het aanbieden van zijn diensten aan een cliënt van een andere gemachtigde, met deze cliënt van gedachten te wisselen over een reeds afgesloten zaak en, a fortiori, om deze zaak aan te grijpen om contacten te leggen met deze cliënt.¹³ Het bezwaar van de Commissie hiertegen was dat wanneer een gemachtigde niet met een potentiële cliënt van gedachten kan wisselen over een specifieke zaak die reeds door een andere gemachtigde is behandeld, de eerstgenoemde gemachtigde moeilijk kan aanbieden nieuwe zaken te behandelen die verband houden met de betrokken zaak, en zelfs moeite zal hebben enige vorm van beroepsmatig contact met deze cliënt te leggen.¹⁴ Het Gerecht bepaalde echter dat de Commissie de bepaling verkeerd geïnterpreteerd had.¹⁵ De bepaling verbood het namelijk de gemachtigde niet om bij de benadering van de cliënt van een andere gemachtigde alle gegevens mee te delen die in het bijzonder verband houden met zijn ervaring, zijn kwaliteiten, zijn opleiding en zijn tarieven. Het artikel verhinderde evenmin gedachteswisselingen, zelfs over een concrete zaak, indien de cliënt een onafhankelijk advies wenst in te winnen of te kennen geeft dat hij van gemachtigde wil veranderen. In essentie verbood het artikel enkel dat op initiatief van een gemachtigde met een cliënt wordt gesproken over een specifieke, afgesloten zaak die door een andere gemachtigde werd behandeld en zo laatdunkend over een andere gemachtigde gesproken wordt; de betrokken cliënt kon dit verbod evenwel terzijde schuiven.¹⁶ De gemachtigden werden aldus niet aanzienlijk ingeperkt in hun mogelijkheden diensten aan potentiële cliënten (in binnen- of buitenland) aan te bieden die reeds voor een specifieke zaak cliënt van een andere gemachtigde zijn geweest,

zodat de Commissie artikel 81 EG onjuist had toegepast.¹⁷

De duur van de vrijstelling als overgangsmaatregel

De bezwaren van EPI richten zich voor wat het beroep op dit punt betreft op twee zaken: ten eerste was EPI het niet eens met een beperkte overgangstermijn doordat een vrijstelling voor bepaalde tijd was verleend. Ten tweede kon EPI zich er niet mee verenigen dat de Commissie zich in haar verweerschrift voor het Gerecht wat de rechtvaardiging van de duur van de vrijstelling betreft had gebaseerd op een rapport (standpunt van verschillende lidstaten tijdens de vergadering van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities op 17 november 1998) dat niet aan EPI was overgelegd. Ten derde was EPI het er niet mee eens dat een vrijstelling voor bepaalde tijd verleend was, terwijl toch aan alle voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG was voldaan.

Het Gerecht oordeelde wat het eerste argument betreft dat EPI evenwel geen enkel specifiek argument had aangevoerd om aan te tonen, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door deze datum te kiezen, meer dan een jaar na de vaststelling van de beschikking en bovendien de uiterste datum van implementatie van de richtlijn.¹⁸

Wat betreft het rapport van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities stelt het Gerecht vast dat het inderdaad de rechten van de verdediging geschonden zou hebben indien het rapport enig effect had gehad op de procedure. Maar dat had het niet, volgens het Gerecht, 'zodat aan deze vaststelling geen enkel gevolg moet worden verbonden'.¹⁹

Ten aanzien van het laatste argument was het Gerecht echt kort: ingevolge artikel 8 leden 1 en 2 van Verordening nr. 17 wordt een ontheffingsbeschikking voor een bepaalde termijn gegeven, en kan deze op verzoek worden verlengd, indien de voorwaarden, bedoeld in artikel 81 lid 3 EG vervuld blijven. EPI had maar een verlenging moeten vragen als ze daarvoor in aanmerking meende te komen.²⁰

Commentaar

Vergelijkende reclame?

Ingevolge artikel 2bis van de richtlijn is vergelijkende reclame 'elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd'. In dit verband is het onderscheid dat het Gerecht maakt tussen 'eigenlijke' vergelijkende reclame en het noemen van een andere beroepsbeoefenaar interessant omdat goed te verdedigen valt dat het Gerecht hier een verkeerde maatstaf toepast ter

21 Punt 70.

22 Conclusie van AG Léger van 8 februari 2001 in C-112/99 Toshiba Europe GmbH/Katun Germany GmbH, n.n.g., punt 27.

23 Zie de conclusie, punt 30, laatste en een na laatste zin: 'On peut penser que la comparaison, au sens large, commence là où deux opérateurs économiques concurrents sont associés, même d'une manière non descriptive, dans une opération publicitaire. En tout état de cause, la directive s'appliquerait dès qu'une publicité réalise ce type de confrontation.' (de Nederlandse vertaling van de conclusie was nog niet beschikbaar ten tijde van het afsluiten van deze tekst).

