

Handeldrijvende middenstand tegen Grijpgraag Grootkapitaal

*markt intern Verlag GmbH en Klaus Beermann tegen
Bondsrepubliek Duitsland*

Jan Kabel*

ACHTERGROND

Romein schetst in zijn meesterwerk *Op het breukvlak van twee eeuwen* de teloorgang van de handeldrijvende middenstand die het aan het eind van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw aflegt tegen wat hij noemt het grijpgrage grootkapitaal. Hij laat zien hoe ‘de kleine winkelier [...] de loop verloor aan de bazaar in de hoofdstraat of klant na klant verdwijnen zag in de coöperatieve winkel schuin over.’¹ Die teloorgang herhaalt zich. Rutte en Koning verhalen hoe de bediening door de traditionele kruidenier met zijn toonbank en bezorging aan huis het aflegt tegen de in de jaren vijftig van de vorige eeuw opkomende zelfbediening.² Van der Meulen schetst die teloorgang opnieuw, nu gesitueerd in de jaren 60 en 70 van de vorige eeuw en laat tussen neus en lippen door zien hoe die teloorgang ook de oorzaak is van felle onderlinge concurrentie.³ In de strijd tegen de teloorgang worden allerlei middelen gebruikt. Van overheidswege ging het daarbij aan het eind van de negentiende eeuw om belastingwetgeving en andere beperkingen die paal en perk moesten stellen aan de groei van grote bedrijven, in het begin van de vorige eeuw om wetgeving ter beteugeling van de onderlinge concurrentiestrijd, in de jaren 50 om vestigingswetgeving die beunhazen moest verhinderen de markt te betreden en tenslotte om de zogenaamde warme sanering van de jaren 70 die het de kleine winkelier gemakkelijker moest maken om zijn bedrijf op te geven.⁴ Organisatorisch bezien doken politieke middenstandpartijen en branche-organisaties op.⁵ Ten slotte werd de strijd ook publicitair gevoerd, via commerciële reclame en via publicaties in branche-uitgaven. Ons arrest, *markt intern Verlag/de Bondsrepubliek Duitsland*, is een voorbeeld van een publicitaire strijd van het midden- en kleinbedrijf tegen de grote ondernemingen.⁶ De strijd is nog lang niet beëindigd. Vanuit Europa klinkt de roep om bescherming van de handeldrijvende middenstand, nu SME’s genoemd: *small and medium enterprises*. In het contractenrecht en het oneerlijke handelspraktijkenrecht zouden die kleine ondernemingen met consumenten gelijk moeten worden gesteld om weer evenwicht te brengen in de relatie met grotere bedrijven en ze te beschermen tegen oplechterspraktijken. De achterliggende problematiek van het arrest is dus actueel en zal

* Prof. mr. J.J.C. Kabel is emeritus hoogleraar informatierecht aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam en of counsel bij DLA Piper Advocaten te Amsterdam.

dat ook blijven.⁷ Zij is ook politiek van aard, zoals blijkt uit bovengenoemde overheidsbemoeienis ter bescherming van de zwakkere middenstandsbedrijven tegen de grotere spelers op de markt.⁸ Die achtergrond behoort de juridische beoordeling van de publicitaire strijd tussen middenstand en grootkapitaal in te kleuren.

UITINGEN, SUMMIERE CONTEXT EN BEOORDELINGSKADER

Het gaat in deze zaak om drie uitingen: (1) de ervaringen van drogiste Lüchau uit Celle, (2) de mededeling van postorderbedrijf Cosmetics Club International (CCI), en (3) de oproep van markt intern:

(1) *‘Habe beim Cosmetic-Club International das Schönheits-Set [...] von April bestellt und bezahlt, aber wegen Nichtgefallen nach wenigen Tagen zurückgesandt. Obwohl auf dem Bestellcoupon klar und deutlich geschrieben steht, dass ich bei Nichtgefallen berechtigt bin, das Set zurückzusenden und mir Erstattung zugesichert wird, habe ich bis heute keinen Pfennig wiedergesehen. Auch auf meine Abmahnung vom 18. Juni mit Fristsetzung 26. Juni erfolgte keine Reaktion.’ So der empörte Bericht der Celler Drogistin Maria Lüchau über die Geschäftstätigkeit des aus England importierten Cosmetic-Clubs. Unser Telex vom 4. November an CCI-Geschäftsführerin Doreen Miller: ‘Handelt es sich hier um eine Einzelpanne, oder gehört dieses Verhalten zu Ihrer offiziellen Politik?’*

