

Onder nemers brief

1998

Actuele juridische informatie voor de ondernemer

Inhoud

Een nieuw millenium, een nieuwe regeling voor vergelijkende reclame

Enkele fiscale aspecten van de invoering van de Euro

Fiscale domper voor projectontwikkelaars met aparte project-BV's

De Hoge Raad stuurt de lease-praktijk

Bij "Na u" geldt: hard gaat voor zacht

Maximumprijzen voor geneesmiddelen twee jaar te laag

■ Reclamerecht

Een nieuw millennium, een nieuwe regeling voor vergelijkende reclame

Binnen afzienbare tijd zullen als gevolg van de vaststelling van een Europese richtlijn over vergelijkende reclame de (op dit moment beperkte) mogelijkheden voor het maken van vergelijkende reclame in Nederland worden verruimd. Zo ludiek als het in de Verenigde Staten is zal het in Nederland evenwel niet worden.

Inleiding

In de Verenigde Staten is het maken van vergelijkende reclame binnen ruime grenzen toegestaan en daardoor zeer populair. Reclamebureaus en adverteerders kunnen hun creativiteit in deze vorm van reclame aardig kwijt en dat leidt tot vele opmerkelijke, vaak geestige en daardoor effectieve uitingen. De bekendste zijn afkomstig van Coca Cola en Pepsi Cola. Illustratief is een commercial waarin een UFO met marsmannetjes naar de aarde vliegt en boven twee grote naast elkaar staande ijskasten blijft hangen. De ene ijskast is van

5

Kluwer 1998

Derks · Star Busmann · Hanotiau
advocaten · notarissen · belastingadviseurs

Coca Cola, de andere van Pepsi Cola. Uit de UFO wordt vervolgens een grijpmachine neergelaten die één van de twee ijskasten gevuld met blikjes van het favoriete merk van de marsmannetjes in de UFO hijst. De UFO vliegt vervolgens weg, de ijskast van het suffe, ouderwetse merk achterlatend.

Dergelijke vergelijkende reclame is in Nederland niet toegestaan.

Vergelijkende reclame: huidige regeling

Vergelijkende reclame is iedere vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet word(t)(en) genoemd. Op grond van de huidige regelgeving is vergelijkende reclame slechts toegestaan als aan zeer stringente voorwaarden is voldaan. De vergelijking moet:

- a. vergelijkbare producten betreffen;
- b. betrekking hebben op alle relevante eigenschappen;
- c. niet misleidend zijn;
- d. niet nodeloos denigrerend zijn.

In de praktijk blijkt dat het nauwelijks mogelijk is om vergelijkende reclame te maken die aan deze eisen voldoet. Daar komt bij dat het noemen van het merk van de concurrent slechts is toegestaan als daarvoor een zodanige noodzaak bestaat dat in redelijkheid niet van de adverteerder kan worden gevergd dat deze zich van het gebruik van het merk van de concurrent onthoudt. Dit komt maar zelden voor. Reclamebureaus en adverteerders maken in Nederland daarom over het algemeen geen vergelijkende reclame. Als zij zich er wel aan wagen, leidt de reclame vrijwel altijd tot klachten bij de Reclame Code Commissie of tot civiele procedures bij de rechter.

Nieuwe Richtlijn Vergelijkende Reclame

Gelukkig voor reclamebureaus, adverteerders en, niet in de laatste plaats, de consument worden de mogelijkheden voor het maken van vergelijkende reclame na het jaar 2000 verruimd. Op 6 oktober 1997 hebben het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie de zogenaamde Richtlijn Vergelijkende Reclame vastgesteld. In deze richtlijn is zeer nauwkeurig omschreven onder welke voorwaarden vergelijkende reclame is toegestaan. Die voorwaarden zijn minder streng dan de voorwaarden die nu in Nederland aan vergelijkende reclame worden gesteld. Uiterlijk op 23 april 2000 moet de wetgeving van Nederland aan de richtlijn voldoen. Omdat het de Nederlandse wetgever niet is toegestaan aan vergelijkende reclame strengere eisen te stellen dan de eisen die in de richtlijn zijn opgenomen is het gevolg van de richtlijn dat er meer mogelijkheden voor vergelijkende reclame komen. Het idee dat inmiddels bij veel reclamebureaus en adverteerders bestaat dat

binnenkort de mogelijkheden nagenoeg onbeperkt worden en er eindelijk aansprekende 'Amerikaanse reclame' gemaakt kan worden, is evenwel onjuist.

