



Het gevaar van te zwaar

Annotatie bij Pres. Rb. Utrecht 15 februari 2000, *IER* 2000-3, p. 172-177 (*Staat der Nederlanden / Roche*)

J.J.C. Kabel

1. Producenten van producten of diensten waarvoor een reclameverbod of beperking geldt, kunnen proberen die beperkingen te omzeilen door ofwel de aard van de boodschap te veranderen (geen reclame, maar iets anders) ofwel het medium te veranderen: niet openbaar maar meer individueel gericht. Pogingen tot veranderingen in de aard van de boodschap zien wij bij product placement en andere vormen van zgn. sluikreclame en bij die gevallen waarin reclame als voorlichting of als neutrale informatie wordt aangekleed. Pogingen tot niet-openbare, meer individueel gerichte benaderingen, zien wij bij gepersonifieerde direct mail, bij marketingmethodes als die van Tupples, telefonische benadering, huis aan huis verkoop, e.d. Internet, convergent medium als het is, verenigt in zich de mogelijkheden van alle bestaande media en alle soorten boodschappen: het vervult de functies van krant, omroep, film, telefoon, brievenbus, te consulteren databank of bibliotheek; de informatie kan voorlichtend of wervend zijn en op één internetpagina staan doorgaans beiden vrolijk naast en door elkaar. Een belangrijke eigenschap van Internet is dus dat dit medium zich gemakkelijk leent voor allerlei metamorfoses: van openbaar naar niet-openbaar, van reclame naar voorlichting en andersom. Een belangrijk probleem daarbij is dat de grenzen tussen wervende en informatieve mededelingen, moeilijk zijn te onderscheiden. De betrouwbaarheid die de klassieke media, met name de gewone dagbladen, op dit punt garanderen, is vreemd aan Internet.

2. De marketingmethode die door Roche wordt gevolgd, zien wij vaak bij producten die een verbod of een beperking kennen van publieksreclame. Producenten van zogenaamde functional foods (Vifit, Danone e.d.) die functies moeten vervullen die op het randje van de werking van geneesmiddelen liggen, proberen vaak de markt te veroveren door een openbare verwijzing (in advertenties of op de verpakking) naar de mogelijkheid individuele informatie te verkrijgen. Die door de telefoon gegeven informatie, bevat dan soms claims die, in het openbaar vermeld, in ieder geval verboden zouden zijn omdat zij het desbetreffende voedingsmiddel in de sfeer van geneesmiddelen trekken. [1] Informatie over deze producten valt ook wel te lezen in redactioneel ogende artikelen die in feite door de adverteerder worden ingekleed. [2] Geneesmiddelenfabrikanten proberen nog wel eens de gewone consument te bereiken door verwijzingen naar hun producten in bijvoorbeeld medische soaps. [3] Waar het in al die gevallen om gaat is dat de fabrikant de consument bereikt zonder tussenkomst van de arts; op zichzelf wordt het de consument niet verboden van de desbetreffende wervende informatie kennis te nemen: een arts kan immers zonder probleem een folder van de fabrikant meegeven aan de patiënt aan wie hij het middel heeft voorgeschreven en de vaktijdschriften met reclame zijn natuurlijk voor iedereen te raadplegen die daar belangstelling voor heeft.

3. Al deze methoden zijn wel eens onderwerp geweest van gerechtelijke procedures, met

doorgaans als resultaat dat zij werden verboden, ofwel als verboden slukreclame, ofwel als verboden publieksreclame. Het opmerkelijke van deze uitspraak is nu dat het Internet hier toch iets nieuws lijkt te bieden. Ik citeer: «Roche (dient) de internetsites aldus (...) aan te passen, dat informatie over Xenical niet onverwijld bij raadpleging (van de site van Roche, toevoeging K.) wordt gegeven, maar bijvoorbeeld eerst in het kader van raadpleging van de site <http://www.Overgewicht.nl> en alsdan bijvoorbeeld in het kader van 'beschikbare medicijnen' (dus ook andere dan die van Roche, toevoeging K.) en desgewenst pas via deze naar een aparte site <http://www.xenical.nl>.» Het moet echter niet te snel en te direct gaan.

