

RECLAMERECHT ONLINE
Problemen in theorie en praktijk

J.J.C. Kabel

Begrip, ontwikkelingen en technieken	2
Het begrip online-reclame	2
Ontwikkelingen	3
Technieken en financiering	4
Juridische problemen in rechtspraak en wetgeving.....	4
Het juridische begrip online-reclame	6
Commerciële communicatie en diensten van de informatiemaatschappij	6
Commerciële communicatie: banners en hyperlinks	7
Reclame in de Richtlijn elektronische handel en in andere richtlijnen	7
Reclameverboden	8
Publieksreclameverboden en elektronische handel.....	10
De toelaatbaarheid van ongevraagde reclame via e-mail.....	10
Misleidende en verwarringwekkende reclame	12
Wervende Domeinnamen	13
Misleiding en innovatieve verkoopmethoden	15
Het Land van Herkomst: gevolgen voor nationale reclameregels	15
Context	15
Het principe in de Richtlijn elektronische handel	17
Principe.....	17
Uitzonderingen	18
Gevolgen voor nationale situaties	18
Gevolgen voor de Nederlandse praktijk.....	19
De Aanpassingswet richtlijn elektronische handel.....	19
De Duitse aanpassing	20
Oneerlijke mededinging	22
Misleiding en vergelijking	25
Publiekrechtelijke beperkingen	25
Andere oplossingen	26
Besluit.....	27
Aangehaalde literatuur	27

De E-commerce richtlijn lijkt maar een klein stukje van het reclamerecht online te regelen. In werkelijkheid gaat het om een veel groter gebied, wordt het online-recht inzake oneerlijke mededinging zeer tersluiks meegenomen en heeft de nog jonge richtlijn nu al verwoestende consequenties gehad voor enkele bijzondere reclameregels. Onderstaand wordt gezien wat reclame op het internet en op enkele andere online-media nu zo nieuw en attractief maakt, wat de praktische problemen zijn die zich thans al op basis van het bestaande recht voordoen in de (binnen- en buitenlandse) rechtspraak, c.q. in theorie worden gesteld in de (binnen- en buitenlandse) literatuur en onderzocht in hoeverre de nieuwe richtlijn geschikt is om die problemen aan te pakken. Als waar is wat offline geldt, ook online gelden moet, dan is daarmee nog geen oplossing gegeven, omdat in de offline-wereld dezelfde problemen soms op verschillende wijze worden opgelost. Ik noem maar wat: sluikreclame in bioscoopfilms wordt op een minder gecompliceerde manier opgelost dan sluikreclame op televisie. Het vervelende is echter dat met de richtlijn elektronische handel weer nieuwe, afzonderlijke reclameregimes

lijken te worden geschapen. Nu het internet als medium dichter tegen printmedia aanligt dan tegen omroep en de internetgebruiker als een redelijk oplettende consument mag worden gezien, dienen al te beschermende maatregelen kritisch tegen het licht te worden gehouden. Opruimen van wettelijke regels leidt anderzijds weer tot meer werk voor de rechter en tot rechtsonzekerheid. De manier waarop de Nederlandse wetgever het land van herkomstbeginsel uit de e-commerce lijn heeft geïmplementeerd, is wat al te klakkeloos geschiedt en houdt niet voldoende rekening met de neutraliteit ten opzichte van het internationaal privaatrecht die de richtlijn zelf zegt na te streven. De Duitse oplossing lijkt beter. Ondertussen zal ook met een betere aanpassing van dat beginsel toch veel Nederlands reclamerecht, met name dat gedeelte dat tot het oneerlijke mededingingsrecht behoort, het loodje leggen als gevolg van de koude harmonisering die de richtlijn e-commerce bevat. Dat heeft op het terrein van de online reclame een waarlijk multiculturele handelssamenleving tot gevolg.

Begrip, ontwikkelingen en technieken

Het begrip online-reclame

Online-reclame (*webvertising, publicité en ligne, Internet-Werbung*) wordt meestal vereenzelvigd met reclame op een website op het beeldscherm van een personal computer. In de praktijk komen er ook enkele andere vormen van online-reclame voor: M(obile)-Commerce (SMS-berichtjes) en T(elevision)-commerce. De laatste vorm combineert het computerscherm met het televisiescherm. Alle drie kunnen worden gekwalificeerd als vormen van elektronische reclame, maar er zijn al veel oudere vormen van elektronische reclame. Telefoon, fax, radio en televisie kunnen immers ook als een elektronisch medium worden gekwalificeerd. Wanneer het echter om online-media gaat, wordt vaak als bijzonder en dus onderscheidend kenmerk genoemd dat het bij die media gaat om diensten die op individueel verzoek van een afnemer van die dienst worden verricht. De straks te bespreken E-commerce richtlijn¹ verwijst naar zo een kenmerk, doordat zij als object heeft ‘diensten van de informatiemaatschappij’, welke diensten op hun beurt weer worden gedefinieerd als ‘diensten die (...) via elektronische apparatuur voor de verwerking en opslag van gegevens, op individueel verzoek van een afnemer van diensten worden verricht.’

De richtlijn bevat echter ook als object ongevraagde commerciële communicatie (bijvoorbeeld via e-mail berichten), regelt wellicht ook irritante, niet direct te verwijderen ‘interstitials’² en dat zijn allebei diensten die juist niet op individueel verzoek worden verricht. Wat er dan voor online-reclame overblijft als criterium dat haar van andere vormen van elektronische reclame onderscheidt, is uiteraard toch vooral het gebruik van het internet als medium. Daarmee zijn de typische kenmerken van internetcommunicatie tevens bepalend voor online-reclame. Belangrijkste kenmerk van die vorm van communicatie is het ‘many to many’-model:³ het medium kan zowel publiek als privé worden gebruikt en de rollen van zender en ontvanger wisselen voortdurend. Het medium is dus tegelijkertijd geschikt voor openbare én voor privé-communicatie, voor mededelingen op verzoek én voor ongevraagd

¹ Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* 17 juli 2000 L 178/1. Het Ministerie van Justitie beheert een elektronisch consultatieproces over de richtlijn: zie http://www.minjust.nl/a_beleid/thema/digiwet/interac.html.

² Advertenties waarmee een gebruiker gedurende een aantal seconden onvrijwillig wordt geconfronteerd bij het ophalen van andere pagina's.

³ De Lange 2001, p. 21.

toegezonden mededelingen. Het verenigt daardoor bijna alle vormen van bestaande reclame; bijna: iets wat lijkt op ongeadresseerd verspreid drukwerk is er niet bij. Maar verder kan bewegend beeld en geluid worden vertoond zoals bij omroepreclame, plaatjes en veel tekst worden opgeroepen zoals bij drukpersreclame, geadresseerde en gepersonifieerde mail worden verzonden zoals bij brievenbusreclame en rechtstreekse bestellingen worden gedaan zoals bij couponadvertenties of teleshopping. Wat internet extra bevat, is de mogelijkheid om direct gebruikersgegevens te verzamelen (cookies), gemakkelijk wereldwijd informatie op te zoeken via zoekmachines, door te linken naar andere websites alsmede uiteraard zijn niet-plaatsgebonden en dus per definitie grensoverschrijdende karakter. Dat laatste wil overigens niet zeggen, dat geografische bepaling voorgoed verleden tijd is op het net. Er zijn programma's ontwikkeld die claimen van bijna 100% van de internetgebruikers het land van herkomst te kunnen lokaliseren.⁴ Het land van bestemming kan vaak ook van de inhoud van de on line reclameboodschap worden afgelezen. Dat het internet ons voorgoed heeft bevrijd van de geografie, is dan ook een mythe. Wij zullen zien dat die mythe juridisch gezien echter nog trouw wordt aangehangen.

Ontwikkelingen

E-commerce is nog niet hét marketing wonderkind geworden. Volgens recente cijfers van het CBS stelt het aandeel van e-commerce in de totale detailhandelsomzet in Nederland nog niet veel voor.⁵ Het budget voor reclame op internet is navenant: 1,3% van de totale reclamebestedingen.⁶ Het valt voorts niet op korte termijn te verwachten dat interactieve (digitale) televisie die het moet hebben van dezelfde frequenties waar analoge televisie en radio op worden uitgezonden, het zonder 'Analoger Switch-Off' zal kunnen redden.⁷ T(elevisie)-Commerce zal dus nog even op zich laten wachten. Niettemin zijn de verwachtingen voor de periode na 2005 hoog gespannen. Het huidige home shopping-aanbod op televisie zou ruimschoots door T-Commerce worden overtroffen.⁸ Home shopping maakt echter vooralsnog niet bepaald een groot deel van de markt uit. M(obile)-Commerce lijdt nog zeer onder standaardiseringsproblemen en lijkt vooralsnog niet als zelfstandig marketinginstrument voor de gehele markt geschikt.⁹ Al met al zullen de hier besproken vormen van elektronische commerciële communicatie als zelfstandig marketinginstrument toch steeds beperkt blijven tot specifieke goederen en diensten en bepaald niet beschouwd kunnen worden als een volledig substituut voor printreclame en omroepreclame. Dat pleit bepaald niet voor een geïsoleerde en technologie-specifieke aanpak van online-reclame. Wij zullen zien dat die aanpak echter lang niet altijd wordt gevolgd.

⁴ Zie 'Geography and the net', www.economist.com/opinion van 21 augustus 2001.

⁵ Halverwege vorig jaar hadden 400 duizend huishoudens wel eens iets via internet besteld. Die aankopen vertegenwoordigden echter slechts één procent van de totale detailhandelsomzet in Nederland. Eén op de drie orders gaat bovendien naar een buitenlandse website. Ongeveer een op de drie bedrijven maakt gebruik van online-netwerken voor de in- en verkoop van producten. Zie: CBS-publicatie 'De digitale economie 2001', donderdag 19 juli 2001. *Online Shopping Monitor 2001-2* door het Rotterdamse onderzoeksbureau Blauw New Media meldt dat in 2000 online voor 709 miljoen gulden is omgezet. De markt voor online-verkopen blijft wel groeien, maar de ontwikkeling van de verschillende marktsegmenten loopt sterk uiteen. De groei van de markt komt voor tweederde op naam van de groei in reizen en kleding. De online-markt voor reizen is veruit het grootste marktsegment met een omzet van bijna 200 miljoen gulden.

⁶ De Lange 2001, p. 7.

⁷ Vgl. Grünwald 2001.

⁸ Grünwald 2001, p. 25.

⁹ Zie de discussies op <http://www.mcommercetimes.com/>.

Technieken en financiering

Internet is meer een pull dan een push medium.¹⁰ De meest gebruikelijke vorm van adverteren op het internet geschiedt via een pull methode, die van de zogenaamde *banners* en *buttons*, balkjes of knopjes op een site waarmee doorgeklikt kan worden naar een andere internetpagina met informatie van de banner-adverteerder. Banners en buttons kennen allerlei varianten: ze staan stil of bewegen, ze bevatten meer of minder interactieve mogelijkheden, ze dwingen de gebruiker de site te verlaten dan wel laten hem daar, bevatten audiovisuele programma's of vertonen bij aanklikken een minipagina, die wordt uitgerold onder de banner waardoor meer informatie kan worden gegeven.

Reclame is betaalde informatie; de vraag is wie er op het net aan wie en voor wat betaalt. Net zoals offline betaalt ook de online-adverteerder aan een medium voor advertentieruimte, dan wel creëert hij zelf advertentieruimte door een eigen website te openen. Het bijzondere bij reclame online is dat de reclamemedia niet alleen te vinden zijn bij online-uitgevers (commercieel zowel als particulier) van redactionele inhoud, maar dat advertentieruimte ook beschikbaar wordt gesteld door bedrijven die andere diensten aanbieden. Co-branding, het plaatsen van een banner op de site van een ander merk komt dan ook veel voor.¹¹ Ten slotte komt naast gewone reclame ook sponsoring voor. De sponsor geeft dan een financiële bijdrage aan het opzetten en onderhouden van een website in ruil waarvoor zijn naam of logo als sponsor wordt vermeld op de site. Het gaat daarbij niet om louter naamsvermelding: doorgaans kan op de naam van de sponsor worden doorgeklikt naar andere informatie over diens (bedrijfs)activiteiten.

De technieken op interactieve televisie gaan in de richting van een volstrekt door elkaar lopen van gewone programma's en handel. Er worden systemen ontwikkeld waarbij de kijker naar een 'gewoon' televisieprogramma zoals *Baywatch* aantrekkelijke producten (badpakken, auto's, horloges, e.d.) op het scherm kan aanklikken en vervolgens rechtstreeks bestellen.¹² Interactieve televisie vervangt dan het gebruik van de telefoon bij home shopping. Het zappable karakter van home shopping, kan dus technisch gezien, net zoals bij gewone televisiereclame het geval is, worden ingeruild voor niet-zappable vormen waarbij op basis van product placement producten direct kunnen worden besteld.

Het gebruik van M-commerce via mobiele telefoons en soortgelijke systemen staat nog in de kinderschoenen. De gebruikte techniek is vooral een pushtechniek die om de aandacht te trekken, vaak vergezeld gaat van spelletjes en andere vormen van promotionele actie.¹³

Juridische problemen in rechtspraak en wetgeving

Rechtspraak is uiteraard niet de enige bron op grond waarvan een overzicht van mogelijke juridische problemen kan worden samengesteld. Niettemin is het een bron die duidelijk maakt waar onzekerheden schuilen; een analyse van bestaande binnen- en buitenlandse rechtspraak¹⁴

¹⁰ De Lange 2001, p. 24.

¹¹ Vgl. daarover Goldman & Lee 1999.

¹² Zie de demonstratie op www.watchpoint.media.com.

¹³ Zie over deze problemen de discussie die wordt gevoerd in de Wireless Advertising Association (WAA): <http://www.mcommercetimes.com/Marketing/30>.

¹⁴ Ik maak hier veel gebruik van Duitse rechtspraak omdat die het meest uitgebreid op de problematiek ingaat; datzelfde geldt overigens voor de omvangrijke literatuur.

kan dus illustratief zijn voor inzicht in de vraag welke problemen een zekere realiteitswaarde hebben. Als zodanig verschijnen achtereenvolgens:

- de vraag welke online-informatie juridisch gezien als reclame kan worden bestempeld;
- de vraag hoe online moet worden omgegaan met reclameverboden en andere absolute beperkingen, bijvoorbeeld het publieksreclameverbod voor geneesmiddelen of de bestaande beperkingen voor tabaksreclame;
- de toelaatbaarheid van ongevraagde e-mail;
- de vraag naar de toepasselijkheid van andere beperkingen, bijvoorbeeld die inzake misleidende en verwarringwekkende reclame;
- de vraag naar de toelaatbaarheid van vergelijkende en aanhakende reclame;
- de vraag welke accessoire verplichtingen een rechterlijk verbod met zich mee brengt;
- de vraag naar de aansprakelijkheid van het online-medium voor ontoelaatbare reclameboodschappen;
- de vraag naar de relatieve competentie van de rechter.