Vergelijkende reclame: nieuwe regeling

Ongewijzigd blijft dat vergelijkende reclame niet mag misleiden en er bij dergelijke reclame geen appels met peren mogen worden vergeleken. Daarbij moet de adverteerder er ook in de toekomst voor zorgen dat de (producten van de) adverteerder en de (producten van de) concurrent niet worden verward en de goede reputatie van de (producten van de) concurrent niet wordt geschaad.

Vergelijkende reclame wordt op grotere schaal mogelijk doordat in de richtlijn is opgenomen dat het geoorloofd is 'op objectieve wijze één of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van goederen of diensten, waartoe ook de prijs kan behoren' te vergelijken. Nu nog moet een vergelijking betrekking hebben op alle relevante eigenschappen. Maar omdat vergelijkende reclame niet mag misleiden moet het bij vergelijking van slechts één wezenlijk kenmerk voor het publiek wel duidelijk zijn dat andere kenmerken niet zijn vergeleken. Vergelijkende reclame mag er ook niet toe leiden dat de consument gaat denken dat het aangeprezen product een zelfde herkomst heeft als het product waarmee wordt vergeleken of daarvan een imitatie is.

Meer ruimte voor vergelijkende reclame komt er ook doordat het enkele noemen van het merk van een concurrent niet meer op zichzelf in strijd met eventuele merkrechten kan worden geoordeeld. In de overwegingen bij de richtlijn is opgenomen dat het voor een doeltreffende vergelijkende reclame noodzakelijk kan zijn de producten of diensten van een concurrent aan te duiden door melding te maken van een merk van een concurrent of van diens handelsnaam. Door het noemen van het merk van de concurrent in vergelijkende reclame wordt derhalve niet per definitie ongerechtvaardigd voordeel getrokken uit of afbreuk gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk. Wel moet de adverteerder enigszins oppassen, omdat de richtlijn aan vergelijkende reclame de voorwaarde stelt dat deze "geen oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent". Hiermee lijkt bedoeld te worden dat de adverteerder een merk van de concurrent, als dit de adverteerder voordeel op kan leveren, niet te groot, te vaak en te opvallend moet vermelden.

De Amerikaanse Coca Cola/Pepsi commercial zal waarschijnlijk ook na wijziging van de Nederlandse wetgeving de toets van toelaatbaarheid niet doorstaan omdat het merk van de concurrent in deze commercial wel heel nadrukkelijk aanwezig is. Waar de grenzen

van het toelaatbare liggen zal echter in de rechtspraak moeten gaan blijken. Reclamebureaus en adverteerders zullen uiteraard op zoek gaan naar die grenzen en dat belooft in ieder geval de nodige aardige commercials.

Speciale aanbiedingen

De richtlijn roept nog een aparte regeling in het leven voor 'speciale aanbiedingen' waarbij de prijs van een product 'nu en straks' of 'voorheen en nu' wordt vergeleken. Elke vergelijking die verwijst naar een speciale aanbieding moet duidelijk en ondubbelzinnig begin en einde van de actie aangeven en, indien dit aan de orde is, de woorden 'zolang de voorraad strekt' of 'zolang de diensten kunnen worden geleverd'.

