

Commerciële communicatie en vrijheid van meningsuiting

Jan Kabel

Instituut voor Informatierecht

www.ivir.nl

Vooraf

- De term zelf ‘commerciële communicatie’ is al chique, reclame is geen ‘ordinaire’ verkoopbevordering meer
- Duidt op toegang tot de consument
- Middelen om die toegang juridisch af te dwingen tegenover private of publieke beperkingen
 - Mededingingsrecht (ander congres!)
 - Vrijheid van goederen en dienstenverkeer (ander congres!)
 - *Vrijheid van meningsuiting*

Thema

- Wat heeft een beroep op de vrijheid van meningsuiting bij beperkingen op commerciële communicatie de laatste twintig jaar (na de grondwetswijziging van 1 februari 1983) opgeleverd?
- Wordt dat anders in de nabije toekomst?

Overzicht

- Betekenis artikel 7 Grondwet
- Begrip ‘handelsreclame’ tegenover andere uitingen
- Wat levert beroep op artikel 10 EVRM op als het om min of meer commerciële uitingen gaat?
- Reclame voor denkbeelden en het EHRM
- Rol Reclame Code Commissie
- Grondwetswijziging en artikel 7

Betekenis van een beroep op artikel 7 Gw

- Rechter moet lagere regelingen die in strijd zijn met artikel 7 Gw onverbindend verklaren
- Formele wetgever moet getrouw zijn aan Grondwet; de rechter kan die getrouwheid echter niet toetsen
- Beperkingen achteraf alleen bij wet in formele zin
- Verspreidingsbeperkingen door lagere wetgever moeten gebruik van enige betekenis openlaten
- Geen voorafgaand verlof op openbaarmaking gedachten en gevoelens door de drukpers, geen voorafgaand toezicht op inhoud radio- of televisieuitzending, geen voorafgaand verlof op openbaarmaking van gedachten en gevoelens door andere middelen wegens de inhoud daarvan

Grondwettelijke vrijheid van meningsuiting voor
Ronald McDonald? Of voor Burger King?
Nee: artikel 7 lid 4 Gw. Niet voor **handelsreclame**



Terzijde: En dit dan? Krantenbericht? Handelsreclame?

Freitag 11. Oktober 2002, 17:20 Uhr

Ronald McDonald in Graz

Graz (pts) - Am 8. Oktober eröffnete in Seiersberg bei Graz ein BURGER KING-Restaurant. Kurios: Neben sehr viel Prominenz aus dem In- und Ausland ehrte ein ganz besonderer Gast das Eröffnungs-Event: Ronald McDonald! Verwunderlich deshalb, weil die McDonald's Company gegen einen BURGER KING"-TV-Spot Einspruch erhoben hatte, in dem Ronald McDonald heimlich bei Burger King einen Big King kauft. Wie das Foto allerdings beweist, geht Ronald tatsächlich sehr gern zu BURGER KING! Laut Burger King bleibt er ein immer gern gesehener Gast.

Dus:

- Rechter hoeft lagere regelingen die in strijd zijn met artikel 7 lid 1-3 Gw niet onverbindend te verklaren
- Formele wetgever hoeft niet getrouw te zijn aan de artt. 7 lid 1-3 Gw
- Beperkingen achteraf ook bij lagere wetgeving mogelijk
- Verspreidingsbeperkingen door lagere wetgever hoeven geen gebruik van enige betekenis open te laten
- Voorafgaand verlot mogelijk op openbaarmaking door de drukpers en op openbaarmaking door andere middelen, voorafgaand toezicht mogelijk op inhoud radio- of televisieuitzending

Voorbeeld: echte censuur (art. 5 lid 2 Tabakswet (oud))

- “Bij AMvB kunnen in het belang van de volksgezondheid (...) eisen worden gesteld aan (...) reclame voor tabaksproducten. Indien zodanige maatregel van toepassing is, is het verboden zodanige reclame te maken die niet aan de eisen voldoet. Het (...) verbod is slechts van toepassing, nadat het orgaan (...) een verklaring heeft afgegeven, inhoudende dat de reclame niet aan de gestelde eisen voldoet. Zodanige reclame moet worden aangemeld bij het orgaan.”