(2) *In seiner prompten Antwort tags drauf will der CCI weder etwas von Frau Lüchaus Set-Retoure noch von ihrer Abmahnung im Juni wissen. Er verspricht aber eine sofortige Untersuchung des Falles sowie eine klärende Kontaktaufnahme mit der Drogistin in Celle. Unabhängig von dieser vorläufigen Antwort aus Ettlingen unsere Frage an alle Drogerie/Parfümerie-Kollegen:*

(3) *Haben Sie ähnliche Erfahrungen wie Frau Lüchau mit dem Cosmetic-Club gesammelt? Oder sind Ihnen ähnliche Fälle bekannt? Die Ein- oder Mehrmaligkeit solcher Fälle ist für die Beurteilung der CCI-Politik äußerst wichtig.*

In de jaren 70 wordt kopen per post in sommige branches een geduchte concurrent van de gewone winkel, net zoals nu online kopen en laten bezorgen dat is.⁹ Naast mevrouw Lüchau waren er nog twee klanten die markt intern informeerden dat ze klachten hadden, één al voor de publicatie en één erna. Volgens de Club zelf verkocht zij 157.929 schoonheidssets tussen 1 december 1974 en 30 november 1975. In die periode retourneerden 11.870 klanten de set en kregen hun geld terug.¹⁰

Alles draait in deze zaak om het gekozen beoordelingskader. Is dat die van de oneerlijke concurrentie, dan pakt dat slecht uit voor markt intern; is dat die van een onrechtmatige publicatie, dan blijven de eerste twee mededelingen doorgaans overeind, maar gaat de derde voor de bijl; is dat die van een louter kritische journalistieke activiteit, dan gaat markt intern op alle fronten vrijuit. De vraag die hier dan interessant is, is die naar de motivering van de keuze voor het ene of het andere kader.

BEOORDELING OP BASIS VAN ONRECHTMATIGE DAAD

LG Hamburg van 2 juli 1976¹¹ oordeelt dat er geen sprake is van een concurrentieverhouding tussen markt intern en CCI en beoordeelt de zaak dus niet op basis van het oneerlijke mededingingsrecht (de Duitse Unlautereres Wettbewerb Gesetz, UWG), maar op basis van de onrechtmatige daad (par. 823 en 824 BGB). De verbodsvordering van CCI tegen (1) wordt afgewezen omdat die mededeling feitelijk juist was en er geen reden was om aan te nemen dat de markt intern de uiting opnieuw zou publiceren zonder te vertellen wat er ondertussen was gebeurd, die tegen (2) en (3) toegewezen op basis van strijd met par. 824 lid 1 BGB (*Kreditgefährdung/reputatieschade*).¹² Markt intern had zonder onderbouwing gezegd dat (2) CCI niets van de zaak wilde weten en (3) eveneens zonder onderbouwing gesuggereerd dat het beleid van de Club niet deugde. De methode van markt intern past niet in behoorlijk journalistiek gedrag: markt intern had eerst nader onderzoek in moeten stellen, alvorens deze beschuldigingen te publiceren. In hoger beroep is het Hanseatisches Oberlandesgericht (OLG) van 31 maart 1977 eveneens van mening dat er geen sprake is van een concurrentieverhouding: markt intern heeft niet gehandeld met de bedoeling om de omzet van drogisten en cosmeticawinkels te vergroten ten koste van de Club. Markt intern heeft haar lezers geïnformeerd over het feit dat de Club met een van haar lezers onbehoorlijk is omgegaan. De mededelingen zijn niet onjuist: mededeling (1) is negatief voor de Club, maar volgt uit de taak van de journalistiek om het publiek te informeren en vrees voor herhaling is er niet, mededeling (2) betekent alleen dat markt intern de informatie van de Club niet kan bevestigen en mededeling (3) betekent niet dat het incident deel uitmaakte van het officiële beleid van de Club, maar is te beschouwen als een waardeoordeel dat de vraag of het om een incident of om bedrijfspolitiek gaat open laat. Het Gerecht wijst alle drie de verbodsvorderingen van CCI af.

