

# Vijfentwintig jaar uitingsvrijheid voor handelsreclame in de Rechtspraak

JAN KABEL

‘Het vierde lid van artikel 7 Gw. bewijst welke evenwichtsstoornissen de politiek bevangen zodra zij “commercie” ruikt’. Aan het woord is Donner in De Reede’s bewerking van de aantekeningen over artikel 7 in Het Handboek van het Nederlandse Staatsrecht.<sup>1</sup> Het citaat doelt op de formulering van het huidige artikel 7 lid 4 Grondwet dat handelsreclame in 1983 heeft uitgezonderd van de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Geldt die uitspraak ook voor de rechtspraak? Een schets van de nationale en Europese rechtspraak lijkt me een geschikte basis om eens te bezien wat een beroep op uitingsvrijheid – Jan de Meij’s geliefde grondrecht – voor reclame tot dusver heeft opgeleverd. De tijd is er rijp voor: krap vijfentwintig jaar geleden, in 1979, betrad reclame het domein van die vrijheid aan de hand van een Zweedse Scientology-pastor.

## 1 De entree in het domein

### 1.1 *Words, words, words*

‘Het gehakt is vandaag in de reclame’ klinkt toch wel heel anders dan ‘Het gehakt is vandaag in de commerciële communicatie’. De eerste winst die reclame op het punt van uitingsvrijheid heeft geboekt, is – het zal wellicht niet verrassen – een terminologische. De Europese Commissie (EC) heeft met de in 1992 aangevangen werkzaamheden voor het Groenboek Commerciële Communicatie<sup>2</sup> de term ‘commerciële communicatie’ juridisch gemunt en daarmee een professionele praktijk bevestigd die door reclame zelf aan het eind van de jaren vijftig van de vorige eeuw in gang is gezet. Die praktijk had alles te maken met de behoefte om tot duidelijk meetbare doelstellingen voor reclamecampagnes te komen en de plaats vast te stellen van reclame in het geheel van verkoopbevorderende acties. De Amerikaanse *Association of National Advertisers* benoemde in 1959 een commissie die een werkwijze diende te ontwerpen voor het vaststellen van reclame doeleinden en het meten van de resultaten ervan. In 1964 presenteerde de Association het rapport

<sup>1</sup> Van der Pot–Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* [bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen] W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1995, p. 266.

<sup>2</sup> *Commerciële communicatie in de interne markt – Groenboek van de Commissie*, COM (96) 192 def.

*Defining Advertising Goals for measured Advertising Results.*<sup>3</sup> De boodschap van dat rapport was dat doelstellingen en resultaten in de sleutel van communicatie en niet in die van omzetbevordering moesten worden gezet. De geleidelijke acceptatie van die opvatting deed reclame gemakkelijker onderwerp van bestudering worden in de toen nog jonge wetenschap der massacommunicatie, maakte de verhouding met opdrachtgevers helderder, liet zien dat reclame maar een onderdeel was van een groter geheel (de marketing mix) en beperkte de resultaten waarover verantwoording moest worden afgelegd tot communicatie resultaten, d.w.z. tot het meten van bekendheid met product, dienst of adverteerder. Van reclame, aldus het rapport, mag niet meer worden verwacht dan waarvoor het geschikt is: het verschaffen van inlichtingen of het vormen van een bepaalde denkwijze over een product en het stimuleren van de actie die kan leiden tot aankoop. Het rapport hanteerde dan ook de term 'commerciële communicatie'.<sup>4</sup> Dat klinkt beter dan reclame dat toch etymologisch gezien niet meer betekent dan 'herhaaldelijk roepen' en waaraan connotaties verbonden zijn zoals ordinair (Marktschreierei, zoals de Duitsers het noemen) goedkoop (het gehakt dus), ongeloofwaardig ('t is maar reclame), kunstmatige behoeften scheppend of misleidend. Met de kwalificatie communicatie lijkt reclame gelijkwaardig aan andere vormen van communicatie. De term 'commerciële communicatie' wordt, met de implementatie van de Richtlijn elektronische handel, opgenomen in het BW<sup>5</sup> en het zal natuurlijk, al was het alleen maar uit een oogpunt van gelijkheid in terminologie, te verwachten zijn, dat die term ook, bij een komende Grondwetswijziging, de term 'handelsreclame' in artikel 7 zal vervangen. Daarmee zal de terminologische synthese van economie en grondrecht volbracht zijn.

### 1.2 Bescherming van denkbelden over een religie

Wanneer de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) in de bekende (Zweedse) Scientology zaak uit 1979 voor het eerst een oordeel moet uitspreken over een advertentie, gaat het al direct over de vraag of een inbreuk is gepleegd op het recht om inlichtingen of denkbelden te verspreiden. De Commissie kan niet anders dan de kwestie in die sleutel zetten, wanneer zij eenmaal geconstateerd heeft dat klagers belemmerd worden in de bewoordingen waarin zij denkbelden over hun religieuze overtuiging willen verspreiden; ik citeer: "They (klagers, *toev. K.*) were imparting ideas about that opinion (*sc. on the religious character of the E-meter, *toev. K.*) and the Market Court prohibited them from*

<sup>3</sup> Russel H. Colley, *Vaststelling van reclamedoelen voor de peiling van reclameresultaten* [onder auspiciën van de A.N.A. Commissie voor Corporate Management Approach to the Advertising Investment, vert. Wijnand J. Maat] Samsom: Alphen aan den Rijn/Brussel 1970.

<sup>4</sup> Zie resp. p. 44 en p. 41 van het rapport.

<sup>5</sup> Aanpassingswet E-commerce Richtlijn ingediend bij TK op 23 januari 2002, TK 2001-2002, 28 197, nrs. 1-5.

continuing a certain wording.’<sup>6</sup> Daarmee is, zo’n vijftien jaar na de publicatie van bovengenoemd rapport, een ‘advertisement of a purely commercial nature’ zoals de Commissie de advertentie ook kwalificeert, object geworden van het recht om inlichtingen en denkbeelden te verspreiden, in dezelfde formulering dus die dat rapport gebruikt. Niet alleen wat haar functie betreft (communicatie), maar ook wat haar juridische status aangaat (object van het recht om te communiceren) is reclame dus ontstegen aan de status van ‘Marktschreierei’.