Maar wat is handelsreclame?

- Beperking van grondrechten: dus enge uitleg
- Niet: “(...) het oproepen tot steun aan, of het gunstig stemmen t.a.v. instellingen met een wetenschappelijk, cultureel, geestelijk, godsdienstig, politiek of liefdadig karakter, voorzover deze niet betrekking hebben op het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienstverlening die in de handel verkrijgbaar is;” (artikel 3 Mediawet)
- Verschillen in aanpak rechtspraak

HR 1 april 1997, *NJ* 1997, 457

- Amsterdams Plakverbod (art. 12 APV) onverbindend wegens strijd met artikel 7 Gw?
- Affiche: reclame voor culturele activiteiten waarvoor entreegeld wordt geheven
- Rb.: = handelsreclame (entreegeld)
- Cassatiemiddel: cultureel is niet commercieel, dus geen handelsreclame; aard van product of dienst doorslaggevend
- AG: activiteit op zakelijke grondslag (entreegeld)
- HR: verbod laat feitelijk voldoende (ander) gebruik van enige betekenis open; uitleg begrip handelsreclame door Rb. behoeft geen bespreking

ARRvSt 24 juni 1991, AB 1992, 26

- Art. 162 APV: verbod m.u.v. ‘gedachten en gevoelens’
- Uithangbord met opschrift RIVA (Regionaal Instituut Verpleegkundigenopleiding Arnhem)
- Handelsreclame of ‘gedachten en gevoelens’?
- ARRvSt: instituut beoogt geen winst, dus gedachten en gevoelens en geen handelsreclame
- Annotator (P.J. Boon): gaat om inlichtingen; ten onrechte niet aan artikel 10 EVRM getoetst

Kenmerken☹ en verweermiddelen☺

- Betaald
- Invloed op inhoud en verspreiding
- Openbaar
- Commercieel
- Herkenbaar als handelsreclame
- Vermijdbaar
- Reclame
- Niet betaald
- Geen invloed op inhoud en verspreiding
- Niet openbaar
- Niet commercieel
- Niet herkenbaar als handelsreclame
- Niet vermijdbaar
- Sponsoring c.a.

Lukt dat altijd?

- Niet betaald
- Geen invloed op inhoud en verspreiding
- Niet openbaar
- Niet commercieel
- Niet herkenbaar als handelsreclame
- Niet vermijdbaar
- Sponsoring c.a
- (Stambuk/Germany)
- RTS/Sybase; St/Roche
- Van den Ende/VPRO
- Pharma Nord/KAG
- CvdM/VPRO
- Grishaver/Benetton

Niet openbaar?
Pres. Rb. Utrecht
15-2-2000, *IER*
2000-3: 172-177
met ann. JK
(Staat/Roche):
verbod
publieksreclame
voor geneesmiddel
Xenical tegen
zwaarlijvigheid;
verbod niet van
toepassing op
website informatie
die slechts getrapt,
via meerdere links
toegankelijk is

Het gevaar

van te zwaar.

Als je te zwaar bent, loop je groter risico's op onder andere hart- en vaatziekten, gewrichtsproblemen, slaapproblemen, verhoogd cholesterol en hoge bloeddruk. Dit is weten, of je ook je overgewicht anderszins wilt lossen. Kun je gebruik maken van de slimme slimme man (SM)? Je bepaalt je eigen BMI door met een klein weegschaal in te trekken van je winge naar je gewicht. Als je deze lijn verder doortrekt, kun je je BMI aflezen. Is je BMI gelijk aan of groter dan 30, vraag dan je arts om advies. Je arts kan je adviseren over het belang van beweging, voedingsgewoonten en overige ondersteuning voor meer informatie. Bij de Roche informatielijn.

Deze informatie wordt u aangeboden door:
Roche Nederland B.V., Nijmegenlaan 28, 3541 DR, Mijdrecht.
Roche informatielijn: 0900 - 2557424 (maandag t/m vrijdag) www.roche.nl

© Roche Nederland B.V. 2000. Alle rechten voorbehouden. Gemaakt op 28 Juni 2000.

