



Reclame en oneerlijke mededinging 2000

verschenen in *IER* 2001-2, p. 50-55

J.J.C. Kabel

Regelgeving

De *e-commerce richtlijn* is op 8 juni 2000 aanvaard. [1] Nederland dient de richtlijn voor 17 januari 2002 in nationaal recht te hebben omgezet. Voor de inhoudelijke regulering van reclame betekent zij niet zoveel. De richtlijn bevat immers geen nieuwe bepalingen voor commerciële communicatie. Wat in de afdeling over commerciële communicatie (artikel 6-8) wordt bepaald, houdt niet meer in dan dat de reclame herkenbaar moet zijn als zodanig, de adverteerder identificeerbaar en de voorwaarden voor promotionele aanbiedingen duidelijk, ondubbelzinnig en gemakkelijk te vervullen. Voor ongevraagde commerciële communicatie gelden bekende principes, zoals herkenbaarheid als reclame en opt out mogelijkheden. Reclame kan in het vrije beroep mag blijven zoals het is; weliswaar moeten de lidstaten ervoor zorgen dat het gebruik ervan wordt toegestaan, maar e.e.a. moet dan wel binnen het kader van de beroepsregels plaatsvinden en het is niet uitgesloten dat beroepsregels kunnen leiden tot een zich moeten onthouden van reclame. Niettemin wordt met de desbetreffende zorgplicht (artikel 8 lid 1) wel een duidelijk beginsel uitgesproken en dat is in ieder geval winst voor meer reclame in het vrije beroep. Die winst geldt, als bekend, niet voor *vergelijkende* reclame in het vrije beroep. Ingevolge de desbetreffende richtlijn mogen immers bestaande verboden en beperkingen worden gehandhaafd en mogen ook nieuwe verboden en beperkingen door de lidstaten worden geïntroduceerd.

Het schrappen van artikel 7 lid 4 Grondwet door een commissie van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht in haar *Preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet* [2] is bekritiseerd door De Meij [3] die meent dat de regulering van reclame voor bijvoorbeeld geneesmiddelen, tabak en alcohol, dan wel voor buitenreclame een onmogelijke zaak wordt wanneer de details van die regeling bij wet in formele zin zouden moeten zijn geregeld. Het *voorstel van de Commissie Digitale grondrechten (Commissie Franken)* doet niet moeilijk en ziet geen reden handelsreclame nog langer van de werking van artikel 7 uit te sluiten. [4] Het voorstel voegt daar productinformatie aan toe. Wel wordt toch een delegatiemogelijkheid opgenomen, maar dan een geclausuleerde: uitsluitend ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid kunnen krachtens de wet beperkingen worden opgelegd (nieuw artikel 7 lid 3). Die delegatie betreft alleen de inhoud; het Kabinetstandpunt [5] gaat nog een stapje verder en wenst ook andere aspecten dan de inhoud van handelsreclame en productinformatie over te laten aan de lagere regelgever, bijvoorbeeld over de plaatsen waar reclame wordt opgehangen of de kwaliteit van de adverteerder zoals bij geneesmiddelenreclame die immers alleen maar gemaakt mag worden door personen die bevoegd zijn tot uitoefening van de artseneijbereidkunst. Inderdaad gaat het bij reclame niet alleen om de inhoud maar ook om 'time, place and manner' en zijn op die punten ook thans tal van gedelegeerde restricties geldend. Het nieuwe dat de grondwetswijziging dan brengen zal is, naast het vervallen van de mogelijkheid tot

preventieve controle, dat dergelijke restricties alleen maar in het belang van de gezondheid en de veiligheid kunnen worden gesteld. Dat betekent dat andere beperkingsmotieven bij formele wet geregeld moeten zijn, zoals bijvoorbeeld de bescherming van onafhankelijke berichtgeving in de omroep. De huidige regeling terzake is, voorzover het de commerciële omroep betreft, nog geheel van gedelegeerde aard. Bescherming van landschapsschoon of van het milieu lijkt mij ook niet altijd te vallen onder de toegelaten beperkingsmotieven van gezondheid en veiligheid en zo is er wel meer dat vooraan bij formele wet geregeld zal moeten worden, mocht het kabinetsstandpunt werkelijkheid worden.