Wat opvalt is allereerst het ontbreken van rechtspraak over het gebruik van persoonsgegevens. Tegenover de vloed van geschriften, beleidsnota's en wet- en regelgeving over het gebruik van persoonsgegevens op het Internet,¹⁵ verbleken de werkelijke conflicten, erger nog: mij is geen enkele rechterlijke uitspraak bekend die rechtstreeks¹⁶ betrekking heeft op toepassing van de regelgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens tegen het commercieel gebruik daarvan in een online- omgeving. Dat moet te denken geven over de wijze waarop de bescherming van persoonsgegevens in een online-omgeving dient te worden benaderd. Een tweede opvallend punt is dat het probleem van een scheiding tussen online-reclame en andere vormen van online-informatie in de rechtspraak tot nu toe uitsluitend is opgelost langs de weg van het verbod op misleiding.

De Richtlijn elektronische handel laat nog veel open. Zij bevat enkele zeer algemene en vanzelfsprekende, al bestaande reclameregels, die zich zeer wel voor nadere uitwerking lenen, een oproep tot zelfregulering en een oproep tot meer vrijheid voor reclame in het vrije beroep. De reclameregels bevatten niet meer dan een herkenbaarheidsplicht (reclame moet als reclame herkenbaar zijn), een identificatieplicht voor de adverteerder en een algemene informatieplicht ter voorkoming van misleiding voor promotionele acties. Daarnaast wordt nog eens een herkenbaarheidsplicht en de mogelijkheid voor 'opt-out' of opt-in systemen vastgelegd voor ongevraagde e-mail, iets dat wij al kennen uit eerdere richtlijnen.¹⁷ Het bestaande geheel aan richtlijnen die voor reclame van belang zijn, blijft van toepassing. Dat alles betekent dat de richtlijn voor het onderwerp online-reclame nader moet worden uitgewerkt en dat problemen van overlapping moeten worden opgelost. Het land van herkomst principe zoals dat in de richtlijn is neergelegd, lijkt reclamereguleringsparadijzen te scheppen in de EU, interne discriminatie tussen nationale en buitenlandse bedrijven te bevorderen, consumentenbescherming te verzwakken, te collideren met het internationale

¹⁵ Zie in het algemeen: Freedman 1987; voorts over privacy, internet en e-commerce: Blume 2001, Henneman 1999, Van Esch 2000, Schreuders & Blok 2000.

¹⁶ Wel indirect: zie Hof Amsterdam 22 juni 2000, *IER* 2000/54 (Euronet/XS4all).

¹⁷ Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 inzake de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, *PbEG* 1995 L 281/31; Richtlijn 97/66/EG van 15 december 1997 inzake de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector, *PbEG* 1998 L 24/1.

privaatrecht, en vooral een gefragmenteerd reclamerecht te creëren, d.w.z. een reclamerecht dat ten onrechte verschillend uitpakt voor online- en offline-reclame, en dat niet alleen wat de materiële regels betreft, maar ook wat het aansprakelijkheidsregime betreft.¹⁸ Vanwege het belang van de invoering van het land van herkomst principe, gaan wij daar ook uitgebreid op in. Intussen zijn al complete implementatievoorstellen voor de Richtlijn elektronische handel gepubliceerd in Frankrijk en Nederland. De Duitse en de Oostenrijkse wetgever hebben de richtlijn al geïmplementeerd.¹⁹

Het juridische begrip online-reclame

Commerciële communicatie en diensten van de informatiemaatschappij

Het is van belang het begrip (online-) reclame juridisch te definiëren vanwege de verschillende rechtsregimes die van toepassing zijn op enerzijds reclame, anderzijds op andere vormen van informatie over goederen en diensten. De Richtlijn elektronische handel geeft in artikel 2 sub *f* een eigen definitie van reclame. Zij gebruikt de term ‘commerciële communicatie’ en verstaat daaronder: ‘elke vorm van communicatie bestemd voor het direct of indirect promoten van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent.’ Niet als zodanig wordt beschouwd: adresinformatie, d.w.z. ‘informatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteiten van een onderneming, organisatie of persoon, in het bijzonder een domeinnaam of een elektronisch postadres’; en: ‘mededelingen over de goederen of diensten of het imago van een onderneming, organisatie of persoon, die onafhankelijk van deze en in het bijzonder zonder financiële tegenprestatie zijn samengesteld.’ Het laatste element voegt een zeer zinnig criterium toe, dat niet, zoals zo vaak in wetgeving, gericht is op intentie of effect van de mededeling maar op de feitelijke totstandkoming, de productie van de mededeling.

Het gaat hier om een algemene omschrijving. Wil de richtlijn van toepassing zijn, dan moeten wij op zijn minst te maken hebben met elektronische vormen van reclame. Van die vormen regelt de richtlijn echter niet alle. Zij regelt deze vormen slechts voorzover zij deel uitmaken van een dienst van de informatiemaatschappij, dan wel te kwalificeren zijn als elektronische post.²⁰ Onder diensten van de informatiemaatschappij verstaat de Richtlijn ingevolge artikel 2 sub *a* jo. 1 lid 2 Richtlijn 98/34/EG ‘alle diensten die normaal tegen vergoeding, op afstand, via elektronische apparatuur voor de verwerking en opslag van gegevens, op individueel verzoek van een afnemer van diensten worden verricht.’ Dat betekent dat telefonische reclame en faxreclame niet onder de richtlijn vallen. Daarbij vindt immers niet aan beide zijden (zender- en ontvangerszijde) verwerking en opslag van gegevens plaats. SMS-berichtjes op het display van een mobiele telefoon voldoen echter weer wel aan het opslag- en

¹⁸ Vgl. over juridische convergentieproblemen: Determann 2000, Dommering 2001, Gersdorf 1999; over consumentenbescherming: Mankowski 2000, Dumortier 1999, Lehmann 2000; over interne discriminatie en het land van herkomst principe: Henning-Bodewig 2001, Fritze & Holbach 2000, Meyer 2001, Landfermann 1999, Drijber 2001; over internationaal privaatrecht en het land van herkomst principe: Mankowski 1999; Löffler 2001. Zie over aansprakelijkheid voor online reclame tenslotte: Engels 2001, Engels & Köster 1999.

¹⁹ Projet de loi sur la société de l’information (15 juni 2001):

<http://www.lsi.industrie.gouv.fr/observat/innov/lsi/index.htm>, zie daarover het advies van de CSA in: *Légipresse* 2001-183, p. 52-56. Voorstel van wet van 23 januari 2002, TK 2001-2002, 28 197. Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz – EGG, *BGBl.*I 2001, p. 3271 e.v. van 14 december 2001 (i.wtr. 21 december 2001); zie over de Oostenrijkse implementatiewet: Lurger en Vallant 2002. Vgl. voor een algemeen overzicht van deze Duitse implementatiewetgeving Tettenborn e.a. 2001.

²⁰ Zie art. 6 aanhef en art. 8 lid 1 aanhef en artikel 7 lid 1 Richtlijn.

verwerkingscriterium.²¹ Juridische adviezen via SMS, e-mail of chatboxen zijn dus diensten van de informatiemaatschappij; worden de adviezen telefonisch of per fax gegeven, dan is dat niet het geval.²² Wat andere vormen van elektronische reclame betreft (televisie- en radioreclame): nu de definiëring van een dienst van de informatiemaatschappij gericht is op diensten op individueel verzoek, vallen de normale omroepdiensten buiten de richtlijn en dus ook omroepreclame. Overweging 18 sluit die diensten dan ook uitdrukkelijk uit. Dat neemt niet weg dat soortgelijke diensten (video on demand bijvoorbeeld, waarin ook gewone reclameboodschappen, c.q. product placement kunnen voorkomen) wel als een dienst van de informatiemaatschappij kunnen worden beschouwd. Het maakt daarbij echter weer verschil hoe die soortgelijke dienst wordt verleend: echt op individueel verzoek of op basis van een vast tijdrooster. In het laatste geval hebben wij weer niet te maken met een dienst van de informatiemaatschappij.²³ De afbakening is niet eenvoudig; Spindler merkt op: 'Die Probleme auf grund der Konvergenz der Medien sind vorprogrammiert'.²⁴ En dan hebben wij nog niet eens gesproken over de vraag hoe diensten van omroeporganisaties op het net moeten worden gekwalificeerd. Als diensten van de informatiemaatschappij uiteraard; de vraag is dan echter klemmend of voor die zeer op omroep gelijkende diensten (webradio bijvoorbeeld) een ander regime moet gelden dan het (nationale) omroepregime.

Commerciële communicatie: banners en hyperlinks

Nu een online-adverteerder voor een groot deel afhankelijk is van links op webpagina's van anderen, doet zich de vraag voor wat de uitsluiting van adresinformatie betekent voor het begrip online-reclame. Commerciële communicatie wordt gedefinieerd als betaalde communicatie. Een banner of button bevat per definitie een hyperlink naar informatie van de adverteerder. Wanneer de adverteerder voor banner of button betaalt aan de houder van de website, kan banner of button zonder meer worden beschouwd als commerciële communicatie in de zin van de Richtlijn elektronische handel. Tegelijkertijd is de banner als een hyperlink te beschouwen, d.w.z. als adresinformatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteiten van de adverterende onderneming en in die zin dus is uitgesloten van het begrip commerciële communicatie. Wanneer de banner uitsluitend door de houder van de website ter informatie is opgenomen, zonder dat voor die opname een financiële tegenprestatie wordt gevraagd, kan men daar vrede mee hebben. Wanneer het echter gaat om co-branding of soortgelijke, transacties waarbij voor opname van de banner wordt betaald, is de desbetreffende adresinformatie, ondanks de uitzondering die de Richtlijn maakt voor deze informatie, mijns inziens als commerciële communicatie te beschouwen met als gevolg dat het richtlijn regime volledig van toepassing is. Naast dat betalingscriterium kan nog worden gekeken naar de vorm van de banner. Net zoals op basis van het sluikreclameregime voor de omroepen zowel een betalingscriterium als een beeldcriterium wordt gebruikt, zo kan ook het opvallend karakter van banners (bewegend, uitrollend, teksten bevattend, e.d.) een indicatie zijn voor het reclamekarakter ervan.

Reclame in de Richtlijn elektronische handel en in andere richtlijnen

Overweging (11) van de Richtlijn bepaalt dat het in de communautaire vastgestelde niveau van bescherming van met name volksgezondheid en consumentenbelangen onverlet blijft. Dat betekent dat naast de Richtlijn elektronische handel andere richtlijnen die bepalingen omtrent reclame bevatten, ook op online-reclame van toepassing blijven, zoals die inzake misleidende

²¹ Zie ook Drijber 2000, p. 125.

²² Zie Spindler 2000, p. 5.

²³ Bijlage V bij Richtlijn 98/48 tot wijziging van Richtlijn 98/34 EG kwalificeert die diensten namelijk als televisieomroepdiensten. Zie ook Overweging (17) van de Richtlijn elektronische handel.

²⁴ Spindler 2000, p. 6.

en vergelijkende reclame, reclame voor geneesmiddelen en reclame voor levensmiddelen; waarschijnlijk zal dat ook het geval zijn met de nieuw voorgestelde richtlijn inzake tabaksreclame en sponsoring.²⁵ Deze richtlijnen bevatten eveneens definities van reclame of noemen het begrip zoals de Levensmiddelenrichtlijn. De definities sporen niet altijd met de definitie van de Richtlijn elektronische handel. Die discrepantie wordt voornamelijk veroorzaakt doordat enerzijds wordt gekeken naar de inhoud van de boodschap, anderzijds naar de manier waarop zij wordt geproduceerd. Het laatste criterium is dat van de Richtlijn elektronische handel die immers vooral oog heeft voor criteria als (on)afhankelijkheid en het al dan niet gefinancierd zijn van de mededeling. Het eerste is doorgaans het criterium van andere richtlijnen. De Geneesmiddelenreclame richtlijn spreekt van de bedoeling tot verkoopbevordering, de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame spreekt over mededelingen ter bevordering van de afzet van goederen en diensten, en het voorstel voor een tabaksreclamerichtlijn over commerciële mededelingen die de aanprijzing van een tabaksproduct tot doel dan wel tot rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg heeft. Dergelijke definities openen meer mogelijkheden tot conflicten over de vraag of een bepaalde mededeling nu als reclame dan wel als een andere vorm van informatie valt te beschouwen en beperken in een aantal gevallen de vrijheid van meningsuiting, zoals de ervaring bij de beoordeling van sluikreclame op televisie leert.²⁶ Uit een oogpunt van gelijkheid tussen offline en online reclame, ware de definitie van de richtlijn steeds als uitgangspunt te nemen.

Reclameverboden

Toepasselijkheid van regels met betrekking tot reclame vereist uiteraard dat de desbetreffende mededelingen als reclame zijn te beschouwen. De noodzaak van een antwoord op die vraag speelt vooral in gevallen waarin reclame gedeeltelijk verboden is, zoals bij publieksreclame voor recept-geneesmiddelen, voor beoefenaars van het vrije beroep of, in de nabije toekomst, voor tabaksreclame. Probleem bij internet lijkt in de eerste plaats dat het bij de informatie die daarop te vinden is, steeds gaat om informatie die actief wordt gezocht en opgehaald en in die zin wellicht niet voldoet aan het doorgaans gestelde vereiste dat reclame openbare mededelingen betreft waar de ontvanger doorgaans niet om heeft gevraagd. Dat gaat niet op voor de al genoemde *interstitials*, noch voor ongevraagde e-mailreclame, maar wel voor andere vormen van reclame op het web. Het gegeven dat het bij die andere vormen altijd om actieve medewerking van de gebruiker gaat en dat er daarom geen sprake van reclame zou zijn, wordt evenwel standaard in de rechtspraak verworpen. Zowel de Duitse rechter als de Nederlandse Reclame Code Commissie zijn daar niet gevoelig voor, zelfs niet als een site alleen maar toegankelijk is via een wachtwoord of door middel van registratie.²⁷

²⁵ Richtlijn 84/450/EEG, gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG van 6 oktober 1997 inzake misleidende en vergelijkende reclame, *Pb.* L 290/18; Richtlijn 92/28/EEG van 31 maart 1992 betreffende reclame voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik, *Pb.* L 113/13; Richtlijn 2000/13/EG van 20 maart 2000 inzake de etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame, *Pb.* L109/29; Voorstel voor een Richtlijn inzake reclame en sponsoring voor tabaksproducten van 30 mei 2001, COM(2001) 283 def.