Het is de vraag wat er gebeurd zou zijn, wanneer de Commissie niet, zoals nu, met een aanprijzing van een religieus product geconfronteerd zou zijn geweest, maar met een ordinaire wasmiddelenreclame. Had zij dan ook zo gemakkelijk beweerd dat zij *niet* van mening was dat ‘commercial “speech” (het gebruik van het woord ‘speech’ is hier al treffend) as such is outside the protection conferred by Art. 10 (1)’? De vraag stellen is haar beantwoorden. Deze bewering ligt duidelijk in het verlengde van de bescherming van religieuze overtuigingen. Handelsreclame is het domein van de vrijheid van meningsuiting binnengeslopen door het gat in de heg dat door de vrijheid van godsdienst was gemaakt. Maar eenmaal binnen, bleek zij gekomen om te blijven. De latere rechtspraak van het EHRM bevestigt zulks, zij het nimmer aan de hand van duidelijke gevallen. De vraag is nu wat de praktische betekenis is van de terminologische en de juridische winst die reclame geboekt lijkt te hebben.

## 2 Rituele formules bij de toegang van reclame tot het Nederlandse domein

De nationale rechter, althans die bij ons in Nederland, heeft geen enkele moeite gehad met de introductie van gewone reclame in het domein. In drie arresten heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan over handelsreclame en artikel 10 EVRM. Achtereenvolgens zijn dat Beele/Van der Linde, M/Bios en Procter & Gamble/Kimberley Clark.<sup>7</sup> In geen van die drie arresten wordt ook maar één woord vuil gemaakt aan een inhoudelijke overweging ter zake. Het cassatiemiddel in het incidenteel beroep in de eerste zaak klaagt over de veronderstelling van het Hof als zou er een algemeen aanvaarde norm bestaan dat beroepsbeoefenaren op medisch en tandheelkundig gebied zich onthouden van het maken van reclame voor de eigen activiteiten. Die veronderstelling is onjuist, aldus het middel, omdat artikel 10 EVRM in ieder geval beschermt het garen, doorgeven en ontvangen van inlichtingen en daarmee indirect de belangen van degene die reclame maakt. Dat is een voorzichtige constructie die reclame onder artikel 10 probeert te brengen via de achterdeur van de ontvanger van de reclameboodschap, via de ontvangstvrijheid

<sup>6</sup> Pastor X & the Church of Scientology/Sweden, 5 mei 1979, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1979*, Martinus Nijhoff Publishers: The Hague/Boston/London 1980, p. 250.

<sup>7</sup> HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 899 (Beele/Van der Linde), HR 2 februari 1997, *NJ* 1997, 661 (M./Bios), HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberley Clark t.a.v. reclame voor luiers).

dus. Op dezelfde manier is indertijd in de Virginia-zaak door het US Supreme Court duidelijk gemaakt waarom handelsreclame de bescherming van het First Amendment behoort te genieten. Het Hof oordeelde daar dat de constitutionele bescherming van commerciële informatie gerechtvaardigd is, onder meer omdat het belang van de consument bij de 'free flow' van commerciële informatie wel eens net zo groot of misschien wel groter zou kunnen zijn dan interesse in actuele politieke strijdvragen, en dat des te meer indien het gaat om consumenten die weinig te besteden hebben of zeer afhankelijk zijn van de producten en diensten die worden aangeboden.<sup>8</sup> De Hoge Raad gaat al die subtiliteiten voorbij en overweegt: 'het middel gaat er terecht vanuit dat de bescherming van artikel 10 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (...) zich in beginsel uitstrekt tot reclame uitingen.' Punt. In de zaak M/Bios wordt als het ware tussen neus en lippen opgemerkt: 'Het commerciële belang van Bios om voor de door haar aangeboden diensten reclame te maken, hoezeer het ook mede onder de bescherming van artikel 10 EVRM valt, weegt hiervoor immers niet zwaar genoeg.' En in Procter & Gamble heet het t.a.v. een reclame voor de droogste luier: 'dat het middel er terecht vanuit gaat dat de bescherming van artikel 10 EVRM zich in beginsel uitstrekt tot reclame-uitingen.' Punt. Wat de Hoge Raad doet is, zij het zonder veel inhoudelijke overwegingen, het redeneerschema van artikel 10 VRM toepassen, d.w.z. onderzoeken of het eerste lid van dat artikel van toepassing is en vervolgens de beperkingen toetsen aan het tweede lid.

Een zo gemakkelijke acceptatie van dat redeneerschema vindt niet plaats bij andere zaken in de tijd dat Beele/Van der Linde werd gewezen. Schuijt heeft duidelijk gemaakt hoe lang het heeft geduurd voordat de Hoge Raad netjes artikel 10 toepast. Pas in 1994 doet de HR dat voor het eerst in de Rails-zaak.<sup>9</sup> Voordien figureert de uitingsvrijheid als één van de belangen die aan de orde zijn, en niet als het stramien voor beslissingen. Op ons terrein gaat het dus wel netjes, zij het met wat men met Verkade in zijn annotatie bij Procter & Gamble, een 'riedelmatige afdoening' zou kunnen noemen. Die kwalificatie slaat bij Verkade overigens niet op de vraag naar de entree van handelsreclame in het domein van de uitingsvrijheid, maar op de vraag welke beperkingen vervolgens geoorloofd zijn. Op dat punt ga ik straks nader in, maar als het ook op het vlak van de beperkingen riedelmatig toegaat, dan wordt eens te meer duidelijk, dat honorering van een beroep op uitingsvrijheid voor handelsreclame resulteert in een liturgische formule die nu eenmaal behoort te worden uitgesproken, zonder al te veel consequenties voor de praktijk.

<sup>8</sup> 425 U.S. 762-765 (1976) (Virginia State Board Pharmacy/Virginia Citizens Consumer Council).

<sup>9</sup> J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Otto Cramwinckel Uitgever: Amsterdam 2000, p. 271.

### 3 De plek in het domein

De uitsluiting van de bescherming van de eerste drie leden van artikel 7 Gw voor handelsreclame en het bijbehorend gegeven dat voor handelsreclame strengere normen gelden dan voor andere uitingen, noopt uiteraard tot een plaatsing van handelsreclame binnen het domein, tot een juridische omschrijving dus van dat begrip. Dat er strengere normen gelden, is al in de Scientology uitspraak met zoveel woorden gezegd en steeds door het EHRM bevestigd. De Hoge Raad heeft in de genoemde arresten dezelfde aanpak gevolgd. Vanuit een oogpunt van uitingsvrijheid, pleit dat voor een restrictieve uitleg van het begrip handelsreclame.

