

reiken over hoe moet worden gehandeld bij een botsing van twee op art. 8 gebaseerde claims rond het medisch beroepsgeheim. Mijn voorstel zou dan luiden om, uitgaande van het individuele en algemene belang dat door de geheimhoudingsplicht en het EVRM worden beschermd, vast te houden aan de regel 'zwijgen tenzij'. In bovenstaande zaak was er mijns inziens geen reden voor de huisarts zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken, temeer nu hij de partner had gewezen op zijn morele plicht voorzorgsmaatregelen te nemen en mevrouw Colak in dezen ook een eigen verantwoordelijkheid heeft.

9. Tot slot de klacht van verzoekers met betrekking tot art. 6. Deze klacht komt in feite neer op de feitenvaststelling door de nationale rechter en de door hem gehanteerde bewijslastverdeling. Het is vaste jurisprudentie van het Hof dergelijke klachten marginaal te toetsen. Nu het Hof constateert dat de Duitse rechter de zaak van mevrouw Colak zorgvuldig heeft onderzocht, levert dit – terecht – geen schending op van art. 6 lid 1 EVRM.

A.C. Hendriks  
Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit  
Leiden/LUMC

## 54

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
5 maart 2009, nr. 13353/05  
(Lorenzen (President), Maruste, Costa,  
Jungwiert, Jaeger, Berro-Lefèvre, Lazarova  
Trajkovska)  
Noot Kabel

**Vrijheid van meningsuiting. Discriminatieverbod. Proportionaliteit van verbod op indirecte tabaksreclame.**

[EVRM art. 10, 14]

*In maart 2002 wint coureur Michael Schumacher de Grand Prix op het racecircuit van Melbourne te Australië. Schumacher's ploeg werd gesponsord door Philip Morris, de fabrikant van Marlboro sigaretten, in het arrest zuinigjes aangeduid als "la marque de tabac M.". Hachette, uitgever van het Franse auto-*

*blad Action Auto Magazine, publiceert een actuele foto van de winnaar. Op de foto is het tabaksmerk M. zichtbaar. De uitgeverij en diens directeur, Paul Dupuy worden wegens deze publicatie gedagvaard door het Comité National contre le Tabagisme (tabagisme betekent: nicotinevergiftiging), het C.N.C.T., en tot in hoogste instantie veroordeeld tot een boete van 30.000 euro en een schadevergoeding aan het Comité van 10.000 euro. Het Europese Hof laat deze veroordeling in stand. Op dezelfde dag laat het Hof in een gelijksoortige zaak eveneens een veroordeling in stand (Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson t. Frankrijk).*

*Hachette Filipacchi Presse Automobile en Dupuy*  
tegen  
*Frankrijk*

### En Droit

#### I. Sur la violation alléguée de l'Article 10 de la Convention

25. Les requérants dénoncent une violation de leur droit à la liberté d'expression, résultant de leur condamnation pour publicité indirecte en faveur des produits du tabac. Ils invoquent l'article 10 de la Convention, aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, (...) à la protection de la santé (...)

#### A. Sur la recevabilité

26. Le Gouvernement conteste l'applicabilité de l'article 10 de la Convention dans la présente affaire. Il estime tout d'abord que la publicité de marques à but exclusivement mercantile n'entre pas dans le champ d'application de cette disposition. Il soutient en effet

que les messages exclusivement ou ouvertement publicitaires ne sauraient être assimilés à l'expression d'opinions, d'informations ou d'idées telles que visées par cet article. Plus précisément, il allègue que la publicité appartient au domaine de « la liberté du commerce » et non à celui « des droits de l'homme », la seule finalité de la première étant la vente du produit, et que tel était le cas en l'espèce. Il estime que la publicité litigieuse ne recelait aucune « expression » telle que protégée par les dispositions de l'article 10 de la Convention, mais se bornait à rappeler le logo d'une marque, signe distinctif d'un produit, qui ne divulguerait aucune information ou idée.

27. Le Gouvernement se réfère à l'arrêt de la C.J.C.E. du 12 décembre 2006 (paragraphe 20 ci-dessus), selon lequel si les mesures d'interdiction de publicité ou de parrainage ont pour effet d'affaiblir de manière indirecte la liberté d'expression, la liberté d'expression journalistique, en tant que telle, reste intacte.

28. Les requérants rappellent que la publication litigieuse n'est pas une publicité en faveur du tabac. La photographie en question reproduit un événement sportif et constitue, à ce titre, l'expression de la communication au public d'une « information ». Elle relève sans conteste de la liberté d'expression.

29. La Cour souligne d'abord que l'article 10 garantit la liberté d'expression à « toute personne »; il ne distingue pas d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché (voir, *mutatis mutandis*, *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, § 47, série A n° 178).

30. L'article 10 ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression (*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 26, série A n° 165), notamment ceux de nature politique; il englobe aussi l'expression artistique (*Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, § 27, série A n° 133), des informations à caractère commercial (*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*, précité; *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, §§ 35-36, série A n° 285-A), ou même de la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble (*Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, §§ 54-55, série A n° 173).

31. La Cour a par ailleurs précisé à plusieurs reprises que la liberté d'expression s'étend à la

publication de photos (voir, notamment, *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche* (n° 2), n° 10520/02, 14 décembre 2006, § 29).