BEOORDELING OP BASIS VAN HET ONEERLIJKE MEDEDINGINGSRECHT

Het Bundesgerichtshof (BGH) van 16 januari 1980 ziet wel een concurrentieverhouding: hoewel er tussen de uitgever en de club geen concurrentieverhouding bestaat, is het voldoende dat de uitingen objectief gezien voordeel brachten aan een onderneming (de drogisterijen) ten nadele van de concurrent van die onderneming (het postorderbedrijf).¹³ Wat markt intern doet (suggereren dat een incident tot de bedrijfspolitiek van de Club behoort en ook al eerder in september en oktober 1974 oproepen tot boycot van de Club) behoort niet tot de taak van de pers (informatievoorziening) en daaruit valt af te leiden, dat markt intern niet handelt als een persorgaan, maar de bedoeling heeft om concurrentieverhoudingen te beïnvloeden. Dat noopt tot toetsing aan de goede zeden. Alle drie de uitingen zijn daarmee in strijd. De eerste omdat, ook al zou zij waar kunnen zijn, zij te prematuur is: de Club had een onmiddellijk onderzoek toegezegd en de uiting geeft

winkeliers de kans om hun klanten afkerig te dien zijn van het doen van zaken met de Club, ook als achteraf de aantijging nergens op zou berusten. De tweede omdat de gewone betekenis ervan (*'will der CCI weder etwas von Frau Lüchhaus Set-Retoure noch von ihrer Abmahnung im Juni wissen'*) inhoudt dat de Club in een kwaad daglicht wordt gezet. Het OLG had moeten motiveren waarom het in dit geval afweek van die gewone betekenis. De derde uiting impliceert dat het niet om één geval gaat maar om een groot aantal gevallen. Dit kan een waardeoordeel zijn, maar in concurrentieverhoudingen gaat het niet om het onderscheid tussen waardeoordelen en feiten, maar om de gevolgen die een uiting kan hebben op het terrein van de mededinging. Een enkel incident biedt niet voldoende onderbouwing voor de suggestie dat het beleid van CCI frauduleus zou zijn. Die uitspraak wordt bevestigd door het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) van 9 februari 1983: wanneer het gaat om economische belangen aan beide zijden behoort de persvrijheid niet de voorrang te hebben boven de bescherming van andere rechtsgoederen. Het BVerfG neemt de zaak daarom niet verder in behandeling.

TOETSING AAN ARTIKEL 10 EVRM¹⁴

De Commissie¹⁵ oordeelt dat het gaat om *'information on specific business practices of interest to specialised retail traders'* en niet om *'purely competition-related promotional statements'*. Zij stelt dat in een democratische samenleving uitgeverij bepalen welke kwesties publicabel zijn. Het accent op economische belangen kan geen reden zijn een publicatie bescherming door de uitingsvrijheid te ontzeggen, want:

*The democratic process is dependent on the interplay of a wide variety of group interests and the articulation of economic interests is important in this context.*¹⁶

Die informatie valt onder artikel 10 EVRM. Er is sprake van inmenging in de drie uitingen: in (1) wordt een juiste inlichting verboden, in (2) de verspreiding van een denkbeeld, namelijk de vraag of er al dan niet sprake was van een structurele misstand en in (3) wordt het recht om inlichtingen te ontvangen geraakt doordat de oproep om misstanden te melden wordt verboden. Het gaat niet om commerciële reclame en ook niet om mededelingen die door de Duitse hoogste rechter uitdrukkelijk als onjuist zijn bestempeld. De mededelingen moeten dus volledig worden getoetst aan de vraag of het verbieden ervan noodzakelijk is in een democratische samenleving. Pas bij zo'n toetsing kunnen de omstandigheden van het geval aan de orde komen, zoals het journalistieke karakter van de publicatie, het gegeven dat de uitgever niet concurreert met CCI, de mogelijke juistheid van de mededelingen, de verhouding tussen de bewoordingen en de ernst van de mogelijke misstand en de intentie van de hoofdredacteur. Het Duitse BGH heeft in de ogen van de Commissie te abstract geoordeeld; dat een mededeling concurrentieverhoudingen kan beïnvloeden, wil nog niet zeggen dat zij daardoor geen aanspraak op bescherming van de uitingsvrijheid heeft. Die beoordeling heeft geleid

tot een verbod dat in een democratische samenleving niet noodzakelijk is. Alle uitingen van markt intern zouden toelaatbaar moeten zijn.

