



Kroniek Reclamerecht en Oneerlijke Mededinging 2004

(m.m.v. **E.R. Vollebregt**)

verschenen in *IER* 2005-2, p. 85-90.

J.J.C. Kabel

Wetgeving

Op het gebied van Europese wetgeving was het in 2004 voornamelijk erg rustig: voorstellen bleven voorstellen, hoewel hier en daar amendementen zijn voorgesteld. Het voorstel voor een richtlijn betreffende diensten op de interne markt [1] gaat uit van het oorsprongslidbeginsel. Dat betekent dat een dienstverrichter alleen aan de wetgeving van het land van vestiging behoeft te voldoen en de lidstaten diensten van dienstverrichters die in een andere lidstaat zijn gevestigd niet mogen beperken. Het biedt dienstverrichters tevens de mogelijkheid in een of meer andere lidstaten diensten te verrichten zonder dat zij aan de voorschriften van die lidstaten moeten voldoen. Door dit beginsel wordt de verantwoordelijkheid bij de lidstaat van oorsprong gelegd en wordt deze verplicht de op zijn grondgebied gevestigde dienstverrichters op doeltreffende wijze te controleren, ook als deze in andere lidstaten diensten verrichten. De richtlijn bepaalt dat het algehele verbod op commerciële communicatie voor gereguleerde beroepen dient te vervallen; daarbij gaat het niet om verboden betreffende de inhoud van commerciële communicatie, maar om bepalingen die algemeen en voor een bepaald beroep een of meer vormen van commerciële communicatie verbieden, bijvoorbeeld alle reclame in een of meer bepaalde media. Wat de inhoud van en de regels voor commerciële communicatie betreft, worden de beroepsbeoefenaren ertoe aangespoord om met inachtneming van het gemeenschapsrecht op communautair niveau gedragscodes op te stellen. Verder bereikte de Raad op 23 november 2004 een 'common position' over de voorgestelde amendementen voor de tekst van de richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken [2], op basis waarvan het Parlement nu de tweede lezing van het voorstel zal doen.

Het enige dat er nieuw bij kwam is de interpretatieve mededeling van de Commissie over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn Televisie zonder Grenzen betreffende televisiereclame. [3] Deze mededeling heeft de bedoeling hangende de voortslepende herziening van de Televisie zonder Grenzen-richtlijn te verduidelijken 'hoe de relevante bepalingen van de richtlijn op bepaalde commerciële reclamevormen en -technieken van toepassing zijn, die met name als gevolg van de ontwikkeling van de technologie en de markt ontstaan zijn' om meer rechtszekerheid te bieden, echter onder het expliciet genoemde voorbehoud '*in dubio pro libertate*'. [4] Daarmee staat de Commissie voor dat een onduidelijk begrip geïnterpreteerd moet worden op de wijze die het meest gunstig is voor het vrij verkeer van diensten. De interpretatieve mededeling was nodig, want door de voortschrijdende convergentie van digitaal content aanbod en TV aanbod en het ontbreken van (duidelijke) definities in de Televisie zonder Grenzen richtlijn werd de rechtszekerheid er namelijk toch al niet beter op. In de mededeling gaat de Commissie in op reclametijd, sluikreclame, telewinkelkanalen en nieuwe reclametechnieken, zoals splitscreen, interactieve reclame en virtuele sponsoring. De mededeling wordt - vooral met betrekking tot het gedeelte omtrent de duur van

reclameblokken - in detail besproken door Woods en Scheuer. [5]

Het WHO Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging [6] verplicht de verdragspartijen (waaronder Nederland) tot samenwerking bij het uitbannen van grensoverschrijdende reclame. Het zesde lid van artikel 13 bepaalt dat de verdragspartijen met het oog hierop technieken en andere middelen ontwikkelen. Het achtste lid bepaalt dat de verdragspartijen overwegen een protocol op te stellen, waarin passende maatregelen worden neergelegd ten behoeve van een allesomvattend verbod op grensoverschrijdende reclame, promotie en sponsoring. Het zevende lid stelt dat verdragspartijen met een allesomvattend verbod op tabaksreclame, -promotie en -sponsoring het soevereine recht hebben om die vormen van grensoverschrijdende tabaksreclame, -promotie en -sponsoring die hun grondgebied binnenkomen te verbieden. De Tabakswet is aangepast aan de Europese richtlijn. [7] Die aanpassing zou geen inhoudelijke wijzigingen tot gevolg hebben, aldus de Regering, ook niet op het thans problematische punt van promotionele mededelingen op vakbeurzen (artikel 5, derde lid, sub a Tabakswet). Ik citeer uit de nota n.a.v. het verslag: 'De huidige tekst in artikel 5, derde lid, onderdeel a, van de Tabakswet maakt een uitzondering voor genoemde gedrukte publicaties, alsook voor elektronische publicaties, voorzover uitsluitend bestemd voor de tabakshandel. Met de voorgestelde tekst blijft deze uitzondering bestaan. De huidige tekst maakt tekstueel gezien ook een uitzondering voor mondelinge mededelingen. Het gaat daarbij evenwel enkel om mededelingen in besloten kring. Dat wil zeggen dat de huidige tekst ook geen uitzondering maakt voor mondelinge commerciële mededelingen op een locatie die toegankelijk is voor anderen dan zij die werkzaam zijn in de tabakshandel. Met andere woorden, op een beurs, en zelfs op een vakbeurs, die niet ontoegankelijk is gemaakt voor mensen die niet werkzaam zijn in de tabakshandel, mag op grond van de huidige regelgeving ook geen tabaksreclame worden gemaakt. Op dit punt verandert de voorgestelde tekst dus niets'.

