

Reclamerecht en Oneerlijke Mededinging – Ontwikkelingen in 2006

Verschenen in: *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER)*, 2007-4, p. 203-209.

J.J.C. Kabel¹

Regelgeving

Publiekrechtelijke handhaving van consumentenbelangen, juridische reactie op digitalisering van audiovisuele media, commercialisering van audiovisuele media, co-regulering, paternalisme: dat zijn zo ongeveer de trefwoorden waarmee de wetgevende arbeid op ons terrein, zowel Europees als nationaal kunnen worden geschetst. Wil men een algemene noemer voor de ontwikkelingen, dan denk ik dat het accent vooral ligt op een actief wetgevingsbeleid met betrekking tot de inhoud van commerciële informatie, terwijl de regulering van de infrastructuur steeds meer aan de markt wordt overgelaten. Regulering van de inhoud dient ter bescherming van specifieke economische en niet-economische (gezondheid) consumentenbelangen. Liberalisering van de infrastructuur heeft betrekking op de opheffing of versoepeling van zogenaamde ‘time, place and manner’ beperkingen op de verspreiding van commerciële informatie.

Oneerlijke handelspraktijken

Het wetsvoorstel tot implementatie van Richtlijn 2005/29 inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten lijkt de bescherming van de economische belangen van consumenten inhoudelijk aan te scherpen. Ik zeg met opzet lijkt, omdat de definitie van misleiding die in het wetsvoorstel conform de Richtlijn is opgenomen, weliswaar hogere drempels aan de aanwezigheid van misleiding stelt dan heden het geval is, maar wij nog niet precies weten hoe dat zal uitpakken. Het wetsontwerp is op 15 januari 2007 ingediend dus ik onthoud me nog even van nader koffiedik kijken. Voor wie zich nader wil oriënteren op het fenomeen oneerlijke handelspraktijken, mag ik verwijzen naar de volgende studies.² De handhaving van de bescherming tegen deze praktijken is in ieder geval fors aangescherpt door de Wet van 20 november 2006, houdende regels omtrent instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, de Wet handhaving consumentenbescherming. De wet is 1 januari van dit jaar in werking getreden.³ Zij introduceert de Consumentenautoriteit wier missie – zoals dat heet – zal zijn: ‘Het bevorderen van de eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten, waarbij de economische belangen van consumenten het uitgangspunt zijn.’ De autoriteit kan alleen maar optreden wanneer collectieve belangen van consumenten in het geding zijn. Het moet dus steeds gaan om de belangen van een aantal consumenten die door een inbreuk kunnen worden geschaad. Voor een klacht over een louter individuele kwestie moet men dus niet bij de autoriteit zijn. De bestrijding van oneerlijke

¹ Met dank aan Ewout Jansen, student-staigair bij het Instituut voor Informatierecht voor het verzamelen van materiaal.

² G. Howells, H.-W. Micklitz & Th. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot: Ashgate 2006; en S. Weatherill & U. Bernitz (red.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2007.

³ Zie S.W. Ammerlaan en D.J. Janssen, ‘De Consumentenautoriteit: een introductie’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2006-5, p. 139-146; M.A. Heldeweg, ‘Een koekoeksjong in het consumentenrecht. Bestuursrechtelijke aspecten van de nieuwe Consumentenautoriteit’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2006-5, p. 147-162.

handelspraktijken kan zowel bestuursrechtelijk als civielrechtelijk geschieden. Bestuursrechtelijke handhaving - bestuurlijke boete, last onder dwangsom - van privaatrechtelijke voorschriften, zoals die met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken, zal echter alleen plaatsvinden met betrekking tot normen waarvan de overtreding eenvoudig is vast te stellen. Dat zou kunnen betekenen dat de zogenaamde zwarte lijst van praktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd, wellicht ook voorzien kan worden van bestuursrechtelijke sancties. Helderweg ziet in deze dreiging met publiekrechtelijke handhaving van horizontale geschillen een gevaar voor goede horizontale verhoudingen binnen het netwerk van private belangenorganisaties. Het lijkt zaak, schrijft hij, dat de Minister de Consumentenautoriteit - de autoriteit is vooralsnog opgezet als een dienst van het Ministerie van Economische Zaken - de ruimte geeft om wederkerig vertrouwen op te bouwen vanuit een positie, die tenminste feitelijk, enige afstand houdt tot de waan van de dag.⁴ Of dat doel bereikt is, kan men zich afvragen. De eerste afgedwongen rectificatie staat al op de website van de Consumentenautoriteit. Door de voorzieningenrechter van de Haagse rechtbank is bepaald dat de Consumentenautoriteit als onafhankelijk toezichthouder al te voortvarend en onrechtmatig heeft gehandeld door negatieve uitlatingen te doen over verkoopmethoden van Pretium Telecom B.V., terwijl overtreding van de betreffende regelgeving door Pretium Telecom B.V. niet vaststaat.⁵

Uitgangspunt is dat de Consumentenautoriteit alleen zal optreden, indien een probleem niet op het niveau van zelfregulering kan worden opgelost. Inbreuken op het gebied van misleidende reclame zullen dus in beginsel aan de Stichting Reclame Code worden overgelaten. De autoriteit zal pas kunnen optreden, indien de aanbevelingen van de Reclame Code Commissie niet worden opgevolgd of wanneer het gaat om reclamemethoden die niet onder de bevoegdheid van de Reclame Codecommissie vallen. Dat laatste is gelet op de ruime definitie van reclame in de Nederlandse Reclame Code nauwelijks denkbaar.

