

## ONEERLIJKE MEDEDINGING EN DE VRIJHEID VAN WETENSCHAPPELIJKE INFORMATIEVOORZIENING

*EHRM 25 augustus 1998 (Hertel v. Zwitserland)*

J.J.C. Kabel

1. Dit arrest is van belang voor wetenschappelijke auteurs. Een met het nodige voorbehoud geformuleerd, wetenschappelijk onderzoeksverslag mag door de nationale rechter wegens oneerlijke mededinging als onrechtmatig worden bestempeld, indien het de omzet van daarin onderzochte produkten nadelig beïnvloedt. Dat is een concurrentie-norm. Juiste mededelingen van adverteerders die geschikt zijn om het publiek afkerig te maken van het aanbod van de concurrent, zijn onrechtmatig, aldus al in 1941 onze Hoge Raad in het Kattenbrood-arrest (NJ 1941, 660). Ik citeer: "*doch het ter zake doende element dit is, of de mededeling van die handelingen geschikt is de afnemers afkeurig te maken van het doen van zaken met die concurrent-fabrikant, hetgeen het geval kan zijn met mededelingen van allerlei aard omtrent den persoon of de handelsgestie van den concurrent (...)*". Het arrest van het EHRM lijkt weer eens een bewijs te meer van de commercialisering van de niet-commerciële sfeer. Het Hof had in mijn ogen die commercialisering harder aan moeten pakken. Het onderzoekt echter ietwat lafhartig of Hertel's beweringen wel zijn aangeslagen, *quod non*. Daarom wint Hertel. Als ik Hertel was, zou ik niet blij zijn dat ik op deze wijze had gewonnen.

2. Hertel, gepensioneerd technicus, doet, in samenwerking met prof. Blanc van de Universiteit van Lausanne en technisch adviseur aan het Federale Instituut voor Technologie van Lausanne, privé onderzoek naar de effecten van de consumptie van voedsel dat in magnetrons is bereid. Gedurende twee maanden wordt het bloed onderzocht van acht vrijwilligers die een macrobiotisch dieet volgen. Het onderzoeksrapport 'Vergleichende Untersuchungen über die Beeinflussung des Menschen durch konventionell und im Mikrowellenofen aufbereitete Nahrung' constateert veranderingen in de bloedsamenstelling die 'appear to indicate the intitial stage of a pathological process such as occurs at the start of a cancerous condition.' Kort gezegd: je kunt kanker krijgen van eten uit de magnetron (als je macrobiotisch eet, zou ik daar aan toevoegen). Hertel zendt buiten medeweten van Blanc het rapport naar het Journal Franz Weber. Dat tijdschrift besteedt als volgt aandacht aan het rapport. Cover: toont De Dood die een hand uitstrekt naar een magnetron; Titel op cover: 'Het gevaar van magnetrons: wetenschappelijk bewijs'; Redactioneel commentaar, o.a.: Magnetrons moeten verboden; Hoofdartikel van Ombreson (redactie) getiteld: 'Magnetrons: een gevaar voor de gezondheid. Onweerlegbaar wetenschappelijk bewijs' met *acht* afbeeldingen van een magnetron met een doodskop achter het glazen deurtje. Blanc distantieert zich openlijk van deze wijze van presentatie.

3. De Zwitserse Associatie van Fabrikanten en Leveranciers van Electronische Huishoudelijke Apparaten (MHEA) vraagt een verbod wegens oneerlijke concurrentie tegen het Journal Franz Weber van deze wijze van presentatie en

van de beweringen dat magnetrons een gevaar voor de gezondheid zijn. De Zwitserse rechter wijst de vordering af: er is geen omzetverlies aangetoond, als dat er al zou zijn, zou het te klein zijn, de doelgroep van het tijdschrift is niet in de markt voor dit soort apparatuur, het overige publiek zal gerustgesteld zijn door andersluidende publikaties van de Wereld Gezondheidsorganisatie en het Zwitserse Ministerie van Volksgezondheid, het onderzoek zelf draagt de conclusies niet, er bestaat bij een kleine groep wetenschappers wel degenlijk twijfels over de veiligheid van magnetrons, een verbod tenslotte zou leiden tot rechterlijke censuur op wetenschappelijk onderzoek. Een mooi vonnis tegenover het tijdschrift. Weber zegt niettemin toe geen doodssymbolen meer te gebruiken bij de presentatie van deze onderzoeksresultaten. De MHEA vraagt Hertel een verklaring te publiceren waarin hij afziet van oneerlijke beweringen over magnetrons. Hertel doet niets van dien aard en wordt vervolgens tot in hoogste instantie veroordeeld tot een verbod van dergelijke beweringen, gekoppeld aan een strafrechtelijke sanctie bij overtreding van dat verbod. Hoe kan de een vrijuit gaan en de ander veroordeeld? Dat komt, omdat de eiser in de zaak tegen het tijdschrift niet heeft doorgeprocedeerd, maar genoeg heeft genomen met de bovengenoemde toezegging.