Als gevolg van richtlijn 2004/27/EG, die een ingrijpende wijziging van richtlijn 2001/83/EG behelst, en richtlijn 2004/24/EG, die een beperkte wijziging (alleen kruidengeneesmiddelen) van richtlijn 2001/83/EG behelst, is een ontwerp voor een nieuwe geneesmiddelenwet ingediend. [8] Belangrijk daarin voor ons onderwerp is het verbod van vergelijkende publieksreclame voor zelfzorggeneesmiddelen, die niet op recept verkrijgbaar zijn (artikel 73, sub b). De gedachte achter dat verbod is dat die geneesmiddelen al van tevoren gecontroleerd zijn op werking, veiligheid en kwaliteit en dat de gemiddelde patiënt er in de regel van uit kan gaan dat het middel dus deugt. De patiënt moet echter niet in staat worden geacht volledig te doorgronden of een reclameboodschap waarin wordt gesteld dat het ene zelfzorggeneesmiddel beter is voor zijn gezondheid dan het ander, op waarheid berust, aldus de nota n.a.v. het verslag. [9] De reclamebepalingen zijn opgevoerd en thans in de wet in plaats van in een Algemene Maatregel van Bestuur opgenomen. Dat is indertijd ook gebeurd met de reclame- en sponsorbepalingen voor commerciële omroepen uit het Mediabesluit. De voorstellen voor nieuwe wetgeving voor beleggingsinstellingen, houden het echter bij het oude: bij of krachtens Algemene Maatregel van Bestuur kunnen regels worden gesteld ten aanzien van reclame-uitingen. [10]

Tenslotte: zal de STER verdwijnen? De motie van het lid Örgü e.a. verzoekt de Regering de voor- en de nadelen van verschillende varianten van een reclame-arm publiek bestel, waaronder een volledig reclamevrij publiek bestel, te onderzoeken en financieel door te rekenen. De overweging daarbij is dat de publieke omroep zich onvoldoende onderscheidt van de commerciële omroepen en dat zulks mede veroorzaakt wordt omdat reclame-inkomsten voor de publieke omroep een verkeerde prikkel vormen om voor adverteerders aantrekkelijke en dus niet-onderscheidende programma's te maken. [11]