De Hofuitspraak weer eens overlezend, valt op hoe gebrekkig het beoordelingskader in elkaar zit. Het Hof begint in overweging 33 met de *Barfod*-zaak.¹⁷ In die zaak savouereerde het de Groenlandse rechter die had geoordeeld dat de niet beroepsmatige publicist Barfod zijn gelijk had kunnen halen door te schrijven dat de rechters om wie het in zijn artikel ging zich, als ambtenaar, hadden moeten onthouden van de zaak en dat het niet aanging die rechters te beschuldigen van een belangenverstrengeling die invloed op hun beslissing zou hebben gehad. Het Hof komt tot dat oordeel, zoals het zelf zegt, ‘in het licht van de zaak als geheel, inclusief de beweringen in klagers artikel en de context waarin deze geschreven zijn.’ Het gaat daarbij dus om een volledige toetsing. Het Hof overweegt dan ook in onze zaak dat de nationale beoordeling onderworpen is aan Europees toezicht. Maar, zo volgt daar meteen op, als het om oneerlijke mededinging gaat, dan is een volledige toetsing niet op zijn plaats, omdat het gaat om een terrein dat complex en dynamisch is. Het Hof beperkt zich dan tot de vraag of de nationale maatregelen proportioneel en *in beginsel* te rechtvaardigen zijn. Het ‘dynamiek’ argument is m.i. niet het juiste argument, want dat kan in bijna elke zaak worden gebruikt; het juiste argument is het straks te noemen argument van dissenter Martens: het gaat bij zaken van oneerlijke mededinging om behartiging van particuliere belangen en niet om het algemeen belang. Dat het inderdaad om oneerlijke mededinging gaat, komt eerder in het arrest al evenzeer uit de lucht vallen. Na een beschrijving van hetgeen er is gebeurd (overweging 26), wordt min of meer pardoes gesteld dat het gaat om informatie van commerciële aard (*‘information of a commercial nature’*). Dat karakter wordt alleen onderbouwd (overweging 36) met de stelling dat het gaat om bescherming van de belangen van drogisten en cosmeticawinkeliers. Het verbaast niet dat het Hof zich dan neerlegt bij de motivering en het eindoordeel van het Duitse BGH en zich geen rekening geeft van de belangen van markt intern. Alle uitingen van markt intern zouden moeten worden verboden. Negen van de achttien rechters vallen over die beoordeling door de andere negen; bij deze staking van stemmen is de stem van de Noor Rysdall als president beslissend geweest. De kritiek van de dissenters komt erop neer dat wat markt intern doet in het algemeen belang moet worden toegestaan als tegenwicht tegen de macht van grootschalig opererende ondernemingen.¹⁸ Romein zou die kritiek van harte hebben onderschreven. Uitgaand van het gegeven dat markt intern moet worden gezien als een persorgaan, moet de vrijheid om kritiek te leveren vooropstaan. Dat is, dissenter Martens maakt dat duidelijk, in het oneerlijke mededingingsrecht net andersom: omdat daar eigen belangen worden nagestreefd, is kritische publiciteit alleen maar toegestaan als daar een geldige reden voor is en de kritiek zakelijk blijft. Bij zo’n massale interne *choc des opinions* binnen de gelederen is het niet verrassend dat de opbouw van de einduitspraak rammelt.

Betekent de *markt intern*-uitspraak nog wat voor zaken waarin de uitingstvrijheid voor uitgevers van publicaties als die van markt intern op de proef wordt gesteld? Vier jaar eerder, in de *Barthold*-zaak,¹⁹ heeft het Hof een economisch getinte mededeling in een redactioneel artikel als voor volledige toetsing vatbaar gekwalificeerd en tegelijkertijd het gebied van *information of a commercial nature* begrensd tot die gevallen waarin het *uitsluitend* gaat om commerciële motieven.²⁰ In de uitspraak *Hachette Filipacchi Presse Automobile en Dupuy/France* wordt die begrenzing bevestigd. Het Hof overweegt daar immers: ‘*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.*’²¹ Die beperkte uitleg spoort met die van de Commissie (*purely competition-related promotional statements*). Sterker nog, zelfs in het geval dat het gaat om een ‘*publication à caractère “strictement” commercial*’, zoals bij de vergelijkende reclame in *Krone Verlag/Oostenrijk*, kan het gaan om een volledige toetsing van een nationaal verbod, wanneer de mededeling niet onjuist is.²² Kortom, de ruime uitleg van het begrip *information of a commercial nature*, mede beïnvloed door de Duitse ruime uitleg, is m.i. passé, net zoals die overigens in Duitsland voorbij is. Bepalend voor de toepasselijkheid van het oneerlijke mededingingsrecht in de huidige Duitse UWG is het begrip ‘handelspraktijk’ (*Geschäftspraktik*). In B-C relaties heeft dat begrip de (beperkte) betekenis die het in de corresponderende Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken heeft.²³ In B-B relaties, zoals in ons geval, beperkt de eis dat het moet gaan om een objectieve relatie met de bevordering van de verkoop van goederen en diensten het toepassingsgebied meer dan voorheen. In de *Denkzettel-Aktion*-uitspraken werd weliswaar de UWG van toepassing verklaard op die actie van markt intern, maar door het BGH een onderscheid gemaakt tussen een enkele oproep tot boycot die gedekt werd door de persvrijheid en het treffen van daadwerkelijke maatregelen voor die boycot door markt intern. De laatste konden niet door de mededingingsrechtelijke beugel, maar de eerste wel.²⁴ Daarbij is interessant dat het BVerfG in dezelfde zaak overweegt dat de teloorgang (*Verdrängung*) van de middenstand door supermarkten en warenhuizen een kwestie van algemeen belang kan zijn waarbij het tot de taak van de pers behoort eventuele misstanden aan de kaak te stellen.²⁵