Audiovisuele mediadiensten

Verdere uitbreiding van wetgeving is te verwachten bij audiovisuele mediadiensten die niet als televisieomroep zijn te beschouwen, kort gezegd het internet. Het regime dat voor televisie gold wordt in deels versoepelde vorm uitgebreid tot alle audiovisuele media diensten. De gedachte is dat er een regelsysteem moet zijn dat audiovisuele mediadiensten bestrijkt, ongeacht de gebruikte transmissietechnologie – van traditionele TV-uitzendingen tot de nieuwe diensten van het type televisie op verzoek. Hierdoor zou de sector in de toekomst beter kunnen concurreren. De Richtlijn die dit alles mogelijk moet maken, de Audiovisuele Media Diensten Richtlijn (AVMDR) is binnen een onwaarschijnlijk korte periode van anderhalf jaar door Parlement en Raad aanvaard.⁶ Men herinnert zich misschien een van de aanleidingen. In *Mediakabel-CvdM* stond het Commissariaat op het standpunt dat de audiovisuele mediadienst Mr. Zap die tegen betaling op verzoek via een persoonlijke code toegang gaf tot een of meer van de zestig films die per maand op Film time werden aangeboden, te beschouwen zou zijn als bijzondere omroep en daarom zou moeten voldoen aan de reclamevoorschriften en aan de voorschriften voor Europese producties die voor televisieomroepen gelden. Het Hof oordeelde dat zulks inderdaad het geval was omdat alle abonnees de film op hetzelfde door de aanbieder vastgestelde tijdstip ontvangen en dus niet op individueel verzoek.⁷ Teneinde onzekerheid over de toepasselijke regels te voorkomen, zijn er basisregels gecreëerd voor alle audiovisuele mediadiensten. Tegelijkertijd blijven de bestaande (strengere) regels voor de inhoud van televisieomroepdiensten grotendeels bestaan, dus in de praktijk betekent de nieuwe richtlijn, dat er regels zijn bijgekomen voor andere audiovisuele

⁴ Helderweg, *op.cit.* p. 162.

⁵ V.zr. Rb. Den Haag 8 mei 2007, Pretium Telecom BV v. Staat der Nederlanden, LJN: BA4603.

⁶ Zie voor een geconsolideerde versie 2005/0260 (COD) 08/03/2007.

⁷ HvJEG 2 juni 2005, Mediakabel BV v. Commissariaat voor de Media (C-89/04), NJ 2006, 467.

diensten dan televisieomroepdiensten. Die regels houden onder meer in dat anonimiteit voortaan uit ten boze is op internet voor zover het om audiovisuele mediadiensten in de zin van de richtlijn gaat, en dat die diensten niet zodanig beschikbaar mogen worden gesteld dat daardoor de ontwikkeling van minderjarigen ernstig wordt geschaad. De diensten mogen ook geen aansporing tot haat bevatten gebaseerd op ras, geslacht, religie of nationaliteit.

Hoe vanzelfsprekend die beperkingen ook mogen lijken, zij zijn in de handen van slecht willende overheden uit de Midden- en Oost-Europese lidstaten een gemakkelijk instrument om het internet te breidelen, terwijl dat vaak toegang verschaft tot informatie die via staatsomroepen niet wordt gegeven. Dat was voor een groep media-wetenschappers, voornamelijk afkomstig uit de nieuwe Oost-Europese lidstaten reden om op 15 juni 2006 de *Budapest Declaration for Freedom of the Internet* te aanvaarden. Die Verklaring gaat ervan uit dat er met de heel algemene principes van de Richtlijn elektronische handel al voldoende regulering bestaat en het niet noodzakelijk is daarnaast nog eens afzonderlijke inhoudelijke overheidsregulering te creëren. Zelfregulering zou een beter middel zijn voor een vrije uitwisseling van informatie via het internet. Dit soort kritiek wordt meer gehoord en het is dan ook te hopen dat toepassing van de nieuwe regeling door het Europese Hof tot bescherming van de Rechten van de Mens kritisch kan blijven gevolgd.