Rechtspraak

Europese rechtspraak

De jurisprudentie van het HvJ EG heeft vier zaken opgeleverd, waarvan er twee (*Bacardi*) over dezelfde nationale wetgeving gingen. In *Douwe Egberts* deed het HvJ EG een uitspraak over de verhouding van de reclamebepalingen en de 'labelling'bepalingen in de richtlijn betreffende etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame. ^[12] De uitspraak is nogal technisch en gaat over de mate waarin de richtlijn de vereisten voor 'labelling' en reclame voor levensmiddelen harmoniseert. De richtlijn legt in artikel 2 verboden op tegen misleiding en tegen het toeschrijven van gezondheidsaspecten aan levensmiddelen door middel van 'labelling' van levensmiddelen. Ingevolge artikel 2, lid 3, sub b van de richtlijn geldt dit verbod ook voor reclame voor levensmiddelen. De *Douwe Egberts*-zaak voor de Rechtbank van Koophandel te Hasselt, België, ging om de vermelding door concurrent DynaSvelte op de verpakking en in de gebruiksaanwijzing van 'de absolute doorbraak in gewichtsbeheersing', 'afslanken, betere gewichtsbeheersing, remmen van vetoverstockering' en 'de in de VS gepatenteerde formule van de hand van dr. Ann de Wees Allen, verbonden aan de Glycemie Research Institute'. Douwe Egberts vond dit onzuivere gezondheidskoffie en betoogde dat deze statements een inbreuk vormen op verschillende Belgische bepalingen betreffende de reclame voor en de etikettering van voedingsmiddelen. In het kader van de procedure voor de Rechtbank van Koophandel rees ondermeer de vraag of de uitputtende harmonisatie op het gebied van etikettering van levensmiddelen als gevolg van de richtlijn ook geldt voor reclame voor levensmiddelen. Wat de etikettering betreft, bepaalde het HvJ EG, zijn de grenzen van die bevoegdheid van de lidstaten door de richtlijn zelf bepaald, aangezien deze in artikel 18, lid 2 een limitatieve opsomming geeft van de gronden waarop toepassing van niet-geharmoniseerde nationale bepalingen die de verhandeling van de aan de richtlijn conforme levensmiddelen verbieden, gerechtvaardigd kan zijn. Artikel 18 van richtlijn 2000/13 (dat bepaalt dat lidstaten geen nadere eisen mogen stellen aan producten die voldoen aan de eisen van de richtlijn) is echter niet van toepassing op reclame. De vraag of het gemeenschapsrecht zich ter zake van de reclame verzet tegen de toepassing van een nationale wettelijke regeling naast de bepalingen van de richtlijn, moet daarom worden onderzocht tegen de achtergrond van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, in het bijzonder de artikelen 28 EG en 30 EG. Derhalve dient bij het onderzoek van de betrokken nationale regeling een onderscheid te worden gemaakt naargelang het gaat om de etikettering van levensmiddelen dan wel om de reclame ervoor. ^[13] In de praktijk zal dit tot problemen leiden, omdat door de schakelbepaling in artikel 2, lid 3, sub b van de richtlijn de bepalingen in artikel 2, lid 1 omtrent misleiding etc. ook van toepassing zijn op reclame voor levensmiddelen. Alle reclame voor grensoverschrijdend verkochte levensmiddelen moet dus onder artikelen 28 en 30 EG worden beoordeeld, voor zover het een absoluut verbod op reclame van de eigenschappen van het product betreft. ^[14]

De twee *Bacardi*-zaken (*Bacardi France* en *Commissie/Frankrijk*) ^[15], markeren twee nieuwe stappen in het continue gevecht van Bacardi tegen Franse wetgeving op het gebied van alcoholreclame, de *Loi Evin*. De *Bacardi France*-zaak verduidelijkt het begrip 'televisiereclame' in de Televisie zonder Grenzen-richtlijn. Frankrijk verbood op grond van de *Loi Evin* het in Frankrijk uitzenden van in het buitenland gespeelde wedstrijden waarin de reclameborden langs het veld zichtbaar waren, als daarop reclame werd gemaakt voor alcohol. HvJ EG maakt duidelijk in *Bacardi France* dat het in dit geval niet om 'televisiereclame' in de zin van de richtlijn ging, omdat het geen individualiseerbare televisieboodschap met het oog op de bevordering van de levering van goederen of diensten betrof. ^[16] Verder bepaalde het HvJ EG in beide zaken dat de Franse wetgeving wel proportioneel was ter bescherming van de Franse volksgezondheid, ook al beperkt zij de vrijheid van dienstverlening. ^[17] Hiermee wordt de lijn van het geven van een wijde discretionaire bevoegdheid ter bescherming van de volksgezondheid in de rechtspraak van het HvJ EG doorgezet.