Televisier reclame gericht op kinderen blijft voor het grootste deel een kwestie van zelfregulering. [6] Het gaat de regering te ver om een algeheel verbod op deze vorm van reclame uit te vaardigen. Nadere beperkende maatregelen zijn alleen ingevoerd voorzover het gaat om sponsoring van kinderprogramma's. Artikel 52a Mediawet, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet van 8 juni 2000 (Stb. 252), verbiedt immers de publieke omroepen hun programma's te laten sponsoren. De uitzonderingen op dat verbod betreffen uitdrukkelijk niet programma's die zijn bestemd voor minderjarigen beneden de leeftijd van twaalf jaar.

Rechtspraak

Europees recht

Bondsrepubliek Duitsland / EU [7] markeert een nieuwe fase in de Europese strijd tegen tabaksreclame. De rechtsvraag is: draagt de tabaksreclamerichtlijn daadwerkelijk ertoe bij dat de belemmering van het vrije verkeer van goederen en de vrijheid van dienstverrichting wordt weggenomen en dat mededingingsverstoringen worden opgeheven? Zo nee, dan dient zij geheel of gedeeltelijk nietig te worden verklaard. Ten aanzien van het vrije verkeer van persorganen is het in beginsel mogelijk, aldus het Hof dat, gegeven de evolutie van steeds striktere nationale regelingen die tabaksreclame verbieden, een verbod van tabaksreclame het vrije verkeer van die persorganen garandeert, net zoals dat is gebeurd met het verbod van tabaksreclame op televisie dat mede dient om de vrijheid van televisie-uitzendingen te bevorderen. Ten aanzien van andere vormen van reclame op lokaal terrein (op affiches, parasols, asbakken, in bioscopen) geldt dat echter niet: een verbod voor die reclamemedia vergemakkelijkt het handelsverkeer in de betrokken producten in geen enkel opzicht. Ten aanzien van wat het Hof diversificatieproducten noemt (bijvoorbeeld Marlborough voor kleding) geeft de richtlijn enerzijds een uitzondering (artikel 3lid 2) , maar laat zij anderzijds toe dat de lidstaten toch strengere eisen stellen (artikel 5) en ontbreekt er een regeling voor het vrije verkeer in producten die aan de richtlijn voldoen. Zo'n constructie is al evenmin geschikt om belemmeringen op het vrije verkeer van reclamemediadragers en van de vrijheid van dienstverrichting op te heffen. Tenslotte kan weliswaar het verschil tussen de lidstaten bij de aanpak van sponsoring de mededinging tussen ondernemingen die bij gesponsorde evenementen betrokken zijn, verstoren, maar leveren dergelijke verstoringen geen grondslag op voor een algeheel reclameverbod.

Nederlands recht

Reclameverboden

Internet geeft een nieuwe, technische dimensie aan de problematiek van het

reclameverbod. Op websites kan gericht worden gezocht op product- of merknaam; er kan ook wat worden gesurft op basis van min of meer algemene zoektermen. Dat onderscheid is in de *Roche*-zaak juridisch relevant. In deze zaak die zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk is aangepakt, [8] maakt de president in kort geding een onderscheid al naargelang de zoekmethode die wordt gehanteerd. Consumenten die min of meer ongericht zoeken naar medische informatie – en dit geval naar middelen om overgewicht te bestrijden – mogen niet te snel geleid worden naar een site met informatie over een specifiek merkgeneesmiddel, omdat daardoor het verbod van publieksreclame voor geneesmiddelen zou worden overtreden. Er moeten minstens twee muisklikken zitten tussen: informatie over een specifiek geneesmiddel mag niet direct bij raadpleging van de site van de adverteerder te voorschijn komen, maar dient bijvoorbeeld pas via de klik op 'overgewicht' en de daaropvolgende klik op 'beschikbare medicijnen', te voorschijn te komen. Zo'n technische criterium leidt al gauw tot oneigenlijke onderscheidingen. Men zie in dit verband ook *Boehringer Ingelheim / Searle*. [9] De problematiek kan ook anders aan bod komen, bijvoorbeeld door een onderscheid te maken al naargelang de aard van de mededeling tussen reclame en voorlichting, zoals gebeurt in de *Glaxo*-zaak [10] waarin de kantonrechter een onderscheid maakt tussen algemene informatieverstrekking (over een geneesmiddel dat gebruikt wordt door mensen die willen stoppen met roken) en reclame. Beter is m.i. echter het, meer meetbare, onderscheid tussen onafhankelijk verschaft informatie en betaalde informatie, het criterium dat in de nieuwe formulering van commercial communications in de e-commerce richtlijn als belangrijkste criterium wordt beschouwd om een onderscheid te maken tussen reclame en andere informatie.