Roche Gewicht in bedwang. Van levensbelang.

Niet commercieel?

Ledenwerfspotje VPRO: **Stop de kindermishandeling! Wordt lid van de VPRO!** (afbrekende commerciële reclame of satire?)



Beeld uit het omstreden spotje

Henny mishandelt geen kindertjes

Pres. Rb. Amsterdam 12 maart 1998, *Mediaforum* 1998-4
(Van den Ende & Huisman/VPRO): geoorloofde satire,
aan de kaak stellen van maatschappelijk verschijnsel

Niet vermijdbaar?

- Beschikking CvdM inz. VPRO-Hofmann's Honger, 19 januari 1995, *O&C* 1994-106: verboden sluikreclame
- Wijziging Mediabesluit, Artikel 28: vermijdbare reclame-uitingen toegestaan mits passend binnen context programma en geen afbreuk aan programma formule of integriteit van het programma



Sponsoring of reclame? RCC 26 mei 1992, *doss.* 92.7294
(Grishaver v. Benneton), *IER* 1992-39, met ann. JK
(2e prijs World Press Photo 1991: sterfbed aidspatiënt
nieuwsfoto van de Amerikaanse fotografe Therèse Frase)



Verweer Benetton:

- dialoog over maatschappelijke problemen: publiek debat
- gaat om kunst
- naamsvermelding Benetton drukt betrokkenheid uit van B.
- Benetton sponsort publicatie kunstuiting

Definitie handelsreclame

- openbare mededeling
- betaalde mededeling
- intentie tot verkoopbevordering (aanprijzen)
- over goederen en diensten (NRC: ook aanprijzen denkbeelden!)
- (herkenbaar als reclame)
- adverteerder bepaalt in principe plaats, inhoud, verschijningsvorm

Oordeel RCC: advertentie is handelsreclame

NRC = Nederlandse Reclame Code; RCC = Reclame Code Commissie

Overige vindplaatsen:

EHRM 17 oktober 2002 (Stambuk v. Germany)
Application no. 37928/97 (kom ik op terug)

Rb Utrecht 4 augustus 1998, *IER* 1999-3: 140-142
met ann. JK (RTS v. Sybase)

Hof Amsterdam 2 april 1998, *Mediaforum*
1998-5: 158-161 (Pharma Nord v. KAG)

Maar artikel 10 EVRM dan?

- Gaat boven Grondwet
- Betreft ook handelsreclame
- Geen verbod van voorafgaand verloff
- Beperkingen ook bij lagere wetgeving
- Vier stappen toets: (1) voorzien bij wet, (2) alleen ter bescherming van bepaalde belangen, (3) noodzakelijk ter bescherming van dat belang en (4) niet verder dan nodig

Wat levert artikel 10 EVRM op?

Zaaknamen

- EHRM: Barthold v. Germany, Markt intern v. Germany, Casado v. Spain, Jacubowski v. Germany, Stambuk v. Germany, Gautrin v. France
- ECRM: Scientology v. Sweden, Hempfig v. Germany, NOS v. Netherlands
- HR: Beele v. Van der Linde, Procter & Gamble v. Kimberley Clark, M. v. Bios

Vindplaatsen:

* EHRM 25-03-1985 (Barthold v. Germany), 20-11-1989 (Markt intern v. Germany), 24-02-1994 (Casado v. Spain), 23-06-1994, (Jacubowski v. Germany), 20-05-1998 (Gautrin v. France), 17-10-2002 (Stambuk v. Germany), alle op:

<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>

* ECRM 05-05-1979, *Yearbook* 1979, 252 (Scientology v. Sweden), 07-03-1991, *Mediaforum* 1992-9, B60-61 (Hempfig v. Germany), 13-10-1993, *Mediaforum* 1994-1, B1-4 (NOS v. Netherlands)