Handelsreclame kan feitelijk worden omschreven als een vorm van door een herkenbare zender aan een reclamemedium betaalde openbare communicatie ten behoeve van de bevordering van de verkoop van goederen en diensten. In ruil voor die betaling heeft de zender invloed op de inhoud van de boodschap en in zekere mate op de wijze van distributie en is de communicatie doorgaans herkenbaar als commerciële communicatie. Ontbreekt een van die kenmerken, dan is er doorgaans een probleem, dat in de rechtspraak soms verschillend of dubieus wordt opgelost. Ik behandel die rechtspraak hierna, voor zover die zaken raakpunten hebben met de uitingsvrijheid.

#### 3.1 *Betaling*

Betaling, op welke manier dan ook, zou altijd de doorslag moeten geven bij de vraag of er sprake is van handelsreclame. Wanneer dat element ontbreekt, kan er in ieder geval geen sprake zijn van handelsreclame en de strengere normen voor deze vorm van communicatie kunnen dus niet worden toegepast. Zo werkt het echter niet. In de publieke omroep worden de reclameregels overtreden, enkel en alleen doordat namen van producten of diensten of ondernemingen over het scherm vliegen en die praktijk is gesanctioneerd door én de ARRvS én de Europese Commissie (ECRM). Zo'n aanpak heeft af en toe geleid tot verkeerde beslissingen uit een oogpunt van vrijheid van meningsuiting, omdat er nu eenmaal allerlei dramaturgische of redactionele rechtvaardigingen kunnen bestaan om dat soort beelden te vertonen. De huidige formulering van artikel 28 Mediabesluit verzacht die situatie enigszins, doordat het regime dat aanvankelijk alleen voor informatieve consumentenprogramma's gold, bij wijze van analogie op allerlei andere programma's van toepassing is verklaard. Maar de insteek blijft een beeldnorm, d.w.z. er moet onder meer worden gecontroleerd of de vermelding past binnen de context van het programma en geen afbreuk doet aan de formule of de integriteit ervan. Dat zijn normen die een toezichthoudende instantie, zoals het Commissariaat en in beroep de bestuursrechter, gevaarlijk dicht bij de stoel van de programmamakers doen belanden.

### 3.2 Openbaarheid

De redenen om reclame streng te reguleren, hebben natuurlijk vooral te maken met de veronderstelde effecten ervan op grote groepen potentiële consumenten. Openbaarheid lijkt dus minst genomen een noodzakelijke voorwaarde voor regulering. Dat punt is niet specifiek voor reclame. Zo is in het telecommunicatierecht en het omroeprecht openbaarheid evenzeer een onderscheidend criterium voor de vraag of er al dan niet beperkende regels van toepassing zijn. Niet-openbare uitingen zouden daarom niet als handelsreclame moeten worden behandeld, ook al voldoen zij aan de overige kenmerken. Een beroep op de uitingsvrijheid zou die stelling kunnen ondersteunen, omdat wanneer persoonlijke communicatie al niet vrij is, het met de openbare communicatie uiteraard slecht is gesteld. Nu de regels strenger zijn voor commerciële dan voor andere vormen van publiciteit is het dus, gelet op de uitingsvrijheid, zaak de wettelijke termen zo eng mogelijk uit te leggen. Gebeurt dat ook? Jawel, maar het klopt niet altijd. In de zaak RTS/Sybase<sup>10</sup> stuurt Sybase aan een derde bedrijf eenmalig een fax waarin een vergelijking wordt gemaakt tussen producten van Sybase en RTS die ongunstig uitpakt voor RTS. De President oordeelt dat er geen sprake is van een openbare mededeling in de zin van artikel 6:194 BW en wijst daarom de vordering wegens misleidende reclame af. Dat is, gezien vanuit een restrictieve uitleg lovenswaardig, maar klopt natuurlijk niet. De mededeling van Sybase kan immers onrechtmatig zijn tegenover RTS in de zin van artikel 6:162 BW. De Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame van 6 oktober 1997 (PbEG L 290/18) rept niet van openbaarheid en verplicht daarmee de lidstaten om ook maatregelen te nemen in dit soort gevallen. In Staat/Roche<sup>11</sup> is de uitleg al evenzeer restrictief. Het verbod van publieksreclame voor geneesmiddelen is, aldus de President, wél van toepassing bij voorlichtende informatie over een geneesmiddel die via een directe link raadpleegbaar is, maar niet, wanneer dezelfde informatie eerst via een drietal getrapte links beschikbaar is. De aard van de informatie wordt dus van voorlichting tot reclame getransformeerd door de mogelijkheid van snelle raadpleging; bij gebreke daarvan blijft het toelaatbare voorlichting. Die uitleg is alweer, vanuit een restrictieve uitleg, lovenswaardig, maar technisch gezien niet erg praktisch. Dit soort problemen zullen zich blijven voordoen, nu soortgelijke publieksreclameverboden ook gelden voor tabaksreclame en in de nabije toekomst voor alcoholreclame. De tweedeling in verboden publieksreclame en toegelaten reclame gericht op de vakhandel noopt op het internet tot systemen waarbij de toegang tot de laatste categorie beter via exclusieve wachtwoorden kan lopen.

<sup>10</sup> Rb Utrecht 4 augustus 1998, *IER* 1999-3, p. 140-142 m. nt JK (RTS/Sybase).

<sup>11</sup> Pres. Rb. Utrecht 15-2-2000, *IER* 2000-3, p. 172-177 m. nt JK (Staat/Roche).