Samenvattend

Als gevolg van de vaststelling van de Richtlijn Vergelijkende Reclame zullen er in het nieuwe millennium meer mogelijkheden komen voor het maken van vergelijkende reclame. Het noemen van het merk van een concurrent zal in principe toegestaan zijn alsmede het vergelijken op één wezenlijk, relevant en controleerbaar kenmerk. Maar de oude hoofdregel dat vergelijkende reclame, zoals alle reclame, niet mag misleiden blijft bestaan en daarmee is direct de grens aangegeven. De mogelijkheden voor het maken van vergelijkende reclame worden weliswaar verruimd, maar blijven beperkt.

Mw mr M.C.H.I. van der Dussen

■ Fiscaal recht

Enkele fiscale aspecten van de invoering van de Euro

Voor het bewerkstelligen van een volledige Economische en Monetaire Unie (EMU) is besloten een Europese eenheidsmunt in te voeren, de Euro. Deze invoering van de Euro heeft zowel juridische- als fiscale implicaties. In dit artikel zullen de navolgende fiscale aspecten aan de orde worden gesteld: de aftrek van kosten in verband met de invoering van de Euro, de mogelijkheid tot het vormen van een kostenegalisatiereserve of voorziening, en de fiscale behandeling van valutaresultaten. Tot slot zal worden ingegaan op de verandering in de wijze van aangifte.

Aftrek van zakelijke kosten

De invoering van de Euro zal tot kosten voor een

onderneming kunnen leiden. De vraag is in hoeverre deze kosten ten laste van de winst kunnen worden gebracht. De hoofdregel is dat kosten in het jaar van uitgave op de belastbare winst in mindering gebracht kunnen worden. Deze kosten dienen een zakelijk karakter te hebben om fiscale aftrek te kunnen bewerkstelligen. Verondersteld mag worden dat de uitgaven, die de ondernemer moet doen in verband met de invoering van de Euro, gedaan zijn met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming. Hierbij kan men denken aan uitgaven voor aanpassing van computersoftware en -apparatuur, opleiding en instructie van personeel en dergelijke. Deze uitgaven kunnen direct ten laste van de winst worden gebracht, tenzij zij zijn aan te merken als vooruitbetaalde kosten of als een investering in een bedrijfsmiddel.

Is er een mogelijkheid tot het vormen van een kostenegalisatiereserve?

Een kostenegalisatiereserve kan worden gevormd voor kosten en lasten die door de bedrijfsuitoefening van enig jaar worden opgeroepen, maar die tot uitgaven leiden in een later jaar. Stel dat eens in de vier jaar een onroerend goed geschilderd moet worden. De kosten kunnen aan de vier jaar worden toegerekend, zodat in ieder jaar 1/4 van de totale kosten ten laste van de winst kan worden gebracht ten behoeve van de kostenegalisatiereserve. De kosten en lasten worden dus in het jaar waarin zij worden opgeroepen ten laste van de winst gebracht. Het is echter de vraag of ook de kosten die verband houden met de invoering van de Euro nu reeds ten laste van de winst kunnen worden gebracht.

Voor het vormen van een kostenegalisatiereserve moet, ingevolge wet en jurisprudentie, aan de volgende vereisten worden voldaan:

1. Er moet sprake zijn van een regelmatige boekhouding met geregelde jaarlijkse afsluitingen;
2. De kosten moeten gelijkmatig over de jaren worden verdeeld;
3. Er moet sprake zijn van een piek in de uitgaven;
4. De toevoegingen aan de reserve van elk jaar moeten in duidelijk verband staan tot de bedrijfsuitoefening van het desbetreffende jaar (de goed koopmansgebruik-voorwaarde).

Het vormen van een reserve voor toekomstige uitgaven is in strijd met goed koopmansgebruik, indien deze uitgaven toe te rekenen zijn aan toekomstige voordelen of indien de uitgaven naar hun aard kosten zijn van toekomstige jaren. Ook de toekomstige uitgaven van de invoering van de Euro zijn kosten die geen verband houden met een periode voorafgaande aan die uitgaven, waardoor het vereiste oorzakelijke verband tussen deze uitgaven en de huidige bedrijfsuitoefening ontbreekt. Omdat niet voldaan is aan deze