

Annotatie bij EHRM 5 maart 2009 (Hachette Filipacchi Automobile en Dupuy/Frankrijk), *European Human Rights Cases*, 2009-5, p. 591-600.

J.J.C. Kabel

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 STIVORO 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 televisieprogramma'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 heeft 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, telewinkelboodschappen, 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 uitlaten. 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 muziekevenementen 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, LJN BH5909 (*Philip Morris t. VWS*) en CvBB 16 september 2008, LJN 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 uitsluitsel 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 *Market 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 titel 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 vermijden 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