



Reclame en oneerlijke mededinging 2005

Verschenen in *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER)* 2006-2, p. 57-77.

J.J.C. Kabel

IX. Reclamerecht en Oneerlijke mededinging [1]

Wetgeving

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken [2] (OHP) is in werking getreden. De Richtlijn harmoniseert een stuk onrechtmatige daadsrecht (misleidende reclame) en zgn. agressieve handelspraktijken. Misleidende reclame was natuurlijk al in zekere mate geharmoniseerd: wat de richtlijn doet is misleiding ten opzichte van de consument harmoniseren en dat dan op een veel verdergaande wijze als met de Richtlijn misleidende reclame [3] het geval was. Misleiding in zgn. business-to-business relaties blijft exclusief geregeld door de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame. De Richtlijn OHP bevat, anders dan de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, een vrij verkeersclausule die is gekoppeld aan de door de richtlijn geharmoniseerde gebieden. Opname van het land van oorsprong beginsel heeft het niet mogen halen, maar dat manco wordt voldoende gecompenseerd doordat de richtlijn van totale harmonisatie uitgaat. Het bijzondere van de richtlijn is dat misleiding van een gecodificeerde norm wordt voorzien. Misleiding is een species van een oneerlijke handelspraktijk, d.w.z. van een *merkbare* beperking van het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen. Die beperking leidt ertoe dat de consument een besluit neemt over een transactie - ongeacht of hij wel of niet tot handelen overgaat - dat hij zonder die handelspraktijk niet had genomen. Misleiding, als species van een aldus gedefinieerde handelspraktijk, bestaat dan, indien de informatie onjuist is, dan wel juist maar bedrieglijk wordt gepresenteerd, dan wel juist is maar onvolledig met betrekking tot essentiële eigenschappen van het product, dan wel onduidelijk, onbegrijpelijk of dubbelzinnig met betrekking tot die essentiële eigenschappen, of verwarrend of niet in overeenstemming is met de informatie waartoe een naar buiten toe bekend gemaakte gedragscode verplicht. Een zwarte lijst met praktijken die altijd als oneerlijk worden beschouwd ook al - zo moet men daar aan toevoegen - kijkt de consument wel door de onjuiste mededeling heen, complementeert het geheel. Op die lijst komen praktijken voor als klantenlokkertje, kunstmatige productdifferentiatie m.b.t rechten van de consument, advertorials, piramide systemen, uitverkoop wegens verhuizing en verkoop die wordt aangekondigd als van een van particuliere verkoper. Agressieve handelspraktijken zijn eveneens een species van oneerlijke handelspraktijken. Het gaat daarbij om een (dreigende) beperking van de keuzevrijheid van de consument door middel van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. Factoren om te bepalen of er sprake is van agressiviteit zijn het gebruik van dreigende taal, het uitbaten tegenslagen, belemmering van de rechten van de consument of het dreigen met fictieve wettelijke maatregelen. De zwarte lijst vermeldt onder meer het weigeren bij colportage om weg te gaan, het hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax of e-mail, het aanzetten tot zeuren om producten door kinderen bij hun ouders of het vragen om betaling bij niet-gevraagde leveringen. Implementatie van de materiële regel van de Richtlijn wordt in ons land nauw verbonden met de handhaving ervan. De nieuw op te richten Consumenten Autoriteit zal doorgaans bevoegd zijn bestuursrechtelijk op te treden tegen grensoverschrijdende en nationale inbreuken van een collectief karakter. [4] Belanghebbende organisaties en concurrenten

kunnen voorts in rechte optreden.