32. En l'occurrence, la photographie incriminée révélait deux logos publicitaires sur les combinaisons des pilotes de Formule 1 mais fournissait avant tout une information d'actualité sur la victoire de Michael Schumacher au grand prix d'Australie.

33. L'article 10 de la Convention est donc applicable.

34. La Cour constate que cette partie de la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de la déclarer recevable.

## B. Sur le bien-fondé du grief

### 1. Thèses des parties

#### a) Le Gouvernement

35. Le Gouvernement soutient que l'ingérence dans la liberté d'expression des requérants était fondée sur les dispositions des articles L. 3511-3, L. 3511-4 alinéa 1 et L. 3512-2 alinéas 1 et 3 du code de la santé publique, définissant l'infraction de publicité en faveur du tabac ou de produits du tabac et visant un but légitime, à savoir la protection de la santé publique.

36. S'agissant du caractère nécessaire de l'ingérence dans une société démocratique, le Gouvernement rappelle que la marge d'appréciation des Etats est particulièrement large dans le domaine commercial.

37. Il évoque plusieurs sources afin de justifier la nécessité de réglementer la publicité pour le tabac. Il se réfère à la Convention-cadre de lutte anti-tabac de l'Organisation mondiale de la santé, au rapport émanant de la Banque mondiale, à la recommandation 716 (1973) de l'Assemblée du Conseil de l'Europe et à l'arrêt de la C.J.C.E. du 12 décembre 2006 (paragraphe 20 à 24 ci-dessus).

38. D'un point de vue technique, le Gouvernement note qu'il suffisait de rendre flous les logos des marques de cigarettes sur l'image publiée pour satisfaire aux prescriptions de la loi. Il soutient que ce procédé était extrêmement facile à mettre en œuvre et n'affectait aucunement la réalité de l'image publiée,

contrairement à ce qu'affirment les requérants.

39. Enfin, le Gouvernement estime la sanction tout à fait proportionnée.

#### b) Les requérants

40. Les requérants marquent leur désaccord quant au caractère nécessaire et proportionné de la restriction. Rappelant que la publication litigieuse ne constituait pas une publicité pour le tabac, les requérants expliquent que le droit à l'information et la liberté d'expression commandaient de faire paraître la photographie du champion tel qu'il se présentait alors sur le podium, sans en modifier ou flouter l'image. Ils estiment qu'il relève du droit du public à une exacte information et, partant, de la liberté d'expression, de pouvoir diffuser une photographie de M. Schumacher tel qu'il se présentait exactement le jour de la victoire sans en modifier l'image. Ainsi, contrairement à ce que prétend le Gouvernement, le fait de rendre floues les marques de tabac apparaissant sur les vêtements du champion automobile rendrait non seulement la photo illisible, mais priverait encore l'organe de presse de la possibilité de communiquer au public l'exacte image d'un événement d'actualité.

41. Les requérants tiennent à nuancer les propos du Gouvernement quant à la place que prenaient les logos sur la photographie litigieuse et rappellent que les marques de tabac, peu visibles, n'apparaissaient que de façon très accessoire et indirecte.

42. Ils déclarent, par ailleurs, que la protection de la santé publique ne serait pas une valeur absolue dès lors que le législateur français lui-même reconnaît qu'elle ne nécessite pas de restreindre la liberté d'expression au point d'interdire ou de fausser l'information pouvant rappeler les produits du tabac dans le cadre des médias audiovisuels.

#### 2. Appréciation de la Cour

43. La condamnation des requérants constitue une « ingérence » dans le droit à la liberté d'expression des requérants, prévue par la loi, et poursuit un but légitime, à savoir la protection de la santé publique. Il y a donc lieu de déterminer si elle était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ce but.

44. La Cour se réfère aux principes généraux qui se dégagent de sa jurisprudence en la matière (voir par exemple *Handyside c.*

*Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49, série A n° 24 ; *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II ; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 59, CEDH 1999-III ; *Chemodurov c. Russie*, n° 72683/01, 31 juillet 2007, §§ 16-17 et 26), et concernant la publicité en particulier (*markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*, précité, § 26 ; *Casado Coca*, précité, §§ 35-36).

45. En l'espèce, la publication litigieuse touche au domaine commercial mais celle-ci s'inscrit dans le cadre d'une information relative à un événement d'actualité. L'existence d'un droit pour le public de recevoir des informations a été maintes fois reconnue par la Cour dans des affaires relatives à des restrictions à la liberté de la presse, comme corollaire de la fonction propre aux journalistes de diffuser des informations ou des idées sur des questions d'intérêt public (voir, par exemple, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, § 59, série A n° 216 ; *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, § 53, *Recueil* 1998-I). Il ne s'agissait donc pas d'une publication à caractère « strictement » commercial, et la marge d'appréciation de l'Etat s'en trouve ainsi limitée. La Cour entend en conséquence procéder à un examen attentif de la proportionnalité des mesures litigieuses au but poursuivi. Afin d'examiner si, en l'espèce, la mesure litigieuse était proportionnée au but poursuivi, il revient à la Cour de mettre en balance les exigences de la protection de la santé publique avec la liberté d'expression des requérants.