Dat hoeft in mindere mate te gelden voor restricties op de inhoud van commerciële informatie. De Richtlijn bevat een afzonderlijk regime voor audiovisuele commerciële communicatie, d.w.z. beelden met of zonder geluid die zijn bestemd voor verkoopbevordering in ruil voor een tegenprestatie of voor doeleinden van zelfpromotie. De inhoudelijke normen die voor televisiereclame gelden, worden nu uitgebreid tot reclame via alle audiovisuele media. Het zeurverbod bij reclame gericht op kinderen, het verbod van alcoholreclame gericht op minderjarigen, de regels die bepalen dat reclame geen inbreuk mag maken op de menselijke waardigheid, niet mag discrimineren, niet kwetsend mag zijn voor politieke of religieuze overtuigingen, zijn verheven tot Europese regels voor de inhoud van reclame op alle audiovisuele media. Dat maakt voor de Nederlandse situatie niet zo veel verschil, omdat de Nederlandse Reclame Code dit soort regels ook al kent voor reclame in het algemeen. De vraag is echter of zelfregulering kan worden beschouwd als een omzetting die als implementatie van de richtlijn kan worden beschouwd. Dat probleem kenden we echter al. Artikel 12 van de Televisierichtlijn is immers ook grotendeels omgezet via de regels van de Nederlandse Reclamecode en daar heeft nog nooit een haan naar gekraaid.

‘Time, place and manner’ beperkingen op de verspreiding van televisiereclame zullen aanzienlijk worden versoepeld, zowel op Europees niveau als vooruitlopend daarop, op nationaal niveau. De STER-zendtijd wordt verruimd van 6,5% naar het wettelijk maximum van 10% van de totale gebruikte zendtijd voor publieke omroep.⁸ Het onderbrekingsregime wordt versoepeld en grotendeels aan de markt overgelaten. In beginsel mag reclame op elk moment een programma binnenvallen. Een beperking (van een half uur) wordt slechts gesteld aan films, nieuws en kinderprogramma’s. Regulering van sponsoring en product placement gaat nu voor alle audiovisuele mediadiensten gelden. Product placement wordt toegestaan bij films, sport en amusementsprogramma’s op voorwaarde dat er geen specifieke productaanprijzing plaats vindt en het publiek geïnformeerd wordt over het feit dat er product placement plaats vindt. Het bestaande sponsorregime voor televisieprogramma’s wordt van toepassing verklaard op alle audiovisuele mediadiensten. Min of meer vooruitlopend op deze ontwikkelingen heeft de regering in oktober 2006 een ‘Luxemburgs’ regime aangekondigd voor de commerciële

⁸ Bij Koninklijk Besluit van 16 januari 2006 is artikel 7 van de Mediawet gewijzigd. Bij de toelichting werd verwezen naar het inkomensverlies dat ontstaat nu vanaf 2008 de kinderprogrammering reclamevrij moet zijn. Zie Stb. 2006, 35.

binnenlandse omroep⁹ en meer mogelijkheden voor commerciële financiering van publieke omroepprogramma's.¹⁰

Co-regulering

Co-regulering is het modewoord voor een vanuit rechtsstaatperspectief bezien enigszins troebele reguleringsmethode waarin overheidsregulering gehanteerd wordt als dreiging bij het niet slagen van zelfregulering, dan wel zelfregulering van overheidswege min of meer wordt ingevuld. Ik verwijs naar hetgeen boven is opgemerkt over de Consumentenautoriteit. Ook in 2006 is deze methode gehanteerd. Ik noem de Code Reisaanbiedingen die door de branche-organisaties na overleg met de Ministeries van EZ en van Verkeer en Waterstaat op 18 september 2006 is vastgesteld en op 1 april 2007 in werking is getreden. Ik wijs erop het huidige stelsel van zelfregulering bij gezondheidsclaims moet worden vervangen door de in 2006 aanvaarde Verordening 1924/2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen die per 1 juli 2007 in werking is gestreden.¹¹ Voorts zijn er werkafspraken gemaakt tussen de Inspectie voor de Gezondheidszorg en de stichting Code Geneesmiddelenreclame (CGR). Het gaat om afspraken over normontwikkeling, omzetting in beleidsregels, voorlichting en educatie, monitoring en opsporing, melding bij dan wel constatering door de inspectie, klachten bij de CGR en uiteraard informatie-uitwisseling en afstemming.¹² Tenslotte wijs ik erop dat onze redacteur Hoogenraad al voorspelde dat er chaos zou uitbreken rondom het semi-publieke regime dat van toepassing is op belspelletjes.¹³

Rechtspraak

Europese Rechtspraak

De Bondsrepubliek Duitsland heeft zijn verzet tegen Europese regelgeving op het gebied van tabaksreclame nog niet opgegeven. Het Europese Hof van Justitie werd ditmaal verzocht om de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2003/33/EG nietig te verklaren.¹⁴ Volgens het Hof kon artikel 95 EG als rechtsgrondslag dienen, omdat er ten tijde van het vaststellen van de richtlijn verschillen bestonden tussen de nationale regelingen op dit gebied die het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten konden belemmeren. Het Hof preciseert dat de uitdrukking 'gedrukte publicaties' in artikel 3, lid 1 van voornoemde richtlijn slechts ziet op publicaties zoals kranten, tijdschriften en magazines. De artikelen 3 en 4 van de richtlijn zijn dan ook niet onevenredig. Zonder de werkingssfeer van het reclameverbod onzeker en vaag te maken, kon de gemeenschapswetgever lokale of regionale publicaties niet van de verboden uitsluiten. Ten slotte laten de verboden de vrijheid van meningsuiting van journalisten intact en overschrijden zij niet de grenzen van de aan de gemeenschapswetgever toegekende beoordelingsvrijheid.