²⁶ Zie bijvoorbeeld de zaken Cvdm/VPRO (Hofmann's Honger) en NOS/Cvdm (Wokkels), gepubliceerd in J.J.C. Kabel e.a. (red.), *Publieke Omroep & Commerce*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever, resp. 1994, p. 41-47 en 1993, p. 13-21. Overigens is de tekst van het in zie zaken relevante artikel 28 Mediabesluit nadien gewijzigd met als gevolg dat deze uitspraken niet meer geldig zijn.

²⁷ RCC 20 april 1999, bevestigd door CvB 29 juli 1999, *Uitspraken RCC en CvB 1999 II*, nr. 271 (Vereniging Borstvoeding Natuurlijk/Milupa); RCC 11 november 1999, *Uitspraken RCC en CvB 1999 II*, nr. 422 (Wijndokter); RCC 29 april 1999, *IER* 1999-5, p. 235-238 met ann. JK (Kruithof/Andringa tabak), bevestigd door CvB 28 juli 1999, *Uitspraken RCC en CvB 1999 II*, nr. 272; OLG Frankfurt 22. Januar 1998, *MMR* 1998-8, p. 417-418 (Krankenkasse); LG Berlin, 7. März 2000, *MMR* 2000-8, p. 490-491 (Anwaltswerbung); zie verder

Niettemin ligt het niet altijd zo eenvoudig. Gaat het bijvoorbeeld om reclame voor geneesmiddelen, dan valt een tegengestelde trend te constateren. Volgens de Codecommissie van de Stichting Code Geneesmiddelenreclame (CGR) is er géén sprake van een openbare aanprijzing, als het wachtwoord alleen beschikbaar is voor een beperkte groep van beroepsbeoefenaren, waarbij de adverteerder er echter wel voor moet zorgen dat het wachtwoord niet volstrekt voor de hand ligt, zoals bijvoorbeeld de naam van het geneesmiddel waarover de site gaat. De Utrechtse President oordeelt in de Roche-zaak dat het verwijzen naar voorlichtende productinformatie over een merkgeneesmiddel, welke informatie op zichzelf niet als publieksreclame kan worden aangemerkt, niettemin wel als zodanig kan worden aangemerkt, wanneer die productinformatie direct via één link op een algemene banner (in dit geval: ‘het gevaar van te zwaar’) wordt gegeven. Daaruit leidt de president af dat wanneer die productinformatie niet onverwijld bij raadpleging van de banner wordt gegeven, maar via meer verwijzingen, er geen sprake is van (openbare) publieksreclame.²⁸

. De Richtlijn elektronische handel geeft op dit punt geen bijzondere aanwijzingen, maar gaat er van uit dat de richtlijn een aanvulling is op bestaande richtlijnen ten aanzien van de informatieverstrekking. De definitie van commerciële communicatie uit de richtlijn is niet beperkt tot publieksreclame.

Het bestaande systeem is gebaseerd op (intentionele) doelgroepcriteria. De Nederlandse Code Publieksreclame voor geneesmiddelen bijvoorbeeld omschrijft publieksreclame als ‘(e)lke reclame-uiting die *niet uitsluitend gericht* is op beroepsbeoefenaren (zoals apothekers, apothekhoudende artsen, apothekers-assistenten, drogisten, artsen, tandartsen, verloskundigen, etc.)’.²⁹ De voorgestelde regelingen voor tabaksreclame beperken toelaatbare reclame eveneens tot reclame die uitsluitend *bestemd* is voor de bedrijfstak. In de offline-wereld wordt dat doelgroepcriterium voor een deel verwezenlijkt doordat niet in publieksmedia mag worden geadverteerd. In online-reclame zou dat criterium echter ook technisch (toegangscontrole door wachtwoord of registratie, de meerdere klikken van de Utrechtse President) kunnen zijn, naast het plaatsen op de site van beperkende doelgroepclausules. De vraag is welke afscherpende maatregelen de houder van de site getroffen moet hebben om aan aansprakelijkheid voor overtreding van het verbod van publieksreclame te ontkomen. Het systeem van meerdere klikken lijkt mij in dit verband niet voldoende. De discussie over dit probleem loopt nog in Nederlands en ook in Europees verband, voorzover het publieksreclame voor geneesmiddelen betreft.³⁰ Het voorstel voor een richtlijn inzake tabaksreclame en sponsoring past eenvoudigweg de verboden voor pers en andere gedrukte publicaties toe op de diensten van de informatiemaatschappij.

op de Entscheidungssammlung Online-Recht www.netlaw.de; OLG Koblenz 13. Februar 1997 (Zahnartz Werbung); OLG Stuttgart 22. Oktober 1999 (0800-RECHTSANWALT); OLG Nürnberg 23. März 1999 (Anwalts-Gästebuch).

²⁸ Codecommissie CGR 24 maart 2000, *Mediaforum* 2000-6, p. 223-225 met ann. Madeleine De Cock Buning (Boehringer Ingelheim/Searle); Pres. Rb. Utrecht 15 februari 2000, *IER* 2000-3, p. 172-177 met ann. JK (Staat der Nederlanden/Roche).

²⁹ Het ontwerp Besluit geneesmiddelenreclame definieert publieksreclame overigens strikter door de eis te stellen dat de reclame kennelijk ook voor anderen dan beroepsbeoefenaren is bestemd. Zie TK 2000-2001, 23 959, nr. 10, p. 5.

³⁰ Schutjens 2000, p. 62-63. De Europese Commissie heeft op 18 juli 2001 voorgesteld publieksreclame voor geneesmiddelen op recept in een aantal gevallen (diabetes, astma en aids) en onder nadere voorwaarden toe te staan.

Publieksreclameverboden en elektronische handel

Publieksreclameverboden en waarschuwingsplichten zoals bij tabaksreclame behoeven uiteraard de handel in de desbetreffende producten niet onmogelijk te maken. Voor producten en diensten die voor hun marketing grotendeels van het internet afhankelijk zijn, betekent een verbod van elektronische reclame in feite een verbod van elektronische verkoop. Gelet op de ruime definitie van commerciële communicatie, is immers gemakkelijk voor te stellen dat ook de meest eenvoudige, betaalde informatie over producten of diensten als reclame wordt bestempeld. Een verbod van elektronische reclame moet voor de lidstaten van de Raad van Europa ingevolge het EVRM beantwoorden aan de eis dat het noodzakelijk is in een democratische samenleving. Overweging (9) van de Richtlijn zegt uitdrukkelijk dat zij geldt onverminderd het fundamentele beginsel van de vrijheid van meningsuiting. Zolang de handel in die producten of diensten op zichzelf niet verboden is, lijkt een dergelijk verbod zonder meer disproportioneel. Het is op het moment overigens nog moeilijk voor te stellen of die casus zich zal voordoen.

De toelaatbaarheid van ongevraagde reclame via e-mail

In het voorstel voor een richtlijn over privacy in de sector elektronische communicatie,³¹ werd e-mail ten behoeve van direct-marketing waarom de abonnee niet heeft gevraagd (de zogenaamde *spam*), aanvankelijk onder dezelfde soort bescherming gebracht als die welke voor faxberichten bestaat. Dit betekende dat spamming verboden zou zijn, behalve voor abonnees die hebben aangegeven dat zij ongevraagde e-mails ten behoeve van direct-marketing wensen te ontvangen (de zogenaamde opt-in). Voor dit opt-in systeem werd gekozen omdat het vanuit het standpunt van de interne markt onbevredigend zou zijn, gelet op het naast elkaar bestaan van opt-in en opt-out (ongevraagde mail toegestaan, tenzij bezwaar betrokkene) systemen, dat direct-marketing-bedrijven in opt-in-landen geen e-mail-adressen mochten benaderen in hun eigen land, maar wel ongevraagde commerciële e-mail zouden kunnen blijven sturen naar landen met een opt-out-systeem. Aangezien voorts e-mailadressen heel vaak geen indicatie geven van de woonplaats van de ontvanger, zou een systeem met verschillende stelsels op de interne markt in de praktijk niet werkbaar zijn. Een geharmoniseerde opt-in regeling zou dan een oplossing voor dit probleem bieden. Dit voorstel dreigt door het Europees Parlement te worden verworpen. Daarmee blijft de gesignaleerde interne marktproblematiek overeind. De Richtlijn elektronische handel biedt geen oplossing voor dit probleem, omdat daarin het spam-probleem uitdrukkelijk wordt uitgezonderd van het land van oorsprong-beginsel. Dat laatste betekent dat de lidstaten hun nationale regels mogen toepassen op adverteerders die in de lidstaat zijn gevestigd en op adverteerders die vanuit een andere lidstaat of een derde land e-mail verzenden naar adressen binnen de lidstaat. De nationale regels en de zelfreguleringsregels op dit punt in de lidstaten en in derde landen lopen overigens nog meer uiteen dan alleen op het verschil in opt-in of opt-out. Zo is bijvoorbeeld commerciële e-mail gericht op kinderen zonder voorafgaande toestemming van de ouders verboden in de Engelse DMA Code. Voor financiële dienstverlening op afstand blijft de discussie over opt-in of opt-out actueel.³²

Wat te doen? Een verspreidingsbeperking die alleen maar is gestoeld op het gegeven dat het om reclame gaat, lijkt in strijd met artikel 10 EVRM, omdat reclame door het eerste lid wordt

³¹ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie, 500PC0385.

³² Zie bijv. de amendementen op artikel 10 van het Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn betreffende verkoop op afstand van financiële diensten van 23 juli 1999, COM(1999) 385 def.

beschermde en de beperkingsgronden van lid 2 van dat artikel niet in zo'n simpele beperking voorzien. Verspreiding per e-mail kan mijns inziens in het informatietijdperk worden gezien als een zelfstandig verspreidingsmiddel en beperkingen op die verspreiding dienen dus in overeenstemming te zijn met de beperkingsgronden van artikel 10 EVRM. Het Kabinetstandpunt over vernieuwing van de Grondwet³³ bevat in dit verband twee beperkingsgronden die gedelegeerde wetgeving mogelijk maken: gezondheid en veiligheid. Dat betekent dat andere beperkingsmotieven – bijvoorbeeld een verbod van verspreiding van reclame per e-mail zonder voorafgaande toestemming ter bescherming van de rechten van anderen – in ieder geval bij formele wet geregeld zullen moeten gaan worden. Een dergelijke wet zal uiteraard geen strijd mogen opleveren met artikel 10 EVRM.

De Nederlandse rechtspraak kent tot dusver maar één uitspraak op dit punt.³⁴ De Duitse rechtspraak³⁵ bevat daarentegen wel een aantal argumenten die duidelijk maken waarin de mogelijke (on)toelaatbaarheid van reclame via e-mail zou kunnen schuilen. Die rechtspraak is mede gestoeld op een lange rij van uitspraken over meer klassieke verspreidingsmiddelen zoals brievenbusreclame en faxreclame. LG Traunstein, de eerste rechter die zich over de toelaatbaarheid van e-mailreclame uitlaat, oordeelt in een op die eerdere rechtspraak gebaseerd vonnis, dat de ongevraagde verzending van reclame aan een privé e-mailadres een vorm is van oneerlijke mededinging in de zin van par. 1 UWG. Het belang dat grote bevolkingsgroepen hebben bij informatieve reclame was indertijd voor het BGH reden geweest brievenbusreclame principieel toelaatbaar te achten.³⁶ LG Traunstein acht dat argument voor e-mail niet valide, vanwege de ontzaggelijke toeneming van reclame in het algemeen, het gegeven dat e-mail onvergelijkbaar goedkoper, sneller en doelgerichter is dan brievenbusreclame en daardoor meer belastend kan zijn voor de ontvangers, rechtstreeks op het bureaublad beland, gecontroleerd moet worden op de inhoud door de ontvanger, mede ook een communicatiemiddel is geworden voor belangrijke post, filterprogramma's niet altijd geschikt zijn om dergelijke e-mail te ontgaan en al met al het gevaar bestaat dat dergelijke methoden op grote schaal door concurrenten zullen worden gebruikt, wanneer zij zonder meer worden toegelaten. Het verbod van ongevraagde telefonische reclame³⁷ is niet van toepassing op ongevraagde e-mail, omdat er daarbij, anders dan bij het medium telefoon, geen sprake is van een inbreuk op de privésfeer. Het kosten- en transportblokkerings-argument dat reden was ongevraagde telex- en teletextreclame alsmede Btx-reclame³⁸ ontoelaatbaar te verklaren, speelt bij e-mail niet in diezelfde mate en is dus geen reden om ongevraagde e-mailreclame ontoelaatbaar te achten. Wat tenslotte blijft staan als ontoelaatbaarheidsgrond is vooral, zo lijkt het, de vrees dat zonder ingrijpen gebruikers overspoeld worden met e-mailreclame en dat er niet meer van kan worden uitgegaan dat het grootste deel van de privé-e-mailgebruikers ongevraagde e-mailreclame als een acceptabel euvel ziet. Ziedaar de grond voor een opt-in constructie: alleen wanneer de gebruiker tevoren te kennen geeft wel reclame in zijn elektronische mailbox te willen ontvangen, is het verzenden daarvan toelaatbaar. Ongevraagde e-mailreclame bestaat dan rechtens niet meer.

³³ *Grondrechten in het digitale tijdperk. Kabinetstandpunt*, Den Haag oktober 2000, p. 25.

³⁴ V.zr. Rb. Amsterdam 7 maart 2002, *Mediaforum* 2002-4: 124-126 met ann. Chr. A. Alberdingk Thijm (XS4ALL/AB.FAB). Zie voorts de annotatie van A.R.Lodder in *Computerrecht* 2002-

³⁵ Zie LG Traunstein 18. Desember 1997 (E-Mail-Werbung I), behandeld door Leupold e.a. 2000, p. 592-594 en net zoals de overige uitspraken ook te vinden op www.netlaw.de/urteile/ltps_02.htm; LG Berlin 13. Oktober 1998, *MMR* 1999-1, p. 43-46 (Verbot unaufgeforderten E-Mail-Werbung); OLG Hamburg 2. August 1999, *CR* 2000-3, p. 183 (Wiederhohlungsgefahr bei E-Mail-Werbung); LG Berlin 7. Januar 2000, *MMR* 2000-7, p. 441-443 (E-Mail-Werbung); LG Kiel 20. Juni 2000, *RDV* 2000-5, p. 226 (unerbetener E-Mail-Werbung).

³⁶ BGH 16. Februar 1973, *GRUR* 1973, p. 552 (Briefwerbung).

³⁷ BGH 19. Juni 1970, *NJW* 1970, p. 1738 (Telefonwerbung).

³⁸ BGH 3. Februar 1988, *GRUR* 1988, p. 614-619 (Bildschirmtext).