De uitspraak in *Karner* leverde geen grote publiciteit op, maar de vraag is of dit terecht is omdat het mogelijk om een stille revolutie gaat. Met *Karner* zou een ontwikkeling ingeleid kunnen zijn die leidt tot een vernauwing van het toepassingsgebied van artikel 28 EG op reclamewetgeving. In ieder geval wordt de met het veel besproken *Keck*-arrest [18] ingezette lijn van jurisprudentie omtrent verkoopmodaliteiten weer iets verduidelijkt. In de rechtspraak tot nu toe leek het erop dat alle nationale reclameregels die de toegang tot de markt moeilijker maakten voor buitenlandse goederen dan voor binnenlandse, binnen de reikwijdte van artikel 28 EG vielen. [19] In *Gourmet* en *De Agostini* oordeelde het HvJ EG namelijk nog dat de betrokken verboden de grensoverschrijdende handel beperkten omdat ze de verkoop van buitenlandse goederen moeilijker maakten. [20] In *Karner* lijkt het Hof deze vraag te verplaatsten naar de tweede voorwaarde van het *Keck*-criterium omdat het (in tegenstelling tot *Gourmet* en *De Agostini*) niet ging om een totaal verbod reclame te maken voor goederen die in een andere lidstaat rechtmatig werden verkocht, maar om een 'verbod om in uitingen die voor een ruime kring van personen zijn bedoeld, te verwijzen naar het feit dat goederen afkomstig zijn uit een failliete boedel, wanneer deze daar geen deel meer van uitmaken, een en ander om redenen van consumentenbescherming'. [21] Het HvJ EG oordeelde dat hoewel dit verbod 'in beginsel het totale aantal verkopen in de betrokken lidstaat kan beperken, en daarmee tevens het totale aantal verkopen van goederen uit andere lidstaten, (...) het de handel in uit deze laatste lidstaten afkomstige goederen niet meer aan(tast) dan die in nationale producten. In elk geval biedt geen enkel element uit het aan het Hof overgelegde dossier een aanknopingspunt om te kunnen vaststellen dat zulks het effect van het betrokken verbod zou zijn'. [22] De mogelijke gevolgen van het *Karner*-arrest in verband met de E-commerce-richtlijn, het ontwerp voor de Sales Promotions-verordening en het ontwerp voor de richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken worden in detail besproken door Jules Stuyck in zijn annotatie van het *Karner*-arrest. [23] Verder is het *Karner*-arrest interessant omdat het HvJ EG duidelijk stelling neemt over de verhouding tussen de bepalingen omtrent het vrij verkeer van goederen en diensten in zaken omtrent nationale reclamewetgeving die zowel het vrij verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverlening beperkt. Het HvJ EG bepaalt dat wanneer een nationale maatregel zowel het vrije verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverrichting beperkt, het HvJ EG de maatregel in beginsel slechts ten aanzien van een van deze twee vrijheden onderzoekt, indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden. [24] In de omstandigheden van de *Karner*-zaak was de verspreiding van reclameboodschappen niet een doel op zich, vond het HvJ EG, maar een ondergeschikt element ten opzichte van de verkoop van de betrokken goederen. Daarom was het aspect van vrij verkeer van goederen belangrijker dan dat van vrijheid van dienstverrichting en hoefde de Oostenrijkse wetgeving niet te worden onderzocht in het licht van artikel 49 EG. [25] Hiermee lijkt het HvJ EG de door de Commissie in haar commerciële communicatie beleid voorgestane 'chain reaction theory' flink te hebben ondergraven wat juridische haalbaarheid betreft. [26]

Misleidende reclame

Meest opvallend op dit terrein is het doordringen van de verstandige consument als maatstaf voor misleiding in de nationale rechtspraak. [27] Die maatstaf lijkt tamelijk ongenueanceerd en aanleiding te geven tot een straffe kijk op de vraag of er werkelijk sprake is van misleiding. De vraag is of die maatstaf daar daadwerkelijk toe verplicht. Het antwoord is waarschijnlijk nee: analyse van de rechtspraak van het HvJ EG leert dat het toch wel iets genuanceerder ligt en dat er ruimte is om rekening te houden met de bijzondere kenmerken van de doelgroep. [28] Ander punt dat opviel: het grensoverschrijdend verbod in zaken van misleidende reclame. Vaak wordt gezegd dat de rechtspraak op dat punt in de verschillende lidstaten van de EU nogal uiteenlopend is; harmonisering op de vraag wat misleiding nu eigenlijk inhoudt, heeft immers in richtlijn 84/450/EEG van de Raad inzake misleidende reclame niet echt plaatsgevonden. De Rechtbank Breda [29] doet daar echter niet moeilijk over. Zij oordeelt mededelingen van

gedaagde niet als misleidend en vervolgt dan (r.o.3.15): 'aangezien de in Nederlands geldende wettelijke regeling in lijn ligt met richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame van 10 september 1984 en Dometic haar vordering met betrekking tot de andere lidstaten van de Europese Unie op de gestelde richtlijn-conforme wetgeving van deze lidstaten baseert, ziet de rechtbank geen grond om ten aanzien van andere lidstaten van de Europese Unie anders te oordelen, dan zij hiervoor op de voet van de artikelen 6:194 jo. 6:162 BW heeft gedaan'.