* HR 13-02-1987, *NJ* 1987, 899 (Beele v. Van der Linde), 15-01-1999, *NJ* 1999, 665 (Proctor & Gamble v. Kimberley Clark), 02-02-1997, *NJ* 1997, 661 (M. v. Bios)

Wat levert het op? Trefwoorden

- Bescherming *commercial speech, information of a commercial nature*
- Procedure: bewijslastverdeling, openbaarheid procedure en onpartijdigheid disciplinaire colleges
- Misleiding en oneerlijke concurrentie: altijd mis
- Reclameverboden in het vrije beroep: onderscheid beoordeling beperkingen advocatuur/medische professie
- Publiciteit over goederen en diensten in pers en televisieprogramma's

Beschermde *commercial speech*

- Misleidende advertentie voor korting op e-meter (Scientology) ☹
- Krantenartikelen, lovende besprekingen i.s.m. gedragscodes (Barthold, Stambuk) ☺
- Vertonen producten in kritisch jeugdprogramma op televisie i.s.m. Mediabesluit (NOS) ☹
- Advertentie, rondschrijven voor diensten advocaat i.s.m. gedragscodes (Casado, Hempfig) ☹
- Branche orgaan, uitlokking tot afbrekende mededelingen over bedrijf (Markt intern) ☹
- Rondschrijfbrief met krantenknipsels, afbrekende mededelingen over bedrijf (Jacubowski) ☹
- Zwaailichten en naam (*SOS Médecins*) op auto's, telefoonboeken en brochures i.s.m. gedragscode (Gautrin) (6 EVRM) ☺

Procedurele zaken: bewijslastomkering 6:195 BW

6:195.1 “Indien een vordering (...) wordt ingesteld tegen iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen, rust op hem de bewijslast terzake van de juistheid of volledigheid van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerde misleidende karakter van de mededeling berust onderscheidenlijk waarop de ongeoorloofdheid van de vergelijkende reclame berust (...).

6:195.2 “Indien (...) onrechtmatig is gehandeld door iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele zelf heeft bepaald of doen bepalen, is hij voor de dientengevolge ontstane schade aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld te wijten is noch op andere grond voor zijn rekening komt.”

Procedurele zaken: bewijslast ☹️

- Procter & Gamble v. Kimberley Clark: beperkte verweermogelijkheden gedaagde in kort geding in samenhang met omkering bewijslast bij artikel 6:195 Bw en onomkeerbare sancties (rectificatie) in strijd met artikel 10 EVRM?
- HR: Nee, i.o.m. 10 EVRM, marginale toetsing
- Annotator (D.W.F. Verkade): Hof laat juist ruimte voor nationale rechter om belangen volledig af te wegen; *riedelmatige* afdoening

Openbaarheid en onpartijdigheid disciplinaire colleges ☺

- Gautrin v. France:
 - eerste (medische) noodhulpverlening op telefonische afroep; publiciteit i.s.m. reclameverbod gedragscode
 - Zittingen disciplinaire colleges niet openbaar
 - Wraking alle collegeleden nodig, maar dat leidt niet tot ander college, dus geen effectief rechtsmiddel
 - Hof onderzoekt nauwgezet (on)partijdigheid alle collegeleden; meerderheid in concurrentie met *SOS-Médecins*
 - Strijd met artikel 6 par. 1 EVRM

Misleiding en oneerlijke mededinging ☹️

- Scientology, Markt intern, Jacobowski en ook NOS (straks)
- Scientology: via *lower level of protection*; Jacobowski en Markt intern via marginale toetsing in zaken van oneerlijke mededinging
- Resultaat: onveranderlijk hetzelfde ☹️
- Hertel v. Zwitserland: kwalificatie wetgever van verhouding als oneerlijke concurrentie niet relevant. Hof kijkt daar door heen (EHRM 25-8-1998, NJ 1999, 712)

Advocaten☹ v. Artsen☺

- Stambuk v. Germany:
 - Persartikel: nieuwe behandeling gebrekkig zicht m.b.v. lasertechniek, succespercentage 100%, foto Dr. Stambuk achter de computer
 - Strijd met gedragscode
 - T.a.v. advocaten: marginale toetsing vanwege uiteenlopende nationale regelingen (Casado)
 - Hier: niet het geval, volledige belangenafweging cfm Barthold (persvrijheid, bescherming gezondheid, rechten van anderen, vrijheid van meningsuiting Stambuk) ☺