⁹ Zie voor een uitspraak onder het strengere Nederlandse regime ter zake: ABRvS 31 mei 2006, SBS Broadcasting BV en TV10 BV vs. het Commissariaat voor de Media, LJN AX6366.

¹⁰ Politiek en media, 6 oktober 2006, TK 29 692, 30 800 VIII, nr. 15. Belangrijke rapporten met betrekking tot deze ontwikkelingen zijn het TNO-rapport *Reclame 2.0. De toekomst van reclame in een digitaal televisielandschap* van 12 juni 2006 en het CIER-rapport van M. de Cock Buning, *Advies in opdracht van het NUV, het Ministerie van OC&W en de Publieke Omroep: Quicksan Publiek Private Samenwerking*, Utrecht: CIER 2006.

¹¹ Zie voor de laatste tekst *Pb EG* 18 januari 2007, L 12/3.

¹² Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 482, nr. 5.

¹³ E. H. Hoogenraad, *Kras en win: onduidelijkheid troef bij gedragscode Promotionele Kansspelen*, IER 2006, 18. Zie voor de chaos *Kamerstukken II, 2006/07, 24557, nr. 75*. Kritisch zijn ook Santman en Rörsch, 'De gedragscode promotionele kansspelen: wet waar je kansen liggen. Een mooie gelegenheid voorbij gegaan?', *BIE* 2006-12, p. 464-467.

¹⁴ HvJEG 12 december 2006, Duitsland v. Europees Parlement en Raad (C-380/03).

In Siemens/Vipa kiest het Hof voor de consument in kwesties van vergelijkende reclame, waarin de vergelijker de bestelnummers van de concurrent gebruikt. Bij de vraag of het voordeel voor de vergelijkende adverteerder (Vipa) oneerlijk is in de zin van artikel 3 lid 1 sub g moet het voordeel voor de consument van het gebruik van die nummers worden meegewogen. Het voordeel voor de consument bestaat uit het vermijden van zoekkosten voor de benodigde vergelijkingsinformatie. Hij hoeft geen transponeringstabel te gebruiken om de nummers van Vipa om te zetten in die van Siemens. Een monopolie van Siemens op haar eigen nummers, beperkt de mededinging. Het gaat hier niet om het monopoliseren van (beschrijvende) standaarden. Het gaat hier om de kenmerken die Siemens zelf in de markt heeft gezet. Het Hof laat hier duidelijk het verband zien tussen vergelijkende reclame en het mededingingsrecht. Vergelijkende reclame is immers een middel om monopolies te doorbreken. Wat opvalt, is dat het Hof in deze uitspraak eenzijdig kiest voor het belang van de consument. Zoals bekend is de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, sinds de inwerkingtreding van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in juni 2005 alleen nog van toepassing op de verhouding tussen concurrenten. In zijn conclusie in de zaak Lidl/Colruyt (C-356/04) merkt AG Tizzano op dat die laatstgenoemde richtlijn geen wijziging brengt in de bepalingen omtrent vergelijkende reclame. M.i. betekent deze uitspraak dan ook dat een beroep op oneerlijk voordeel in vergelijkende reclame, gemakkelijker en ook blijvend kan worden ontzenuwd. De vergelijkende adverteerder behoeft zich niet af te vragen of de deskundige doelgroep in staat is om zonder gebruik van de kenmerken van Siemens er wel achter te komen wat Vipa bedoelt.¹⁵