Die opvatting wordt langzamerhand ook in Duitsland bestreden.³⁹ Toegegeven moet worden dat de vermelde gronden voor ontoelaatbaarheid van ongevraagde e-mail vaag en in ieder geval niet empirisch hard gemaakt zijn. Bovendien zijn zij moeilijk te brengen onder de toelaatbare beperkingsgronden van artikel 10 lid 2 EVRM. De latere Duitse rechtspraak⁴⁰ gaat al ietsje soepeler met het probleem om en oordeelt t.a.v. een privé-persoon die zijn e-mail adres op de eigen privéwebsite bekend maakt, dat:

‘(e)ine unaufgefordert zugesandte E-Mail, die ein Angebot zum Inhalt hat, durch Aufnahme von Werbebannern auf der eigenen Website Geld zu verdienen, (...) keine Werbemail ist. Damit besteht kein Anspruch auf Unterlassung der Zusendung, solange auf der eigenen Website kein ausdrücklicher Hinweis auf Untersagung zu finden ist.’

Het is een wat dubbelzinnige uitspraak: enerzijds wordt geconstateerd dat een concreet aanbod niet als reclame valt te beschouwen, anderzijds kan ook tegen zo een aanbod worden opgekomen, wanneer een uitdrukkelijke ‘nee-sticker’ op de site te vinden is. Maar de bedoeling is duidelijk: wie zelf de lusten van de openbaarheid zoekt, moet ook enige lasten kunnen verdragen. Al met al zullen de argumenten voor een opt-in systeem m.i. op de lange duur niet sterk genoeg zijn voor een exclusieve opt-in regeling voor e-mailreclame. De gebruiker van e-mail zal het moeten hebben van andere regels die meer te maken hebben met de wijze waarop en de doelgroepen waaraan e-mail wordt verstuurd, bijvoorbeeld regels die de adverteerder verplichten zijn mail als reclame te kwalificeren, regels omtrent de omvang van de reclamemail, het bekend maken van de gebruiker met de mogelijkheid e-mailreclame te weigeren, bijzondere regels voor kinderen, en dergelijke.⁴¹

De eerder genoemde Nederlandse uitspraak inzake XS4ALL/AB.FAB pakt het probleem weer anders aan. De individuele ontvanger van e-mail reclame zal het volgens die uitspraak moeten doen met de opt-out mogelijkheid. De provider kan echter gebruik maken van een beroep op zijn eigendomsrechten met betrekking tot de apparatuur dan wel op de derdenwerking van overeenkomsten die hij met zijn eigen adverterende klanten heeft gesloten. De laatste mogelijkheid is in die uitspraak uitdrukkelijk gehonoreerd. Ik citeer: “Voorshands wordt geoordeeld dat nu XS4ALLL een dergelijk verbod oplegt aan haar eigen klanten zij ook, aangezien zij geen wettelijke vervoersplicht heeft, aan derden, zoals Abfab, kan verbieden via haar systemen ongevraagd reclameberichten te zenden aan haar klanten. Reeds op deze grond is de gevraagde voorziening toewijsbaar.”

Misleidende en verwarringwekkende reclame

Bijzondere regels voor misleidende en verwarringwekkende reclame zijn in de Richtlijn elektronische handel niet te vinden. De rechtspraak zal het dus vooralsnog moeten doen met het bestaande pakket maatregelen ter bestrijding van die vormen van reclame. Zij heeft daar, zeker wat misleidende reclame betreft, weinig moeite mee.⁴²

³⁹ Zie o.m. Leupold en Bräutigam 2000, p. 592-593; kritisch t.a.v. de Deense opt-in regeling Blume 2001, p. 16. Zie voor de Belgische ontwikkelingen terzake (eerst een voorstel voor een opt-in regeling, later alleen een verplichting e-mail reclame als zodanig herkenbaar te laten zijn), Dumortier 1999, p. 130.

⁴⁰ LG Kiel 20. Juni 2000, *MMR* 2000, p. 704.

⁴¹ Vgl. voor een gedetailleerde regeling terzake de Code verspreiding Ongevraagd Reclame via e-mail van de DMSA (www.dmsa.nl).

⁴² Zie daarover bijvoorbeeld RCC 25 mei 2000, *Uitspraken RCC en CvB* 2000 I, nr. 193 (www.automart.nl); OLG Oldenburg 27. Januar 2000, *MMR* 2000-7, p. 428-429 (Nettopreis); OLG Köln, 20. August 1997, *MMR* 1999-1, p. 37 (Anwaltsverzeichnis); zie verder op de Entscheidungssammlung Online-Recht www.netlaw.de; LG

Daarbij kan tevens rekening worden gehouden met tal van gedragscodes op dit terrein die evenwel doorgaans weinig toevoegen aan het verbod van misleiding of verwarring. Dat wil niet zeggen dat het internet geen nieuwe problemen op dit terrein heeft opgeleverd. Dat is uiteraard het geval met technieken die specifiek zijn voor het internet zoals het wervend gebruik van (unieke) domeinnamen en enkele innovatieve internet-verkoopmethoden.

Wervende Domeinnamen

Wij moeten hier een onderscheid maken tussen de categorieën misleiding aan de ene kant en verwarring aan de andere kant. De laatste categorie betreft gevallen waarin door het gebruik van een domeinnaam ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat de houder van de domeinnaam op de een of andere manier is betrokken bij de onderneming wiens naam gelijkt op de domeinnaam. Dergelijke suggesties kunnen worden bestreden met het merkenrecht, het handelsnaamrecht of met het oneerlijke mededingingsrecht en de overgrote meerderheid van de Nederlandse rechtspraak betreft ook die gevallen.⁴³ Voorzover er in die gevallen ook nog wordt veroordeeld op grond van misleiding is dat doorgaans niet nodig om tot het dictum te komen.⁴⁴ De prioriteitsregel die bij de registratie van domeinnamen wordt gehanteerd, kan er overigens toe leiden dat verwarringwekkende domeinnamen een rechtmatig bestaan kunnen leiden.⁴⁵ Mijns inziens zou in die gevallen toch steeds een verwijzingsplicht moeten gelden voor de houder van de verwarringwekkende domeinnaam.⁴⁶

De eerste categorie, die van misleiding, kan zich voordoen bij het gebruik van beschrijvende of generieke domeinnamen door commerciële ondernemingen. Deze namen hebben een bijzondere betekenis op het world wide web, omdat zij tevens gebruikt kunnen worden voor het zoeken naar algemene informatie over goederen of diensten. In die gevallen komt de consument die deze namen als trefwoord in een zoekmachine of rechtstreeks als www.adres opgeeft terecht op de site van een bepaalde, commerciële onderneming in plaats van, zoals hij wellicht verwacht, op een site met meer algemene informatie. Ik wijs op voorbeelden uit de Nederlandse en Duitse rechtspraak als: botenmarkt.nl, motormarkt.nl, slachtofferhulp.nl, kueche.de, rechtsanwaelte.de, gezondslapen.nl, energiebedrijf.nl, krediet.nl, enzovoort. Op grond van het beleid van de verschillende nationale domeinnaamregistratie-instellingen kunnen deze namen niet worden geweigerd, wanneer ze vrij zijn. De SIDN kent wel een beperkte lijst van zogenaamde voorbehouden domeinnamen, maar die lijst heeft betrekking op generieke communicatienamen, zoals directory.nl, domain.nl, edu.nl, e-mail.nl, gov.nl, internet.nl, int.nl, mail.nl, nameserver.nl, net.nl, www.nl, en dergelijke.⁴⁷

De Nederlandse rechtspraak beoordeelt deze namen louter uit een oogpunt van conflicterend gebruik. Aldus worden in een aantal gevallen gerechtvaardigde verwachtingen van consumenten niet waargemaakt. Hoewel in de Duitse rechtspraak de beoordeling van deze namen ook plaatsvindt in het kader van conflicten tussen partijen die rechtstreeks belang hebben bij een domeinnaam, is er daarin toch meer ruimte voor de gedachte dat

Darmstadt 17. April 2001, (www.kueche.de); OLG Düsseldorf 18. Januar 2001 (groszte Programmzeitschrift); LG Hamburg 13. Oktober 2000 (letsbuyit.com).

⁴³ Zie de website van de KUB: www.domeinnaam-jurisprudentie.nl.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Amsterdam 15 mei 1997, *domeinnaam-jurisprudentie.nl*, DR 2000-8 inzake Labouchère c.a./IMG Holland.

⁴⁵ Rb. Amsterdam 21 juni 2000 (Quote Publishing/Quote Components – rechtmatige houder van de domeinnaam quote.nl), *IER* 2001-6 (dit nummer).

⁴⁶ Zo loste de rechter het probleem op in Zumpolle, zie Pres. Rb. Den Haag 16 februari 2001, *IER* 2001-5, p. 250-252 en daarover Vollebregt en Stam in hetzelfde nummer, p. 207-212. Het Hof heeft die plicht echter verworpen, zie: Hof den Haag 31 januari 2002, LNJ nr. AE 1722.

⁴⁷ Zie: <http://www.domain-registry.nl/voorbehouden.lp>.

monopolisering van een generieke naam onrechtmatig kan zijn. Aanvankelijk vanwege het argument dat daardoor de klanten van aanbieders die in de desbetreffende branche opereren, worden ‘afgevangen’. Aldus besliste bijvoorbeeld LG München over het gebruik van de domeinnaam ‘rechtsanwaelte.de’.⁴⁸ Nog een stap verder ging OLG Braunschweig dat kanalisering van klantenstromen door registratie van beschrijvende domeinnamen onrechtmatig acht, wanneer concurrenten medegebruik geweigerd wordt en de consument door de vormgeving van het aanbod ervan wordt afgehouden nog verder naar informatie bij concurrenten te zoeken.⁴⁹ De onrechtmatigheid schuilt volgens het OLG niet in misleiding; deze onrechtmatigheidsfactor wordt uitdrukkelijk afgewezen. Deze lijn in de lagere rechtspraak is echter door het BGH doorgesneden en in plaats daarvan is het element van misleiding weer op de voorgrond gebracht. In de ‘Mitwohnzentrale.de’-uitspraak oordeelde het Hof, dat het klantenafvang-element niet past in de bestaande oneerlijke mededingingsrubrieken en dat er ook geen reden is om een nieuwe rubriek te ontwikkelen. Klanten afvangen is alleen dan onrechtmatig,

‘wenn sich der Werbende gewissermaßen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung des Kaufentschlusses aufzudrängen.’

Die situatie doet zich hier echter niet voor. Het registreren van een beschrijvende domeinnaam zou volgens deze uitspraak ook minder monopoliseren dan het beschermen van een beschrijvende merknaam, omdat de domeinregistratie het derden vrijlaat om die naam in andere communicatievormen te gebruiken. De consument die een beschrijvende domeinnaam direct als internetadres gebruikt, moet voorts nu eenmaal weten dat er nadelen aan deze zoekmethode kleven. De grens aan het gebruik van een beschrijvende domeinnaam ligt echter bij misleiding en ik citeer:

‘weil der Eindruck entstehe, es handele sich beim Beklagten um den einzigen oder doch um den maßgeblichen Verband von Mitwohnzentralen. Das OLG muß nun diesem Vorwurf der unzutreffenden Alleinstellungbehauptung nachgehen. Sollte es eine Irreführung bejahen, wäre dem Beklagten zum Beispiel aufzugeben, "Mitwohnzentrale.de" nur zu benutzen, wenn auf der Homepage darauf hingewiesen wird, daß es noch andere Verbände von Mitwohnzentralen gibt.’⁵⁰

Het gaat dus om de onjuiste suggestie van een ‘Alleinstellung’; op gelijke wijze is bijvoorbeeld het gebruik van een Vanity-telefoonnummer als 0800-RECHTSANWALT verboden,⁵¹ zij het dat bij telefoonnummers, niet zoals bij het gebruik van internet, gemakkelijk op het bestaan van andere aanbieders kan worden gewezen. Ook hier geldt dus, in ieder geval volgens Duits recht, net zoals ik verdedigde bij verwarringwekkende domeinnamen, dat de rechter onder omstandigheden een verwijzingsplicht dient op te leggen. Uitsluiting van registratie is uiteraard een andere optie. Registratie onder het nieuwe top-level-domein .info kent een uitsluiting van generieke (en geografische) namen. Een dergelijke absolute uitsluiting is mijns inziens niet proportioneel, omdat er zich omstandigheden kunnen voordien waarin het gebruik van een generieke naam niet tot verwarring of misleiding behoeft te leiden.⁵²

⁴⁸ LG München I 16. November 2000 (rechtsanwaelte.de), zie www.netlaw.de

⁴⁹ OLG Braunschweig 20. Juli 2000 (stahlguss.de), id.

⁵⁰ BGH 17. Mai 2001 – I ZR 216/99, NJW 2001, 3262, MMR 2001: 666 met ann. Hoeren.

⁵¹ OLG Stuttgart 22. Oktober 1999, zie www.netlaw.de.

⁵² Zie HvJEG 18 mei 1993, C-126/91 (Rocher); HvJEG 2 februari 1992, C-315/92 (Clinique).

Misleiding en innovatieve verkoopmethoden

Het internet kent een aantal verkoopmethoden die nieuw ogen en die in een aantal gevallen juridisch niet sporen met soortgelijke methoden in de gewone wereld. Communityshopping (Co-shopping, waaronder veilingen op het net, Powershopping, Powerbuying) betreft verkoopmethoden die juridisch niet (kunnen) voldoen aan bijvoorbeeld eisen die aan gewone veilingen of uitverkopen worden gesteld, zoals het Duitse verbod om nieuwe artikelen via een veiling te verkopen of de eis dat veilingen aan vergunningen zijn onderworpen, dan wel de verplichting vooraf een werkelijk te betalen eindprijs aan te geven.⁵³ Doorgaans gaat het daarbij om systemen waarbij de prijs van een bepaald artikel wordt bepaald door de grootte van de groep kopers in spe.⁵⁴ Het verwijt aan de aanbieders van deze online-methoden ligt dan voor de hand: er is sprake van een oneerlijke voorsprong in de concurrentie doordat de online-aanbieders zich niet houden aan regels waaraan offline-aanbieders zich wel moeten houden. De Duitse rechtspraak kent intussen al tal van uitspraken over deze verkoopmethoden.⁵⁵

Die rechtspraak is voor een deel gebaseerd op regelgeving die wij niet meer kennen zoals uitverkoopregelingen en regelingen met betrekking tot kortingen, cadeau's, e.d.⁵⁶ Deels komen dergelijke problemen in ons land ook nauwelijks aan de oppervlakte, omdat het toezicht op de naleving van marktordenende regelingen als deze in de regel niet geschiedt door privaatrechtelijke belangenverenigingen zoals dat vaak in Duitsland het geval is. Niettemin is het leerstuk van een ongeoorloofde voorsprong in de concurrentie door wetsovertreding, ook bij ons een geaccepteerd leerstuk en zijn dit soort gevallen geschikt om te leren wat er, gelet op bestaande regelgeving wel en niet mag op het internet. De les die nu langzamerhand uit de Duitse rechtspraak kan worden getrokken is dat er voor deze innovatieve verkoopmethoden eigenlijk maar één regel behoort te gelden, te weten dat de aankleding ervan niet misleidend behoort te zijn.⁵⁷ Die les spoort met wat de Richtlijn elektronische handel bepaalt over promotionele activiteiten: de plicht duidelijk en ondubbelzinnig aan te geven waartoe de deelnemer aan deze acties zich verplicht (artikel 6 onder *c* en *d*). Het interessante aan die ontwikkeling is dat deze beoordeling van online-methoden ongetwijfeld effect zal hebben op soortgelijke verkoopactiviteiten in de offline-wereld. In Duitsland is dat dan ook inderdaad het geval.⁵⁸ In die zin heeft de Richtlijn elektronische handel al een verwoestend effect gehad op enkele bijzondere reclameregels. De vrees van velen is dat er nog veel regels dit lot zullen delen.