4. Toegepast op de off line wereld zou Roche dus een algemeen beschikbaar boek of een tijdschrift mogen redigeren en uitgeven met algemene informatie over overgewicht, over de beschikbare medicijnen daartegen alsmede met informatie over het eigen product. Dat lijkt mij althans prima in deze tijd, wanneer maar duidelijk wordt vermeld hoe het met de financiering en het mogelijk ontbreken van redactionele onafhankelijkheid is gesteld. Een dergelijke, geheel door een geneesmiddelenfabrikant gesponsorde uitgave zal echter zeer waarschijnlijk toch stuiten op het huidige verbod van publieksreclame voor geneesmiddelen, omdat ingevolge het Reclamebesluit geneesmiddelen onder reclame wordt verstaan «alle vormen van (...) stimulering die bedoeld zijn om de verkoop (...) en het verbruik van geneesmiddelen te bevorderen» en tot het publiek gerichte reclame in deze zin voor receptgeneesmiddelen, zoals Xenical, verboden is. Betaalde informatie is nu eenmaal in beginsel als reclame te beschouwen. Tenzij er een onafhankelijke uitgever tussen wordt geschoven – met alle consequenties van dien voor de zeggenschap over de inhoud van de uitgave – is zo'n opvatting ook veel zuiverder en sluit zij overigens sponsoring door een geneesmiddelen fabrikant van een onafhankelijk geredigeerde uitgave niet uit. Men ziet dat beginsel weer terugkomen in de definitie van 'commercial communications' in het ontwerp voor een richtlijn inzake elektronische handel. Niet als commercial communication – een nieuw woord voor reclame – wordt daarin immers aangemerkt een mededeling die onafhankelijk van de adverteerder tot stand is gekomen. Als vermoeden dat een mededeling niet onafhankelijk tot stand is gekomen, wordt daar betaling als criterium opgevoerd. Dezelfde constructie kennen wij bij de definitie van slukreclame in commerciële omroep.

5. De President kijkt nu wat betreft het Internet naar iets anders dan naar de redactionele onafhankelijkheid van een bepaalde website publicatie. Waar het om gaat is de snelheid waarmee kan worden doorgeklikt binnen een website die geheel en al door de adverteerder is opgezet en gefinancierd. Langzaam zijn op de elektronische snelweg is een voordeel voor de adverteerder. Er moeten minstens twee klikken tussen zitten. Dat betekent intussen wel dat wanneer men gericht zoekt op het geneesmiddel Xenical, de desbetreffende pagina altijd onmiddellijk opduikt, hoe Roche zijn website ook heeft ingericht. Aan te nemen valt dat de President zich dat heeft gerealiseerd. Dat betekent dus ook dat wij een onderscheid moeten maken tussen consumenten die van tevoren al weten welk geneesmiddel ze moeten hebben en consumenten die in het algemeen zoeken naar informatie over overgewicht. De eersten mogen de reclame voor een geneesmiddel direct tot zich nemen, de tweede groep mag daar alleen langzaam heen worden geleid. Die consequentie lijkt betrekkelijk krankzinnig, maar doet in ieder geval recht aan een algemeen onderscheid dat gemaakt kan worden tussen gericht zoeken en surfen op het net. Wanneer ik gericht informatie over geneesmiddelen wil hebben, kan niemand mij immers verbieden in de (openbare!) bibliotheek de desbetreffende tijdschriften met de daarin voorkomende reclame te raadplegen. En waarom zou dat ook niet mogen gelden voor de gigantische openbare bibliotheek die het Internet is? Maar als dat zo is, heeft het ook geen zin meer om een geneesmiddelenfabrikant te verbieden er een website op na te houden met informatie over zijn product. Dat zegt de President dan ook uitdrukkelijk, ik citeer: «(h)et enkele bestaan van een site <http://www.xenical.nl> behoeft (anders dan de Staat kennelijk van oordeel is) nog niet in strijd met het Reclamebesluit te zijn.» En omdat in die gevallen het onderscheid tussen reclame en

informatie nauwelijks meer te maken is, is hoe men het ook wendt of keert, reclame voor een geneesmiddel op het Internet toegestaan.

6. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Hoe komt dat? M.i. doordat de President hier normen toepast die opgaan voor een onafhankelijk geredigeerde publicatie met informatie over een bepaalde ziekte of afwijking, waarbij dan uiteraard productinformatie wordt gegeven over de verschillende geneesmiddelen. Dat soort websites zijn denkbaar en ze zullen ook wel bestaan net zoals zij in de off line wereld bestaan. Dergelijke publicaties mogen uiteraard niet worden getroffen door een reclameverbod. Wanneer het om websites gaat van de adverteerder, ontbreekt die redactionele onafhankelijkheid, terwijl, paradoxaal genoeg, door de verplichtingen die de President aan de website houder oplegt, de schijn van een onafhankelijke site wordt gewekt. Dat werkt m.i. contra productief en gaat voorbij aan, als gezegd, een van de moeilijke problemen met het Internet, te weten de betrouwbaarheid van informatie. Wij kunnen dus twee kanten op: ofwel dit soort websites verbieden – zoals m.i. het huidige recht luidt – ofwel de fabrikant van geneesmiddelen verplichten het Internet publiek aan alle kanten duidelijk te maken dat het om betaalde en dus om belangengebonden en niet om onafhankelijke informatie gaat. Nog meer informatie op het net.