Lidl/Colruyt ziet op algemene prijsvergelijking. De Belgische supermarktketen Etablissements Franz Colruyt NV (Colruyt) maakte onder meer in haar mailing, folders, op kassabonnen en haar website vergelijkende reclame waarbij zij haar algemene prijsniveau vergelijkt met dat van andere supermarkten, o.a. dat van Lidl. Ook vermeldt zij over bepaalde producten dat zij deze tegen de laagste prijs verkoopt. Volgens de uitleg van het Hof is vergelijkende reclame ook toegestaan als de vergelijkende reclame collectief ziet op assortimenten van gangbare consumptiegoederen mits deze assortimenten elk zijn samengesteld uit individuele producten die vergelijkbaar zijn. Er is niet alleen voldaan aan een objectieve vergelijking van de kenmerken als de vergeleken producten en prijzen van de adverteerder en diens concurrenten uitdrukkelijk en uitputtend in de reclameboodschap worden genoemd. Controleerbare kenmerken zijn de prijzen van die goederen en het algemene niveau van de prijzen van de uit de assortimenten vergelijkbare producten en het bedrag dat de consument kan besparen mits dat is bepaald aan de hand van daadwerkelijk van het assortiment deel uitmakende vergelijkbare producten. Als de vergelijkende reclame bij een gebruikt kenmerk niet de vergelijkingsbestanddelen noemt, dan volgt uit het vereiste van controleerbaarheid dat de adverteerder aangeeft waar en hoe met name de geadresseerden kennis kunnen nemen van die bestanddelen zodat zij de juistheid daarvan kunnen (laten) controleren. Als in de advertentie wordt gesteld dat een lager algemeen prijsniveau geldt dan bij de voornaamste concurrenten maar slechts een beperkt aantal producten is vergeleken, kan dit misleidend zijn wanneer de boodschap dit laatste niet duidelijk maakt, niet duidelijk maakt welke bestanddelen zijn vergeleken noch daartoe een informatiebron toegankelijk is, of als een collectieve verwijzing is opgenomen naar hoogte van de mogelijke besparingen van de consument als hij bij de adverteerder koopt in plaats van bij de concurrenten zonder dat individualisering van het algemene niveau van door elk van die concurrenten toegepaste prijzen en van het bedrag van de besparingen plaatsvindt.¹⁶

De supermarktketen Lidl Italia verkocht in 2003 de alcoholhoudende drank 'Amaro alle erbe'. Op het etiket van deze drank werd een alcoholvolumegehalte vermeld van 35%. Regionale

¹⁵ HvJ EG 23 februari 2006, Siemens v. VIPA (C-59/05), IER 2006-3, 47, m.nt. JK.

¹⁶ HvJ EG 19 september 2006, Lidl Belgium GmbH & Co KG v. Etablissements Franz Colruyt NV (C-356/04), IER 2006-6, 97, m.nt. JK.

gezondheidsautoriteiten stelden vervolgens op basis van monsters van de drank vast dat het alcoholpercentage een half procent lager was dan op het etiket werd aangegeven. Dit leidde volgens de nationale rechters tot strijd met artikelen 2, 3 en 12 Richtlijn 2000/13/EG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten inzake de etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame. Lidl Italia voerde aan dat genoemde voorschriften slechts gelden voor producenten en niet voor de marktdeelnemer die de producten in de handel brengt. Deze vraag en de vraag of aansprakelijkheid kan voortvloeien uit het verkopen van dergelijke producten, legde de nationale rechter voor aan het Hof van Justitie. Het Hof overweegt dat niet kan worden gesteld dat slechts de producent is gebonden, nu de richtlijn niet een bepaalde marktdeelnemer aanwijst en dit tevens niet voortvloeit uit enig algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Ook aan aansprakelijkheid staat de Richtlijn niet in de weg.¹⁷

Nederlandse rechtspraak

Misleiding en vergelijking

Dat harmonisering van misleidende en vergelijkende reclame nog niet hoeft te betekenen dat er ook op dezelfde manier in verschillende lidstaten over misleiding wordt gedacht, illustreert OFT/Best Sales. Daarin vordert de Engelse toezichthouder OFT voor de Nederlandse rechter een verbod op misleidende sweepstakes die vanuit Nederland naar Engeland worden verstuurd. De Nederlandse rechter oordeelt echter dat de Engelse consument door de mededelingen niet zal worden misleid.¹⁸

Wat vergelijkende reclame betreft: misleiding is in bijna alle gevallen steeds het breekpunt waarop de toelaatbaarheid van de vergelijking strandt. In de ongeveer vijftien gepubliceerde vergelijkende reclame zaken uit 2006, blijven er maar twee vergelijkende adverteerders overeind: Halfords Nederland en ANWB. Halfords adverteert in verschillende media met een 'uitstekende merkfiets' voor € 499,- die kwalitatief te vergelijken is met fietsen die bij rijwielhandelaren in de prijsklasse rond € 750,- worden verkocht. Biretco, een retailorganisatie voor zelfstandige rijwielondernemers, stelt dat Halfords zich met de advertenties schuldig maakt aan onrechtmatig prijsvergelijkende reclame-uitingen in de zin van artikel 6:194a BW. De vordering wordt afgewezen. De rechter is van oordeel dat de juistheid van de stelling, dat de door Halfords aangeboden fiets geen uitstekende merkfiets is, onvoldoende vast is komen te staan. Het is niet onaannemelijk dat het door Biretco ingebrachte rapport betrekking heeft op het prototype van de fiets, die verschilt met de fiets die nu door Halfords wordt verkocht. Bovendien heeft de statutair directeur van Biretco de fiets zelf in een informatiebulletin omschreven als een A-merk fiets. De stelling van Biretco dat de kwaliteit van de fiets niet vergelijkbaar is met fietsen die in de vakhandel in de prijsklasse rond € 750,- worden verkocht is evenmin aannemelijk geworden. Biretco heeft niet aannemelijk gemaakt dat de in de reclame gemaakte vergelijking niet gebaseerd is op een objectieve vergelijking van wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de fietsen.¹⁹

Route Mobiel klaagt over uitlatingen van een woordvoerder van de ANWB zoals deze zijn opgenomen in een artikel in het *Brabants Dagblad* van 26 september 2005. Route Mobiel stelt dat het bedrijf wordt afgeschilderd als een bedrijf dat auto's alleen wegsleept en niet repareert. Volgens Route Mobiel is sprake van een patroon van onrechtmatig handelen waarbij ook in ANWB-winkels en in het ANWB-callcenter dergelijke misleidende mededelingen worden gedaan.