Het Land van Herkomst: gevolgen voor nationale reclameregels

Context

Het land van herkomst principe is een juridisch principe dat vooral de Duitse gemoederen bezighoudt en dan vooral op het terrein van reclame en oneerlijke mededinging. In zijn meest simpele vorm zou het er voor het reclamerecht op neer komen, dat elke mededeling die voldoet aan de eisen van het land waar degene die de mededeling doet is gevestigd, ook in andere landen toelaatbaar zou moeten zijn. Men komt dat argument in die simpele vorm nog wel eens tegen in procedures. De vraag waar het bij dat argument op aan komt is uiteraard of

⁵³ Zie over deze regelingen Bullinger 2000.

⁵⁴ Vgl. voor een beschrijving Menke 2000, p. 337-338.

⁵⁵ Zie voor een opsomming Fezer 2001, p. 1018, noot 151.

⁵⁶ Bijvoorbeeld de *Preisangabenverordnung*, de regeling inzake *Verkaufsveranstaltungen* (par. 7 UWG) en die inzake *Räumung eines vorhandenen Warenvorrats* (par. 8 UWG).

⁵⁷ Zie vooral Fezer 2001, p. 1018-1019. Zie ook Schuster e.a. 2002.

⁵⁸ Zie aldus Heermann 2001, p. 866 met betrekking tot de intrekking van de Duitse *Rabattgesetz* en de *Zugabeverordnung*.

de desbetreffende eisen min of meer gelijkwaardig zijn aan de eisen die in het ontvangende land worden gesteld. In enkele zaken die speelden tussen buitenlandse en binnenlandse loterijen heeft de Nederlandse rechter op een indirecte manier, te weten op basis van het leerstuk van oneerlijke voorsprong door wetsovertreding, inderdaad waarde gehecht aan dat argument.⁵⁹ Hij onderzoekt dan of beide loterijen zodanig van elkaar verschillen, dat de buitenlandse loterij het als het ware veel makkelijker heeft in Nederland dan de binnenlandse. In casu werd geoordeeld dat de verschillen niet zo groot waren dat de buitenlandse loterij een ontoelaatbare voorsprong zou genieten.

Buiten dat leerstuk om, ligt het moeilijker. Toepassing van economisch strafrecht laat nauwelijks ruimte voor zo'n argument en in privaatrechtelijke kwesties speelt het argument, nu even afgezien van bovengenoemd leerstuk, geen zelfstandige rol, maar is het afhankelijk van de vraag of conflictregels van toepassing zijn. In zaken van oneerlijke concurrentie hecht men daarbij in Duitsland grote waarde aan de zogenaamde marktregel, hetgeen wil zeggen dat het recht van de markt waar de mededinging daadwerkelijk plaatsvindt, van toepassing behoort te zijn.⁶⁰ De recente Nederlandse Wet conflictenrecht onrechtmatige daad⁶¹ bevat dezelfde regel, ik citeer artikel 4:

“1. In afwijking van artikel 3 worden verbintenissen wegens ongeoorloofde mededinging beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied de mededingingshandeling de concurrentieverhoudingen beïnvloedt. 2. Het eerste lid is niet van toepassing indien de mededingingshandeling uitsluitend tegen een bepaalde concurrent is gericht.”

Dezelfde wettelijke verwijzingsregels komen ook voor in onder meer de wetgeving van Zwitserland, Spanje en Oostenrijk. De *common law* landen gaan doorgaans uit van het *lex fori* systeem dat op hetzelfde neerkomt: wanneer de rechter volgens jurisdictieregels bevoegd is, past hij het eigen recht toe.⁶² De geplande Rome II Verdragen op het gebied van het internationaal privaatrecht zullen ter zake eveneens een marktregel bevatten.⁶³ Die regel komt vaak neer op toepassing van het recht van het ontvangende land. Het is duidelijk dat onvervroren toepassing van deze regel op grensoverschrijdende acties nu niet bepaald een middel is om doelstellingen als een interne markt te verwezenlijken. Het nationale internationaal privaatrecht wordt dan ook wel als een sta in de weg aan de verwezenlijking van interne markt idealen binnen de Europese Unie gezien.

De idealen van een interne markt kunnen echter op verschillende manieren worden bereikt. Bovengenoemde Nederlandse rechtspraak hanteert het principe van gelijkwaardige bescherming. Wij kennen dat principe in wettelijke vorm in bijvoorbeeld de algemene Privacyrichtlijn en de Nederlandse Wet bescherming persoonsgegevens. Een gelijksoortig principe is te vinden in de rechtspraak van het HvJEG, daar waar het Hof binnen de EU het principe van wederzijdse erkenning van elkaars recht hanteert. Daarnaast kan met behulp van richtlijnen het materiële recht in de verschillende lidstaten worden geharmoniseerd. Tenslotte kan met behulp van verordeningen het nationale recht rechtstreeks worden geüniformeerd. Het internationaal privaatrecht zelf, behoeft zich hierbij niet onbetuigd te laten. Ook de nationale conflictregels kunnen immers worden geharmoniseerd of uniform gemaakt, zij het

⁵⁹ Pres. Rb. Den Haag 14 februari 1997, *NTER* 1997- 4: 69-71 met commentaar van Van Zutphen; Hof Den Haag 19 november 1998, *NJ* 1999, 679.

⁶⁰ Zie over de toepassing van deze regel op zgn. Internet-Werbung Volker Boehme-Meszler 2001: 547-548.

⁶¹ Wet van 11 april 2001, *S.* 2001, 190.

⁶² Zie nader Kabel 1994.

⁶³ Strikwerda *WPNR* 2000-6421.

dat zulke methoden uiteraard nog geen harmonisering of uniformering van de materiële regels zelf tot gevolg hebben.

Het land van herkomstprincipe neemt nu een bijzondere plaats in binnen de harmonisering door middel van Richtlijnen. Het kan heel precies worden gebruikt en het kan grof worden gebruikt. Precies gebruikt men het wanneer concreet wordt aangegeven op welke gebieden het wel en op welke gebieden het niet van toepassing is. Een goed voorbeeld is de Televisie-Richtlijn. Deze bevat een aantal, zogenaamde gecoördineerde gebieden; alleen op die gebieden is het principe van toepassing en op andere niet. AG Jacobs heeft in zijn conclusie bij de Agostini-zaak wel geprobeerd het herkomstprincipe uit te breiden naar het door de Televisierichtlijn niet gecoördineerde gebied van misleidende reclame, maar die poging tot een zogeheten koude harmonisering is door het Hof niet gehonoreerd.⁶⁴ De Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame bevat zelf niet een land van herkomst principe en zulks betekent dat de lidstaten in beginsel hun eigen misleidingsbeleid mogen voeren en, mochten er verschillende nationale interpretaties bestaan van het begrip misleiding of van de voorwaarden voor toelaatbare vergelijking, het HvJEG zorg moet dragen voor een geharmoniseerde uitleg van de desbetreffende termen.

Het principe in de Richtlijn elektronische handel

Principe

De Richtlijn elektronische handel bevat nu een betrekkelijk duivelse methode; zij gebruikt het land van herkomst principe op een zeer grove manier door de gecoördineerde gebieden niet aan te geven, maar deze los te koppelen van de in de richtlijn zelf behandelde onderwerpen. Het principe kan dan op alle mogelijke regelingen slaan. Artikel 2 onder h. definieert het gecoördineerde gebied namelijk als volgt: “de in de nationale rechtsstelsels vastgelegde eisen voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en diensten van de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden.” Artikel 3 lid 1 bevat het bekende home country control beginsel: het is de lidstaat zelf, waar de dienstverlener is gevestigd, die toezicht dient te houden op naleving van deze eisen. En artikel 3 lid 2 bevat dan het beginsel dat “(D)e lidstaten (...) het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet (mogen) beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied.” De richtlijn bevat aldus de regel van een verplichte wederzijdse erkenning binnen de Unie van elkaars regelingen in de meest ruime zin van het woord met betrekking tot elektronische handel. Spindler spreekt van een rechts-politieke beslissing die ver uitgaat boven de online sector, Drijber van een in haast gelegd mijnenveld en van een verre van onschuldige tekst, Henning-Bodewig van een problematisch verschil tussen online en offline handel.⁶⁵ De Richtlijn doet echter naar eigen zeggen niet af aan de bepalingen omtrent het toepasselijk recht van het internationaal privaatrecht, zij het dat deze bepalingen de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij te verlenen, niet mogen belemmeren (Overweging 23). Met die overweging wordt lippendienst bewezen aan het ipr, maar is het de vraag of er toch niet, ondanks het zogenaamde ipr-neutrale karakter van de richtlijn, een nieuwe collisieregeling is geschapen: prioriteit van het recht van het land van herkomst in die gevallen waarin door toepassing van ander recht het vrije dienstenverkeer wordt belemmerd. Vermeer constateert op basis van de ontstaansgeschiedenis van de ontwerprichtlijn, dat de

⁶⁴ Conclusie A-G Jacobs van 17 september 1996; HvJEG 9 juli 1997, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95 (Konsumentenombudsman (KO)/De Agostini en TV-Shop), *IER* 1997-6 met ann. JK.

⁶⁵ Spindler 2000: 4; Drijber 2001: 123, 130; Henning-Bodewig 2001: 776.

herkomstregel in ieder geval zal werken als een materiële conflictregel en de nationale marktregel geen betekenis meer zal hebben voor online reclame.⁶⁶

Twee opmerkingen bij de betekenis van deze regel. Allereerst: er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de vestigingseisen en de eisen die aan de dienst worden gesteld. De land van herkomstregel kan in ieder geval niet betekenen dat het nationale rechters niet zou zijn toegestaan te controleren of de dienstverlener daadwerkelijk aan de vestigingseisen van artikel 2 sub c) voldoet (duurzame vestiging voor onbepaalde tijd, daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit). Ten tweede: het gaat om de materiële conflictregels; de richtlijn kan niet afdoen aan de bevoegdheidsregels van het internationaal privaatrecht, zoals die zijn vervat in het EEX –Verdrag en het nationale procesrecht.⁶⁷ Kortom: een Nederlandse rechter kan op grond van die regels bevoegd zijn om te oordelen over de vraag of een dienstverlener in een bepaalde lidstaat is gevestigd volgens de regels van die lidstaat.

Uitzonderingen

De uitzonderingen op het land van herkomst beginsel zijn in de richtlijn zelf opgenomen. Zij bestaan deels uit gevallen waarop de richtlijn in het geheel (en dus ook het land van herkomst principe niet) niet van toepassing is (artikel 1 lid 5, onder meer gokactiviteiten waarbij een geldsbedrag wordt ingezet), deels uit gevallen waarin de richtlijn wel maar het land van herkomst principe ongeclausuleerd niet van toepassing is (artikel 3 lid 3 en de bijbehorende bijlage: onder meer verplichtingen uit consumentenovereenkomsten, toelaatbaarheid van ongevraagde e mails, intellectuele eigendomsrechten), deels uit gevallen waarin het ten behoeve van in de richtlijn zelf genoemde limitatieve doelstellingen onder zeer stringente voorwaarden mogelijk is van het beginsel af te wijken (artikel 3 lid 4). In het laatste geval zijn de afwijkingen onderworpen aan preventief en repressief toezicht van de Commissie.

Gevolgen voor nationale situaties

De gevolgen voor het nationale recht kunnen inderdaad verstrekkend zijn. De gedachte die ten grondslag ligt aan de marktregel, namelijk dat op een bepaalde markt voor alle concurrenten en liefst ook voor alle reclamemedia dezelfde regels dienen te gelden, komt op de tocht te staan. Net zoals bij vliegvluchten sommige passagiers goedkoper reizen dan anderen, zo kan op een en dezelfde elektronische handelsmarkt voor de ene aanbieder een soepeler regime gelden dan voor de ander. Het land van herkomst beginsel levert inderdaad een waarlijk multiculturele samenleving op, maar dan op het terrein van de elektronische handel. Dat geldt overigens niet alleen voor de adverteerders, maar ook voor het medium dat zij gebruiken. Voor drukpers- en radioreclameboodschappen geldt immers op het punt van het toepasselijk recht in de meeste landen de marktregel, voor televisiereclame geldt op een aantal welomschreven punten (de gecoördineerde gebieden) het land van herkomst beginsel en met de richtlijn elektronische handel is weer een nieuw en verdergaand regime geschapen voor online reclame. Het lijkt er dus op dat de richtlijn, in plaats van gelijke concurrentievoorwaarden in de interne markt te scheppen, de verwarring alleen maar doet toenemen.

De gedachte achter dit systeem is echter duidelijk een rechts-politieke. Toepassing van het beginsel zal er toe moeten leiden dat de binnenlandse adverteerders op een bepaalde markt zullen aandringen op gelijke concurrentievoorwaarden met de buitenlandse EU-concurrent die ook op die markt actief is. Dat zal doorgaans neerkomen op het afschaffen van restricties die

⁶⁶ Vermeer 2000: 181-182.

⁶⁷ Vgl. voor een recent overzicht van die regels voor on-line reclame Moerel e.a. 2001, nrs 9-17.

de binnenlandse adverteerder minder concurrentiemogelijkheden verschaffen dan zijn buitenlandse concurrent. Wanneer op deze wijze een min of meer gelijk regime is ontstaan, is het land van herkomst beginsel gemakkelijker te verteren. Het gaat dus om een juridisch steekspel dat op den duur tot gelijke concurrentievoorwaarden moet leiden. In de tussentijd blijven er op zijn zachtst gezegd toch wel een aantal problemen bestaan.