Vergelijkende reclame

De strijd tussen KPN en Tele2 maakt een groot deel uit van de rechtspraak in 2004 op het vlak van vergelijkende reclame. [30] Er kunnen op de telecommunicatiemarkt kennelijk toch af en toe juiste vergelijkende mededelingen worden gedaan, zo blijkt uit de uitspraak van 15 april. Hof Amsterdam van 15 januari betreft een vaststellingsovereenkomst tussen beide partijen teneinde een einde te maken aan wederzijdse betichtingen van misleidende vergelijkende reclame. De vordering tot naleving van die overeenkomst wordt gedeeltelijk toegewezen. Verder gaat het om de strijd tussen supermarkten [31] en over tandenborstels en tandheelkundige verbruiksmaterialen. [32] Pot en ketel situaties leiden daarbij vaak tot opmerkelijke uitspraken, waarin beide partijen ongelijk krijgen. In Gillette/Philips werden beide partijen veroordeeld tot het doen van een aanbod aan de consument om de elektrische tandenborstels kosteloos te retourneren en daarbij de aankooprijks retour te ontvangen. In Dental Trading/Basiq Dental zagen beide partijen na de uitspraak er maar van af om het vonnis uit te laten voeren omdat dan de schade voor beide partijen te hoog zou oplopen. [33] In Gillette/Wilkinson werden de vorderingen van beide partijen afgewezen. [34]

Profiteren van andermans prestaties

Enkele, niet al te verrassende uitspraken op het terrein van niet door exclusieve rechten beschermde prestaties. Vellum Benelux hanteert de slogan 'Design Software that Thinks'. [35] Deze slogan lijkt sterk op de slogans van Ashlar. Ook als de slogans van Ashlar niet auteursrechtelijk beschermd zijn, kan het gebruik door Vellum Benelux van een sterk gelijkende slogan onrechtmatig zijn op grond van artikel 6:162 BW. Ashlar gebruikt al jaren intensief haar slogans. Als gevolg daarvan wordt de identiteit van Ashlar mede bepaald door haar slogans. Door als concurrent een sterk gelijkende slogan te gebruiken voor hetzelfde doel als waar Ashlar haar slogans voor gebruikt, handelt Vellum Benelux onrechtmatig jegens Ashlar. Negatieve reflexwerking van octrooi- en modelrecht is aan de orde in een zaak waarin bouten worden nagebootst. [36] Nabootsing van keilbouten die niet door een octrooirecht zijn beschermd en waarop na 1 januari 1975 geen model is gedeponeerd, is niet onrechtmatig, nu de verweten gedragingen louter zijn terug te voeren op de vermeende modelinbreuk en los daarvan geen onrechtmatige daad opleveren. ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) is een aanduiding die beperkt is tot internettoegang via de telefoon en heeft als zodanig bekendheid verkregen. Multikabel mag die aanduiding dan ook niet gebruiken voor internettoegang via de kabel want zij lift daardoor op onrechtmatige wijze mee met de succesformule die ADSL via de telefoon is geworden. [37]

Hinder

Nieuwe technieken brengen nieuwe marketingmethoden met zich mee. Fernseh-Fee is een settop-boxje voor televisie die de kijker helpt reclameblokken te omzeilen door automatisch naar een ander (voorkeurs)kanaal om te schakelen en weer terug te schakelen wanneer het reclameblok gestopt is. Oneerlijke concurrentie tegenover RTL? In deze (Duitse) zaak beslist het BGH dat inderdaad van concurrentie sprake is omdat de afzet van reclame negatief wordt beïnvloed. [38] Er is echter geen sprake van oneerlijke concurrentie, omdat RTL niet verhinderd wordt door de aanbieder van het boxje in het aanbieden van haar diensten, maar het de kijker is die beslist of hij of zij de aangeboden reclame al dan niet wil zien. De annotator geeft een aantal interessante voorbeelden van

m.n. Amerikaanse gelijksoortige situaties in de drukpers, op televisie en op internet.

Carrierselectie aanbieders, zoals Tele2 en Pretium zijn afhankelijk van KPN bij de omzetting van het telefoonverkeer van hun nieuwe klanten. KPN kan die klanten dus technisch gezien ook weer terugzetten (deactiveren). Dat schijnt, onbedoeld, ook nog wel eens te gebeuren. Pretium slaagt in haar vordering tot informatie over die deactivaties, een verbod en een gebod tot reactivatie. [39] Het oneerlijke mededingingsrecht doet hier iets wat ook met bestuursrecht zou kunnen worden bereikt, te weten het opleggen door OPTA van een last onder dwangsom in het kader van haar geschilbeslechtende bevoegdheid.