24 Gevoegde zaken C-100 en C-103/80, Jur. 1983, p. I-1825.

25 Punt 120.

26 Punt 134.

27 Punt 120.

onderscheiding van vergelijkende reclame van andere reclame. Volgens het Gerecht heeft de bepaling *'geen betrekking op vergelijkende reclame en evenmin op de betrekkingen tussen EPI-leden, maar enkel op de vermelding van een andere beroepsuitoefenaar tenzij er een schriftelijke samenwerkingsovereenkomst tussen het lid en deze beroepsuitoefenaar bestaat. Zo probeert deze bepaling te vermijden, dat een gemachtigde zich ten onrechte op professionele relaties laat voorstaan.'*²¹

Dit lijkt mij voor discussie vatbaar. Ingevolge artikel 3bis sub e van de richtlijn is vergelijkende reclame verboden die de goede naam schaadt van of zich kleinerend uitlaat over de merken, handelsnamen, andere onderscheidende kenmerken, goederen, diensten, activiteiten of omstandigheden van een concurrent. Ook bepalingen die betrekking hebben *'enkel op de vermelding van een andere beroepsuitoefenaar'* vallen derhalve binnen de definitie van vergelijkende reclame onder de richtlijn. Dit wordt bevestigd door de momenteel hangende Toshiba/Katun-zaak, waarin AG Léger een ruime interpretatie voorstelde van het begrip *'vergelijkend'*²², zodat vergelijkende reclame begint waar twee concurrerende ondernemingen in een reclame met elkaar in verband worden gebracht, zelfs op een niet beschrijvende manier.²³ Het doel van de EPI-bepaling als zodanig kan derhalve de betrokken gedragsregel – gezien het systeem van de richtlijn – niet buiten de reikwijdte van de definitie *'vergelijkende reclame'* laten vallen. Aangezien verdedigbaar is dat het in casu wèl om vergelijkende reclame gaat, komt de conclusie van het Gerecht dat de bepaling *'evenwel geen betrekking [heeft] op vergelijkende reclame en evenmin op de betrekkingen tussen EPI-leden'* en dat de Commissie derhalve *'dit punt ten onrechte [heeft] aangemerkt als een beperking van de mededinging'* op losse schroeven te staan. Het HvJ EG zou wat dit betreft de onduidelijkheid kunnen opheffen door in de Toshiba/Katun-procedure een duidelijke uitspraak op dit punt te doen. Zoals het er nu uitziet, zou het kunnen gebeuren dat het Gerecht en het HvJ EG een significant verschillende definitie van vergelijkende reclame gaan hanteren.

Recht van hoor en wederhoor

De Commissie had zich in de geschreven procedure voor het Gerecht beroepen op het advies van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities en wilde dit niet aan EPI overleggen omdat het geheim was op grond van Verordening 17. Hiermee wordt de tegenpartij in een procedure in een onmogelijke situatie gebracht. De Commissie stelde zich op het standpunt dat in het arrest *Musique diffusion française*²⁴ beslist was dat het geheimhouden van het advies geen schending van de rechten van de verdediging opleverde.²⁵ Het Gerecht preciseerde de *Musique diffusion française*-rechtspraak door aan te geven dat deze alleen betrekking had op de administratieve procedure

voor de Commissie. In een rechtszaak kan een partij zich, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden, ter ondersteuning van haar stellingen niet op een document beroepen dat zij niet in het dossier kan laten opnemen, oordeelde het Gerecht.²⁶ Het Gerecht kan de Commissie redden doordat de Commissie betoogd had dat de vaststelling van de duur van de ontheffing enkel gebaseerd was op de in overweging 48 van de beschikking opgenomen overwegingen.²⁷ Aldus heeft de Commissie alle feiten waarop zij haar beschikking had gebaseerd aan EPI meegedeeld en haalt het beroep op schending van het beginsel van hoor en wederhoor voor de beoordeling van het middel (schending van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag) het niet. Dat wil echter niet zeggen dat de handelswijze van de Commissie in dezen een schoonheidsprijs verdient.