BESLUIT: HOE ZOU DE NEDERLANDSE RECHTER HEBBEN GEORDEELD?

In de klassieker *Felix Kattenbrood/Dogcakes*²⁶ gaat Felix, leverancier aan middenstandswinkels, in de crisisjaren van de vorige eeuw de strijd aan met de leverancier aan de Coöperaties, de firma Lammens. In een circulaire gericht aan afnemers van kattenbrood beweert Felix dat Lammens ver onder de kostprijs levert en daardoor de Coöperaties in staat stelt een pond kattenbrood voor 13 cent te verkopen, terwijl de winkeliers dat voor 20 cent moeten doen. Felix probeert dus via een

beschuldiging van (in ons land niet illegale) dumping Lammens zwart te maken en diens afnemers tot boycot van Lammens aanbod aan te zetten.²⁷ Dat is wat er in het *markt intern*-arrest over de band gebeurt: de hoofdredacteur van het blad *markt intern* roept drogisten op nare ervaringen met postorderbedrijf CCI te melden. In *Felix Kattenbrood* is de uiting afkomstig van een concurrerend bedrijf en in ons geval van een persorgaan. De Hoge Raad beslist dat:

het ter zake dienende element dit is, of de mededeeling van die handelingen geschikt is de afnemers afkeerig te maken van het doen van zaken met den concurrent-fabrikant [...]; dat het aldus doen van mededeelingen van dien aard door een fabrikant, zoo zij onwaar zijn, nagenoeg altijd in strijd zal zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer tegenover een mede-fabrikant betaamt, terwijl, indien zij waar zijn, de al dan niet onrechtmatigheid zal afhangen van de verdere omstandigheden van het geval.

Dat is in lijn met het beoordelingskader van de oneerlijke concurrentie, zoals door het Duitse BGH en het EHRM wordt gehanteerd. Zulks blijkt duidelijk uit overweging 36 waarin het Europese Hof de opvatting van het BGH accordeert: *markt intern*

should have taken into consideration that any such premature publication of the incident was bound to have adverse effects on the Club's business because it gave the specialised retailers an effective argument capable of being used against the Club with their customers [...]

Daartegenover staan gevallen waarin de mededeling afkomstig is van een instantie die geheel buiten de concurrentiestrijd staat: particulieren die hun ongenoege over bedrijven online uiten, consumentenprogramma's ('TROS Radar', 'Opgelicht', eveneens van de TROS, en 'Kassa' van de VARA), consumentenrubrieken in dagbladen en publicaties van de Consumentenbond.²⁸ Het beoordelingskader is de onrechtmatige publicatie en doorgaans onderzoekt de rechter, zowel bij uitingen in consumentenrubrieken en consumentenprogramma's als bij gepubliceerde klachten van particulieren, of er, 'gegeven de vrijheid om zich kritisch uit te laten over ervaringen met personen of organisaties',²⁹ al dan niet sprake is van (premature en daardoor) lichtvaardige beschuldigingen. In de zaken *SEB/Consumentenbond* en *Sarah Lee/Consumentenbond* wordt de Consumentenbond afgestraft voor premature publicaties. In zaken tegen consumentenprogramma's wordt van de samenstellers verwacht dat zij waken tegen verdraaiing van de feiten, ongefundeerde verdachtmakingen of een schending van het recht op wederhoor, omdat het publiek eerder zal aannemen dat de in zo'n programma gedane beweringen gegrond zijn dan wanneer die beweringen in de gewone media gedaan zijn.³⁰ Daarbij gaat de verplichting tot zorgvuldige berichtgeving – ik citeer uit de zaak *Pretium/Volkskrant* – 'niet zover dat de Volkskrant de klachten slechts mag weergeven indien zij deze na onderzoek gegrond zou hebben bevonden.' Bovendien hoeft