46. Les requérants ont été condamnés pour la publication d'une photographie sur laquelle apparaissaient des logos de marques de cigarettes. Le but de l'ingérence visait l'objectif de protection de la santé publique poursuivi en l'espèce par la loi du 10 janvier 1991. La Cour est d'avis, avec le Gouvernement, que la restriction de la publicité en faveur du tabac et des produits du tabac constitue un axe essentiel d'une stratégie plus globale de lutte contre le fléau social que constitue le tabagisme. Cette politique suscite dans l'opinion et auprès des pouvoirs publics un intérêt soutenu. Ainsi, des considérations primordiales de santé publique, sur lesquelles l'Etat et l'Union européenne ont d'ailleurs légiféré, peuvent primer sur des impératifs économiques, et même sur

certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression.

47. Il existe en effet un consensus européen sur la volonté de réglementer strictement la publicité des produits en faveur du tabac (paragraphe 19 à 22 ci-dessus). Ainsi que le souligne l'avocat général dans ses conclusions du 15 juin 2000 présentées dans le cadre des affaires C-376/98 et C-74/99 de la C.J.C.E., le législateur communautaire avait des motifs raisonnables de croire qu'une large interdiction de la promotion du tabac au niveau européen aboutirait à une réduction significative des niveaux de consommation et protégerait la santé publique (paragraphe 20 ci-dessus). De plus, la Cour observe qu'une tendance générale à la réglementation est désormais affichée au niveau mondial (paragraphe 23 et 24 ci-dessus).

48. La Cour note que les requérants ont été condamnés par les juridictions nationales pour « publicité indirecte » en faveur de produits du tabac, c'est-à-dire qu'elle ne visait pas « en tant que telle » à promouvoir les produits du tabac. Est ainsi considérée comme publicité indirecte la publicité qui, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire, rappelle le tabac ou un produit du tabac. C'est précisément ce qu'ont estimé les juridictions internes en précisant que « le nom des marques de tabac [apparaissait] de façon insidieuse dans un environnement sportif, de compétition, de champions qui séduit le grand public et en particulier les jeunes ». Elles ont par ailleurs considéré que « les marques de tabac dont les noms sont reproduits [étaient] suffisamment connues pour que la seule citation de leur nom rappelle les cigarettes commercialisées et incite à la consommation de ces produits ». La Cour n'a pas à juger de l'impact réel de l'interdiction de la publicité, y compris indirecte, sur la consommation du tabac. Que la publication litigieuse soit considérée comme susceptible d'inciter à la consommation, en particulier les jeunes, lui paraît être un motif « pertinent » et « suffisant » pour justifier l'ingérence.

49. La Cour ne partage pas l'avis des requérants selon lequel la diffusion de l'événement serait amoindrie ou inexacte sans l'apparition des logos de marques. Certes, elle admet que peut se poser la question de savoir si la protection de la santé publique justifie l'altération de

photographies reproduisant des faits réels et dont la publication vise à communiquer au public une image exacte d'un événement. Une telle altération porte sans conteste atteinte à la substance même du droit à communiquer des informations.

Toutefois, la Cour relève que, dans la présente espèce, l'image litigieuse ne constitue pas le témoignage d'un moment particulier mais plutôt la reproduction de la mise en scène, par des sponsors, d'un sportif à des fins publicitaires. En effet, il ne fait aucun doute que la photographie a pour objet d'assurer la publicité de marques de tabac, entre autres. Même si les logos contestés ne prennent sur la photographie qu'une place minimale, ils sont facilement identifiables et directement associés à la réussite du sportif. En effet, les requérants auraient pu rendre flous lesdits logos, ce procédé technique étant très facile à mettre en œuvre, sans qu'une telle modification n'altère la substance même de la photographie, ni ne porte atteinte à la retransmission exacte de l'information. Cette nuance dans l'expression était au demeurant à la portée des requérants, professionnels de la presse, qui se devaient d'être au fait des dispositions légales pertinentes et de la jurisprudence en la matière, quitte à recourir aux conseils de juristes spécialisés (voir, parmi d'autres, *Lindon et autres c. France* [GC], n<sup>os</sup> 21279/02 et 36448/02, 22 octobre 2007, § 42).

50. Par ailleurs, ainsi que le font valoir les juridictions internes, le magazine s'adresse au grand public et notamment aux jeunes, lesquels se trouvent être plus vulnérables. De l'avis de la Cour, il convient de prendre en compte l'impact des logos sur ces lecteurs, particulièrement sensibles à la réussite sportive ou financière.

51. Enfin, la Cour rappelle que la nature et le quantum des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (*Sürek c. Turquie* (n<sup>o</sup> 1) [GC], n<sup>o</sup> 26682/95, § 64, CEDH 1999-IV ; *Giniewski c. France*, n<sup>o</sup> 64016/00, § 54, CEDH 2006-...). En l'espèce, les requérants ont été condamnés à une amende délictuelle de trente mille euros et à la somme de dix mille euros à titre de dommages et intérêts. Ces sommes sont certes non négligeables, mais il convient de les mettre en balance, pour en apprécier la lourdeur, avec les

recettes d'un magazine à fort tirage comme celui-ci.