Medische claims voor eet- en drinkwaren zijn verboden. *Meltzer / Albert Heijn* [11] toont ons terzake een staaltje van Byzantijnse regelgeving: adverteerder (een derde, niet de producent zelf) adverteert met de claim: 'helpt het cholesterolgehalte te verlagen' (verboden), in plaats van met 'helpt bij het verlagen van het cholesterolgehalte' (toegestaan). 'Helpt verlagen' suggereert dat het desbetreffende product eigenschappen bezit inzake het voorkomen van een ziekte van de mens. Dat is een ingevolge artikel 20 lid 2 onder a. Warenwet verboden medische claim. De tweede claim 'Helpt bij het verlagen' suggereert kennelijk iets anders en is als gezondheidsaanprijzing toelaatbaar. Men kan zich voorstellen dat dergelijke onderscheidingen het adverterende bedrijfsleven tot wanhoop brengen. Niettemin wordt de Code Aanprijzing gezondheidsproducten en de bijbehorende indicatieve lijst gezondheidsaanprijzingen, waarop dit onderscheid is gebaseerd, blijkens de toelichting «gedragen door de fabrikanten en importeurs van geneesmiddelen en gezondheidsproducten, alle media, erkende reclamebureaus en farmaceutische detailhandel ...» [12] De wanhoop is dus mede door de behoefte aan rechtszekerheid der wanhopigen zelf veroorzaakt.

Prestatiebescherming en aanhakende reclame

Unicom / KesselsKramer [13] laat zien dat het idee om in een reclamecampagne een bestaand plaatsnaambord van het Groningse dorpje Doodstil te gebruiken niet beschermd tegen gebruik door anderen. *Champagne / Shampers* [14] ziet geen verwarring tussen champagneflessen, gevuld met badschuim en aangeduid met Bubble Bath en champagneflessen met het echte product. In de laatste uitspraak wordt een voorbeeldig lesje gegeven over het recht terzake. Ik citeer: «Naar Nederlands recht inzake de ongeoorloofde mededinging staat het een marktpartij in beginsel vrij verpakkingen van een ander na te bootsen, ook als die ander daarvan schade ondervindt. Die vrijheid vindt haar begrenzing daar waar inbreuk wordt gemaakt op rechten van intellectuele eigendom of andere subjectieve rechten, alsmede waar nodeloos, en ten koste van de nagevolgde, verwarring wordt gesticht door na te bootsen op punten waar dat voorde deugdelijkheid en bruikbaarheid van de verpakking niet nodig is, dan wel waar sprake is van misleiding van het publiek of het afbreuk doen aan, dan wel het oermatig profiteren van de reputatie van het product waarvan de verpakking

wordt nagebootst. Daarnaast kan van onrechtmatig handelen sprake zijn indien in strijd met enig wettelijk voorschrift wordt gehandeld (...).» Eenzelfde correctheid wordt betracht in *LIMA / LEGO*, [15] Interessant in die laatste uitspraak is de opsomming van criteria die kunnen worden gebruikt om te beoordelen of een navolger voldoende afstand houdt van het uiterlijk van het oorspronkelijke product. Criteria als: stevigheid van het product, onaantrekkelijkheid ervan en economische rentabiliteit kunnen worden gebruikt om zich op het standpunt te stellen dat het technisch en economisch niet mogelijk is om af te wijken van het uiterlijk van het oorspronkelijke product zonder aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid ervan afbreuk te doen.

Profiteren van wanprestatie

Euro2000 / Cupido [16] oogt als een fraai klassieke geval van de aloude *Kolynos*-doctrine: profiteren van wanprestatie is een gesloten verkoopsysteem is onrechtmatig, wanneer de wanpresteerder en de profiteur kennis hebben van de contractuele verplichting. Het bijzondere hier is dat het gesloten systeem (door Euro2000 verkochte toegangskaarten zijn op naam gesteld en niet overdraagbaar; onregelmatigheden komen voor, maar zijn slechts incidenteel) een algemeen belang dient (openbare orde en veiligheid) en op grond daarvan door de Belgische en de Nederlandse overheid verplicht is opgelegd aan Euro2000. M.i. kan ook *Batavus / Fietsgigant* [17] in die sleutel worden gezet, hoewel Hof en rechter de zaak volgens een gewone belangenafweging oplossen. Batavus is ingevolge het Warenwetbesluit algemene productveiligheid gehouden haar producten van een kenmerk (i.c. een frame nummer) te voorzien. De Fietsgigant (geen officiële Batavusdealer) verkoopt Batavusfietsen zonder framenummer; dat nummer is door de Batavusdealers verwijderd. Het Hof acht de verkoop op deze wijze onrechtmatig, omdat Batavus daardoor in voorkomende recall-gevallen voor extra kosten kan komen te staan.