¹⁷ HvJEG 23 november 2006, Lidl Italia Srl v. Commune di Arcole (C-315/05).

¹⁸ V.zr. Rb. Breda 25 oktober 2006, *IER* 2007-1, 17 m.nt. JK.

¹⁹ Rb. Haarlem 14 april 2006, Biretco vs. Halfords Nederland, LJN: AW2496, *NJF* 2006, 324.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de mededelingen in het artikel niet onjuist zijn aangezien Route Mobiel in 40% van de gevallen inderdaad wegsleept. De uitlatingen zijn evenmin onnodig grievend. Hierbij is van belang dat Route Mobiel zich in een reclamecampagne negatief heeft uitgelaten over de ANWB en 'Wie kaatst kan de bal verwachten.'. Bovendien is Route Mobiel met betrekking tot het artikel in de gelegenheid gesteld om op de uitlatingen van de ANWB te reageren. De vordering tot plaatsing van een rectificatie wordt afgewezen. Hoewel medewerkers van de ANWB zich in de winkels en het callcenter onzorgvuldig hebben uitgelaten over Route Mobiel, kan volgens de voorzieningenrechter niet worden gesproken van een patroon van onrechtmatig handelen. De overige vorderingen van Route Mobiel worden eveneens afgewezen.²⁰ In alle overige gevallen verliest de vergelijker het op het punt van misleiding²¹ dan wel in een enkel geval waarin misleiding niet duidelijk of duidelijk niet aan de orde is, op het punt van schade aan de reputatie van de concurrent, zoals in KPN/UPC het geval was.²²

Onrechtmatig aanhaken: ambush marketing

Ambush marketing (marketing vanuit een hinderlaag) betreft het verstoren van de exclusiviteit van officiële sponsors van evenementen. Het voorkómen daarvan bij grote evenementen als de Olympische spelen, wordt dermate belangrijk geacht dat een land zich niet meer kandidaat kan stellen voor de Olympische spelen zonder een anti-ambushwetsvoorstel paraat te hebben.²³ Voor de komende Spelen van 2008 (Beijing), Vancouver 2010 en London 2012 zijn de anti-ambushwetten inmiddels door de betreffende landen goedgekeurd. Anti-ambushwetgeving kent ook aan generieke termen merkenrechtelijke bescherming toe en handhaving geschiedt mede op basis van verstoring van openbare orde, hetgeen een ruimere en snellere beslagbevoegdheid mogelijk maakt. Bavaria/KNVB levert een van de eerste varianten van vaderlandse ambushmarketing.²⁴ Inhakend op het voetbal WK 2006 verkoopt Bavaria NV (Bavaria) Leeuwenhosen (oranje broeken, model Lederhose met leeuwenstaart en Bavaria-logo) en deelt deze uit bij het voetbalstadion. Zo ook voorafgaand aan de door de KNVB georganiseerde oefenwedstrijd Nederland-Kameroen. Bij binnenkomst van het stadion moeten alle kaarthouders de Leeuwenhose uittrekken en afgeven, bij weigering waarvan zij de wedstrijd niet mogen

²⁰ Vzr. Rb. Amsterdam 24 oktober 2006, Route Mobiel vs. ANWB, LJN: AU4832.