De Commissie EG heeft een voorstel gedaan de Televisierichtlijn aan te passen aan het veranderend audiovisuele landschap, met name aan de mogelijkheden die IP-TV biedt. [5] Object van de regulering is voortaan: bewegende beelden met of zonder geluid (audiovisual media services). De Commissie introduceert basisregels voor audiovisuele mediadienstverleners in het algemeen en additionele regels voor televisieomroepen. De regels zijn niet van toepassing op privé-websites, E-mail correspondentie, elektronische kranten, radio, en bewegende beelden van secundair belang. Nieuwe basisregels zijn: introductie van het eertijds vermaledijde omzeilingsverbod, verplichte identificatie van de mediadienstverlener en een informatieplicht over product placement. Nieuwe additionele regels zijn: toelaatbaarheid van minispots in sportprogramma's en onderbreking door reclame al na 35 minuten voor films, kinder- en nieuwsprogramma's. Voor andere programma's gelden geen onderbrekingsregels meer. Kort gezegd komt het erop neer dat er sprake is van een aanzienlijke versoepeling van reclame- en sponsorregels: het onderbrekingsregime wordt flexibel en verkort en product placement wordt gelegaliseerd. [6]

De nationale parlementaire discussie over reclamewetgeving staat in het teken van beperkingen van reclame in de publieke omroep en uitbreiding van reclamemogelijkheden in de commerciële omroepen. Diverse kamermoties bepleitten een reclamevrije publieke omroep; die reclameluwte zou zich ook moeten uitstrekken over de websites die door publieke omroepen worden gehouden. Het ziet er niet naar uit dat dit zal gaan gebeuren: integendeel, de staatssecretaris sluit verruiming van de reclamezendtijd op de publieke omroep niet uit en publieke omroepen mogen commerciële doorklik-banners op hun websites tonen, wanneer duidelijk wordt gemaakt dat het om een advertentie gaat. [7] Van de andere kant zou het regime voor binnenlandse commerciële omroep gelijk moeten worden getrokken met het (minimum) niveau van de Televisie-Richtlijn. [8] Over ontwikkelingen daaromtrent heb ik nog niets kunnen vinden. [9] Bij regelgeving omtrent de inhoud van reclameboodschappen, valt het accent op kinderen en op financiële diensten. Reclame gericht op kinderen blijft een dankbaar onderwerp voor discussie. De huidige wijze van zelfregulering wordt echter keer op keer bevredigend gedacht. [10] Het Besluit financiële dienstverlening legt reclame voor kredieten aanmerkelijk aan banden: claims als: 'vandaag in huis', 'geen controle bij BKR', 'de fiscus betaalt mee' zijn voortaan uit den boze. De totale prijs van de lening moet worden afgezet tegen het leenbedrag. [11] De overvloed aan keuzemogelijkheden die de consument op allerlei terreinen min of meer wordt opgedrongen en de verwarrende reclameboodschappen die daar weer het gevolg van zijn, leidt ertoe dat de toezichthoudende autoriteiten verplicht worden om de consument voldoende begrijpelijke informatie te verschaffen om te kunnen kiezen. [12]

Rechtspraak

Het HvJEG oordeelde dat een lokale belasting op buitenreclame een inbreuk kan zijn op de vrijheid van dienstverlening. In casu werd de in verhouding tot de waarde van de diensten bescheiden belasting van €226 voor het aanplakken van reclameposters in Genua door Viacom niet van dien aard geacht dat zij de levering van reclamediensten belette. [13] Een poster voor culturele evenementen waarvoor (waarschijnlijk – de poster zelf werd niet overgelegd) een toegangsprijs dient te worden betaald, is in beginsel geen meningsuiting, maar reclame in de zin van art. 56.2.d APV Groningen; aanplakking daarvan kan strafbaar worden gesteld, indien niet is voldaan aan de in de APV gestelde voorwaarden (alleen met toestemming van de rechthebbende op het aanplakobject). [14]

Toepasselijkheid van Nederlands recht in kwesties van oneerlijke mededinging is in enkele zaken aan de orde geweest en volgens staande criteria beslist. Het betrof doorgaans de vraag of mededelingen op websites onmiskenbaar ook op Nederland of de

Benelux waren gericht. In Vitra/Classic Design werden onder meer de taal van de website en de aard van de domeinnaam als beoordelingsfactoren gebruikt. In Botox/StriVectin werd geoordeeld, dat het enkele nalaten de (Amerikaanse) website af te schermen voor toegang vanuit de Benelux op zichzelf niet voldoende is om onmiskenbare gerichtheid op de Benelux aan te nemen. [\[15\]](#)