Yiggers en Pretium bieden beiden CPS diensten aan. Yiggers maakt gebruik van de dienst 'Adwords' van Google. Bij het zoeken op Pretium verschijnt de tekst: 'Alle telecom-addertjes. Bekijk ze goed voor U een vaste telefoonaanbieder kiest <http://www.yiggers.nl>'. Op de genoemde website treft de surfer een vergelijking aan tussen verschillende aanbieders van vaste telefonie, waaronder Yiggers en Pretium. De President oordeelt dat het koppelen van een advertentie (van Yiggers) aan een zoekwoord (Pretium) merkinbreuk oplevert. De vergelijking zelf wordt echter niet misleidend geacht. [40]

Voorsprong door wetsovertreding

Over het zonder vergunning aanbieden van kansspelen op de Nederlandse markt wordt nog steeds geprocedeerd op basis van het leerstuk van voorsprong door wetsovertreding (onrechtmatigheid tegenover de aanbieders die wel met een vergunning opereren). [41] Datzelfde leerstuk is met succes toegepast op het aanbieden van haarden, voorzien van een CE markering terwijl niet aan de certificeringsvoorwaarden van Warenwet en Warenwetbesluit was voldaan en op het in strijd met artikel 3 WGV achterwege laten van registratie van een product als geneesmiddel. [42]

Sluikreclame

Een oud probleem is thans voor de bestuursrechter gebracht. [43] Het gaat om de vraag wanneer sprake is van (verboden) sluikreclame bij commerciële oproepen. De wettelijke regeling komt op het volgende neer. Indien sprake is van andere naams- en productvermeldingen dan (toegestane) sponsorvermeldingen, is van sluikreclame sprake indien de omroep de bedoeling heeft om reclame te maken en het publiek wordt misleid omtrent de aard van de vermelding. Ontbreekt één van beide elementen, dan is geen sprake van sluikreclame. Naams- en productvermeldingen worden echter, volgens de toelichting, altijd geacht misleidend te zijn - ook al zijn zij dat niet in werkelijkheid zo zij hier voor alle duidelijkheid aan toegevoegd - indien de omroep beoogt daarmee reclame te maken. Dit oogmerk is per definitie aanwezig indien voor de desbetreffende vermeldingen is betaald. Die twee elementen zijn letterlijk overgenomen uit de Richtlijn TZG en dat betekent volgens de bestuursrechter dat afzonderlijk onderzocht moet worden of er ook sprake is van misleiding van het publiek. Een louter veronderstelling dat dat altijd wel het geval zal zijn, is dus niet aan de orde. Die opvatting is geheel in lijn met de rechtspraak van het HvJ EG inzake misleiding als grond voor beperking van het vrije goederenverkeer: een nationale bepaling waarbij misleiding wordt verondersteld zonder dat er een daadwerkelijk gevaar voor misleiding aanwezig behoeft te zijn, is in strijd met het Verdrag. [44]

Reclameverboden

De eerste spiegelgevechten over de uitleg van de Tabakswet zijn beginnen. Niemeyer/De Staat [45] betreft sponsoring van concerten en evenementen door tabaksfabrikant Niemeijer met publiciteit voor de merken Javaanse Jongens Eetcafé (voorheen Javaanse Jongens) en het muziekblad Samsonic (voorheen Samson). Niemeijer vordert een verklaring voor recht dat mededelingen zijdens VWS over strijd met de Tabakswet van deze vorm van sponsoring onrechtmatig worden verklaard. Volgens de rechter mocht de

Staat van mening zijn dat reclame voor deze merknamen onder het verbod van artikel 5 lid 1 Tabakswet valt. Een verklaring voor recht dat deze reclame niet in strijd met de Tabakswet zou zijn, werd afgewezen. Het verbod van publieksreclame voor receptgeneesmiddelen is alleen van toepassing op reclame die onmiskenbaar op het Nederlandse publiek is gericht en dus niet op reclame op sponsorborden tijdens US open die door RTL5 in Nederland worden doorgegeven. [\[46\]](#)

Literatuur

- Boukema, H.J.M. en B.J. Drijber, 'Vergelijkende reclame vergeleken', *IER* 2004-5, p. 312-317.
- Lettl, T., 'Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Irreführender Werbung in Europa', *GRUR Int.*, 2004-2, p. 85-96.
- Poelmann-Teijgeler, S.H., 'Het besluit Alcoholreclame: Klare wijn?', *IER* 2004-4, p. 249-255.
- Stuyck, J., 'Case C-71/02, Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH, Judgment of the Fifth Chamber of 25 March 2004', *Common Market Law Review* 2004, p. 1683.
- Vollebregt, E.R., 'Vrij verkeer van goederen en geneesmiddelenverkoop via het Internet', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2004, p.65.
- Woods, L. and Scheuer, A., 'Advertising frequency and the Television without Frontiers Directive', *European Law Review* 2004, p. 366.