Gevolgen voor de Nederlandse praktijk

De vraag dient gesteld of de Nederlandse bestaande wetgeving, rechtspraak en uitvoeringspraktijk en de recente voorstellen op het terrein van reclame, voorzover het gaat om elektronische reclame,⁶⁸ dit steekspel zullen overleven. Er ligt een voorstel tot wijziging van de Tabakswet dat nog is gebaseerd op de strenge, oude EG-richtlijn; de Alcoholnota komt met een restrictieve aanpak van reclame voor alcoholhoudende dranken, neer te leggen in een Reclamebesluit op grond van artikel 2 van de Drank-en Horecawet, kansspelletjes op Internet zullen via een wijziging van de Wet op de Kansspelen aan banden worden gelegd. De Nederlandse rechtspraak op het stuk van oneerlijke mededinging heeft ook zo zijn eigen typische restricties en dat geldt zeker ook voor de Nederlandse Reclame Code en de bijbehorende uitspraken van de Reclame Codecommissie, om nog maar niet te spreken van de subtiele nuances die de Keuringsraad KOAG/KAG hanteert bij de beoordeling van het onderscheid tussen gezondheidsaanprijzingen en medische claims.⁶⁹ Kortom: hoe bestendig is het Nederlandse online reclamerecht na implementatie van de Richtlijn elektronische handel?

De Aanpassingswet richtlijn elektronische handel

De Nederlandse implementatiewetgeving in de vorm van de Aanpassingswet richtlijn elektronische handel⁷⁰ bevat geen bijzondere bepalingen op dit punt. De Aanpassingswet gaat er blijkens artikel VI lid 2 van uit dat de marktregel, zoals vervat in artikel 4 lid 1 van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, in beginsel van toepassing is en zondert daarvan, voorzover van belang, uit het in artikel 6:196c BW (nieuw) bepaalde omtrent de aansprakelijkheid van de in Nederland gevestigde verlener van diensten van de informatiemaatschappij. Dat betekent dat de uitsluiting van aansprakelijkheid voor bepaalde vormen van doorgifte of opslag van informatie steeds geldt voor in Nederland gevestigde dienstverleners, ook al zou volgens de conflictregels van het internationaal privaatrecht een ander recht van toepassing zijn.⁷¹ Aan te nemen valt dat die regel niet alleen maar geldt in gevallen van aansprakelijkheidsstelling binnen de Unie, maar ook daarbuiten. Ondanks het uitgangspunt dat artikel 4 lid 1 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad in beginsel van toepassing is, neemt artikel V van de Aanpassingswet het gehele richtlijnsysteem met betrekking tot het land van herkomst beginsel onverkort over. Wat dat betekent is niet duidelijk. Overweging 23 van de richtlijn stelt, als gezegd, dat toepassing van de conflictregels uit het internationaal privaatrecht niet mag leiden tot een beperking van de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij te verlenen. Het herkomstland beginsel gaat dus boven toepassing van de marktregel. Maar als dat zo is, was het niet nodig geweest, althans niet in interne markt verhoudingen, om de uitzondering van artikel VI lid 2 op te nemen. Aan te nemen valt dus ofwel dat dat artikel alleen maar relevant is voor de bescherming van Nederlandse providers tegen aansprakelijkheidsacties van eisers uit derde

⁶⁸ Ik herinner eraan dat daaronder niet valt televisie- en radioreclame, telefonische reclame en in het algemeen alle vormen van reclame die niet als een dienst van de informatiemaatschappij kunnen worden beschouwd. Dat wil weer niet zeggen dat media als televisie en telefoon niet kunnen worden gebruikt om diensten van de informatiemaatschappij te leveren.

⁶⁹ Zie bijvoorbeeld Codecommissie KOAG/KAG 13 maart 2002 (Chefaro/Keuringsraad) in *IER* 2002-3.

⁷⁰ Voorstel van wet van 23 januari 2002, TK 2001-2002, 28 197.

⁷¹ TK 2001-2002, 28 197, nr. 3: 70-71.

landen en dat de Nederlandse wetgever kennelijk – ondanks de lippendienst aan het ipr - voor het overige uitgaat van het primaat van het land van herkomst beginsel, ofwel dat de wetgever het conflict tussen ipr en land van herkomst beginsel niet heeft opgelost. Voor de eerste uitleg pleit dat de Nederlandse wetgever in artikel V lid 1 de wettelijke fictie heeft opgenomen dat diensten van de informatiemaatschappij per definitie voldoen aan de daarvoor in de lidstaat van de EU van vestiging van de dienstverlener geldende bepalingen die vallen binnen het gecoördineerd gebied. Er is – wanneer we kijken naar de discussie in Duitsland – reden om die fictie te nuanceren en het land van herkomst beginsel op te vatten als een verwijzing naar het materiële recht van de lidstaat van vestiging, met alle consequenties van dien. Als dat laatste juist is, blijft dus dat de Nederlandse wetgever het probleem niet heeft opgelost.

De Duitse aanpassing

Had het nog anders gekund? De ontwerper van de Duitse (en overigens ook de Oostenrijkse)⁷² implementatiewet meende aanvankelijk van wel. De oorspronkelijke tekst bevatte een begunstigingsclausule die erop neer kwam dat de internationale dienstverlener zich in voorkomende gevallen kon beroepen op het meest gunstige regime. Dat zou betekenen dat rechters, ondanks het land van herkomst beginsel, met verschillende rechtsordeningen rekening te houden hadden. De definitieve tekst van de wet heeft de begunstigingsclausule geschrapt.⁷³ Par. 4 van de desbetreffende wet (TeleDienstenGesetz) volgt de Europese wetgever, maar geeft zich rekenschap van de tegenstelling tussen toepassing van ipr collisieregels en van het beginsel van het land van herkomst. Ik citeer Par. 4 (2) TDG :

“Der freie Dienstleistungsverkehr von Telelediensten die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb der Geltungsbereich der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen sind, *wird nicht eingeschränkt (curs. K.)*.”

De vraag is of daarmee het probleem daadwerkelijk is opgelost. In de visie van de Duitse wetgever is dat inderdaad het geval, omdat de herkomstregel als een verwijzingsregel naar het materiële recht van de lidstaat van vestiging wordt opgevat. Dat betekent dat de nationale rechter die op basis van de bevoegdheidsregels van het internationale privaatrecht moet oordelen over de toelaatbaarheid van een online reclame afkomstig van een adverteerder uit een andere lidstaat, ambtshalve moet onderzoeken welke regels uit die lidstaat van toepassing zijn en welke voorwaarden die bevatten. De buitenlandse aanbieder draagt in die gevallen niet de bewijslast voor zijn eigen recht.⁷⁴ Net zoals in ons land kent de Duitse rechter immers ook het buitenlandse recht. Wat uitdrukkelijk wordt uitgesloten is de visie dat het gaat om een algemene verwijzingsregel: in dit geval zou immers ook het nationale internationale privaatrecht van de desbetreffende lidstaat in de beoordeling kunnen meedoen, met als zeer waarschijnlijke consequentie dat het toepasselijk recht dat is van de staat waar de onrechtmatige daad plaatsvindt, waar de concurrentie daadwerkelijk plaatsvindt, dan wel waar volgens het lex fori beginsel een bevoegde rechter is te vinden. In al die gevallen zal doorgaans niet het recht van de vestigingsstaat maar dat van het bestemmingsland van toepassing zijn.

⁷² Zie Lurger en Vallant 2002.

⁷³ Zie Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG), *BGBI.I* 2001, p. 3271 e.v. van 14 december 2001 (iwtr. 21 december 2001). Vgl. voor een algemeen overzicht van deze Duitse implementatiewetgeving Tettenborn e.a. 2001 en in het bijzonder over het land van herkomst beginsel Sack 2002.

⁷⁴ Zie Tettenborn e.a. 2001: 11.

De opvatting van de Duitse wetgever gaat dus een stap verder dan de Nederlandse wetgever. De laatste gaat er immers zonder meer van uit dat het buitenlands recht juist is toegepast en de herkomstregel louter als een publiekrechtelijke regel en niet als een verwijzingsregel moet worden opgevat.

De Duitse literatuur denkt nog genuanceerder over het probleem. Sack meent bijvoorbeeld dat de genoemde tegenstelling, ook na schrapping van de begunstigingsclausule recht overeind blijft. Hij pleit dan ook voor een restrictieve interpretatie van het land van herkomstprincipe, zonder dat hij daarmee afbreuk wil doen aan de doelstelling van de Richtlijn, te weten dat van vrijheid van het verlenen van diensten in de informatiemaatschappij en in het bijzonder het vermijden van situaties waarin een dienstverlener met tal van verschillende regelingen rekening dient te houden. Hij ziet niet in dat het herkomstbeginsel zou moeten inhouden dat altijd en alleen het recht van de plaats van vestiging zou moeten worden toegepast. Wanneer het gaat om de vraag welk recht moet worden toegepast op een in Duitsland gevestigde dienstverlener, die internationaal opereert, behoeft het immers niet noodzakelijkerwijs zo te zijn dat per definitie Duits materieel recht moet worden toegepast. Het land van herkomst principe staat er immers niet aan in de weg dat toepassing van het Duitse recht impliceert dat het recht van een andere lidstaat dient te worden toegepast. Een andere uitleg zou in strijd zijn met de door de richtlijn aangehangen ipr-neutraliteit. De vraag is vervolgens in hoeverre buitenlands recht op een in Duitsland gevestigde dienstverlener dient te worden toegepast. Wanneer toepassing van buitenlands recht restrictiever is dan het Duitse recht, zou het niet mogen worden toegepast, geheel en al conform wat de Richtlijn in rechtsoverweging 23 daaromtrent bepaalt. Dat zou echter weer niet het geval mogen zijn, wanneer de Duitse dienstverlener zich uitsluitend richt op een buitenlands publiek. Toepassing van de begunstigingsclausule zou er dan immers toe leiden, dat de Duitser die exclusief op een bepaalde buitenlandse markt opereert, voordeliger behandeld zou worden, dan zijn concurrenten en dat is weer in strijd met het eveneens Europeesrechtelijke principe van een onvervalste mededinging. Dat lijkt mij op zichzelf een juiste regel, zij het dat de varianten van zo'n situatie (uitsluitend op twee landen? In het eigen land en op maar één ander land?) juist weer de problemen opleveren die de Commissie met de richtlijn had willen vermijden.

Wat het herkomst principe natuurlijk wel zonneklaar verbiedt is toepassing van Duits materieel recht op een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener. De consequentie daarvan zou kunnen zijn, aldus Sack, dat mogelijke procedures door Duitse eisers in het buitenland en naar buitenlands recht dienen te worden uitgevochten. Dat benadeelt natuurlijk vooral kleinere ondernemingen. Sach spreekt dan ook van een *mittelstandfeindlich* principe. Hij benadrukt dat het principe weliswaar de internationale adverteerder bevoordeelt in die zin dat hij alleen rekening behoeft te houden met het recht van het land waar hij gevestigd is, maar dat daar tegenover staat dat zijn concurrenten als mogelijke eisers in een procedure nu gedwongen worden het recht van alle mogelijke plaatsen van vestiging in de EU te kennen. Sach vergeet hier dat de ipr-neutraliteit van de richtlijn wel duidelijk werkt t.a.v. de bevoegdheidsregels van het ipr. De concurrenten kunnen op basis van die regels ook voor de eigen rechter een actie instellen. Het probleem verschuift dan naar de rechter die ambtshalve moet onderzoeken of inderdaad het recht van een andere lidstaat van toepassing is en, in de opvatting dat het land van herkomst beginsel in feite een verwijzing inhoudt naar het materiële recht van de staat van vestiging, op basis van dat recht over de toelaatbaarheid moet oordelen.

Oneerlijke mededinging

Onder de uitzonderingen op het land van herkomst beginsel is niet opgenomen de bestrijding van oneerlijke mededinging. Voorzover die bestrijding niet tegelijkertijd dient ter bescherming van consumenten (de uitgezonderde maar moeilijk toepasbare doelstelling genoemd in artikel 3 lid 4 van de richtlijn, waaronder bijvoorbeeld het verbod van misleidende reclame), is het land van herkomst beginsel dus van toepassing op het veroorzaken van verwarring, afbreken van de concurrent, oneerlijk voordeel trekken uit niet door auteursrecht, merk- of handelsnaamrechten⁷⁵ beschermde onderscheidingstekens e.d. van de concurrent, onrechtmatige waarschuwingen, inbreuk op know how en andere bedrijfsgeheimen, het aanleunen aan identificerende kenmerken van personen en instanties voorzover niet door intellectuele eigendomsrechten beschermd, refererende en vergelijkende reclame, slaafse nabootsing en andere vormen van parasiteren aan de prestaties van een concurrent, onfatsoenlijke reclame en reclame die inspeelt op gevoelens van angst en bijgelovigheid.⁷⁶ Alles uiteraard voorzover het betreft online reclame. Op vergelijkende reclame na (met inbegrip derhalve van het veroorzaken van verwarring tussen adverteerder en concurrent, kleinerende uitingen en uitingen waarmee oneerlijk voordeel wordt getrokken uit onderscheidende kenmerken van het aanbod van de concurrent, zie resp. artikel 3bis lid 1 sub d), e) en g) van de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame), is geen van die rubrieken geharmoniseerd.

De Richtlijn laat het aan de lidstaten om verkoopbevorderende aanbiedingen (sales promotions) al dat niet toe te staan. Zijn zij toegestaan, dan verbindt de Richtlijn enkele voorwaarden aan de presentatie daarvan. Hetzelfde systeem is gevolgd bij ongevraagde commerciële communicatie. Indien een aanbieder in strijd met verbod of voorwaarden van dergelijke marketingmethoden gebruik maakt, kan een concurrent in veel lidstaten een actie instellen uit oneerlijke mededinging op basis van het al eerder genoemde leerstuk van oneerlijke voorsprong door wetsovertreding. Ook voor die situatie geldt het principe van het land van herkomst en dat maakt dergelijke acties weinig zinvol in die gevallen waarin zij in het eigen land wordt ingesteld door een concurrent tegen een adverteerder uit een andere lidstaat op basis van verboden of voorwaarden uit het eigen land. Het aardige is nog dat het zenden van ongevraagde reclame op zichzelf uitgezonderd is van het land van herkomst beginsel.⁷⁷

Het zal duidelijk zijn dat de koude harmonisering die het gevolg is van toepassing van het land van herkomst beginsel op deze oneerlijke mededingingsrubrieken nogal wat veranderingen teweeg kan brengen in het Nederlandse oneerlijke mededingingsrecht, voorzover het gaat om oneerlijke mededinging op het internet. Men moet daarbij overigens niet de illusie koesteren, dat die veranderingen aan de offline wereld voorbij gaan. De Duitse ervaring leert dat als gevolg van de indertijd komende e-commerce richtlijn al besloten is om de restrictieve regelgeving op het terrein van cadeau- en andere bijzondere aanbiedingen ook offline grotendeels af te schaffen omdat die met toepassing van de komende richtlijn maar zeer gedeeltelijk te handhaven zouden zijn.⁷⁸ Mogelijke veranderingen als gevolg van de koude harmonisering op het terrein van oneerlijke mededinging voorzover het betreft

⁷⁵ Waarbij overigens de vraag kan worden gesteld of het handelsnaamrecht beschouwd kan worden als een industrieel eigendomsrecht in de zin van de in de bijlage bij de Richtlijn opgenomen uitzonderingen waarop het land van herkomstbeginsel niet van toepassing is.