Het algemene leerstuk van oneerlijke voorsprong door wetsovertreding kan van doorslaggevende betekenis zijn voor de afloop van een zaak. In Astrazenica e.a./Menzis verloren de farmaceutische fabrikanten hun zaak omdat de Wet tarieven gezondheidszorg op welks overtreding door zorgverzekeraar Menzis zij een beroep deden, niet strekte ter bescherming van commerciële belangen, zoals die van de fabrikanten en leveranciers van geneesmiddelen. [\[16\]](#) In GlaxoSmithKline/Sara Lee [\[17\]](#) wordt het bekende correctief van Langemeijer gehanteerd: het verhandelen van producten die in strijd zijn met de voor die producten geldende wettelijke bepalingen is in strijd met de ongeschreven norm dat concurrenten ten opzichte van elkaar geen voordeel ten eigen behoeve mogen creëren door voor ieder geldende wettelijke bepalingen te overtreden, in dit geval door hun producten te voorzien van een met de wet strijdige samenstelling. Dat correctief leent zich goed voor toepassing in rechtstreekse concurrentieverhoudingen, maar is, zoals uit de Menzis zaak blijkt, niet gemakkelijk bruikbaar in gecompliceerdere zaken. In De Lotto/Ladbrokes [\[18\]](#) wordt hetzelfde correctief toegepast en valt het accent op de dreigende schade die aan eiser zou kunnen worden toegebracht wanneer gedaagde zonder vergunning op de Nederlandse markt zou kunnen opereren. Dat klinkt aanzienlijk minder overtuigend dan de regel dat het onrechtmatig is tegenover de concurrent om producten op de markt te brengen die in strijd zijn met wettelijke samenstellingseisen. Het te beschermen niet-economische belang in zaken als De Lotto/Ladbrokes (bestrijding van de goklust) is dan ook minder gemakkelijk te operationaliseren.

De mysterieuze éénlijnsprestaties zijn in ieder geval géén prestaties die louter op investering in tijd, geld en energie gebaseerd zijn, aldus de rechtbank in Liekens/BNN naar aanleiding van een programmaformule. [\[19\]](#) Pogingen om juridische exclusiviteit te creëren met betrekking tot een verzameling van objecten, zijn stukgelopen op het feit dat dusdoende een stijl die gemeenschappelijk is aan die objecten, wordt beschermd en stijlbescherming is, zoals we weten, uit den boze. [\[20\]](#) Identieke overname van een exclusieve productuitstalling in een tuincentrum levert onrechtmatige verwarring op, omdat het winkelend publiek doorgaans noch bijzonder deskundig, noch bijzonder oplettend is en het snel geneigd zal zijn niet bestaande verbanden te leggen. [\[21\]](#) Verzet tegen gebruik door derden van zgn. advertising properties of brand-icons, slaagt alleen maar wanneer er daadwerkelijk sprake is van verwarring of van kleinering; het merkrecht is doorgaans niet geschikt om in dit soort gevallen op te treden, omdat de als merk geregistreerde advertising property van eiser door gedaagde doorgaans niet wordt gebruikt op de wijze waarop het merk is ingeschreven. [\[22\]](#)

Vergelijkende reclame-zaken betroffen scheermesjes, tandenborstels, supermarkten, televisie via de ether of via de kabel, uitvaartdiensten, vleesvervangers tegenover vleesproducten, mobiele beltarieven, stofzuigers en auto-onderhoudsbeurten. In al die zaken is, op één na, [\[23\]](#) geen een vergelijkende reclame overeind gebleven. Wel zijn in hoger beroep in twee gevallen al te scherpe kantjes aan de veroordeling in eerste aanleg bijgeschaafd. [\[24\]](#) Voor algemeen gehouden vergelijkingen die niet herleidbaar zijn tot een bepaalde concurrent, geldt niettemin dat wezenlijke aspecten van het eigen product wel vermeld dienen te worden opdat de consument zich een eigen oordeel kan vormen. [\[25\]](#) Een vergelijking kan toelaatbaar zijn, ook al betreft zij geen volstrekt identieke producten. [\[26\]](#) Het aanmerken van een organisatie als concurrent van de adverteerder, terwijl die organisatie zelf geen concurrerende diensten aanbiedt, kwalificeert de advertentie niettemin als een vorm van vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194 BW. [\[27\]](#) Een vergelijkingstabel die op enkele belangrijke punten onjuist is, maar voor