52. Compte tenu de l'importance de la protection de la santé publique, de la nécessité de lutter contre le fléau social que constitue, dans nos sociétés, le tabagisme, du besoin social impérieux d'agir dans ce domaine, et de l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, la Cour considère que les restrictions apportées en l'espèce à la liberté d'expression des requérants répondaient à un tel besoin, et n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi.

53. Eu égard à ce qui précède, l'ingérence litigieuse peut passer pour « nécessaire dans une société démocratique ». Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

## II. Sur la violation alléguée de l'Article 14 combiné avec l'Article 10 de la Convention

54. Les requérants soutiennent faire l'objet d'une différence de traitement par rapport aux médias audiovisuels diffusant des compétitions de sport mécanique dans un pays où la publicité pour le tabac n'est pas interdite, lesquels ne sont pas soumis à l'interdiction de la publicité indirecte en faveur des produits du tabac. Ils invoquent à ce titre l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 10. L'article 14 dispose :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

### A. Sur la recevabilité

55. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

### B. Sur le bien-fondé

#### 1. Thèses des parties

##### a) Le Gouvernement

56. Le Gouvernement conteste l'allégation

des requérants selon laquelle la presse écrite et les médias audiovisuels seraient placés dans des situations analogues, permettant de faire valoir l'application de l'article 14 à la présente espèce. Selon lui, la différence de traitement existant entre les deux types de médias ne saurait passer pour une discrimination en faveur des médias audiovisuels, dès lors qu'elle est fondée sur une situation de fait différente. Ainsi que l'a relevé le tribunal correctionnel, « la discrimination ne saurait être invoquée lorsque la différence de traitement est justifiée, comme en l'espèce, par la spécificité des médias en cause ». Se basant sur la motivation de la juridiction interne, le Gouvernement estime que l'influence des publicités indirectes est moins importante pour un téléspectateur du fait du défilement rapide des images, alors que l'acheteur d'un magazine a la possibilité de s'attarder sur chaque photographie et d'en examiner les détails. Il relève enfin que le droit communautaire procède à la même distinction que le droit français et soumet la presse écrite et la télévision à des régimes différents (directive 2003/33, paragraphe 19 ci-dessus). Les situations de fait et les moyens techniques respectifs de la presse écrite et de la presse télévisée étant totalement différents, le Gouvernement conclut que l'article 14 de la Convention ne saurait trouver à s'appliquer dans la présente affaire.

##### b) Les requérants

57. Les requérants contestent les arguments du Gouvernement et déclarent qu'il existe bien une différence injustifiée entre la presse écrite et la presse télévisuelle en ce que la loi Evin précitée prévoit, au seul profit de cette dernière, une exception à l'interdiction de la publicité indirecte pour le tabac, alors que les situations de fait respectives des médias visés n'imposent aucunement cette différence de traitement.

58. En premier lieu, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, la maîtrise par les médias audiovisuels des techniques de « floutage » est un fait incontestable, comme le prouve la diffusion d'émissions télévisuelles rendant certaines images floues lorsque la personne ou les lieux ne doivent pas être identifiés. Les requérants font également valoir que lors de la retransmission des grands matchs internationaux de football, les téléspectateurs ne voient pas apparaître les mêmes publicités autour du

stade, celles-ci étant ciblées suivant le pays auquel la retransmission est destinée. Les moyens techniques ne sauraient donc être retenus afin d'invoquer des situations de fait différentes.

59. En second lieu, les requérants, contestant l'argument du Gouvernement selon lequel la vision de publicités par le téléspectateur aurait une influence moins importante que sa vision pour l'acheteur d'un magazine, affirment que dans les compétitions sportives, les publicités indirectes en faveur du tabac ne sont pas seulement apposées sur les coureurs ou les véhicules, mais également tout autour de la piste ou sur les tribunes et autres lieux fixes qui sont vus en continu lors des retransmissions télévisuelles de l'événement. Celles-ci peuvent donner lieu à des enregistrements que le téléspectateur pourra revoir à loisir en procédant à des ralentis ou des arrêts sur image.

60. En conclusion, les requérants soulignent que, puisque la protection de la santé publique est un objectif aussi important que le prétend le gouvernement, le seul moyen de garantir cette protection serait d'interdire toute reproduction d'un emblème ou d'une marque de tabac quelles qu'en soient les circonstances. Tel n'étant pas le cas, rien ne justifie le régime dérogatoire accordé à cet égard par la loi du 10 janvier 1991 pour la retransmission par des chaînes de télévision de compétitions de sport mécanique.

## 2. Appréciation de la Cour

61. D'après la jurisprudence constante de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir, parmi beaucoup d'autres, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 34, CEDH 2002-I).

62. La Cour relève que le grief des requérants vise à contester l'article L. 3511-5 du code de la santé publique, qui autorise les médias audiovisuels à retransmettre en France les compétitions de sport mécanique – sans cacher les marques de cigarettes disposées sur les automobiles, les combinaisons des pilotes ou le circuit – lorsqu'elles se déroulent dans des pays qui autorisent la publicité pour les produits

du tabac. La première question à laquelle la Cour doit répondre est de savoir si la presse écrite et les médias audiovisuels peuvent être considérés comme placés, dans l'absolu, dans des situations analogues.

