

Hoofdstuk 4 - Vrijheid van meningsuiting en reclamebeperkende maatregelen (1994!)

4.1 Algemeen

Een beperking van of een geheel verbod op reclame voor bepaalde producten kan onder omstandigheden in strijd komen met de vrijheid van meningsuiting (het verschaffen van opinies, inlichtingen of gegevens) of van informatievergaring (het verkrijgen van opinies, inlichtingen of gegevens). Alhoewel de vrijheden van oorsprong geen commerciële informatie omvatten, wordt er in de literatuur de laatste tijd veelal van uitgegaan dat ook deze informatie beschermd wordt.¹ Terwijl artikel 7 GW een betrekkelijk duidelijke maar beperkte bescherming van de uitingsvrijheid biedt, wordt artikel 10 EVRM (evenals tot op zekere hoogte ook art. 19 IVBR) gekenmerkt door een kader, waarbinnen noodzakelijk geachte beperkingen kunnen worden afgewogen tegen de diverse elementen van de communicatievrijheid in de ruimste zin. Hier is ook wel plaats voor de handelsreclame, die immers niet alleen een onderdeel is van de vrijheid van beroep en bedrijf maar tevens bijdraagt aan de informatie van het publiek, dat behoefte heeft aan voorlichting over allerlei goederen en diensten die in het vrije handelsverkeer worden aangeboden.²

Opmerkelijk en leerzaam is de ontwikkeling in de Verenigde Staten rond het vraagstuk van vrijheid van meningsuiting en reclame. In het arrest in de zaak *Valentine v. Chrestensen*, in 1942 gewezen, heeft het Amerikaanse Supreme Court een onderscheid gemaakt tussen ideële en handelsreclame. Het Supreme Court achtte toen een verspreidingsverbod van commercieel reclamemateriaal niet in strijd met het First Amendment (Congress shall make no law abridging the freedom of speech or of the press). Deze zgn. two-level-theory impliceert dat handelsreclame als zijnde 'without redeeming social importance' (!) buiten de bescherming van de Amerikaanse Grondwet valt. Sindsdien is echter een aantal uitspraken gedaan op grond waarvan men niet kan volhouden dat handelsreclame geheel buiten de bescherming van het First Amendment valt. Zo werd door een consumentenorganisatie met succes een advertentieverbod voor apothekers

1. B.H. Ter Kuile, *Europese reclameregulering? Zorgvuldigheid geboden!*, Elsevier, 1991, blz. 43; E.J. Dommering, *De zaak 'Markt Intern Verlag'*, *IER* 1990/3, blz. 49-52.
2. J.M. de Meij, *Uitingsvrijheid*, O. Cramwinckel, Amsterdam, 1989, blz. 220.

aangevochten (Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.). Helemaal is de ban nog niet gebroken. Zo worden bijvoorbeeld advocaten die persoonlijk hun diensten aanbieden aan verkeersslachtoffers niet beschermd door de vrijheid van meningsuiting. Een verbod wordt hier legitiem geacht.³

In de zaak Bates voor het Supreme Court van de Verenigde Staten (27 juni 1977) speelde de vraag of een advocaat het grondwettelijke recht heeft in advertenties de prijzen te vermelden, waarvoor hij bereid is bepaalde routinewerkzaamheden te verrichten. De beslissing in deze zaak hield in dat een verbod tot adverteren in strijd is met het First Amendment, maar dit houdt geenszins in dat in het geheel geen regels met betrekking tot het adverteren door advocaten gesteld zouden mogen worden.⁴ Ook in Nederland bestaan talloze dergelijke, niet op de wet berustende, maar door belangengroepen ingestelde reclamebeperkingen. Verdedigbaar is dat de grondwettelijke bescherming wijkt voor de contractsvrijheid. Zouden echter partijen niet in vergelijkbare machtsposities verkeren dan geldt dit niet.⁵

Afgezien van de legaliteit van reclamebeperkingen dan wel -verboden komt de vraag naar voren van de legitimiteit van dergelijke maatregelen. Argumenten van strikte consumentenbescherming, alsmede belangenafweging binnen het overheidsbeleid kunnen hierin een rol spelen. Een voorbeeld vormt de ontwikkeling rond de beperkende maatregel voor tabaksreclame. Nu steeds duidelijker (ervaren) wordt dat de schadelijke effecten van het roken via de kosten van de gezondheidszorg op de maatschappij drukken, lijken beperkende maatregelen inzake reclame voor tabaksprodukten verder te mogen gaan dan vanuit strikte consumentenbescherming vereist is. Het argument van de vrijheid van meningsuiting wordt in deze discussie echter onverminderd aangevoerd.⁶