het overige juist, kan niettemin in haar geheel worden verboden, omdat de totaalindruk die de tabel bij de consument oproept in dit verband beslissend is. [\[28\]](#) Een rectificatievordering die zich uitstrekt tot het plakken van waarschuwingstickers op het product (stofzuiger) van de gedaagde vergelijkende adverteerder (Philips) is disproportioneel geacht in het licht van de omstandigheid dat Philips haar product eerst per maart 2005 op de markt heeft gebracht en daarvoor geen grootschalige reclamecampagne heeft gevoerd, terwijl zij ook niet grootscheeps voor de stofzuiger heeft geadverteerd. [\[29\]](#) Pariteitsclaims (geen ander product is beter, maar een ander product kan wel even goed zijn, men denke nog eens aan de uitleg van de claim 'Miele er is geen betere') vergen minder zwaar bewijs dan superioriteitsclaims. Bij de laatste zal door de rechter extra kritisch moeten worden getoetst of aan alle genoemde voorwaarden van vergelijkende reclame als bedoeld in artikel 6:194a BW is voldaan. [\[30\]](#)

De wat zwevende vraag of reclame voor boeken, tijdschriften en andere media die rechtstreeks te maken hebben met de uitingsvrijheid, te beschouwen zijn als handelsreclame in de zin van artikel 7 lid 4 Grondwet is positief beantwoord. [\[31\]](#) De vraag of sweepstakes zonder andere inleg dan de aankoopprijs voor het bijbehorend product aan te merken zijn als verboden kansspelen in de zin van de Wet op de kansspelen, is negatief beantwoord, gelet op de veranderde maatschappelijke ontwikkelingen omtrent dergelijke gratis loterijen. [\[32\]](#) De vraag hoever de handhaving van het verbod van tabaksreclame moet gaan, is aan de orde geweest in een tweetal zaken. [\[33\]](#)

Literatuur

Van Eijk en Kabel hebben in hun op 17 juni 2005 uitgesproken Amsterdamse oraties achtereenvolgens manipulatie door zoekmachines en de beoordeling door de rechter van misleiding en verwarring aan de orde gesteld. Zie [Nico van Eijk, *Zoekmachines: Zoekt en gij zult vinden? Over de plaats van zoekmachines in het recht*](#), Vossiuspers UvA: Amsterdam 2005; Jan Kabel, [Rechter en publieksopvattingen: Feit, Fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie](#), Vossiuspers UvA: Amsterdam 2006.

Zie voor overige literatuur de voetnoten bij dit onderdeel van de kroniek.

Noten

[\[1\]](#) Met dank aan Rosa Hamming, student-stagiaire bij het Instituut voor Informatierecht.

[\[2\]](#) [Richtlijn 2005/29/EG](#) van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken'), *Pb.* 2005, L 149/22. Zie daarover: M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2005-5: 175-186; B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis', *NTER* 2005-9: 179-184.

[\[3\]](#) Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame, zoals aangevuld bij Richtlijn 97/55/EG.

[\[4\]](#) Zie de Toelichting op het voorstel van wet inzake handhaving consumentenbescherming TK 2005-2006, 30411, nr. 3, par. 3.3.

[\[5\]](#) Proposal for a Directive on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, Brussels, 13 December 2005

COM(2005) 646 final (2005/0260 (COD)).

[6] Zie ook Machteld Robichon-Lindenkamp, 'De gewijzigde sponsorregels en het gebruik van nieuwe reclametechnieken', *Mediaforum* 2005-11/12: 366-373; Kathrin Berger, Advertising Law in the Electronic Media, *IRIS Plus* 2005-06.