Volledige belangenafweging

- Essentiële functie van de pers
- Zaak van algemeen medisch belang
- Initiatief journalist
- Geen onjuiste of misleidende informatie
- Foto relevant voor rest informatie;
succespercentage niet van rest te scheiden
- Publiciteitseffect secundair
- Onderzoek naar verificatieplicht arts niet nodig

Sylvia Millecam in NOS-programma Klokhuis van 7 juni 1988



Televisieprogramma's

- NOS v. The Netherlands (ECRM)
 - Overtreding artikel 52 Mediawet
 - Beoordeling volgens Markt intern (oneerlijke mededinging: marginale toetsing)
 - Doelgroep: kinderen
 - Omroep: publiek
 - Lage boete (dfl. 7.000)
 - Niet buiten Nederlandse beoordelingsmarge
 - Niet onredelijk of disproportioneel

Reclame voor denkbeelden

Fatsoensregel NRC (ook thans weer van toepassing op aanprijzing van denkbeelden)

Uitbeelding leed voor politiek doel:

Hof Amsterdam

30-10-1981 *NJ* 1981, 422:

alleen veroordeling door RCC indien

* overgrote meerderheid bevolking

* in ernstige mate wansmakelijk

* lezers afkerig van blad



VGT v. Zwitserland

EHRM 28-09-2001, *Mediaforum* 2002-2: 55-59 met ann. JK



- *Private Publisuisse* ('STER') weigert varkensconcentratiekamp-spot Verein gegen Tierfabriken vanwege verbod 'politieke reclame' in Zwitserse Mediawet
- EHRM: weigering i.o.m. wet, spot is politieke reclame, en legitiem doel (rechten van anderen: omroepen, politieke partijen, pers)
- alleen omroepverbod echter niet noodzakelijk, legitiem doel in dit geval niet van toepassing, Publisuisse heeft monopolie: schending art. 10

Betekenis

- Horizontale werking irrelevant: weigering door privaatrechtelijke instantie gedekt door Zwitserse rechter (overheidsinmenging)
- Volledige toetsing, vrijheid van meningsuiting ook voor schokkende reclame (Handyside v. UK). Hof in Boycot Outspan dus passé?
- RCC in Wakker Dier (RCC 06-09-2002, *Uitspraken* 2002: 332): “Biggen castreren? Gehoorbeschermers op” i.s.m. fatsoen ????

Toekomst: Kabinetsvoorstel nieuw artikel 7 Grondwet

“1. Ieder heeft het recht zijn mening vrij te uiten. Dit recht omvat de vrijheid om denkbeelden of of andere informatie te openbaren, te verspreiden of te ontvangen.

2. Bij de wet kan dit recht worden beperkt. Een beperking van de vrijheid om te openbaren kan geen voorafgaand verlof inhouden. Een beperking om te verspreiden of te ontvangen kan tevens krachtens de wet plaatsvinden en een voorafgaand verlof inhouden, mits deze beperking wordt gesteld in het belang van de openbare orde en zij geen betrekking heeft op de inhoud van de denkbeelden of de andere informatie.

*3. Indien de beperking betrekking heeft op handelsreclame of productinformatie, kan dit recht ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid tevens **krachtens de wet worden beperkt.**”*

4. (...)

Betekenis voor handelsreclame

- Geen preventieve toetsing inhoud handelsreclame en product-informatie
- Verspreidingsbeperkingen ook preventief, ook door lagere wetgever, maar dan alleen in belang openbare orde
- Inhoud en andere aspecten (bijv. de plaats) van handelsreclame en productinformatie ook te regelen bij AMvB, maar dan alleen ter bescherming gezondheid of veiligheid
- Andere belangen dus te regelen bij formele wet

Besluit

- Tevreden? 😊
- Dank voor Uw aandacht!