een consumentenprogramma niet alle klachten individueel te onderzoeken, alvorens te concluderen dat van een misstand sprake is, indien het gaat om een groot aantal klachten.³¹ De zaak *Sports 24/B*³² is hier illustratief: een consument verwijt Sports 24 dat bestellingen niet worden geleverd en de koopprijs niet wordt terugbetaald, of, als dat al gebeurt, maanden na dato en met grote inspanningen van de kopers. Op zijn website hanteert B de term: ‘lijkt een oplichter’. Het gaat om 200 klachten op een totaal van 95.000 bestellingen. Sports 24 is naar aanleiding van klachten bij ‘Kassa’ en bij de Consumentenautoriteit geroyeerd door de Stichting Qshops Keurmerk. In dit geval weegt, aldus de rechter, de reputatieschade niet op ‘tegen het belang dat is gediend met het op deze manier in de publicatie aan de kaak stellen van het gedurende lange tijd duperen van klanten.’ In ons geval was, naast de klacht van mevrouw Lüchau, sprake van één klacht vóór de publicatie en één klacht daarna.

Een zaak die overeenkomt met onze zaak is *Novoskript*.³³ In het *Tijdschrift Jeugd en School*, uitgegeven door uitgeverij Thieme, verschijnt een artikel over methodes om kinderen in het basisonderwijs te leren schrijven. Thieme is de uitgever van de schrijfmethode Schrift, Uitgever Boreaal is de maker van de schrijfmethode Novoskript. In het artikel wordt volgens de rechter ‘de methode Novoskript op onjuiste, badinerende en kleinerende wijze neergezet terwijl hiervoor geen enkele noodzaak bestond [...]’ De publicatie had ook zonder het noemen van Novoskript, het getoonde oefenblad en zonder de genoemde zinnen kunnen worden geplaatst, terwijl er tegelijkertijd recht werd gedaan aan de belangen van de schrijvers om te publiceren over schrijfmethoden of werkwijzen bij het aanleren van letters en de voor- en nadelen daarvan. Dat de zaak niet in het kader van oneerlijke concurrentie is beoordeeld, komt doordat de methode Schrift van Thieme zelf niet wordt genoemd. Van oneerlijke handelspraktijken is geen sprake, omdat de publicatie niet rechtstreeks verband houdt met verkoopbevordering van de methode Schrift. De veroordeling is dus gegeven in het kader van een afweging tussen de vrijheid van meningsuiting en het belang niet blootgesteld te worden aan lichtvaardige beschuldigingen.

Op grond van het bovenstaande was de Nederlandse rechter waarschijnlijk tot hetzelfde resultaat gekomen als de Duitse rechter in eerste instantie. Hij zou de zaak beoordelen op grond van onrechtmatige daad. De verbodsvordering van CCI tegen (1) zou hij afwijzen, omdat die mededeling feitelijk juist was en er geen reden was om aan te nemen dat markt intern de uiting opnieuw zou publiceren zonder te vertellen wat er ondertussen was gebeurd. Die tegen (2) zou hij toewijzen, omdat markt intern zonder enige onderbouwing de mededeling van de Club dat ze niets van de zaak wist, verdraaid had tot de mededeling dat ze er niets van wilde weten en die tegen (3) eveneens, omdat markt intern zonder onderbouwing gesuggereerd had dat het beleid van de Club niet deugde. Markt intern zou zich ervan hebben moeten vergewissen of er sprake was van meerdere klachten, alvo-

rens de indruk te wekken dat sprake was van een misstand in het commerciële beleid van de Club. De Nederlandse rechter zou niet de normen uit het oneerlijke mededingingsrecht toepassen, nu er geen sprake was van concurrentie tussen de uitgever markt intern en de Club. De regels over vergelijkende reclame, noch die over oneerlijke handelspraktijken zouden van toepassing kunnen zijn op de *markt intern*-zaak. Markt intern zou thans een met de pers vergelijkbare bescherming verdienen, zowel Europees als nationaal.