Noten

- [\[1\]](#) COM(2004)2.
- [\[2\]](#) COD(2003)134.
- [\[3\]](#) Interpretatieve mededeling van de Commissie over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn Televisie zonder Grenzen betreffende televisiereclame, *PbEG* 2004, C 102/2.
- [\[4\]](#) Mededeling, punt 6.
- [\[5\]](#) L. Woods and A. Scheuer, 'Advertising frequency and the Television without Frontiers Directive', *European Law Review* 2004, p. 366.
- [\[6\]](#) Genève, 21 mei 2003, Kamerstukken I/II 29 927.
- [\[7\]](#) Aanpassing van de Tabakswet, alsmede van artikel V, tweede lid, van de wet van 18 april 2002 tot wijziging van de Tabakswet, *Stb.* 2002, 201, aan richtlijn nr. 2003/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten, *PbEU* 2003, L 152, Kamerstukken I 2004/05, 29 721.
- [\[8\]](#) *Kamerstukken II* 2004/05, 29 359.
- [\[9\]](#) *Kamerstukken II* 2004/05, 29 359, nr. 6, p. 41.
- [\[10\]](#) Wijziging van de Wet toezicht beleggingsinstellingen met het oog op de modernisering van de wet en implementatie van richtlijn 2001/107/EG en richtlijn 2001/108/EG van 21 januari 2002, Kamerstukken I 28 998.
- [\[11\]](#) *KamerstukkenII* 2004/05, 29 657, nr. 2, voorgesteld 22 september 2004.
- [\[12\]](#) Richtlijn 2000/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten inzake de etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame, *PbEG* 2000, L109/29.
- [\[13\]](#) HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-239/02, Douwe Egberts, n.n.g., § 34-35.
- [\[14\]](#) HvJ EG 15 juli 2004, zaak C-239/02, Douwe Egberts, n.n.g., § 53.
- [\[15\]](#) HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-429/02, Bacardi, *AAE* 2004, p. 794-802, m.nt. Mortelmans ; HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-262/02, Commissie/Frankrijk, n.n.g.
- [\[16\]](#) HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-429/02, Bacardi, *AAE* 2004, p. 794-802, § 27.
- [\[17\]](#) HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-429/02, Bacardi, *AAE* 2004, p. 794-802, § 35-40; HvJ EG 13 juli 2004, zaak C-262/02, Commissie/Frankrijk, n.n.g., § 26 e.v.
- [\[18\]](#) HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267 en 268/91, Keck, *Jur.* I-6097.
- [\[19\]](#) HvJ EG 7 mei 1997, zaak C-321/94, Pistre, *ECR* I-2343; HvJ EG 9 juli 1997, gevoegde zaken C-34, 35 en 36/95, De Agostini, *ECR* I-3843; HvJ EG 13 januari 2000, zaak C-254/98, TK Heimdienst, *ECR* I-151.
- [\[20\]](#) HvJEG 8 maart 2001, zaak C-405/98, Gourmet International Products, *Jur.* I-1795; HvJ EG 9 juli 1997, gevoegde zaken C-34, 35 en 36/95, De Agostini, *ECR* I-3843.
- [\[21\]](#) HvJ EG 25 maart 2004, zaak C-71/02, Karner, n.n.g., § 42.
- [\[22\]](#) HvJ EG 25 maart 2004, zaak C-71/02, Karner, n.n.g., § 42.
- [\[23\]](#) J. Stuyck, 'Case C-71/02, Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v. Troostwijk GmbH, Judgment of the Fifth Chamber of 25 March 2004', *Common Market Law Review* 2004, p. 1683.
- [\[24\]](#) HvJ EG, 25 maart 2004, zaak C-71/02, Karner, n.n.g., § 46.
- [\[25\]](#) HvJ EG, 25 maart 2004, zaak C-71/02, Karner, n.n.g., § 47.