Een andere factor in deze belangenafweging is het verband tussen reclame en marktomvang. In het algemeen is dat verband moeilijk vast te stellen. Kabel noemt

3. J.A. Peters, *Het Primaat van de vrijheid van meningsuiting: vergelijkende aspecten Nederland-Amerika-Leiden*, diss. Leiden, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1981, blz. 176.
4. J.A. van Arkel, *Het advertentieverbod voor advocaten*, *Advocatenblad*, 1978/6, blz. 348-353.
5. A.F.M. Brenninkmeijer, *Van drukpersvrijheid tot informatievrijheid*, *Jeukensbundel Grondrechten*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1982, blz. 167-190. Vergelijk ook Hof Amsterdam, 30 oktober 1980, NJ 1981, 422 (Boycot Outspan).
6. J. Stuyck, *Levensmiddelen en tabak, etikettering en reclame, een juridische verkenning*, Antwerpen, 1981.

het een illusie dat met een verbod van alcoholreclame het toenemende alcoholgebruik kan worden ingedamd.⁷ In 'Fakten ohne Filter', een publicatie van het ZAW (Zentral Ausschuss der Werbewirtschaft) te Bonn wordt een groot aantal feiten en onderzoeksresultaten weergegeven over het tabaksgebruik in diverse landen, waar gedeeltelijke of algemene reclameverboden gelden. In al die landen is desondanks een stijging van het tabaksverbruik te constateren. Reclame zou hoofdzakelijk een verschuiving van het marktaandeel bewerkstelligen (scheppen van voorkeuren voor bepaalde merken). In Finland leidde een reclameverbod voor tabaksartikelen van 10 jaar niet tot een vermindering van het gebruik maar slechts tot een vergroting van het marktaandeel van de grote internationale merken als gevolg van hun grotere merkbekendheid.⁸ In dit verband merkt Stuyck dan ook op dat het mogelijk is dat de belangrijkste functie van het uitvoeren van een verbod op tabaksreclame van politieke aard is.

Kabel geeft een methode aan volgens welke de wetgever naar zijn mening legaal en legitiem reclameverboden kan opleggen. Zo blijken reclameverboden naar geldend recht uitsluitend te worden opgelegd in gevallen waarin tevens productie- en distributiebeperkende maatregelen zijn opgelegd vanwege aan het gebruik van het aanbod verbonden mogelijk schadelijke effecten (de zgn. *correlatietheorie*). Dit is volgens Kabel het geval met reclameverboden die voorkomen in de artikelen I Wet op de filmvertoningen; Ia Wet op de Kansspelen; 6 Wet op het consumptief geldkrediet; 441a WvS, 2, eerste lid, Wet beperking Cadeaustelsel; 3b Opiumwet; 2 Uitverkopenwet en 3, vijfde lid, Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische produkten. Kabel acht bovengenoemde correlatietheorie en de motieven van artikel 10, tweede lid, van het Europees Verdrag tezamen de bepalende grenzen, waarbinnen een reclameverbod in beginsel toelaatbaar is. Naast de bovengenoemde reclameverboden geldt sinds de beschikking van de Minister van CRM, 22 februari 1980, krachtens artikel 50, eerste lid, van de Omroepwet een verbod op etherreclame voor tabaksprodukten. In het kader van de zelfregulering valt nog te noemen het verbod van publieksreclame voor geneesmiddelen die uitsluitend door apothekers worden verkocht (art. 10h van de Leidraad van de KOAG), de Voorschriften voor alcoholreclame in de Nederlandse Code voor het Reclamewezen en de eveneens daarin opgenomen voorschriften omtrent sigaretten en shag met de daarbij behorende boeteregeling.

7. J.J.C. Kabel, Reclameverbod, methode en motieven, *NJB* 8 september 1979/30, blz. 676-683 en J. Stuyck, 1981, o.c., over tabaksreclame.

8. *Adformatie*, 9 juni 1983.

Sinds begin 1988 - in verband met de invoering van de Mediawet en de opheffing van de Reclameraad - maken ook de Voorschriften Nederlandse Etherreclame (VNE) deel uit van de Code (per 1 januari 1992 zijn zij daarin geheel opgenomen en verwerkt; zie Bijlage II). Noch op de televisie, noch op de radio mogen reclameboodschappen voor tabaksproducten worden uitgezonden. De Nederlandse Reclamecode bevat een speciale paragraaf met betrekking tot reclame voor sigaretten en shag (1987). Bepaald wordt onder andere dat geen verband mag worden gelegd tussen roken en gezondheid en het beginnen met roken niet gestimuleerd mag worden. Tevens worden de plaatsen waar reclame mag worden gevoerd beperkt (o.a. niet bij scholen en op openbaar vervoer).