### 3.3 Verkoopbevordering van goederen en diensten

Een ledenwerfspot van de VPRO toont een opgetut meisje uit de Miniplay-backshow van concurrent RTL4. De uitsmijter van de spot is: 'Stop de kindermishandeling. Wordt lid van de VPRO'. De burgerlijke rechter ziet het spotje als een mening, te weten het aan de kaak stellen van een maatschappelijk verschijnsel en oordeelt dat de vrijheid van meningsuiting meebrengt dat de mededeling niet onrechtmatig is tegenover RTL4.<sup>12</sup> Wanneer hij het gekwalificeerd had als reclame, zou het oordeel anders hebben moeten uitvallen, te weten als een vorm van onrechtmatige, want denigrerende reclame. Is de spot als reclame te beschouwen? Er lijkt eigenlijk geen enkel argument te bestaan voor een ontkennende beantwoording. Alle kenmerken zijn aanwezig: betaalde, openbare, door de adverteerder opgestelde, communicatie ten behoeve van de bevordering van de verkoop van lidmaatschapsdiensten. De desbetreffende definities in de Mediawet van reclame (artikel 1 sub kk. en jj jo artikel 3 Mw.) laten ook geen andere conclusie toe. Het EHRM had de desbetreffende spot zeer waarschijnlijk geplaatst in de hoek van de oneerlijke mededinging. Dat heeft het immers ook gedaan in de zaken Markt intern en Jacubowski waarin het eveneens ging om door het Hof gehandhaafde veroordelingen van publicaties op het grensvlak van oneerlijke concurrentie en kritische publiciteit. Sterker nog: de ECRM kwalificeerde in de zaak NOS/Nederland het tonen van de merknamen Coca Cola en Smith's in een kritisch jeugdprogramma over slechte eetgewoonten eveneens als liggend in de sfeer van de oneerlijke concurrentie.<sup>13</sup> Die Europese benadering behoeft echter geen navolging, zoals we straks nog zullen zien bij behandeling van de Procter & Gamble zaak, wanneer het gaat om een vergroting van de nationale ruimte voor een beroep op de uitingsvrijheid. De nationale rechter behoeft niet roomser te zijn dan de Europese paus.

### 3.4 Invloed van de zender op de verspreiding van de boodschap

In de Marco Borsato-zaak<sup>14</sup> wordt geoordeeld dat 'aanhakende' reclame waarop men geen invloed heeft, niettemin kan leiden tot strijd met de Mediawet. Aan een aantal omroeporganisaties zijn door het Commissariaat boetes opgelegd in verband met de promotie van de cd van Marco Borsato 'De Waarheid'. Het Commissariaat heeft in zijn beslissing mede in beschouwing genomen dat in de betreffende periode ook in de Ster en de Telegraaf reclame is gemaakt voor de cd. De Afdeling Bestuursrechtspraak overweegt nu dat aanhakende reclame een rol kan spelen bij

<sup>12</sup> Pres. Rb. Amsterdam 12 maart 1998, *Mediaforum* 1998-4, p. 133 (Van den Ende & Huisman/VPRO).

<sup>13</sup> Zie achtereenvolgens: EHRM 20 november 1989, *NJ* 1991, 738 (Markt intern/Germany), EHRM 23 juni 1994, *NJ* 1995, 365 (Jacubowski/ Germany) en ECRM 13-10-1993, *Mediaforum* 1994-1, B1-4 (NOS/Netherlands).

<sup>14</sup> ABRvS 18 december 2000, LJN-nummer AA9683.

de beoordeling of een programma-onderdeel een verboden reclame-uiting, als bedoeld in art. 52.2 Mw bevat. Dat de omroeporganisaties, zoals zij stellen, niet verantwoordelijk zijn voor de STER-spots en de advertentie, leidt niet tot een ander oordeel. De omroeporganisaties waren immers verantwoordelijk voor de inhoud van hun uitzendingen. Zij hadden kunnen en moeten begrijpen dat die in het licht van de daaraan voorafgaande STER-spots en de advertentie, een wervend karakter zouden krijgen en maatregelen dienen te treffen om reclame-uitingen te voorkomen. Dat oordeel legt dus omroepen de plicht op rekening te houden met het gehele marketingplan van adverteerders rond een bepaalde actie en in bepaalde gevallen af te zien van uitzending. Op dezelfde manier worden omroepen verantwoordelijk gesteld voor reclame van derden tijdens sportmanifestaties. Op zichzelf genomen klopte de Borsato uitspraak wel: Borsato's cd werd ook door de omroepen zelf wat al te veel geplugd. Maar algemener beschouwd heeft het toch zijn bedenkelijke kanten dat een omroep zo in de tang kan worden genomen door marketingstrategieën van derden.

### 3.5 Herkenbaar als reclame

Het gaat hier niet om een feitelijk kenmerk, maar om een normatieve eis<sup>15</sup> die zo uitdrukkelijk niet aan andere vormen van publiciteit wordt gesteld. De scheiding tussen feiten en meningen komt daar nog het dichtste bij. Met de eis wordt uiteraard beoogd informatie te verschaffen aan de consument over de aard van de desbetreffende vorm van publiciteit. Uit een oogpunt van negatieve ontvangstvrijheid – eveneens een deel van de uitingsvrijheid – is er niets mis met die eis. Zij bewerkstelligt dat de lezer of kijker reclame gemakkelijk kan overslaan en maakt hem duidelijk dat de adverteerder wat van hem of haar wil. Bovendien ontstaat aldus een duidelijke scheiding tussen het redactionele en het advertentiegedeelte van een medium, een scheiding die ook wenselijk is uit een oogpunt van onafhankelijke berichtgeving en van een transparante financiering uit reclameinkomsten.

De vraag die zich uit een oogpunt van uitingsvrijheid voordoet, is wat die eis voor consequenties mag hebben. Voor radio en televisie zijn ook gevallen van (sluik)reclame verboden die door iedere kijker of luisteraar als zodanig herkend zullen worden. Misleiding omtrent de aard van de desbetreffende mededeling wordt namelijk niet door Mediawet en Mediabesluit als eis voor verboden sluitreclame gesteld. Dat valt bij publieke omroepen nog te begrijpen, vanwege het dienstbaarheidsverbod: de publieke ruimte moet niet voor private doeleinden worden aangewend. Bij commerciële omroepen ligt dat echter anders. Hun situatie is meer te vergelijken met die welke aan de orde was in de Duitse zaak *Feuer, Eis*

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 10 Nederlandse Reclame Code en artikel 6a Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.