- [26] Zie p. 41 van de Working Paper dat ten grondslag ligt aan het Groenboek Commerciële Communicatie, COM (1996)192 def. en de Follow-Up daarop (beiden op de DG MARKT website http://europa.eu.int/comm/internal_market/comcom onder Official Documents).
- [27] Zie vooral Rb. Amsterdam 7 juli 2004, *IER* 2004-5, p. 357-370, nr. 84, m.nt. J.J.C. Kabel (Leaseverlies/Dexia); zie verder over misleidende reclame: Hof Amsterdam 3 juni 2004, *IER* 2004-5, p.370-371, nr. 85 (Chlorofielen/Asics en Greenpeace); Hof Amsterdam 29 april 2004, *IER* 2004-4, p.285-290, nr. 63 (De officiële telefoongids); Hof Amsterdam 7 oktober 2004, *LJN* AR 2793 (Lipstick Effekt/ABN AMRO); Vزر. Rb. Arnhem 18 maart 2004, *NJF* 2004, 252, *LJN* AO5869, *BIE* 2004-8, p. 403-407 (Accell Group/Gazelle); Hof Amsterdam 29 april 2004, *Mediaforum* 2004-6, p. 218-222, m.nt. T.F.W. Overdijk (Gouden Gids/KPN).
- [28] Zie bijvoorbeeld als een uit velen: Tobias Lettl, 'Gemeinschaftsrecht und neues UWG', *WRP* 2004-9, p. 1079-1132, i.h.b. 1090-1095.
- [29] Rb. Breda 28 juli 2004, *LJN* AQ5694, *IER* 2004-6, p. 420-423, nr. 98 m.nt. E.H. Hoogenraad (Dometic/Thetford).
- [30] Vزر. Rb. Arnhem 27 augustus 2004, *LJN* AQ8125 (Tele2/KPN); Vزر. Rb. Arnhem 25 november 2003, *IER* 2004-2, p. 167-173, nr. 36 (KPN/Tele2); Vزر. Rb. Arnhem 14 juli 2004, *LJN* AQ1537 (KPN/Tele2); Vزر. Rb. Amsterdam 12 maart 2004, *Mediaforum* 2004-5, p. 165 (Tele2/KPN); Vزر. Rb. Amsterdam 22 maart 2004, *LJN* AO6211 (Tele2/KPN); Vزر. Rb. Amsterdam 15 april 2004, *LJN* AO7690 (KPN/Tele2); Hof Amsterdam 15 januari 2004, *Mediaforum* 2004-3, p. 71 (KPN/Tele2).
- [31] Vزر. Rb. Amsterdam 3 december 2003, *IER* 2004-2, p.165-167, nr. 35 (Albert Heijn/EDAH); Hof Amsterdam 30 september 2004, (Laurus/AH) *Mediaforum* 2004-11, p. 353.
- [32] Vزر. Rb. Utrecht 15 april 2004, *NJF* 2004, 393, *LJN* AO7615, *IER* 2004-4, p. 302-308, nr. 68, m.nt. E.H. Hoogenraad (Gillette/Philips); Vزر. Rb. Breda 20 december 2004, *LJN* AR8326 (Dental Trading/Basiq Dental).
- [33] Aldus een bericht in Netkwesties 14 januari 2005.
- [34] Vزر. Rb. Utrecht 22 april 2004, *LJN* AO8083 (Gillette/Wilkinson).
- [35] Vزر. Rb. Arnhem 12 augustus 2004, *LJN* AR3111 (Ashlar/Vellum).
- [36] Rb. Haarlem 2 april 2003, *BIE* 2004-10, p. 478-480 (Van Thiel/Deltafix).
- [37] Vزر. Rb. Alkmaar 29 augustus 2003, *BIE* 2004-11, p. 519-521.
- [38] BGH 24 juni 2004, *Mediaforum* 2004-11/12, p. 372-376, m.nt. M. Dellebeke (Fernseh Fee).
- [39] Vزر. Rb. Den Haag 1 juni 2004, *Mediaforum* 2004-9, p. 293-295, m.nt. N.A.N.M. van Eijk (Pretium/KPN).
- [40] Vزر. Rb. Den Haag 12 november 2004, zaaknummer KG 04/1053, n.n.g. (Pretium/Yiggers).
- [41] Rb. Arnhem 2 juni 2004, *LJN* APO418 (Lotto/Ladbrokes).
- [42] Resp. Rb. Arnhem 17 december 2003, *ier* 2004-3, p. 240-244, nr. 51 (Basic Holdings/De Heuning); Hof den Haag 27 mei 2003, *BIE* 2004-5, p. 224-229 (Upjohn/L'Oréal).
- [43] Rb. Amsterdam 3 september 2004, *Mediaforum* 2004-11/12, p. 364-367, m.nt. P. Burger (SBS/CvdM).
- [44] HvJ EG 18 mei 1993, zaak C-126/91, Rocher, *Jur.* 1993, p. I-2361, *Ars Aequi* 1993-12, p. 883-894, m.nt. K.J.M. Mortelmans en H.A.G. Temminck.
- [45] Rb. Den Haag 14 april 2004, *NJ* 2004, 336, *LJN* AO7643, *IER* 2004-4, p. 298-302, nr. 67, m.nt. E.H. Hoogenraad (Niemeijer/De Staat).
- [46] Vزر. Rb. Amsterdam 5 september 2003, *IER* 2004-1, p.71-73, nr. 17, m.nt. F. de Cock Buning (DGV/HMG).