[7] TK 2004-2005, KVR22415, nr. 1096 van 7 maart 2005; TK 2005-2006, KVR24632, nr. 643 van 2 december 2005.

[8] TK 2005-2006, 30 300 VIII, Nr. 65.

[9] ABRvSt 3 augustus 2005, *Mediaforum* 2005-9: 316-318 (CvdM/SBS) bevestigt nog eens dat aan binnenlandse, commerciële omroepen strengere eisen dan die van de Televisie-Richtlijn mogen worden gesteld.

[10] TK 2005-2005, KVR22245, nr. 939 van 14 februari 2005.

[11] Zie resp. art. 28 lid 10 en lid 2 Besluit financiële dienstverlening, S. 2005, 676.

[12] Zie als een voorbeeld uit vele: TK 2005-2005, KVR22728, nr. 1379 van 13 april 2005 inzake de Wet marktordening gezondheidszorg.

[13] HvJEG 17 februari 2005, C-134/03 (Viacom/Giotto), *SEW* 2005-3: 133; NJ 2005, 178.

[14] HR 25 oktober 2005, LJN AU2030.

[15] Resp. Vzng. Rb. Den Haag 8 februari 2005, *BIE* 2005-11, nr. 99 en Vzng. Rb. Den Haag 25 augustus 2005, *IER* 2005-6: 362-364.

[16] Vzng. Rb. Arnhem 14 oktober 2005, LJN AU4312.

[17] Hof Amsterdam 17 februari 2005, *IER* 2005-4: 246-253.

[18] Rb. Arnhem 31 augustus 2005, *IER* 2005-6: 368-375.

[19] Rb. Amsterdam 15 december 2004, *IER* 2005-2: 132.

[20] Hof den Haag 21 april 2005, *IER* 2005-4: 211-214.

[21] Rb. Arnhem 8 december 2004, *BIE* 2005-11, nr. 101.

[22] Zie o.a. Vzng. Rb. Amsterdam 17 maart 2005, *IER* 2005-4: 244-246.

[23] Vzng. Rb. Utrecht 22 april 2004, *BIE* 2005-1, p. 48-50 (Gillette/Wilkinson).

[24] Zie met name Hof Amsterdam 30 september 2004, *IER* 2005-1: 60-63 (Edah/Albert Heijn) en Hof Amsterdam 19 november 2004, *IER* 2005-2: 137-140 (Gillette/Philips).

[25] Vzng. Rb. Arnhem 11 mei 2005, LJN AT8686 (Voorlichtingsbureau Vlees/Campina).

[26] Hof Arnhem 18 januari 2005, *NJF* 2005, 123 (Kwik-Fit/Peugeot).

[27] Vzng. Rb. Breda 18 augustus 2005, LJN AU1044 (Bisdom Breda/Leo Van der Velden Uitvaartverzorging).

[28] Vzng. Rb. Haarlem 11 juli 2005, LJN AT9082 (KPN/Casema).

[29] Vzng. Rb. Utrecht 12 juli 2005, LJN AT9075 (Dyson/Philips).

[30] Zie resp. Vzng. Rb. Utrecht 22 april 2004, *BIE* 2005-1, p. 48-50 (Gillette/Wilkinson) en Hof Arnhem 9 november 2004, *NJF* 2005, 68 (Tele2/KPN).

[31] Vzng. Rb. Utrecht 25 januari 2005, *Mediaforum* 2005-4: 183-186 (Plato/RTV).

[32] Rb. Alkmaar 3 maart 2004, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2005-5: 201-202.

[33] Vzng. Rb. Den Haag 13 mei 2005, *IER* 2005-6: 388-392; Minister van VWS 19 augustus 2005, *IER* 2005-6: 292-393. Vgl. daarover Herman Speijart, 'De VWA en het verbod op tabaksreclame: handhaving kan ernstige schade toebrengen aan uw rechtsgevoel', *IER* 2005-6: 343-347. Zie ook K.J. Defares en B.H.L. Kleise, 'Intensivering van het tabaksbeleid: een beschouwing vanuit Europeesrechtelijk perspectief', *SEW* 2005-5: 210-220.