Afbrekende mededelingen

Internet biedt nieuwe mogelijkheden voor ontevreden klanten om hun grieven te spuien. Men spreekt wel van klaagsites. Die grieven mogen echter niet onnodig afbrekend zijn. Het criterium terzake kan geen criterium van ongeoorloofde mededinging zijn; buiten concurrentieverhoudingen moet immers meer kunnen worden gespuid dan binnen concurrentieverhoudingen. In *Constance Sars / Fisher* uit Fisher op wel zeer specifieke wijze zijn ongenoegen over het feit dat hij meer dan f 2700,- heeft moeten betalen voor vijf niet geslaagde relatiebemiddelingen door Constance Sars: hij neemt de handelsnaam van Constance op als domeinnaam, voegt op een aantal websites daaraan aanduidingen toe die Constance in de sfeer van pornografie plaatsen (neuknet, e.d.), plaatst magneetwoorden op die sites die gebruikers naar zijn site moeten lokken en publiceert zijn negatieve ervaringen met het bemiddelingsbureau. Het laatste mag, de andere methoden worden verboden, omdat daardoor buitensporig veel negatieve aandacht op de activiteiten van Constance Sars wordt gevestigd. [18] *Bayer / Ziek van Bayer* [19] betreft een soort van *Sunday Times* uitspraak die door de president ook voorbeeldig conform de stappen van artikel 10 EVRM wordt opgelost). Een schokkende mededeling die echter amper steun vindt in het beschikbare feitenmateriaal is onrechtmatig.

Binnen concurrentieverhoudingen mag de meetlat hoger worden gelegd, zij het dat die meetlat wanneer het gaat of afweerreclame weer een paar centimeter lager mag liggen. *Euronet / XS4ALL* en *Hans Anders / Pearle* [20] geven op dat punt grenzen aan. De tegenactie van Wanadoo (Euronet) tegen de reclamecampagne van XS4ALL werd door de President in eerste aanleg onrechtmatig geacht. Het Hof oordeelt echter in reconventie dat waar XS4ALL in haar campagne de ruimte heeft genomen om haar concurrent (Euronet) kritisch te bejegenen, de concurrent in beginsel een soortgelijke ruimte mag claimen als XS4ALL voor zichzelf verlangt. Nu in de afweerreclame van Euronet de naam XS4ALL niet voorkomt en zij slechts betrekking heeft op de eigen

diensten van Wanadoo en voorts X4ALL niet heeft kunnen waarmaken dat de garantie die in de afweerreclame wordt gegeven over het niet doorgeven van persoonsgegevens aan derden door Wanadoo niet wordt nagekomen, is de afweerreclame niet ontoelaatbaar. Het lijkt er in deze kwestie op dat de afweeradvertenteerder er met een lichtere bewijslast af kan komen dan in gewone reclame het geval is: Euronet behoefde niet absoluut waar te maken dat wat zij claimde juist was, maar kon volstaan met een betwisting van het tegendeel waartegenover de eiser (in reconventie) aannemelijk moest maken dat de claim van de afweeradvertenteerder onjuist was. In *Hans Anders / Pearle* dient de advertenteerder Pearle aannemelijk te maken dat haar suggestie (alle afgeprijsde monturen goedkoper dan Hans Anders) juist is. Het verschil zit hem wellicht in het gegeven dat het bij Hans Anders/Pearle gaat om een van de belangrijkste aankoopgegevens, namelijk de prijs. De EG-Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame noemt in artikel 3bis lid 1 onder c. dan ook in het bijzonder de prijs als een kenmerk waarmee op objectieve wijze dient te worden vergeleken.

Waarschuwingen

Vacu Products / Source Intermarketing en *CHK Development / Satelliet Meubelen* [21] betreffen de rechtmatigheid van waarschuwingen wegens inbreuk op intellectuele eigendomsrechten. Dergelijke mededelingen zijn geschikt om potentiële afnemers af te schrikken – in de tweede procedure werd dan ook een grote order geannuleerd – en onrechtmatig indien, eerder is vastgesteld, ook als zulks nog voorlopig in kort geding is beslist, dat er geen sprake is van inbreuk.