4. Het Europese Hof onderzoekt nauwkeurig welke uitingen in de publicatie aan Hertel kunnen worden toegerekend. Die uitingen zijn, naar het Hof oordeelt, met het nodige voorbehoud weergegeven. Toch kunnen ook dergelijke uitingen geschikt zijn om de verkoop van magnetrons nadelig te beïnvloeden. Het Hof onderzoekt echter ook de 'impact' van de uitingen, gelet op de aard van het tijdschrift (geen publiekstijdschrift, maar vooral gericht op milieu en gezondheid), de doelgroep (nauwelijks in de gewone verkoop, maar bijna uitsluitend abonnees) en het effect van de uitingen op de verkoop (niet gesteld dat er een daadwerkelijk meetbaar effect van uitging). Vanwege dat gebrek aan effect krijgt Hertel gelijk: een verbod is in dit geval niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

5. Een gelukkige uitspraak? Ik twijfel. Twee dissenters vinden dat het Hof hier ten onrechte op de stoel van de nationale rechter is gaan zitten. Zij zouden de beslissing van de Zwitserse rechter in tact hebben gelaten. Ik acht het resultaat gelukkig, maar de methode niet. Die is verleidelijk genuanceerd, maar net zo dodelijk als over de magnetrons wordt beweerd. In feite zegt het Hof dat zorgvuldig weergegeven onderzoeksresultaten die potentieel van invloed zouden kunnen zijn op de verkoop van een produkt, niet onrechtmatig zijn, wanneer ze geen feitelijke invloed hebben. Spielerei binnen de doelgroep van verontruste tuinkabouters. Maar als het geen Spielerei meer is, dan is zo een artikel dus onrechtmatig. Ik zou als ik Hertel was niet blij zijn met die uitspraak.

6. Voordeel is wel, dat voor de bepaling van onrechtmatigheid in dit soort gevallen een hardere toets geldt: er moet worden gemeten of het artikel daadwerkelijk de omzet nadelig heeft beïnvloed. Werk aan de winkel voor het marktonderzoek. In gewone mededingingszaken zou de rechter dus mogen volstaan met de overweging dat de mededeling de omzet nadelig *zou kunnen* be-

invloeden; de rechter mag daar marktonderzoeker spelen zonder veldwerk. Een verschil in toepassing van de proportionaliteitseis. Het Hof onderscheidt deze zaak uitdrukkelijk van Markt intern en Jacobowksi (zie r.o. 47), waar een lichtere toets mag worden toegepast omdat het in die zaken ging om "*a given individual's purely "commercial" statements*". Het Hof kwalificeert Markt intern en Jacobowski als behorende tot het gebied van de oneerlijke mededinging; dat is naar Zwitsers recht ook in deze zaak het geval. Volgens het Hof is in deze zaak echter ook aan de orde: "*his participation in a debate affecting the general interest, for example over public health.*" Wij moeten dus een nader onderscheid maken op het terrein van de oneerlijke mededinging in zaken die puur commercieel zijn en zaken waarbij het publiek debat aan de orde is. Op de laatste kan, ondanks het gegeven dat zij naar nationaal recht als oneerlijke mededinging worden gekwalificeerd, de proportionaliteitstoets vol worden toegepast, met dien verstande dat daarbij een concurrentienorm (is een overigens juiste mededeling geschikt om de verkoop van een product nadelig te beïnvloeden) mag worden meegenomen.

7. Ik wijs er terzijde op dat het HvJEG daar ook zo over denkt. Zoals in de Familiapress zaak duidelijk is geworden, moet de proportionaliteitseis van artikel 10 lid 2 EVRM ook in (grensoverschrijdende) mededingingszaken daadwerkelijk in stelling gebracht, d.w.z. dient de rechter ook de feitelijk te onderzoeken consequenties van een verbod mee te laten wegen in zijn oordeel, indien een algemeen belang in het geding is, zoals i.c. dat van een pluriforme pers (HvJEG 26 juni 1997, Zaak C-368/95 (Vereinigde Familiapress Zeitungsverlag- und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag), samenvatting in Tijdschrift voor Consumentenrecht 1997, nr. 4, p. 316-319 met commentaar Temmink; zie ook de annotatie van Temmink in SEW 1997, nr. 11, p. 416-417).