²¹ Zie achtereenvolgens: Vzr. Rb. Den Bosch 16 februari 2006, Heraeus Kulzer v. Biomet, NJF 2006, 265; Vzr. Rb. Haarlem 31 maart 2006, KPN v. Tele2, LJN: AV7829; Vzr. Rechtbank Alkmaar 16 mei 2006, Frits Markus c.s. vs. Makelaarsland BV, LJN: AX1924; Hof Amsterdam 15 juni 2006 (notariskamer), Federatie van Taxateurs, Makelaars en Veilinghouders in Roerende zaken vs. X, LJN: AX8850; Vzr. Rb. Haarlem 7 juni 2006, KPN Mobile The Netherlands vs. Orange Nederland, LJN: AX7108; Vzr. Rb. Amsterdam 16 maart 2006, Tele2 vs. KPN, LJN: AX9291; Vzr. Rb. Amsterdam 16 maart 2006, Pretium Telecom vs. KPN Telecom, LJN: AX9399; Rb. Zutphen 2 mei 2006, Reed Business Information vs. Agrio Uitgeverij, LJN: AW6739; Vzr. Rb. Breda 20 maart 2006, Rheinink vs. Prefa Trading, LJN: AW2868; Vzr. Rb. Zutphen 3 mei 2006, LIPS Nederland vs. Overbeeke Holding Didam c.s., LJN: AW7379; Rechtbank Den Haag 15 augustus 2006, KPN v. diverse aanbieders, LJN: AY6252; Hof Den Bosch 20 juni 2006, Bisdome Breda vs. Leo van der Velden Uitvaartverzorging, LJN: AY0421; Rb. Zutphen 1 augustus 2006, Anti-Stollingscentrum Oost-Nederland vs. Streekziekenhuis Koningin Beatrix, LJN: AY5337; Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2006, Exact Online vs. Twinfield International, NJF 2006, 408; Rb. Den Haag 25 oktober 2006, ANWB vs. Route Mobiel, IER 2007-1, 16, m.nt. MdCB; Vzr. Rb. Breda 25 oktober 2006, Nederlandse Zuivel Organisatie vs. Alpro Nederland c.s., IER 2007-1, 15, m.nt. EHH; Vzr. Rb. Utrecht 12 oktober 2006, Schuitema (C1000) vs. Steengoed, LJN: ZA0025.

²² Vzr. Rb. Arnhem 16 augustus 2006, KPN en KPN Telecom vs. UPC, IER 2006-5, 81, m.nt. JK.

²³ Voor handleiding kandidatuur steden en vragenlijst, zie http://multimedia.olympic.org/pdf/en_report_523.pdf. De meest recente Olympische anti-ambushwetgeving is de 'London Olympic Games and Paralympic Games Act 2006', ook wel aangeduid als de 'London Olympics Bill'. Zie nader D. van Engelen en S. Kaak, 'Ambush marketing – party crashing voor gevorderden,' *BMM Bulletin* 2006-2, p. 61-65; R. Gaertner, T. Raab, S. Gierschmann en S. Freytag, 'Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Fußball-Weltmeisterschaft 2006', *Kommunikation & Recht* 2006-1, p. 1-9; C. Degenhart, 'Olympia und der Gesetzgeber: Ist ein sondergesetzlicher Schutz gerechtfertigt? Verfassungsfragen des Olympiaschutzgesetzes vom 31. März 2004', *Archiv für Presserecht* 2006-2, p. 103-110.

²⁴ Vzr. Rb. Utrecht 1 juni 2006, Bavaria NV en K vs. Koninklijke Nederlandse Voetbal Bond, LJN: AX6427; bevestigd door Hof Amsterdam 23 november 2006, IER 2007-2, 34.

bijwonen. De KNVB beroept zich op zijn exclusieve reclameovereenkomst met Heineken voor door hem georganiseerde wedstrijden. Ook beroept de KNVB zich op zijn algemene voorwaarden waarin een verbod staat om zonder toestemming van de KNVB toegangsbewijzen van door de KNVB georganiseerde wedstrijden te gebruiken voor commerciële doeleinden. Bavaria en een wedstrijdbezoeker die zijn Leeuwenhose heeft moeten afstaan, eisen dat de KNVB gedooft dat bezoekers de Leeuwenhose dragen bij de twee resterende oefenwedstrijden. De vordering wordt toegewezen nu de KNVB geen rechtsgrond heeft om kaarthouders met Leeuwenhosen de toegang tot het stadion te weigeren. Het artikel in de algemene voorwaarden strekt daar niet toe. De spontaan uitgevaardigde huisregel die Lederhosen in het stadion verbiedt, is onaanvaardbaar nu deze niet tijdig en duidelijk aan kaarthouders van de resterende oefenwedstrijden bekend is gemaakt. In reconventie wordt Bavaria verboden de Leeuwenhosen in een straal van tien kilometer rond de stadions aan het publiek aan te bieden, omdat dit een slinkse omzeiling van het reclameverbod in het stadion zou betekenen. In hoger beroep overweegt het Hof dat het aanbieden van de Leeuwenhosen heeft te gelden als reclame en onrechtmatig is jegens bierproducent Heineken, die aanzienlijk heeft moeten betalen om exclusief reclame te mogen maken in het stadion. De handelwijze is bovendien onrechtmatig jegens de KNVB aangezien de waarde van sponsorcontracten hierdoor zou kunnen worden aangetast.