63. La Cour doit dès lors prendre en compte les considérations techniques invoquées. Ainsi que l'ont relevé les juridictions internes, les moyens techniques ne permettent pas à l'heure actuelle de dissimuler les emblèmes, logos ou publicités sur les images retransmises dans les médias audiovisuels. En revanche, il est possible de ne pas photographier de tels signes, de les cacher ou de les rendre flous sur les pages de magazines. Les médias de presse écrite disposent ainsi du temps et des facilités techniques nécessaires pour modifier l'image et rendre flous les logos rappelant des produits du tabac.

64. En outre, la Cour relève qu'à l'occasion d'un litige portant sur la question des rediffusions d'images d'événements sportifs intervenant plusieurs heures ou plusieurs jours après l'épreuve, la Cour de cassation a confirmé que la retransmission d'une course en temps réel constitue la seule exception à l'interdiction de la publicité indirecte en faveur des produits du tabac (paragraphe 18 ci-dessus).

65. Eu égard à tout ce qui précède, la Cour est d'avis que les médias audiovisuels et les médias de presse écrite ne sont pas placés dans des situations analogues ou comparables.

66. Partant, la Cour estime qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 10.

## Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

1. *Déclare* la requête recevable ;
2. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention ;
3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 10.

## NOOT

1. Het Franse C.N.C.T., te vergelijken met het Nederlandse expertisecentrum voor tabakspreventie STIVORO, is een 'Association reconnue d'utilité publique'. Dergelijke (privaatrechtelijke) verenigingen hebben in Frankrijk een bijzondere publieke status, hun na een accreditatieprocedure verleend door het ministerie van Binnenlandse Zaken. Deze status legitimeert

hun activiteiten op het desbetreffende terrein, dat betrekking kan hebben op liefdadigheid, gezondheid, wetenschap, milieu, monumentenbescherming, cultuur e.d. Het C.N.C.T. is in 1868 door een aantal artsen opgericht als 'Association française contre l'abus du tabac'. In 1968 krijgt de instelling haar tegenwoordige naam en in 1977 bovengenoemde publieke status. Die status brengt met zich mee dat zij als private partij optreedt tegen overtredingen van de tabakswetgeving en ook uit eigen hoofde schadevergoeding kan vorderen. Onder haar slagzin 'Pour que le monde respire' heeft het C.N.C.T. sinds 2001 de strijd aangebonden tegen afbeeldingen van tabaksmerken in sportbladen zoals *L'Equipe*, *Emap*, *Excelsior* en *Auto Journal*. In Nederland wordt de strijd tegen het 'tabagisme' in de rechtszaal niet door STI-VORO gevoerd, maar door het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) in de persoon van de Voedsel- en Waren Autoriteit (VWA).

2. In een van de eerste zaken in Frankrijk, die tegen *L'Auto Journal*, stelde de rechter in eerste aanleg nog de fundamentele vraag hoe een krant in vredesnaam verslag kan doen van een evenement als de Formule 1 races waar negen van de tien ploegen door tabaksfabrikanten worden gesponsord, indien de illustraties bij de redactionele artikelen, voor zover daarop tabaksmerken zichtbaar zijn, worden beschouwd als verboden propaganda voor tabak. Wie tegenwoordig naar de Formule 1 races kijkt (zie <http://www.formula1.com/>), kan constateren dat het veronderstelde kwaad in de wortel is aangepakt: thans domineren reclames van sponsors als ING, Panasonic, Vodafone en DHL en van tabaksmerken is geen spoor meer te bekennen. Dat neemt niet weg dat het probleem zelf actueel blijft: hoe moet de pers omgaan met tabaksmerken of met andere verboden merken (geneesmiddelen nu en wellicht merken van alcoholfabrikanten in de nabije toekomst). Mogen nieuwsfoto's bewerkt worden?

3. De Franse Loi Evin van 10 januari 1991, genoemd naar de indiener, Claude Evin, bevat maatregelen ter bestrijding van tabaks- en alcoholverslaving. Tot die maatregelen behoren beperkingen van publiciteit. Die beperkingen kenden wij voor televisie al in de Televisie Richtlijn van 1989. Televisiereclame voor tabaksproducten en sponsoring van televisiepro-

gramma's door tabaksproducenten werden daarin verboden. Dat verbod is gehandhaafd in de huidige Richtlijn 2007/65 voor audiovisuele mediadiensten van 12 december 2007. Het verslag van een Formule 1 race op televisie waarin tabaksmerken van sponsors te zien zouden zijn, zou overigens niet zonder meer onder een van beide verboden vallen. Het sponsorverbod treft immers alleen de sponsoring van programma's en dat zou moeten betekenen dat het Philip Morris alleen verboden wordt om de verslaggeving van een Formule 1 race door een omroep te financieren. Het televisiereclameverbod treft niet de speciale vorm van zogenaamde indirecte reclame waar in ons geval sprake van is, zo is naar aanleiding van genoemde Loi Evin uitgemaakt door het Hof van Justitie EG in *Bacardi / TF1* (C-429/02). Reclame voor alcohol op billboards tijdens een in Frankrijk uitgezonden in Engeland gespeelde voetbalwedstrijd is geen televisiereclame in de zin van de Richtlijn en het Franse verbod van die vorm van publiciteit behoeft dus niet aan die Richtlijn te worden getoetst, aldus het Hof in die zaak (zie daarover nader Oliver Castendyk, 'Comments on Article 1 TWFD', in Castendyk, Dommering en Scheuer, *European Media Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2008, para. 96, 114).