8. Het Hof had in mijn ogen de zaak echter anders moeten aanpakken en de ruime omvang van de Zwitserse bepalingen zelf aan de orde moeten stellen. Want waar gaat het om? Om niets meer en niets minder dan de commercialisering van de niet-commerciële sfeer. De normen en waarden van 'kooplieden' om dat ouderwetse woord maar eens te gebruiken, gelden ingevolge Sect. 2 van de Zwitserse Federale wet van 1986 inzake oneerlijke mededinging ook buiten de sfeer van economische mededinging. Die wet is een moderne wet; zij maakte een einde aan het typisch Duitse geruzie over de vraag of er sprake is van een concurrentieverhouding bij een actie uit oneerlijke mededinging. Die vraag hoeft niet langer beantwoord. *Iedere* gedraging die van invloed kan zijn op de relaties tussen concurrenten of tussen producenten en consumenten, kan worden verboden als zij misleidend is of op welke andere wijze dan ook in strijd is met 'the principle of good faith', zo bepaalt Sect. 2 van de wet van 1986. Ieder dient zich naar de normen van de koopman te gedragen. De keerzijde dus van het adagium: *Nemo Christianus debet esse Mercator* - de echte liefhebbers grijpen nu naar Wiarda's Groningse rede uit 1962, *Mercatura Honesta*.

11. De gedachte achter dat adagium is die van een scheiding van domeinen. De normen en waarden van het ene domein kunnen niet straffeloos in het andere worden toegepast. Voor de wetenschapper behoren geen koopmansnormen te gelden. De Commissie heeft in de Markt intern zaak met zoveel woorden geoordeeld dat het doen van ware mededelingen buiten het domein van directe

concurrentie alleen maar kan worden beperkt, indien dergelijke mededelingen in strijd komen met aan de vrijheid van meningsuiting gelijkwaardige belangen, d.w.z. rechtsgoederen die in hoofdzaak betrekking hebben op de persoonlijke integriteit en levensfeer van natuurlijke personen (ECRM 18 december 1987, BIE 1988, 86 waarover Kabel in Schuijt (red.), Rectificatie, Amsterdam 1989, p. 43). Zoals bekend heeft het Hof die aanpak in het concrete geval verworpen, omdat het de verhoudingen in de Markt intern zaak als een concurrentieverhouding kwalificeerde. Dat neemt niet weg dat de stelregel van de Commissie op zich zelf overeind kan blijven. De afweging is er dan in eerste instantie een tussen vrijheid van meningsuiting enerzijds en privacy of reputatie anderzijds. Die afweging geschiedt in ons recht op basis van de omstandigheden uit het arrest Gemeenteraadslid (HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801). De omstandigheid dat de (juiste) mededeling geschikt is om "afnemers afkeerig te maken van het doen van zaken met de concurrent-fabrikant", kan daar bij horen, maar dan toch alleen als het om wat de Duitsers noemen *Anschwärzung* gaat: niet-zakelijke aanvallen gericht op de persoon van een ondernemer. Dat is in de Hertel zaak niet het geval.

12. Het gaat hier immers over mededelingen met betrekking tot producten, gedaan buiten een concurrentieverhouding. In de Nederlandse Westerkampzaak (HR 9 oktober 1987, NJ 1988, 537) krijgt de Consumentenbond ten aanzien van die categorie mededelingen de vrijheid om negatieve en afbrekende kwalificaties te gebruiken, onverschillig of deze geschikt zijn om het publiek afkerig te maken van het besproken produkt, vooropgesteld dat hoge eisen mogen worden gesteld aan de zorgvuldigheid van het desbetreffende onderzoek. In die zaak weegt de Hoge Raad intussen wel met zoveel woorden het economisch belang van de producent rechtstreeks af tegen het belang van voorlichting (i.c. door vergelijkend warenonderzoek). Als de voorlichting goed is, legt de producent het echter af. Dat gebeurt echter niet in de Hertel zaak, omdat het Hof met zoveel woorden constateert dat Hertel's mededelingen met de nodige zorg zijn gedaan. Hertel wint immers niet op die zorgvuldigheid maar op het gebrek aan impact van zijn zorgvuldige mededelingen. Als er wel impact was geweest, had zijn zorgvuldigheid hem niet geholpen. Dat lijkt mij nu typisch een concurrentienorm en geen norm die buiten dat domein moet worden toegepast.

14. Het EHRM had in mijn ogen beter tot het bereikte resultaat kunnen komen door de wijde omvang van de Zwitserse norm aan het Verdrag te toetsen. Nu blijven we zitten met een systeem waarbij het toelaatbaar is, dat de regels uit het domein van de oneerlijke mededinging mogen worden toegepast op wetenschappelijke informatievoorziening. Dat betekent dat wetenschappelijke informatie die van feitelijke invloed is op de omzet van produkten en diensten juist en volledig moet zijn, niet mag misleiden, niet betwistbaar mag zijn, niet mag kleineren en niet mag inspelen op gevoelens van angst. De (subjectieve) intentie van de onderzoeker is daarbij irrelevant; het gaat om de objectieve invloed op de verhouding tussen producenten en consumenten. Het maakt niet uit of het om universitair of commercieel onderzoek gaat. Alleen de weergave van ideeën en de zuivere privé-sfeer valt vooralsnog buiten dit domein. Wetenschap-

pers: U bent gewaarschuwd!

woensdag 16 september 1998