*und Dynamit*.<sup>16</sup> In die zaak oordeelde het BGH t.a.v. een compleet volgesponsorde film, dat vertoning daarvan niet onrechtmatig was tegenover de bioscoopreclame-exploitanten die klaagden over gedeerde reclame-inkomsten, wanneer het publiek maar van tevoren gewaarschuwd was tegen deze commerciële financiering. Het ging het Hof er niet om, of het publiek mededelingen als reclame herkende, maar of het publiek wist dat er voor de reclame betaald was. Commerciële omroepen zijn in dit verband te vergelijken met huis aan huis bladen waarvan we ook allemaal wel weten dat de zogenaamde redactionele artikelen over kapper Jansen's nieuwe zaak, naast de advertentie voor diezelfde kapper, in feite een tegenprestatie zijn voor betaling aan het blad door de kapper. Anders gezegd, wanneer het publiek maar weet wat er aan de hand is, is er eigenlijk moeilijk nog een ander argument te verzinnen dat als grondslag voor een verbod kan dienen. En, gegeven het feit dat commerciële media voor hun bestaan afhankelijk zijn van financiering door derden, is zo'n argument ook maar moeilijk te stoelen op het beginsel van de uitingsvrijheid, integendeel. Informatie zou in deze gevallen dus een noodzakelijke, maar ook een voldoende voorwaarde behoren te zijn.

### 3.6 Identificatie van de adverteerder

Anoniem adverteren is verboden. Niet alleen volgens de desbetreffende gedragscodes, maar dit verbod wordt ook een wettelijk verbod, althans voor het internet. Artikel 3:15e lid 1 BW zal immers als volgt komen te luiden:

'Indien commerciële communicatie deel uitmaakt van een dienst van de informatie-maatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt dat: a. de commerciële communicatie duidelijk als zodanig herkenbaar is; b. de commerciële communicatie zijn identiteit vermeldt.(...)'.

Anonimiteit is een groot goed gebleken in de geschiedenis van de uitingsvrijheid.<sup>17</sup> Waarom zou dat ook niet voor handelsreclame het geval mogen zijn? We dienen het dan te hebben over een zuiver geval van anonimiteit. In de Novartis-zaak<sup>18</sup> heeft het College van Beroep van de Stichting Reclamecode reclame voor een denkbeeld waarin de naam van de adverteerder ontbrak, veroordeeld wegens strijd met artikel 7 NRC en is dat oordeel uitdrukkelijk gemotiveerd met een beroep op het misleidend karakter van de uiting. Het ontbreken van de naam van de adverteerder kon in dit geval namelijk de indruk wekken dat de uiting afkomstig was van een in het algemeen belang optredende instelling in plaats van een commerciële producent van geneesmiddelen die reclame wilde maken voor een bepaald merk-geneesmiddel. Niet-misleidende anonimiteit is echter ook door het College

<sup>16</sup> BGH 6 Juli 1995, *GRUR* 1995, 744 (Feuer, Eis und Dynamit I), *GRUR* 1995, 750 (Feuer, Eis und Dynamit II). Zie daarover Frauke Henning-Bodewig, 'Werbung im Kinospiele-film', *GRUR* 1996-5, p. 321-330.

<sup>17</sup> Zie o.m. Maria Elizabeth Kronenberg, *Verboden boeken en opstandige drukkers in de Hervormingstijd*, Amsterdam: Van Kampen & Zoon, 1948.

<sup>18</sup> CvB 5 december 2001, *IER* 2002-3, p. 162-166 m. nt EHH.

veroordeeld om de eenvoudige reden dat het zodanig adverteren in strijd is met artikel 7 van de Nederlandse Reclame Code welks strekking is dat de adverteerder kenbaar en bereikbaar dient te zijn voor het publiek.<sup>19</sup> Men kan zo'n verbod billijken wanneer het gaat om adverteerders die het systeem van de Nederlandse Reclame Code hebben onderschreven. De vraag is echter of zo'n verbod ook algemeen verbindend behoort te zijn. Wanneer het dient om misleiding te voorkomen – zoals kennelijk het geval is bij het verbod van anoniem adverteren op het internet – is het antwoord ja; wanneer het gaat om andere gevallen ligt het antwoord m.i. niet zo eenvoudig. Anoniem adverteren is in de praktijk een reclame-techniek die dient om de nieuwsgierigheid op te wekken (*teasers*) en die dan ook wordt gevolgd door een ontknoping waarin de naam van de aanvankelijk anonieme adverteerder bekend wordt gemaakt. De democratische grondslag voor de vrijheid om anoniem te publiceren is natuurlijk geen rechtvaardiging voor die methode. Maar van de andere kant: wat is er eigenlijk fundamenteel in te brengen tegen de *teasers*? Ik zou het niet weten.

#### 4 De juridische positie in het domein

##### 4.1 Invloed op nationale wetgeving

Maakt het wat uit dat reclame vijftientig jaar geleden het domein van de uitingsvrijheid is binnengekomen? Een eerste indruk is te verkrijgen door te bezien wat de effecten zijn geweest op de nationale wetgeving met betrekking tot reclame van uitspraken van het EHRM. Op de website van het Hof ([http:// hudoc.echr.coe.int/hudoc](http://hudoc.echr.coe.int/hudoc)) worden die effecten weergegeven voor de periode 1968-1998. Er zijn twee zaken geweest die volgens die weergave daadwerkelijk tot verandering van wetgeving hebben geleid. Mede onder druk van de lopende Colman/UK zaak<sup>20</sup> heeft de Engelse General Medical Council zijn reclameregels voor medische beroepsbeoefenaren verzacht. De voornaamste reden voor die versoepeling is echter te vinden in een rapport van de Monopolies and Merger's Commission. In dat rapport werden de reclameregels van de GMC niet in het algemeen belang geacht en geconcludeerd dat feitelijke informatie over medische beroepsuitoefening in de vorm van advertenties diende te worden toegelaten. De grondslag voor de versoepeling is dus eerder te vinden in het mededingingsrecht dan in het recht met betrekking tot de uitingsvrijheid. Wij zullen straks zien dat de economische vrijheden die onder meer door dat gedeelte van het recht worden beschermd, wel eens meer kunnen hebben betekend voor handelsreclame dan het (politieke) grondrecht van de uitingsvrijheid. Als gevolg van de zaak Open Door and Dublin Well Women/ Ireland<sup>21</sup> werd de Ierse grondwet gewijzigd en een wettelijke regeling ingevoerd die toegang bood tot informatie over wettig opererende

<sup>19</sup> CvB 25 april 2002, *IER* 2002-5, p. 269-271 m. nt JK.

<sup>20</sup> EHRM 28 juni 1993, (1994) 18 EHRR 119.