- 1 J.M. Romein, *Op het breukvlak van twee eeuwen*, Amsterdam: Em. Querido's Uitgeverij 1976, p. 287-310, i.h.b. 292.
- 2 G. Rutte & J. Koning, *De supermarkt. 50 jaar geschiedenis*, Baarn: Uitgeverij De Prom 1998.
- 3 T. van der Meulen, *Anders nog iets?*, Amsterdam: Uitgeverij L.J. Veen 2004.
- 4 Zie voor voorbeelden achtereenvolgens Romein, p. 287-288; 328bis S. waarover A. Tepe, *De Wet Aalberse van 2 augustus 1915*, STSBL No. 365 tot strafrechtelijke bestrijding der oneerlijke mededinging. Gewisselde stukken en gehouden beraadslagingen in de Staten-Generaal, met een inleiding en systematisch register voorzien, Leiden: Uitgevers-Vennootschap 'Futura' (z.j.); Handelsnaamwet 1921; Uitverkoopwet 1935; Wet Beperking Cadeaustelsel 1956, Vestigingwet Bedrijven 1954.
- 5 Zo fungeerde in de Amsterdamsche gemeentepolitiek gedurende de periode 1919-1939 het Neutraal Blok aller Middenstanders als politieke partij. Bij MKB Nederland zijn 135 brancheorganisaties en 250 regionale en lokale ondernemersverenigingen aangesloten, die tezamen staan voor ruim 186.000 ondernemers en instellingen.
- 6 EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 m.nt. E.A. Alkema.
- 7 Zie voor hedendaagse voorbeelden de website www.oneerlijkeconcurrentie.nl.
- 8 Zie bijvoorbeeld Europese Commissie, A 'Small Business Act' for Europe, Brussel, 25 juni 2008, COM(2008) 394 final.
- 9 Zie voor Nederland W. Schreurs, *De doorbraak van direct marketing*, Woerden: Beerens Business Press 1997, p. 96-100.
- 10 Ik heb aan de Nederlandse branche-organisatie gevraagd of dat een normaal retour percentage is, maar op die vraag kan men geen antwoord geven. 10-12% is een opvallend laag percentage in de lingebranche: zie <http://bit.ly/Ogi193>; in ons geval gaat het dus om 7,5%.
- 11 Ik beperk mij bij de weergave van de Duitse rechtspraak tot de weergave daarvan in de beschikking van de Commissie en het arrest van het EHRM. Prof. Frauke Henning-Bodewig van het Max Planck Instituut te München meldde mij dat de uitspraken alleen bij de desbetreffende instanties zelf zijn op te vragen en dat uitspraken die in dit verband wél (online) openbaar gemaakt zijn, dat zijn omdat zij betrekking hebben op in dit opzicht gelijksoortige maar interessantere acties van markt intern. Als ik het goed zie is het BGH in die uitspraken ook omgegaan. Ik kom daar nog op terug. Het gaat om de *Denkzettel-Aktion*-uitspraken: BVerfG 15 november 1982, GRUR 1984, 357 en BGH 13 november 1979, GRUR 1980, 242.
- 12 '(1) Wer der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, hat dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss.'
- 13 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb van 7 juni 1909, ingetrokken bij wet van 3 juli 2004: '§ 1 Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.' Köhler/Bornkamm, UWG, München: C.H. Beck 2013, § 2 Definitionen, Rn 2a meldt dat het begrip *Zwecken des Wettbewerbs* ruim werd uitgelegd. Het omvatte: 'alle Maßnahmen, die auf die Förderung eines beliebigen – auch fremden – Geschäftszwecks gerichtet sind, dh jede selbstständige, der Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks dienende Tätigkeit, in der eine Teilnahme am Wettbewerb irgendwie zum Ausdruck gelangt.'
- 14 Zie voor commentaar op de uitspraken van Commissie en Hof: Christof Krüger, 'Der Fall "Club X" Zum Verhältnis von § 1 UWG und Art. 10 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)', GRUR 1989, 738; E.J. Dommering 'De zaak "markt intern Verlag", Een opmerkelijke uitspraak op het gebied van de commerciële informatie en vrijheid van meningsuiting van het EHRM van 20 november 1989', IER 1990/3, p. 49-52; E.A. Alkema, NJ 1990, 738; J.C.G. Schokkenbroek, 'Commerciële informatie, margin of appreciation en de vrijheid van meningsuiting', NJCM 1990, p. 67-87; J. van der Velde, NJCM-bulletin 1990, p. 81-84; J.J.C. Kabel, 'Bescherming van informatie of a commercial nature', Mediaforum 1990-1, p. 7-8; D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, rede Leiden, Kluwer: Deventer 1990, p. 20 e.v.; D. Voor-