4. De Loi Evin breidt, net als de Nederlandse Tabakswet, het verbod van reclame en sponsoring uit tot alle media. Artikel L. 3511-3 van de Franse wet luidt:

"La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique sont interdites. (...) Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1."

De Nederlandse Tabakswet definieert reclame eveneens in ruime zin maar op het punt waar het hier om gaat toch weer enigszins anders door daaronder in art. 1 onder f te verstaan: "elke handeling in de economische sfeer met als doel de verkoop van tabaksproducten te bevorderen en *elke vorm van commerciële*

*mededeling* (curs. JK) die het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft, met inbegrip van reclame waarmee, zonder het tabaksproduct rechtstreeks te noemen, wordt getracht het reclameverbod te omzeilen door gebruik te maken van een naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken van een tabaksproduct”.

De wet definieert vervolgens sponsoring als: “elke openbare of particuliere economische bijdrage aan een activiteit of evenement, die het bekendheid geven aan of het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel tot gevolg heeft”.

Art. 5 lid 1 van de Tabakswet bepaalt eenvoudigweg dat elke vorm van reclame en sponsoring verboden is. Na de wijziging als gevolg van het wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten (TK 2008-2009, 31 876) worden onder dat verbod eveneens begrepen onder de reikwijdte van de Mediawet 2008 vallende reclameboodschappen, telewinkeloordschappen, sponsoring en productplaatsing voor tabaksproducten. Ingevolge de definitiebepaling uit de Tabakswet moet het ministerie van VWS dus op zijn minst aantonen dat er sprake is van een commerciële mededeling. In het Franse systeem moet worden bewezen dat er sprake is van ‘propagande’ of van ‘publicité’. ‘Publicité’ is overigens gelijk te stellen aan reclame en niet aan ons Nederlandse, ruimere begrip ‘publiciteit’.

5. De Franse rechter heeft in eerste instantie publicatie van de foto beschouwd als een vorm van indirecte reclame voor een tabaksproduct. Hoewel reclame doorgaans gedefinieerd wordt als betaalde publiciteit, maakte dat hier niet uit; de juridische definitie bevat dat criterium niet en de rechter kon de persfoto dan ook kwalificeren als reclame voor een tabaksproduct. Door publicatie van de foto wordt immers bij het publiek een verband gelegd tussen tabak, sport en winnen. Een verbod van die foto werd noodzakelijk geacht ter bestrijding van een maatschappelijk kwaad, het ‘tabagisme’. Uitgever en directeur hadden illegale publicatie van die foto kunnen vermijden door het tabaksmerk af te blokken en zijn dus verantwoordelijk voor de publicatie nu zij dat niet hebben laten doen.

Van discriminatie van de pers ten opzichte van het medium televisie is geen sprake nu er bij verslaggeving van sportevenementen ook een afbloplicht geldt indien het verslag van een buitenlands evenement niet rechtstreeks wordt uitgezonden. Bovendien zal het publiek bij rechtstreekse televisieverslaggeving minder aandacht kunnen besteden aan de merken van sponsors dan het geval is bij publicatie van een foto in een krant of een tijdschrift.

6. De Nederlandse rechter heeft zich tot dusver niet in een soortgelijke zaak kunnen uitspreken. Kwesties die in dit verband wel aan de orde zijn geweest, hebben te maken met rechtstreekse marketingactiviteiten van tabaksfabrikanten en niet met indirecte reclame. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om overdadige presentaties van sigarettendisplays op muziek-evenementen en huishoud- en horecabeurzen. Strijk en zet worden die vormen van marketing tot in hoogste instantie (College van Beroep voor het Bedrijfsleven) beboet als een vorm van niet-reguliere presentatie van te koop aangeboden tabaksproducten (zie daarover art. 5 lid 3 sub b. van de Tabakswet). De boetes zijn ongeacht de ernst van de overtreding gefixeerd op € 45.000,= voor grote tabaksbedrijven en multinationale tabaksondernemingen (zie over het boetebeleid de noot van Jansen onder CvBB 15 december 2006 AB 2007/80 (B. t. VWS) en voor enkele recente voorbeelden Rb Rotterdam 20 februari 2009, LJV BH5909 (*Philip Morris t. VWS*) en CvBB 16 september 2008, LJV BG1604 (A. t. VWS); zie verder H.M.H. Speyart, *‘De VWA en het verbod op tabaksreclame: handhaving kan ernstige schade toebrengen aan uw rechtsgevoel’*, IER 2005-6, p. 343-347).