De inhoud van de 'alcoholparagraaf' in de Reclamecode is daarmee op één lijn te stellen: reclame gericht op verhoging van drankgebruik is niet toegestaan. De Stichting Reclame Code heeft in overleg met de Stichting Verantwoord Alcoholgebruik (STIVA) een nieuwe code voor alcoholhoudende dranken aanvaard, die per 1 september 1989 in werking is getreden. Deze vormt een aanscherping ten aanzien van de bestaande. Er wordt onder andere in bepaald dat 1 op de 5 TV-commercials dient te zijn voorzien van een slogan, wijzend op verantwoord alcoholgebruik dan wel waarschuwend tegen misbruik.

Alles overziend kan men stellen dat het in Nederland nauwelijks voorkomt dat reclame voor een bepaald produkt geheel wordt verboden onder dreiging met een strafsanctie. Het gaat steeds om beperkingen. In sommige gevallen mag via bepaalde media geen reclame worden gemaakt, in andere gevallen mag de reclame niet worden gericht op een bepaalde groep. In de meeste gevallen gaat het om voorschriften ter zake van de inhoud van reclame, meestal gegeven met het oog op bescherming van belangen van consumenten. Tabaksreclame vormt in meer dan één opzicht een test-case.

4.2 Artikel 7 Grondwet

Het nieuwe artikel 7 GW (in 1983 in werking getreden) luidt als volgt:

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorafgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud

daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.

4. De voorafgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

Artikel 7 bevat in vergelijking met het oude artikel 4 enerzijds een uitbreiding (ook andere vormen van publiciteit van meningen dan via de drukpers vallen onder de bescherming), anderzijds is een beperking opgenomen: handelsreclame wordt uitgesloten. De Hoge Raad heeft bepaald dat niettemin toezicht vooraf op reclameprogramma's bij radio- of televisieuitzendingen niet toelaatbaar is.⁹ Artikel 7, vierde lid, beperkt het maken van reclame niet. Er wordt slechts bepaald dat de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting niet geldt voor handelsreclame. Pas wanneer door de wetgever in formele of materiële zin van de geboden gelegenheid gebruik gemaakt wordt, komt de vraag aan de orde of de beperkende maatregel of het verbod in strijd is met het Europees Verdrag. Dan zal onderzocht moeten worden of de Nederlandse regeling onder het tweede lid van artikel 10 van dit Verdrag gebracht kan worden, dan wel strijdig is met artikel 19 van het Verdrag van New York (*Trb.* 1969, nr. 99).

De uitsluiting van de handelsreclame heeft zowel bij de parlementaire behandeling in vooral de Eerste Kamer (zie Kamerstukken II 13.872, nr. 13) als daarbuiten in vakkringen tot veel discussie aanleiding gegeven.¹⁰ De gekozen constructie wordt in grote lijnen verdedigd door De Mey.¹¹ Slagter achtte het Grondwetsartikel te ruim.¹² Voorafgaande goedkeuring zou zijns inziens slechts toelaatbaar behoren te zijn indien sprake is van gevaar voor de volksgezondheid. Hij stelde voor artikel 7, vierde lid, in die zin te wijzigen.

Kernpunt bij de discussie is de vraag in hoeverre reclame onder de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting valt. Hierin zijn twee gedachtenlijnen te onderscheiden. Enerzijds de gedachte dat een beroep op deze bescherming slechts legitiem is, indien hier geestelijke en/of ideële waarden

9. HR 11 december 1987, NJ 1990, 73 m.nt. MS en WHH; B.H. Ter Kuile, 1991, o.c., blz. 49.

10. Zie reeds *Adformatie*, jaargang 1977 en J.J.C. Kabel, *NJB* 8 september 1979/30, o.c., blz. 679.

11. J.M. de Meij, *De Grondwetsherziening en de vrijheid van drukpers*, *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur*, 1976/13, blz. 251-256.