<sup>21</sup> EHRM 29 oktober 1992, *NJ* 1993, 544 m. nt E.J. Dommering.

abortusklinieken in het buitenland. Bekend is, hoewel niet vermeld in de lijst van het Hof, dat mede onder invloed van de Barthold uitspraak uit 1985 de Nederlandse Orde van Advocaten haar reclameregels versoepelde. In de periode vanaf 1998 volgden nog een opvolger van Barthold, namelijk Stambuk/Germany, voorts Hertel/Zwitserland met mogelijke consequenties voor de regulering van oneerlijke mededinging, Gautrin/France dat overigens meer van belang is voor de onpartijdigheid van colleges die over reclame in het vrije beroep oordelen, VGT/Zwitserland inzake een verbod van politieke televisiereclame en tenslotte Murphy/Ireland inzake een verbod van religieuze radioreclame.<sup>22</sup> Stambuk betreft de toepassing in concreto van een regeling die voor het overige intact bleef, in VGT oordeelde het Hof dat het Zwitserse verbod van politieke reclame niet van een bijzonder dringende noodzaak was, nu het alleen voor televisie gold. Het heeft er even op gelet dat de ruime Zwitserse regeling voor oneerlijke mededinging veranderd zou worden als gevolg van de Hertel-zaak. Er zijn voorstellen dienaangaande gedaan, maar die zijn door het Zwitserse parlement niet opgevolgd.<sup>23</sup> De aanleiding voor Gautrin was de beoordeling van publiciteit als concurrentiemiddel tussen artsen; de rechtsvraag is echter hoe partijdig de beoordelende colleges zijn. Interessant probleem, maar zonder directe consequenties voor bestaande beperkingen op reclame. Murphy, al even interessant, laat een Iers algeheel verbod van reclame voor religieuze doeleinden intact vanwege de Ierse gevoeligheden op het gebied van religie. Al met al zijn alleen reclameverboden voor abortusklinieken en voor politieke televisiereclame daadwerkelijk gesneuveld. Niet bepaald gevallen die duidelijk als handelsreclame zijn aan te merken. Nederlandse uitspraken over mogelijke consequenties voor nationale regelgeving van een beroep op uitingsvrijheid voor reclame zijn er ook. De meeste hebben betrekking op bestuursrechtelijke zaken en betreffen de verbindendheid van lagere regelingen. Gelet op de Grondwetswijziging van 1983 waarbij handelsreclame in artikel 7 lid 4 Gw uitdrukkelijk werd uitgesloten van de grondwettelijke bescherming van de uitingsvrijheid, zijn alleen gevallen relevant waarin een beroep op artikel 10 EVRM is gedaan. Al die beroepen hebben bij mijn weten gefaald en dus niet kunnen leiden tot verandering van wetgeving.

<sup>22</sup> EHRM 25 maart 1985, *NJ* 1987, 900 (Barthold/Germany), EHRM 20 mei 1998, (Gautrin/France), EHRM 25 augustus 1998, *Mediaforum* 1998-10, p. 290-297 (Hertel/Zwitserland) m.nt Jan Kabel, EHRM 28 september 2001, *Mediaforum* 2002-2, p. 55-59 m.nt. Jan Kabel (VgT/Zwitserland), EHRM 17 oktober 2002, (Stambuk/Germany), EHRM 10 juli 2003 (Murphy/Ireland). Uitspraken zonder vindplaats op genoemde website van het Hof.

<sup>23</sup> Carl Baudenbacher, *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Helbing & Lichtenhahn: St Gallen/Berlin 2001, p. 7.

#### 4.2 *Bewijslast met betrekking tot de waarheid en uitingsvrijheid*

Misleidende handelsreclame kan geen aanspraak maken op uitingsvrijheid. Beter gezegd: de toetsing van beperkingen die erop zijn gericht de consument te beschermen tegen misleidende reclame kan marginaal zijn. Maar dan moet er natuurlijk wel sprake zijn van misleiding. De vraag of die inderdaad aanwezig is, hangt mede af van de vraag hoe de rechter omgaat met de bewijslastverdeling. De zaak waar het erom spande is het eerder genoemde arrest van de HR in Procter&Gamble/Kimberley. In die zaak stond de houdbaarheid van de bewijsregeling ter zake van misleidende reclame op het spel. Procter stelde dat de beperkte verweermogelijkheden van gedaagde in kort geding, in samenhang met de door de rechter toegepaste omkering van de bewijslast van artikel 6:195 BW en met de onomkeerbaarheid van een eenmaal opgelegde rectificatie strijd opleverden met artikel 10 EVRM. Procter diende in kort geding te bewijzen dat zijn luiers de droogste waren, kreeg daar volgens eigen zeggen echter niet voldoende gelegenheid voor vanwege de aard van het kort geding en werd geconfronteerd met een verbod en een rectificatie. De bewijslastomkering van artikel 6:195 BW strookt inderdaad niet met de aard van het kort geding en is daarom ook in kort geding slechts als aanwijzing voor de rechter bedoeld en niet als een regeling die verplicht moet worden toegepast. Op zichzelf is er dus veel te zeggen voor de stelling van Procter dat toepassing van die bewijsregeling erop neer komt dat de rechter niet volledig heeft onderzocht of de mededelingen van Procter nu echt onjuist zijn. Een rectificatie is dan een disproportionele maatregel, niet noodzakelijk ter bescherming van de rechten van anderen (consument en concurrent). De Hoge Raad oordeelt echter dat de rechter in dit soort gevallen een zekere beoordelingsvrijheid moet worden gelaten omdat het nu eenmaal om een complex gebied, dat van de oneerlijke mededinging, gaat. Daarmee doet de HR alsof hij het EHRM is. Dat Hof heeft immers strijk en zet aldus geoordeeld, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat de nationale rechter hetzelfde moet doen. Verkade spreekt hier in zijn annotatie als gezegd van een riedelmatige afdoening en dat epitheton toont aan hoe weinig relevant een beroep op vrijheid van meningsuiting voor handelsreclame lijkt te zijn.