7. De redenering van de Franse rechter blijft in beroep overeind en wordt door het EHRM gesauveerd. Opvallende punten bij de uitspraak van het Hof zijn de breedvoerige maar m.i. niet concludente wijze waarop het Hof op de internationale achtergronden van het verbod ingaat, de keuze voor bepaalde precedents in de rechtspraak van het Hof en niet voor andere, de concrete afweging tussen de persvrijheid en het verbod en het oordeel over de proportionaliteit van de sancties.

8. De vraag of art. 10 EVRM van toepassing is op de foto waar het hier om gaat, wordt door het Hof zonder veel omhaal positief beantwoord. Frankrijk sputtert nog wat zwakjes tegen door op te merken dat het bij merken niet

kan gaan om een uitdrukking van meningen of van informatie, maar dat verweer gaat in ieder geval al sinds *Autronic t. Zwitserland* (EHRM 22 mei 1990, nr. 12726/87) niet meer op: art. 10 EVRM maakt geen onderscheid, betreft alle mogelijke categorieën van mededelingen en omvat ook foto's, zoals uitdrukkelijk door het Hof uitgemaakt in onder andere *Verlagsgruppe GmbH t. Oostenrijk* (EHRM 14 december 2006, nr. 10520/02) en ook nog eens in de m.i. hier eveneens relevante uitspraak *Hachette t. Frankrijk* (EHRM 14 juni 2007, nr. 71111/01).

9. Het EHRM hanteert in zijn feitelijke overwegingen vier internationale bronnen die in rechte moeten dienen om aannemelijk te maken dat gezondheidsoverwegingen prevaleren boven economische overwegingen en "même sur certains droits fondamentaux comme la liberté d' expression" (r.o. 46). Het gaat hier om de afweging van de bescherming van de gezondheid met het recht op vrijheid van meningsuiting. Al die vier internationale bronnen (zaak C-380/03 van het HvJ EG, Aanbeveling 716 (1973) van de Raad van Europa en de daarop aansluitende resolutie 286 (2002), het onderzoek van de Wereldbank en het kaderverdrag van de WHO) geven lang niet altijd duidelijk uitsluitend over een verbod van de publiciteit die in dit geval aan de orde is. In zaak C-380/03 (*Duitsland t. Parlement en Raad*) zou het Hof hebben geoordeeld dat de journalistieke vrijheid door het verbod van tabaksreclame niet wordt aangetast. Dat heeft het Hof inderdaad gezegd, maar dan uitsluitend na een overweging die betrekking heeft op commerciële publiciteit en op de stelling van Duitsland dat een dergelijk verbod vanwege het verlies aan inkomsten voor de pers een inbreuk op de persvrijheid zou kunnen opleveren. Ik citeer: "155. (...) Wanneer er een zekere beoordelingsmarge bestaat, wordt slechts getoetst of de inmenging redelijk en evenredig is. Dat is het geval bij het commercieel gebruik van de vrijheid van meningsuiting op een zo ingewikkeld en fluctuerend terrein als dat van de reclame (zie met name arrest Karner, reeds aangehaald, punt 51).

156. Ook al zou het in de artikelen 3 en 4 van de richtlijn vastgestelde verbod van reclame of sponsoring tot gevolg hebben dat de vrijheid van meningsuiting indirect wordt afgezwakt, blijft in casu de vrijheid van meningsuiting van journalisten als zodanig intact en worden de

redactionele bijdragen van journalisten dus niet getroffen.

157. Door dergelijke verboden vast te stellen, heeft de gemeenschapswetgever de grenzen van de hem uitdrukkelijk toegekende beoordelingsbevoegdheid dus niet overschreden.

158. Hieruit volgt dat deze verboden niet als onevenredig kunnen worden beschouwd." Aanbeveling 716 (1973) van de Raad van Europa is vooral gericht op reclame en beveelt aan om voor de regeling van tabaksreclame aansluiting te zoeken bij die van reclame voor geneesmiddelen. Resolutie 1286 (2002) noemt wel indirecte reclame en sluikreclame. Het rapport van de Wereldbank heeft het over het gebrek aan effectiviteit van een partieel reclameverbod voor bepaalde media in vergelijking met een algeheel reclameverbod. Het WHO-Kaderverdrag laat nu juist uitdrukkelijk ruimte voor lidstaten die vanwege constitutionele problemen geen algemeen verbod kunnen invoeren. De enige bron die dus uitdrukkelijk wijst op de noodzaak van een verbod van indirecte reclame – overigens zonder duidelijk aan te geven wat daarmee wordt bedoeld – betreft dus een resolutie van de Raad van Europa van 2002. Op basis van die bron kan kennelijk het belang van de bescherming van de gezondheid prevaleren boven de redactionele vrijheid om een exacte foto van een sportevenement publiceren. Of het ook mag prevaleren, is afhankelijk van de vraag of een verbod in dit geval geschikt en evenredig is om het doel te bereiken.