Reclameverboden

De Voedsel en Waren Autoriteit heeft op 20 mei 2005 twee boetebesluiten genomen ten aanzien van JT International Company Netherlands (JTI) wegens overtreding van de Tabakswet door de wijze van verkoop van sigaretten door JTI c.s. tijdens de evenementen Zandvoort Alive en het Jordaanfestival. De sigaretten werden ter verkoop aangeboden door opvallend geklede personen die sigaretten presenteerden in doorzichtige rugzakken. De sigarettenpakjes waren geordend op zodanige wijze dat het merk direct en duidelijk zichtbaar was. JTI c.s. vorderen in dit hoger beroep tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 11 juli 2005 een bevel tot opschorting van de handhaving van de boetebesluiten tot daarover door de bestuursrechter is beslist. Naar het voorlopig oordeel van het hof is bij een dergelijk stuntachtige uitstalling geen sprake van de in artikel 5 lid 3 sub b Tabakswet genoemde uitzondering (presentatie door middel van het tonen tegen een neutrale achtergrond) op het algemene reclameverbod van artikel 5 lid 1 Tabakswet. Met de gehanteerde verkoopmethode is gehandeld in strijd met het reclameverbod en de Staat kan handhavend optreden zolang de bestuursrechter daarover niet anders oordeelt.²⁵

Bij besluit van 24 mei 2005 heeft Minister Hoogervorst van Volksgezondheid, Welzijn en Sport het bezwaar van British American Tobacco Export (BATE) tegen een besluit van 9 juli 2004, houdende de oplegging aan haar van een boete van € 45.000,- wegens overtreding van artikel 5 lid 1 Tabakswet, ongegrond verklaard. Ook het bezwaar van BATE tegen een besluit van 15 oktober 2004, houdende de oplegging aan haar van eveneens een boete van € 45.000,- wegens overtreding van artikel 5 lid 1 Tabakswet, heeft de minister ongegrond verklaard, en wel bij besluit van 21 juli 2005. Tegen beide besluiten van de minister heeft BATE beroep ingesteld. De minister heeft het standpunt ingenomen dat slechts sprake is van een uitzondering op het algemene reclameverbod van artikel 5 lid 1 Tabakswet in de zin van artikel 5 lid 3 sub b Tabakswet indien de wijze van tonen niet verder gaat dan strikt onvermijdelijk is bij het ten verkoop aanbieden van tabaksproducten en dat de wijze van presenteren in de stands een vorm van reclame is die niet als reguliere presentatie is aan te merken. Volgens de rechtbank heeft BATE echter terecht betoogd dat voor de stands een andere wijze van presenteren regulier is, dan de wijze van regulier presenteren zoals die door de minister is uitgewerkt, welke uitwerking ziet op de situatie in

²⁵ Hof Den Haag 30 maart 2006, JT International Company Netherlands c.s. vs. Staat der Nederlanden, IER 2006-4, 65.

(afgescheiden gedeelten van) winkels en supermarkten. De oplegging van de boetes voor de inrichting van de stands is in strijd met artikel 7 lid 1 EVRM.²⁶

Op het tabaksreclameverbod zoals opgenomen in de Tabakswet wordt uitgezonderd de reguliere presentatie van te koop aangeboden tabaksproducten door middel van het tonen daarvan in een gesloten verpakking tegen een neutrale achtergrond en de normale prijsaanduiding daarvan in tabaksverkooppunten (Artikel 5 lid 3 Tabakswet). In dit geding tussen Agio Sigarenfabrieken, British American Tobacco The Netherlands, Ritmeester, Swedish Match Cigars, allen lid van de Nederlandse Vereniging voor de Sigarenindustrie, en de Staat is de wijze van uitstellen van sigarendoosjes in dispensers op toonbanken van een benzinstation aan de orde. Niet met zekerheid valt te zeggen of de bodemrechter deze wijze geoorloofd acht. De Staat is, totdat daarover door de bodemrechter onherroepelijk is beslist, niet gerechtigd terzake handhavend op te treden.²⁷

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft aan British American Tobacco boetes opgelegd wegens plaatsing van een tweetal advertenties voor sigarettenmerken in het horecatijdschrift *Misset Horeca*. Het beroep op de uitzondering in artikel 5 Tabakswet, waarin is neergelegd dat het reclameverbod niet geldt voor mededelingen die uitsluitend bestemd zijn voor de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten, wordt afgewezen. Artikel 5 Tabakswet is niet dermate vaag dat die bepaling in strijd is met het *lex certa*-beginsel. Hoewel de in de oude tekst van dat artikel opgenomen term 'de bedrijfstak van de handel in tabaksproducten' en de in de nieuwe tekst van dat artikel voorkomende term 'personen die werkzaam zijn in de tabakshandel' niet in de wet of Richtlijn 2003/33/EG zijn omschreven, en de uitzondering mogelijk enige (objectieve) vaagheid in zich heeft, zal de normaddressaat de strekking van de norm kunnen begrijpen. Het tijdschrift *Misset Horeca* richt zich niet uitsluitend tot (degenen die werkzaam zijn in) de tabakshandel.²⁸

²⁶ Rb. Rotterdam 25 april 2006, British American Tobacco Export vs. Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, LJN: AW5519.

²⁷ V.zr. Rb. Den Haag 13 juni 2005, Agio Sigarenfabrieken c.s. vs. De Staat der Nederlanden, *IER* 2005-6, 95.

²⁸ Rb. Rotterdam 18 december 2006, British American Tobacco vs. Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, LJN: AZ6088.