- hoof, 'De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de ECRM en het EHRM betreffende artikel 10 ECRM (1984-1994)', *Mediaforum* 1994-11/12, p. 116-124; Maya Hertig Randall, 'Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?', *Human Rights Law Review* [53] 2006, p. 53-86, i.h.b. 67-68.
- 15 Europese Commissie tot bescherming van de rechten van de mens 18 december 1987, *BIE* 1988, 86. De Commissie is op 1 november 1998 opgeheven. Zie Protocol No. 11 bij het EVRM.
 - 16 Punt 203 van de Opinie van de Commissie.
 - 17 EHRM 25 februari 1989, *NJ* 1991, 686, m.nt. E.A. Alkema.
 - 18 Zie o.a. de opinie van Pettiti en van Martens.
 - 19 EHRM 25 maart 1985, *NJ* 1987, 900, m.nt. E.A. Alkema.
 - 20 R.o. 58.
 - 21 EHRM 5 maart 2009, *European Human Rights Cases*, 2009/5, p. 591-600 m.nt. J.J.C. Kabel, r.o. 45.
 - 22 EHRM 11 december 2003, *Mediaforum* 2004-3, nr. 6 m.nt. J.J.C. Kabel, r.o. 31.
 - 23 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *UWG*, C.H. Beck 2013, 1.2.A, Rn 1. De definitie luidt: "‘geschäftliche Handlung’ jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen; [...]".
 - 24 BGH 13 november 1979, *GRUR* 1980, 242, r.o. onder 3b, m.nt. G. Wild (*Denkzettel-Aktion*).
 - 25 BVerfG 5 november 1982, *GRUR* 1984, 357, r.o. 2 a) bb) (*Denkzettel-Aktion*).
 - 26 HR 13 maart 1941, *NJ* 1941, no. 660 (*Felix Kattenbrood/Dogaakes*); zie daarover M.H. Bregstein, 'Moet vergelijkende reclame als onoirbare concurrentie worden aangemerkt?', *Verzameld Werk*, deel II, Zwolle: Tjeenk Willink 1960, p. 397-399.
 - 27 Ook dat soort gevallen zijn nog steeds actueel: In het *Haarlems Dagblad* van 4 juni 2012 klaagt onder de kop 'Supermarkt "wurgt" krokettenboer' cafetariahouder Arjan Menzing over de oneerlijke concurrentie van supermarkten. Hij wil dat die stoppen met de verkoop van goedkope luxe snacks, zoals de Kwekkeboomkroket. Producent Royaan verkoopt die kroket sinds kort ook aan supermarkten en dat voor een prijs waartegen door de cafetaria's niet te concurreren valt. Al eerder deed fabrikant Aviko dat met haar RAS-patat. Die patat was vijftig jaar lang exclusief aan cafetaria's geleverd maar ligt nu tegen een afbraakprijs in het vriesvak van de supermarkt. De Vereniging Professionele Frituurders (ProFri) heeft daartegen geprotesteerd maar bereikte niet meer dan een publicitair resultaat: Aviko verwijderde de lichtelijk afbrekende tekst 'Je hoeft er niet meer voor om te rijden' op de verpakking van de patat. Wanneer ProFri consumenten had opgeroepen geen patat meer bij de supermarkt te kopen, waren we dicht in de buurt gekomen van de problematiek van het arrest dat in deze bijdrage centraal staat.
 - 28 Vgl. over de juridische beoordeling daarvan: J.J.C. Kabel, 'Van test naar waardering, vergelijkend warenonderzoek in het internettijdperk', in: *Dommeringbundel. Opstellen over informatierecht aangeboden aan Prof. Mr. E.J. Dommering*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p. 169-189.
 - 29 Rb. Den Haag 10 april 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ9355*.
 - 30 Zie mijn artikel in de *Dommeringbundel*, p. 178-181.
 - 31 V.zr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, *IEPT20120524*, bevestigd door Hof Amsterdam 5 maart 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ5009*; Rb. Den Haag 11 juli 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BX1975* (*Pretium/Tros*). Zie over die lijn J.P. van den Brink en C. Wildeman, 'Kroniek Persrecht 2011-2012', *Mediaforum* 2013-5, p.126. Zie verder voor recente rechtspraak: Hof Amsterdam 2 april 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ7310* (*X/Stichting Platform Aandelenlease*).
 - 32 Rb. Den Haag 10 april 2013, *ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ9355* (*Sports 24/B*).
 - 33 Rb. Arnhem 25 mei 2011, *ECLI:NL:RBARN:2011:BQ7149*.