#### 4.3 *De beoordeling van niet-misleidende kritische publiciteit*

De bovengenoemde kwalificatie van een uiting als behorende tot een complex terrein als dat van de oneerlijke mededinging is in de rechtspraak van het EHRM betrekkelijk dodelijk gebleken voor de vrijheid om niet-misleidende, kritische uitingen openbaar te maken. Dat leren de bekende en betwiste uitspraken inzake Markt intern en Jacubowski.<sup>24</sup> In beide gevallen wordt met die kwalificatie iets bereikt, dat met het gewone recht inzake beledigende uitingen in beide gevallen

<sup>24</sup> Vgl. o.m. Margaret de Merieux, 'The German Competition Law and Article 10 ECHR', *ELR* 1995, p. 388-399.

waarschijnlijk niet zou kunnen worden bereikt, te weten de toelaatbaarheid van een veroordeling van op zichzelf niet onjuiste, kritische opmerkingen over een ander. Jacobowski maakte die opmerkingen in een poging om de schade die aan zijn eigen reputatie was toegebracht weer recht te zetten. Het Hof oordeelde echter dat die intentie mede tot effect kon hebben klanten aan te trekken en kwalificeerde de opmerkingen dus als mededelingen in de concurrentiestrijd. Markt intern gaat onder diezelfde aanpak gebukt. In de Hertel-zaak wordt weliswaar van deze kwalificatie afstand genomen, maar niettemin geoordeeld dat wanneer de uiting enig daadwerkelijk effect zou hebben gehad op de verkoop van het bekritiseerde product, het Zwitserse publicatieverbod wel toelaatbaar zou zijn geweest. Deze randgevallen maken m.i. duidelijk, dat wanneer het om zuivere gevallen van concurrentie zou gaan, beperkingen op niet-misleidende, kritische publiciteit weinig kans maken om te sneuvelen. Men kan zich in dit verband afvragen welke vrijheid meer heeft bijgedragen tot de uitingsvrijheid voor adverteerders: de uitingsvrijheid zoals neergelegd in artikel 10 EVRM zelf of de meer economische getinte vrijheden als die van het grensoverschrijdende goederen- of dienstenverkeer dan wel die van een onvervalste mededinging. T.a.v. de toelaatbaarheid van vergelijkende reclame lijkt de economische aanpak in de vorm van de richtlijn (misleidende en) vergelijkende reclame een rechtstreekser invloed te hebben gehad dan de uitingsvrijheid. De lijn die het HvJEG heeft gevolgd in de zaak Pippig/ Hartlauer, maakt duidelijk dat dit Hof bereid is kritische commerciële publiciteit in beginsel toelaatbaar te achten. Het Hof oordeelde in die zaak namelijk dat er niet nog eens extra eisen aan de toelaatbaarheid kunnen worden gesteld, dan die waarin de richtlijn voorziet en sloot de toepassing uit van strengere nationale regels ter zake van misleiding.<sup>25</sup>

#### 4.4 De beoordeling van reclame in het vrije beroep

Stambuk/Germany geeft een tweede argument ter rechtvaardiging van een marginale beoordeling door het EHRM van nationale beperkingen. In de overwegingen laat het Hof zijn uitspraken ter zake de revue passeren en maakt het een onderscheid tussen beperkingen op reclame voor advocaten en voor die van de medische professie. Het stelt vast dat ten aanzien van de advocatuur de lidstaten tal van uiteenlopende regelingen kennen die bovendien nog voortdurend aan veranderingen onderhevig zijn. Die variaties en veranderingen zijn voor het Hof reden om zich te beperken tot een zeer afstandelijke beoordeling van de nationale beperkingen. Bij de medische professie ligt het anders. Daar zijn, aldus het Hof, wel duidelijke, door de lidstaten gedeelde, principes aan te wijzen en is het om die reden aangewezen om tot een volledige belangenafweging te komen. Stambuk betreft een interview in de pers waarin een nieuwe behandeling voor gebrekkig

<sup>25</sup> HvJEG 8 april 2003, C-44/01. Vgl. Janna G. van Olst, ‘“Napraten” over vergelijkende reclame’, *Mediaforum* 2003-6, p. 190-191.

zicht met behulp van een lasertechniek centraal staat. Vermeld wordt een succespercentage van 100%; het artikel wordt begeleid door een foto van Dr. Stambuk achter de computer. Het Hof toetst de door de Duitse rechter bevestigde sanctie wegens overtreding van de geldende gedragscode in het voetspoor van zijn eerdere Barthold-uitspraak volledig aan de in aanmerking komende belangen (persvrijheid, bescherming van de gezondheid, rechten van anderen, vrijheid van meningsuiting van Stambuk). Het constateert dat het interview op initiatief van de journalist heeft plaatsgevonden, dat het gaat om een zaak van algemeen medisch belang en dus de essentiële functie van de pers in het geding is, er geen sprake is van onjuiste of misleidende informatie, de foto relevant is voor de overige informatie, het succespercentage niet van de rest van het artikel is te scheiden en het publiciteitseffect secundair is. Het acht het daarom ook niet nodig te onderzoeken of de arts verplicht was om het artikel vòòr publicatie te controleren en concludeert tot een inbreuk op artikel 10 EVRM. Met Barthold is dit de enige uitspraak waarin een nationale reclamebeperking niet door de beugel kan. Vergelijkt men deze aanpak van reclame in het vrije beroep met die welke beperkingen toetst aan een onvervalste mededinging, zoals het HvJEG heeft gedaan in de zaak van de Europese octrooigemachtigden, dan zien we in het laatste geval een aanpak die veel minder oog behoeft te hebben voor nationale verschillen in regelgeving en dus meer op kan leveren voor de mogelijkheden om reclame te maken in het vrije beroep.<sup>26</sup>

#### 4.5 De beoordeling van aanstootgevende reclame

N.a.v. de bekende Benetton-campagnes heeft in ons land de Reclame Code Commissie geoordeeld, dat de campagne waarin het sterfbed van een aidspatiënt werd getoond in strijd was met de regel dat ten behoeve van commerciële doeleinden geen gebruik mag worden gemaakt van het leed van anderen.<sup>27</sup> Soortgelijke procedures hebben zich in andere Europese landen afgespeeld waaronder een wel zeer langdurige in Duitsland. Het Duitse BVerfG heeft onlangs de veroordeling door het BGH vernietigd van de Benetton advertentie waarin een menselijke bil te zien was waarop 'H.I.V. Positive' gestempeld was.<sup>28</sup> Eiser in deze zaak was de bekende Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. die al talloze van dit soort procedures op haar naam heeft staan, gedaagde de uitgever van een blad waarin de advertentie was gepubliceerd. De rechten die met elkaar in mogelijk conflict kwamen, waren in eerste instantie dus niet zozeer de uitingsvrijheid voor de adverteerder enerzijds tegenover het grondrecht van de menselijke waardigheid (artikel

<sup>26</sup> GvEA 28 maart 2001, T-144/99 (EPI tegen Commissie EG), zie daarover E.R. Vollebregt, 'Vergelijkende reclame in vrije beroepen: de octrooigemachtigden slaan terug', *NTER* 2001-7/8, p. 187-189.