Vergelijkende reclame

Pokon / Substral blijft hier de norm zetten. [22] *Viagra / Vigro-Vogora* [23] laat zien wat de inhoud is van de strengere aanpak van vergelijkende reclame, zoals die door de Hoge Raad in dat arrest is ingeluid. Een als onjuist en dus als ongeloofwaardig te herkennen mededeling (het erectiemiddel Viagra heeft als *tekortkoming* dat het niet bij vrouwen werkt) die daarom niet als misleidend kan worden gekwalificeerd, wordt toch onrechtmatig geoordeeld omdat immers volgens de *Pokon / Substral* leer in vergelijkende reclame ook enkele onjuistheden een oneerlijke voorsprong in de concurrentiestrijd kunnen bewerkstelligen. *Victron / Mastervold* [24] past het *Pokon Substral* criterium van de herkenbaarheid van de anonieme concurrent toe. De strenge bewijslast bij medische vergelijkende claims (tenminste twee onafhankelijke onderzoeken dienen de claim te staven) is een dynamische: een veroordeling wegens misleidende vergelijkende geneesmiddelenreclame kan weer worden opgeheven, indien de advertenteerder alsnog de vereiste onderzoeksgegevens die zijn superioriteitsclaim staven, kan. aanvoeren. [25]

Reclame en objectieve informatie

Het sluikreclamebeleid van het Commissariaat voor de media tegenover commerciële, landelijke omroepen, ingezet met een actie tegen SBS6, is in de rechtspraak overleefd. [26] Dat geldt overigens voor alle gevallen waarin een omroep administratief beroep bij de bestuursrechter heeft aangetekend. [27] Daarmee is een duidelijk onderscheid tussen reclame en andere vormen van informatie gediend. Datzelfde is mede bewerkstelligd door een uitspraak van de Reclame Code Commissie en diens College van Beroep in de zaak *Ruijs / Volkskrant*. [28] Het gaat daarin om een wat glibberige constructie, waarin paginagroot onder de kop 'Beter kiezen' een zgn. consumentenpagina wordt geplaatst met als tekst: 'Objectieve informatie, aangeboden door de Consumentenbond en uw krant', zonder dat deze pagina als 'Advertentie' wordt aangeduid. In feite laat de advertentieafdeling van 'Uw krant' de Consumentenbond adverteren met de uitslagen van haar consumententests en wordt de advertentie waarschijnlijk – ik kan het uit de uitspraak niet afleiden, wel uit de klacht - gesponsord

door de producenten die goed uit de tests komen. Een aanduiding dat het hier om een advertentie gaat en niet om een redactionele mededeling, is dan wel het minste wat mag worden gevraagd en dat is ook wat de Commissie beslist. Of het veel opschiet is de vraag; Mortelmans concludeert dat dergelijke pagina's op zijn minst de schijn wekken dat de consumentenorganisatie hier aanleunt bij de belangen van de adverteerders waarover de Bond verondersteld wordt objectieve informatie te verschaffen. In het algemeen blijft de norm van een helder onderscheid tussen reclame en andere vormen van informatie een probleem, omdat die norm bepaald niet diep geworteld is in een ethisch besef, noch van de aanbod kant, maar evenmin van de afnemerskant. Neijens concludeert uit een onderzoek naar de waardering van non-spot advertising, dat die vorm van reclame meer wordt gewaardeerd door het publiek dan gewone reclame, omdat non spot advertising minder irriteert. Uit hetzelfde onderzoek blijkt echter ook dat kijkers zich niet altijd bewust zijn van wat Neijens noemt 'de subtiele verleidingskunsten' van non spot advertising; echt zorgen daarover maken doen de meeste Nederlanders echter niet. [29]

Literatuur

In 2000 verschenen een drietal algemene werken met afzonderlijke hoofdstukken over reclame. Zie: [Egbert Dommering](#) e.a., *[Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving](#)*, Otto Cramwinckel Uitgever, Amsterdam 2000; F.W. Grosheide (red.), *hoofdstukken Communicatie- & mediarecht*, Ars Aequi Libri 2000; [J.M. de Meij](#) e.a., *[Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief](#)*, Otto Cramwinckel Uitgever, Amsterdam 2000. Voorts zag het licht: Marcel Dellebeke, *Handboek reclameregels voor tv en radio*, Otto Cramwinckel Uitgever, Amsterdam 2000.