10. Bij de vraag naar de noodzakelijkheid van het verbod en bijbehorende wijze van toetsing doet het Hof nog iets opmerkelijks. Er is hier sprake van perspubliciteit met als mogelijk neveneffect reclame voor een product. Men denkt dan onmiddellijk aan zaken als *Barthold t. Duitsland* (EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79) en *Stambuk t. Duitsland* (EHRM 17 oktober 2002, nr. 37928/97). In die gevallen gaat het immers om perspubliciteit met als mogelijk neveneffect reclame voor de kliniek van een dierenarts en voor lasertherapie van een arts. In beide gevallen was het de desbetreffende artsen door de eigen gedragscodes verboden om reclame te maken en de vraag was nu juist of het verbod dat door de Duitse rechter ook werd toegepast op perspubliciteit door de Europese beugel kon. In die twee zaken toetst het Hof volledig met als resultaat dat desbetreffende beperkingen in strijd worden geoordeeld met

art. 10 EVRM. Het Hof rept echter met geen woord over beide zaken maar neemt als precedent voor de onderhavige vorm van publiciteit twee gevallen die niets te maken hebben met indirecte reclame, namelijk *Markt intern* en *Casado Coca* (zie r.o. 44). De eerste zaak gaat over een artikel in een vakblad voor drogisten dat de activiteiten van een concurrent afbrekend bespreekt en de tweede zaak gaat over een verbod van een advertentie door een advocaat in een krant. Nu het Hof die twee zaken als precedent neemt, zou een marginale toetsing gerechtvaardigd zijn. Maar dat doet het Hof nu ook weer niet. Het Hof geeft toe of geeft weliswaar toe, dat het in de onderhavige zaak niet om strikt commerciële publiciteit gaat en belooft daarom een nauwgezet onderzoek naar de proportionaliteit van de getroffen maatregelen. Ik kan me echter niet aan de indruk onttrekken dat het Hof zulks met de mond belijdt maar in feite voor 100 procent vaart op de koers die de nationale wetgever en rechter al hebben uitgezet. Het neemt de Franse definitie van indirecte reclame klakkeloos over en neemt zonder meer aan dat deze vorm van publiciteit geschikt is om in het bijzonder jongeren aan te zetten tot roken (r.o. 48).

11. Bij de concrete afweging tussen persvrijheid en verbod houdt het Hof zich zo op het oog serieuzer aan zijn belofte van een nauwgezet onderzoek, zij het dat men de redenering niet met droge ogen kan lezen. Het Hof oordeelt dat het litigieuze beeld (het tabaksmerk) niet bestaat uit de weergave van een bijzonder moment maar veeleer uit de afbeelding van een door de sponsor in elkaar gezette scène met als doel publiciteit voor tabak te genereren. Verwijdering van de logo's zou gemakkelijk zijn en zou, aldus het Hof geen verandering aanbrengen in het onderwerp van de foto, noch afdoen aan de exactheid van de overgebrachte informatie (r.o. 49). Wat daar staat, is natuurlijk niet waar: het is absoluut geen onbelangrijk gegeven dat de ploeg van Schumacher gesponsord werd door Philip Morris, net zo min als het dit jaar niet nodig zou zijn om te weten dat Sir Richard Branson's Virgin Group het nieuwe Brawn GP team financiert. Maar de redenering is m.i. tekenend voor de rechtstatelijke impasse waarin de discussie over de strijd tegen het roken zich bevindt (zie daarover beeldend Jos Teunissen, 'Willen we het totale rookverbod', *NJB* 2009/11, p. 677-680, welks ti-

tel uiteraard refereert aan Goebbels' oproep uit 1943: "Wollt ihr den totalen Krieg?"). Het is eenvoudigweg niet meer mogelijk de ingezette weg te verlaten en de argumenten worden aan die onmogelijkheid aangepast. Daar zal het recente protocol voor fotojournalisten van persbureau ANP en fotoagentschap Hollandse Hoogte waarmee beoogd wordt beeldbewerking te voorkomen weinig of niets aan kunnen veranderen (zie *NRC Handelsblad* 19 maart 2009, p. 90).

12. De klacht dat de pers in dit opzicht zou worden achtergesteld bij de televisie omdat televisieomroepen niet hoeven in te grijpen wanneer zij buitenlandse sportevenementen waarin legaal geplaatste afbeeldingen van tabaksmerken te zien zijn rechtstreeks uitzenden, gaat volgens het Hof niet op, omdat het technisch niet altijd mogelijk is die beelden te verwijderen of tijdens de actuele uitzending te verwijderen. Dat laatste is wel het geval met uitgestelde uitzendingen en dan dienen omroepen dat wettelijk ook te doen. In dat opzicht is er dus geen ongerechtvaardigd verschil tussen beide media.

13. De sancties (€ 30.000) acht het Hof proportioneel, mede gelet op de omzet van het tijdschrift. In de Nederlandse tabaksreclamezaken wordt uitgegaan van een gefixeerd tarief van € 45.000 maar dan alleen voor grote tabaksfabrikanten en multinationale tabaksondernemingen. Het Hof past nu dat principe toe op een bedrijf dat zelf geen tabaksfabrikant is en op een situatie die geen directe reclame betreft en het lijkt me niet proportioneel om geen rekening te houden met de aard van de onderneming en van de gevoerde publiciteit. Ook dit lijkt tekenend voor de rechtstatelijke impasse waarin de discussie over de strijd tegen het roken zich bevindt.

J.J.C. Kabel

Emeritus hoogleraar bij het Instituut voor Informatierecht en 'of counsel' bij DLA Piper Advocaten