⁷⁶ Vgl. de rubricering in *Protection against Unfair Competition, Analysis of the recent World Situation, presented by the International Bureau of WIPO*, Geneva 1994: 28-134.

⁷⁷ Zie de bijlage bij de richtlijn onder het laatste liggend streepje.

⁷⁸ Zie o.m. Tettenborn e.a. 2001: 13.

reclamekwesities, zijn moeilijk precies aan te geven, omdat zulks een up to date vergelijking vergt van dit gedeelte van het recht in de lidstaten van de EU. Nu dat gedeelte vooral de rechtspraak in de lidstaten betreft, lijkt zo'n onderzoek bijna per definitie snel achterhaald.

Toch vallen daarover wel enkele opmerkingen te maken. Uit de discussies over de harmonisering van het oneerlijke mededingingsrecht zoals die door de jaren heen gevoerd zijn door de *Ligue Internationale du Droit de la Concurrence* blijkt dat er belangrijke verschillen zijn tussen de verschillende regelingen in de lidstaten, toekomstige lidstaten en derde landen, zoals op het punt van:⁷⁹

- de verhouding tussen het economische mededingingsrecht en de oneerlijke mededinging;
- de verhouding tussen intellectuele eigendom en oneerlijke mededinging;
- de reikwijdte van het begrip oneerlijke mededinging;
- de maatstaven voor de beoordeling van verwarring;
- de maatstaf voor verwarrende handelsnamen voorzover het handelsnaamrecht niet valt onder het recht van industriële eigendom;
- de maatstaven voor verwatering;
- de toelaatbaarheid van denigrerende uitingen;
- de toelaatbaarheid van slaafse nabootsing als zodanig.

Daarnaast zijn er belangrijke verschillen in procedures en sancties. De vraag is of het oneerlijke mededingingsrecht op bovengenoemde punten wel kan worden geharmoniseerd. Dat zulks nog steeds niet is gebeurd, zegt wellicht iets over de moeilijkheden die daaraan zijn verbonden, moeilijkheden die onder meer tot uiting komen in het gegeven dat nationale codificaties op deze terreinen veelal ontbreken en dat het onderwerp niet in TRIPS is opgenomen. Dit terrein van het recht is nu eenmaal bij uitstek rechtersrecht, gegeven de wisselende aard van de concurrentieactiviteiten. In de uitspraken van het EHRM wordt dat ook steeds met zoveel woorden erkend en aan de nationale rechter een grote vrijheid gelaten om te oordelen over de rechtmatigheid.⁸⁰ In een van de weinige uitspraken over slaafse nabootsing van producten van het HvJEG heeft het Hof aanvaard, dat de Nederlandse rechter, gegeven het ontbreken van harmonisering, de verhandeling in Nederland mocht verbieden van een nagebootst product dat in Duitsland niet als nabootsing werd beschouwd en dus aldaar rechtmatig op de markt was gebracht.⁸¹ Een gelijksoortige uitspraak heeft het Hof gedaan op het terrein van verwarrende handelsnamen.⁸² Het Hof hecht bij zaken over misleiding grote waarde aan de perceptie van de ontvanger van een mededeling en wie zou dat anders kunnen beoordelen dan de nationale rechter in het land van ontvangst van de boodschap?⁸³ Het Hof heeft in de Gourmet-zaak het oordeel over de vraag of een verbod van alcoholreclame in overeenstemming was met het verdrag feitelijk ter beoordeling van de Zweedse rechter gelaten.⁸⁴ De beruchte Keck-uitspraak⁸⁵ laat grote gebieden van het reclamerecht al geheel onder de competentie van de nationale wetgever vallen. Kortom: veel van het oneerlijke mededingingsrecht is nog nationaal van aard; dat geldt trouwens ook voor gebieden die al geharmoniseerd zijn, zoals dat van de misleidende reclame. Zelfs de richtlijn vergelijkende reclame laat speelruimte voor een eigen oordeel van de nationale rechter over kwesties als

⁷⁹ Rémiche 1995; De Caluwe e.a. 1997; Loewenheim 1993 en 1994. Zie ook AIPPI, *Annuaire* 1994/I: 61-72 (Question 115, Effective protection against unfair competition under Article 10bis Paris Convention of 1883).

⁸⁰ Zie o.m. EHRM 20 november 1989, *NJ* 1990, 738 met ann. E.A. Alkema (Markt intern).

⁸¹ HvJEG 2 maart 1982, C-6/81 (Beele/IDG), *NJ* 1983, 212.

⁸² HvJEG 11 mei 1999, C-255/97 (Pfeiffer/Löwa).

⁸³ HvJEG 16 juli 1998, C-210/96 (Gut Springenheide); HvJEG 13 januari 2000, C-220/98 (Estée Lauder/Lancaster).

⁸⁴ HvJEG 8 maart 2001, C-405/98 (Konsumentenombudsmannen/Gourmet International Products).

⁸⁵ HvJEG 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91 (Keck & Mithouard).

misleiding, objectieve vergelijking, oneerlijk voordeel trekken uit de bekendheid van onderscheidingstekens van de concurrent, e.d.

Gegeven de problemen bij de harmonisering van het nationale oneerlijke mededingingsrecht en de inhoud van de rechtspraak van het HvJEG is het niet verwonderlijk dat de Commissie, daar waar zij de kans kreeg, voor het instrument van koude harmonisering heeft gekozen op het nieuwe terrein van de diensten van de informatiemaatschappij. De problemen die dit met zich mee brengt zullen ook wel duidelijk zijn. Ik noem hier onder meer:⁸⁶

- inzake grensoverschrijdende slaafse nabootsing zal doorgaans zowel op intellectuele eigendomsrecht posities als op oneerlijke mededinging worden geprocedeerd.⁸⁷ In het eerste geval dient volgens het gewone recht te worden geprocedeerd, in het tweede geval dient – in dezelfde zaak - de rechter zich ofwel geheel te onthouden (het standpunt van de Nederlandse wetgever), ofwel de zaak te beoordelen naar het recht van het land van herkomst (de Duitse benadering). Datzelfde geldt overigens ook voor de verhouding tussen economisch mededingingsrecht (uitgezonderd van de richtlijn in artikel 4 lid 5 sub c) en oneerlijke mededinging.
- het begrip oneerlijke mededinging wordt in sommige lidstaten zeer ruim opgevat en bestrijkt ook mededelingen van niet-concurrenten over goederen en diensten. Internet is een bijzonder gemakkelijk medium voor het plaatsen van dergelijke opmerkingen. Het is niet duidelijk of de rechter in die gevallen dient te onderzoeken of er volgens het recht van de lidstaat van degene die de mededelingen doet, al dan niet sprake is van oneerlijke mededinging, dan wel zijn eigen, nationale begrip kan toepassen met alle consequenties van dien voor het antwoord op de vraag welk recht van toepassing is. Let wel: de richtlijn gaat over elektronische handel; het antwoord dat het verschil in reikwijdte niets uitmaakt en dat in beide gevallen het recht van het land van herkomst van toepassing is, is dus onjuist. De dienstverlener dient een economische activiteit uit te oefenen (artikel 2 sub c) en een dienst van de informatiemaatschappij betreft een dienst die normaal tegen vergoeding wordt verleend. Afbrekende kritiek op goederen en diensten van niet-concurrenten behoeft lang niet altijd aan die criteria te voldoen. Overigens zal publicatie van vergelijkend warenonderzoek door consumentenorganisaties wel beschouwd kunnen worden als een economische activiteit van de dienstverlener en als een dienst van de informatiemaatschappij die derhalve valt onder het land van herkomst beginsel. Het is te hopen dat de Europese consumentenorganisaties hun standaarden voor dit soort onderzoek hebben geharmoniseerd.
- het oneerlijke mededingingsregime voor online reclame kan, als gezegd, op één markt verschillend uitpakken; dat geldt niet alleen voor concurrenten uit EU-lidstaten, maar ook voor die uit derde landen. De laatste zullen zich immers doorgaans dienen aan te passen aan het oneerlijke mededingingsrecht van het land waar de concurrentie plaatsvindt.
- het concurrentievoordeel dat de elektronische ondernemer ten deel valt door toepassing van het land van herkomstbeginsel, geldt niet voor andere reclamemedia, zelfs niet voor televisiereclame op die onderdelen die voor het oneerlijke mededingingsrecht belangrijk zijn. De televisierichtlijn coördineert immers maar een beperkt onderdeel van dat gebied (herkenbaarheids-, onderbrekings- en omvangregels voor reclame, sponsoring en telewinkelen, inhoudelijke regels voor reclame gericht op kinderen en voor alcoholreclame en met betrekking tot reclame die discrimineert, kwetsend is of aanspoort tot schadelijk gedrag en tenslotte reclameverboden voor tabaksproducten en

⁸⁶ Vgl. voor weer andere problemen die op dit punt aan het huidige system verbonden zijn met name: Henning-Bodeweg 2000; Drijber 2001: 129-130; Spindler 2000:9.

⁸⁷ Zie voor zo een geval van grensoverschrijdende slaafse nabootsing op een website: Hof Amsterdam 11 november 1999, *Informatierecht/AMI* 2000-4: 62- met ann. J.F. Haeck (Erobaking).

geneesmiddelen). Nu elektronische handel voor vele ondernemingen lang niet het enige marketinginstrument is, moet dat dus, zolang het oneerlijke mededingingsrecht niet is geharmoniseerd, verschillen opleveren in het rechtsregime voor één en dezelfde reclamecampagne.

Misleiding en vergelijking

De Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame bevat geen land van herkomst beginsel. Grensoverschrijdende reclame dient te worden beoordeeld volgens de regels van de lidstaat waar de reclame op is gericht (het bestemmingsland). Ingevolge artikel 7 lid 1 is het de lidstaten toegestaan een verdergaande bescherming dan die in de richtlijn zelf, te hanteren, e.e.a. uiteraard conform het primaire verdragsrecht. De liberalisering die de invoering van een nieuw regime voor vergelijkende reclame met zich brengt, kan niet tot zo een minimum harmonisering leiden; artikel 7 lid 2 gaat dan ook van een maximum harmonisering uit: het is de lidstaten verboden strengere maatregelen te treffen, wanneer het om vergelijkende reclame gaat. De richtlijn gaat er op het punt van misleidende reclame dus van uit dat de lidstaten de eigen regels mogen tegenwerpen aan een misleidende adverteerder uit een andere lidstaat.

Ongetwijfeld behoren de nationale regels voor misleidende en vergelijkende reclame tot het gecoördineerde gebied van de richtlijn elektronische handel. Dat betekent dat ten aanzien van misleiding en onrechtmatige vergelijking in de online omgeving thans het principe van het land van herkomst geldt, tenzij de nationale wetgever gebruik heeft gemaakt van de uitzondering op de voet van artikel 3 lid 4 van de Richtlijn. Henning-Bodewig doet manmoedige pogingen op tot een andere uitleg te geraken, maar moet zelf ook toegeven dat er eigenlijk geen lieve moeder aan helpt.⁸⁸ Wel meent zij dat de Duitse rechter een oordeel moet geven over de vraag wat het buitenlandse recht terzake van misleiding en vergelijking inhoudt en de mogelijk onrechtmatige commerciële communicatie daaraan moet toetsen. Nu dat recht voornamelijk rechtersrecht zal zijn, lijkt dat geen eenvoudige taak. Zij wijst ook nog op de belangrijke rol die zelfreguleringsorganen spelen op dit terrein en constateert dat de richtlijn geen antwoord geeft op de vraag of die ook nog bij de inhoudelijke beoordeling van het recht van het land van herkomst moeten worden betrokken. Op basis van deze gegevens, concludeert zij dat het principe eigenlijk niet praktisch hanteerbaar is. Die praktische hanteerbaarheid wordt echter aanzienlijk vergroot, wanneer men op het standpunt staat dat de nationale rechter eigenlijk in het geheel geen bemoeienis dient te hebben met de vaststelling van het buitenlandse, materiële recht en er maar van uit moet gaan – zoals de Nederlandse wetgever doet in artikel V lid 1 van de Aanpassingswet - dat dat recht juist is toegepast. Onjuiste toepassing is dan geen zaak meer van rechterlijke toetsing maar hoogstens, wanneer de lidstaat gebruik heeft gemaakt van de toegestane uitzonderingen, van bestuurlijk ingrijpen conform de procedure van artikel 3 lid 4 van de richtlijn. De gevallen die zich voor die procedure lenen, zullen echter uiterst zeldzaam zijn.

Publiekrechtelijke beperkingen

Die gevallen hebben namelijk alleen betrekking op bestuursrechtelijke maatregelen en de rechterlijke beoordeling daarvan in individuele gevallen. Op het gebied van publiekrechtelijke beperkingen heeft de Nederlandse wetgever op het terrein van de bescherming van de volksgezondheid de laatste jaren het voortouw genomen; zelfregulering werkt in zijn ogen niet afdoende. In het vorige nummer van dit blad is in de kroniek onder reclamerecht en oneerlijke mededinging een overzicht gegeven van de desbetreffende maatregelen op het terrein van tabak, alcohol, geneesmiddelen en kansspelen. Voorzover het daarbij gaat om

⁸⁸ Henning-Bodewig 2001: 775.

wetgevende maatregelen die gevolgen kunnen hebben voor het vrije verkeer in diensten van de informatiemaatschappij, dienen deze al in het ontwerpstadium ingevolge de Notificatierichtlijn te worden aangemeld bij de Commissie.⁸⁹ Voor de toepassing van die wettelijke maatregelen geldt het beginsel van het land van herkomst. Afwijkingen op dat beginsel zijn ter bescherming van een aantal limitatief opgesomde doelstellingen (waaronder bescherming van de volksgezondheid) mogelijk ingevolge de bepalingen van artikel 3 lid 4-6 van de richtlijn, maar zulks veronderstelt allereerst dat Nederland de desbetreffende lidstaat heeft verzocht om op te treden, deze daarop onvoldoende is ingegaan, Nederland vervolgens de Commissie en de lidstaat kennis heeft gegeven van het voornemen om de maatregelen te nemen en de Commissie heeft geoordeeld dat de maatregelen verenigbaar zijn met het Gemeenschapsrecht. In de tussentijd mogen de maatregelen overigens wel worden doorgezet, maar het zal duidelijk zijn dat zij ook weer kunnen worden teruggedraaid, met alle gevolgen van dien.