<sup>27</sup> RCC 26 mei 1992, *IER* 1992, nr. 32 m.nt. JK.

<sup>28</sup> BVerfG 11 maart 2003, 1 BvR 426/02. Vgl. ook uitgebreid over deze vorm van reclame Raphaël Arn, *La publicité choquante. Vers une nouvelle dimension du droit de la concurrence déloyale?* Helbing und Lichtenhahn: Bâle/Genève/Munich 2001.

1 van de Duitse grondwet) van H.I.V. patiënten en de bescherming tegen oneerlijke concurrentie anderzijds. Hier stond de persvrijheid tegenover laatstgenoemde rechten. Niettemin is de uitspraak ook van belang voor de vrijheid van commerciële adverteerders, zij het dan niet in gevallen van zuivere handelsreclame maar van een wat dubbelzinniger variant.

Het Hof erkent dat de persvrijheid in beginsel ook het advertentiegedeelte van een medium omvat en kwalificeert de uiting als een meningsuiting in de zin van het eerste lid van artikel 5 van de Duitse Grondwet, omdat het er in die uiting kennelijk niet alleen maar om gaat aandacht op de onderneming van Benetton te vestigen. Was dat wel het geval geweest, dan zou een beroep op de grondwettelijke persvrijheid niet zijn opgegaan. Nu het dus zowel om een sociaal-kritische boodschap als om een commerciële boodschap gaat, is het de vraag wat die dubbelzinnige aard van de boodschap eigenlijk betekent. Het commerciële karakter van de boodschap leidt er, aldus het Hof, niet toe dat de sociaal-kritische boodschap moet worden uitgelegd als krenkend voor de menselijke waardigheid. De dubbelzinnigheid kan moreel verwerpelijk zijn, maar is daarom nog niet grondwettelijk verboden. Het Hof is dus van oordeel dat ook commerciële adverteerders de vrijheid moeten hebben om maatschappelijke thema's op provocatieve wijze aan te snijden, juist vanwege het uit een oogpunt van persvrijheid en vrijheid van meningsuiting beschermenswaardige belang van deze vorm van publiciteit.

## 5 De toekomstige grondwettelijke positie van handelsreclame

Het derde lid van het voorgestelde nieuwe artikel 7 van de Grondwet bepaalt: 'Indien de beperking betrekking heeft op handelsreclame of productinformatie, kan dit recht ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid tevens *krachtens* de wet worden beperkt.'<sup>29</sup> Handelsreclame wordt in die tekst niet, zoals nu, uitgesloten van de bescherming van de uitingsvrijheid. Preventieve toetsing van de inhoud van handelsreclame wordt dus uitgesloten en verspreidingsbeperkingen mogen alleen in het belang van de openbare orde worden getroffen. In de discussie over dit voorstel is deze regeling steeds overeind gebleven.<sup>30</sup> Het bijzondere van die regeling is dat, anders dan voorheen, delegatie slechts mogelijk is ter bescherming van twee limitatief opgesomde belangen: de bescherming van de gezondheid en het belang van de veiligheid. De normen voor de wetgever worden dus wat strakker aangespannen en dat lijkt verstandig wanneer men naar de huidige hausse aan wetten en wetsvoorstellen kijkt die voorliggen.<sup>31</sup> Het tijdperk van zelfregulering is voorbij: de wetgever neemt de beteugeling van ongewenste

<sup>29</sup> TK 2000-2001, 27 460, nr. 1, p. 7 (voorstel kabinet).

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld Wouter Hins, 'Frank en vrij, Opinie', *Mediaforum* 2000-1, p. 1.

<sup>31</sup> De laatste jaren zijn wettelijke regelingen ingevoerd of voorgesteld voor terreinen die voordien door zelfregulering werden bestreken. Het betreft hier onder meer tabaksreclame, alcoholreclame, gezondheidsclaims voor levensmiddelen en publieksreclame voor geneesmiddelen.

vormen van reclame op het terrein van de gezondheid in de meest ruime zin zelf ter hand. Allerlei andere belangen dan die van veiligheid en gezondheid (bijvoorbeeld het voorkomen van sluikreclame, voor commerciële omroepen nu in het Media-besluit geregeld) zullen dus echter bij formele wet moeten worden geregeld.

## 6 Conclusies

Het voorgestelde grondwetsartikel biedt wat de procedurele totstandkoming van beperkingen op handelsreclame betreft, meer waarborgen dan thans. Het is echter de vraag of daarmee inhoudelijke beperkingen veel van karakter zullen veranderen. De laatste vijftientig jaar hebben handelsreclame op dit punt niet veel gebracht. De gevallen die wel iets hebben opgeleverd, liggen steeds in de sfeer van de grens tussen zuivere handelsreclame en andere uitingen. De dubbelzinnigheid die aan communicatie eigen kan zijn, werkt dan in het voordeel van de commerciële adverteerder. Dat is terecht. De consument of beter gezegd, de burger, is voldoende postmodern opgevoed om die dubbelzinnigheid op zijn waarde te schatten. Het had op het punt van de bewijslastverdeling bij misleidende reclame beter gekund, maar die kans is niet gegrepen. De beperkingen op reclame-uitingen in gewone omroep-programma's vertonen hier en daar bedenkelijke kanten, gelet op de uitingsvrijheid. Het is verdedigbaar dat we op dat terrein met minder beperkingen maar met meer informatie toe kunnen. Handelsreclame is zonder veel discussie toegelaten tot het domein, maar daar lijkt het dan ook bij te zijn gebleven. Tot werkelijke veranderingen in nationale wetgeving heeft die toelating niet geleid. De winst is echter niet alleen een terminologische. Beperkingen dienen immers hoe dan ook inhoudelijker te worden gemotiveerd, gelet op het stramien van artikel 10 lid 2 EVRM. Nochtans lijkt het erop dat voor handelsreclame meer winst is te behalen door de toetsing van beperkingen aan het vrije goederen- en dienstenverkeer en het mededingingsrecht. Is daarmee commerciële communicatie toch weer wat het was en altijd is geweest: een economische activiteit ten behoeve van de verkoopbevordering van goederen en diensten?