De bestuursrechtelijke maatregelen waar het bij de bescherming van de volksgezondheid onder meer om kan gaan, betreffen de administratiefrechtelijke handhaving, mede door middel van bestuurlijke boetes, van het Reclamebesluit Geneesmiddelen door de Inspectie voor de Volksgezondheid,⁹⁰ van de Tabakswet door de Minister van VWS,⁹¹ en van het Reclamebesluit Alcoholmarketing⁹² op basis van artikel 2 Drank- en Horecawet door de Keuringsdienst van Waren.

In het kader van het beleid t.a.v. alcoholmarketing wordt voorgesteld de aan te scherpen zelfreguleringscodes op dit terrein algemeen verbindend te verklaren. In het kader van het beleid t.a.v. geneesmiddelenreclame wordt verklaard dat zelfregulering slechts plaats kan vinden binnen de wettelijke kaders die met name gevormd worden door de Wet op de geneesmiddelenvoorziening en het nieuwe Besluit geneesmiddelenreclame en dat zulks met name wil zeggen dat er “geen licht mag zitten tussen de in het kader van zelfregulering gehanteerde definities en de wettelijke definities”.⁹³ Zulks betekent m.i. dat voor de handhaving van de desbetreffende vormen van zelfregulering hetzelfde geldt, als hierboven is aangegeven voor bestuursrechtelijke maatregelen.

Andere oplossingen

Het voorstel voor een Verordening inzake sales promotions⁹⁴ volgt op een beperkt en gedetailleerd omschreven gebied een andere lijn en geeft een uniforme en dwingende, inhoudelijke regeling voor het gebruik van en het adverteren voor zgn. sales promotions. Het wordt de lidstaten verder verboden dit soort verkoopactiviteiten in het algemeen te verbieden of aan vergunningen te onderwerpen. Het land van herkomst beginsel – of zoals de verordening het in dit geval aanduidt, het beginsel van wederzijdse erkenning – is alleen maar van toepassing op die gevallen waarin de lidstaten andere beperkingen stellen aan het gebruik

⁸⁹ Zie Drijber 2001: 131.

⁹⁰ TK 2000-2001, 23 959, nr. 10: 3. Handhaving van het besluit geschiedt op basis van de (gewijzigde) Wet op de geneesmiddelenvoorziening (Wetsvoorstel 23 959 met betrekking tot reclame, registratie, bewaking, toezicht en handhaving inzake geneesmiddelen).

⁹¹ Zie art. 11b e.v. van het gewijzigd voorstel van wet, EK 2000-2001, 26 472, nr. 304: 6.

⁹² Geen officiële benaming. Zie voor de aankondiging van bestuurlijke boetes als maatregel: TK 2001-2002, 27 565, nr. 21: 9.

⁹³ Zie resp. TK 2001-2002, 27 565, nr. 21: 2; TK 2000-2001, 23 959, nr. 10: 3. Het beleid met betrekking tot tabaksreclame laat in het geheel geen ruimte voor zelfregulering.

⁹⁴ Communication from the Commission on sales promotions in the Internal Market, Proposal for a Regulation, Brussel 2 oktober 2001, COM(2001) 546 final: 2.

van sales promotions; die beperkingen moeten dan wel tevens belemmeringen opleveren voor de vrijheid van goederen- en dienstenverkeer. Overigens wordt met zoveel woorden vastgehouden aan het beginsel dat voor algemene normen terzake van oneerlijke mededinging het land van herkomstbeginsel moet gelden.⁹⁵ Van een gedetailleerde regeling als deze is het ook niet te verwachten dat zij de meer algemene harmoniseringsproblemen op dit terrein kan oplossen. Dat laatste lijkt wel de bedoeling te zijn van het Groenboek over consumentenbescherming in de EU.⁹⁶ Daarbij moet worden aangetekend, dat het om een document gaat van een ander DG dan dat van de richtlijn elektronische handel, namelijk het DG Gezondheid en consumentenbescherming. Hoe dat ook zij: in dat groenboek wordt in zekere zin een oplossing gegeven voor problemen die hierboven zijn geschetst, te weten dat het beginsel van het land van herkomst eigenlijk niet kan worden ingevoerd zonder tegelijkertijd het oneerlijke mededingingsrecht in zijn geheel te harmoniseren binnen de EU. De problemen die aan algemene harmonisering van het mededingingsrecht verbonden zijn, behoeven hier niet te worden herhaald.

Besluit

De Nederlandse Aanpassingswet lijkt mij een te vérgaande implementatie te geven van de rechtspolitiek achter de richtlijn elektronische handel. Een genuanceerder regeling is denkbaar, mogelijk en ook nodig in verband met het eigen karakter van het oneerlijke mededingingsrecht. Die nuance zou het Duitse systeem kunnen volgen. Ik citeer nog eens Par. 4 (2) TDG:

“Der freie Dienstleistungsverkehr von Telelediensten die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb der Geltungsbereich der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen sind, *wird nicht eingeschränkt (curs. K.)*.”

De vraag wat het begrip Einschränkung betekent, kan volgens de algemene regels van het Cassis de Dyon arrest worden beantwoord. Aldus wordt ruimte opengelaten voor een beoordeling, die, zoals de richtlijn zelf overigens in Overweging 23 memoreert recht kan doen aan het nationale recht ter zake van oneerlijke mededinging én aan de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij te verlenen.

Aangehaalde literatuur

Bernard Remiche, ‘La relation actuelle entre le droit de la concurrence et le droit déloyale est-elle satisfaisante, Rapport général’, *RIDC* 1995-2: 35-61.

Blume 2001

P. Blume, Data protection issues with respect to e-commerce, *Cri* 2001-1, p. 11-17

Boehme-Neszler 2001

V. Boehme-Neszler, ‘Rechtsprobleme der Internet-Werbung’, *ZUM* 2001, p. 547-554.

⁹⁵ Zie par. 4.3. van de Communication.

⁹⁶ Green Paper on European Consumer protection, Brussel 2 oktober 2001, COM(2001) 531 final.

Bullinger 2000

W. Bullinger, 'Internet-Auktionen. Die Versteigerung von Neuwaren im Internet aus wettbewerbsrechtlicher Sicht', *WRP* 2000, p. 253-258.

De Caluwe e.a. 1997

Aimé de Caluwé, A. Claud Delcorde en Didier Putzeys, 'Les règles de concurrence dans le monde – Evolution récente', *RIDC* 1997-23:14-37.

De Fontenay 2000

E. de Fontenay, 'The Digital Economy. How Digital Goods Are Reshaping the Rules of Commerce', *Communications & Strategies* 2000, p. 179-192.

De Lange 2001

S. de Lange, *Internet Advertising. De mogelijkheden van internet als advertentiemedium*, Amsterdam: SWOCC 2001.

Determann 2000

L. Determann, 'Abgrenzung gezeitlicher Medienkategorien im Internet', *Rtkom* 2000-1, p. 11-22.

Dommering 2001

E.J. Dommering, 'Een Tiroolse politiemann of een Tiroolse privé detective? Over het internet en het mediarecht', te verschijnen in: *Internet en Recht*, Brussel: Vrije Universiteit Brussel 2001.

Drijber 2001

B.J. Drijber, 'De Richtlijn elektronische handel op de snijtafel', *SEW* 2001, p. 122-138.

Drijber 2001

B.J. Drijber, 'De Richtlijn elektronische handel op de snijtafel', *SEW* 2001, p. 122-138.

Dumortier 1999

J. Dumortier, 'Elektronische handel en consumentenbescherming in de Europese ontwerprichtlijn en het Belgisch recht', *Computerrecht* 1999, p. 124-132.

Engels & Köster 1999

S.Engels & O. Köster, 'Haftung für "werbende Links" in Online-Angeboten', *MMR* 1999, p. 552-525.

Engels 2001

S. Engels, 'Haftung für Anzeigen in Online-Angeboten', *K&R* 2001, p. 338-343.

Fezer 2001

K-H. Fezer, 'Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf den Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrecht', *WRP* 2001, p. 988-1022.

Freedman 1987

W. Freedman, *The Right of Privacy in the Computer Age*, New York: Quorum Books 1987.

Fritze & Holbach 2000

U. Fritze & C. Holzbach, 'Die Electronic-Commerce-Richtlinie. Ende oder Chance für das Deutsche Wettbewerbsrecht', *WRP* 2000, p. 872-876.

Gersdorf 1999

H. Gersdorf, 'Rundfunk und E-Commerce. Von der Konvergenz der Techniken zur Konvergenz der Medienregulierung', *Rtkom* 1999, p. 75-84.

Goldman & Lee 1999

E. Goldman & C. Lee, 'Understanding Internet Co-branding Deals', *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* 1999, p. 65-82.

Göszmann 1998

C. Göszmann, 'Electronic Commerce. Die EU-Fernabsatzrichtlinie und ihre Auswirkungen auf den Handel über neue Medien', *MultiMedia und Recht* 1998, p. 88-92.

Grosheide 2000

F.W.Grosheide, 'The Legal Mapping and Tracking of Electronic Commerce', in: *E-Commerce Issue. European Private Law 1999/2000*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000, p. 1-25.

Grünwald 2001

A. Grünwald, *Analoger Switch-Off. Zur Verwaltung terrestrischer Rundfunkfrequenzen im Zeichen der Digitalisierung der Fernsehübertragung in Deutschland und den U.S.A.*, München: Verlag C.H. Beck 2001.

Härtling 2001

N. Härtling, 'Gesetzentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie', *CR* 2001, p. 271-277.

Hartman 1999

T.G. Hartman, 'The Marketplace v. the Ideas. The First Amendment Challenges to Internet Commerce', *Harvard Journal of Law & Technology* 1999, p. 419-467.

Heermann 2001

P. Heermann, 'Rabattgesetz und Zugabenverordnung ade!', *WRP* 2001-8, p. 855-878.

Henneman 1999

M.E. Henneman, 'Over IP-adressen en de Wbp: grenzen aan privacybescherming op Internet', *Privacy & Informatie* 1999, p. 148-155.

Henning-Bodewig 2001 F. Henning-Bodewig, 'E-Commerce und irreführende Werbung. Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf das europäische und deutsche Irreführungsrecht', *WRP* 2001, p. 771-777.

Henning-Bodewig 2001

F. Henning-Bodewig, 'E-Commerce und irreführende Werbung. Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf das europäische und deutsche Irreführungsrecht', *WRP* 2001, p. 771-777.

Kabel 1994

J.J.C. Kabel, 'Transborder Advertising and Unfair Competition. Country of Origin v. Country of Destination? Clarification of the Resolution of the International League of Competition Law', in: *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1994*, Molengrafica, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 285-301.

Landfermann 1999

H.G. Landfermann, 'Der Richtlinienvorschlag "Elektronischer Geschäftsverkehr". Ziele und Probleme', *ZUM* 1999, p. 795-802.

Lehmann 2000

M. Lehmann, 'Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe', *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal* 2000, p. 101-114.

Leupold e.a. 2000

A. Leupold, P. Bräutigam en M. Pfeiffer, 'Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation: Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet', *WRP* 2000, p. 575-598.

Loewenheim 1993

Ulrich Loewenheim, 'Harmonisierung des Rechts des Unlautern Wettbewerbs', *RIDC* 1993-3:6-23.

Loewenheim 1994

Ulrich Loewenheim, 'Harmonisierung des Rechts des Unlautern Wettbewerbs', *RIDC* 1994-2: 33-44.

Löfler 2001

S. Löfler, 'Werbung im Cyberspace – Eine kollisionsrechtliche Betrachtung', *WRP* 2001, p. 379-384.

Lurger en Vallant 2002

Brigitta Lurger en Sonmja Maria Vallant, 'Die österreichische Umsetzung des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie', *MMR* 2002-4: 203-209.

Mankowski 1999

P. Mankowski, 'Internet und Internationales Wettbewerbsrecht', *GRUR Int.* 1999, p. 909-921.

Mankowski 2000

P. Mankowski, 'E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht', *MMR - Beilage* 2000-7, p. 22-37.

Menke 2000

B. Menke, 'Community Shopping und Wettbewerbsrecht. Zugleich eine Anmerkung zu OLG Hamburg', *WRP* 2000, p. 337-346.

Meyer 2001

J. Meyer, 'Rabatt- und Zugabe-Regulierung auf dem Prüfstand', *GRUR* 2001, p. 98-111.

Moerel e.a. 2001

E.M.L. Moerel, C.W. Noorda en T.W.F. Overdijk, 'On line reclame' in: *Praktijkboek Reclamerecht*, Hoofdstuk VI, Kluwer, Deventer: losbladig

Sack 2002

R. Sack, 'Herkunftslandprinzip und internationale elektronische Werbung nach der Novellierung des Teledienstgesetzes (TDG)', *WRP* 2002-3: 271-283.

Schreuders & Blok 2000

E. Schreuders & P. Blok, 'Privacyregels en de Wbp op het Internet', in: J.E.J. Prins & J.M.A. Berkvens, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2000, p. 401-425.

Schuster e.a. 2002

Fabian Schuster, Ulf Müller en Stefan Drewes, 'Entwicklung des Internet- und Multimediarechts von April bis Dezember 2001', *MMR Beilage* 2002-3.

Schutjens 2000

M.D.B. Schutjens, 'Geneesmiddelenrecht. Kroniek', in: E.H. Hondius & J.G.J. Rinkes (red.), *Jaarboek consumentenrecht 2000*, Deventer: Kluwer 2000, p. 55-69.

Spindler 2000

G. Spindler, 'E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung', *MultiMedia und Recht - Beilage* 2000-7, p. 4-21.

Spindler 2000

G. Spindler, 'E-Commerce in Europa. Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung', *MultiMedia und Recht - Beilage* 2000-7, p. 4-21.

Tettenborn e.a. 2001

Tettenborn/Bender, Luebben/Karenfort, 'Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr. Kommentierung zur EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und zum Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz-EGG: Inhalt – Auswirkungen – Umsetzung in Deutschland', *Kommunikation & Recht*, Beilage 1 zu Heft 12/2001.

Van Esch 2000

R.E. van Esch, 'Regulering van privacy in e-commerce', *Privacy & Informatie* 2000, p. 158-163.

Vermeer 2000

M. Vermeer 'Unfair Competition on the Internet: The Dutch Perspective', in: *E-Commerce Issue. European Private Law 1999/2000*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000: 151-189.