12. W.J. Slagter, *Geen vrije handelsreclame meer: over zeven jaar is het al 1984*, *Adformatie* 1977/7, blz. 14 e.v.

behorend tot de publieke sector in het geding zijn (de beperkte opvatting).¹³ Anderzijds wordt aangevoerd dat in onze maatschappij een positieve waarde wordt toegekend aan produktie en consumptie van materiële goederen. Dientengevolge dient het recht van vrije mededinging en daarmee het recht van consumenteninformatie te worden beschermd (de ruime opvatting).¹⁴

Vooraf in reclamevakkringen werd fel ten strijde getrokken tegen het nieuwe Grondwetsartikel, onder verwijzing naar het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens. Artikel 7, vierde lid, zou 'strijdig' zijn met artikel 10 van dit Verdrag. De zelfregulerende instanties binnen de reclamewereld laten zich er echter niet van weerhouden zich te beroepen op het bestaan van datzelfde Grondwetsartikel.¹⁵

Alkema kon in 1978 nog geen uitsluitsel geven over de vraag of onder vrijheid van meningsuiting van artikel 10 ook reclame-uitingen vallen.¹⁶ Neckerman Reizen en Result & Marius hebben in augustus 1983 bij het Europese Hof in Straatsburg een klacht ingediend wegens strijdigheid van artikel 7, vierde lid Grondwet met de artikelen 10, 13 en 14 van het ECRM (Verdrag van Rome). Anders dan onder de drukpersbepaling van de oude Grondwet zal voor de nieuwe situatie een onderscheid gemaakt moeten worden tussen handelsreclame en ideële reclame.¹⁷ De grensbepaling tussen goederen met en goederen zonder een ideëel aspect wil de Minister overlaten aan de rechtsontwikkeling door wetgever en rechter. De Meij doet de suggestie uit te gaan van de omschrijving van het begrip reclame uit de Wet Misleidende Reclame. Zie voor een omschrijving van de kenmerken van commerciële publieksreclame en de problemen die daarmee samenhangen Kabel.¹⁸

13. H.J. Roethof, Toezicht op reclame niet uit handen geven, *Adformatie* 1977/7, blz. 15 en J.N. Scholten, *Adformatie*, 25 juni 1977; ook voorgestaan door J.J.C. Kabel, Bescherming 'information of a commercial nature', *Mediaforum* 1990/1, blz. 7-8.

14. Zie bijv. E.J. Dommering, De zaak 'Markt intern Verlag', *IER* 1990/3, o.c., blz. 49-52.

15. .Rehadent/NDP, RVA en VEA inzake de onmogelijkheid van publieksreclame voor een tandheelkundige behandeling, *Adformatie*, 26 juli 1984; zie over de betekenis van art. 7 GW en art. 10 EVRM voor het gebruik van reclame-werende stickers: D.J.G. Visser, Ongewenste ongeadresseerde brievenbusreclame: aan stickers kleven nogal wat bezwaren, *Ars Aequi* 1993/2, blz. 14-19.

16. E.A. Alkema, *Studies over Europese Grondrechten*, Kluwer, Deventer, 1978, blz. 79.

17. Zie voor jurisprudentie ter zake van artikel 7 oud: A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door C.W.L. van der Pot, Tjeenk Willink, Zwolle, 12^e druk, 1989, en P.J. Boon, *Zonder voorafgaand verlof*, *Ars Aequi Libri*, Utrecht, 1980.

18. J.J.C. Kabel, *Uitingenvrijheid en absolute beperkingen op handelsreclame*, Hoofdstuk 1, Kluwer, Deventer, 1981.

De wetgever heeft een ontkennend antwoord gegeven op de vraag of commerciële reclame naar geldend recht als meningsuiting in de zin van de Grondwet is te beschouwen. `In de sfeer van de wetgeving zijn allerlei gevallen aanwijsbaar, waarin het maken van reclame, hetzij bij formele wet, hetzij bij een lagere regeling op een zodanige wijze is verboden of beperkt, dat moet worden aangenomen dat de betreffende materie niet onder de werking van artikel 7 GW valt' aldus MvT wetsontwerp 13.872, blz. 37 e.v. Vervolgens wordt een aantal voorbeelden genoemd. Naar mijn mening een zwakke argumentatie, immers een cirkelredenering.¹⁹ Hoe het ook zij, in de nieuwe Grondwet wordt een principiële keuze gedaan om, zoals de Minister stelt (Handelingen I 1978/79, blz. 1156), `uitsluitend die uitingen op reclamegebied buiten de grondwettelijke bepaling van het openbaren van gedachten en gevoelens te houden waaraan het ideële, maatschappelijke of politieke aspect ontbreekt'. Duidelijk is dat de wetgever het mogelijk heeft willen maken in bepaalde gevallen tot een belangenafweging te komen. Zo wordt door de regering als belang de bescherming van het milieu aangevoerd.

4.3 EG-rechtelijke aspecten

4.3.1 Artikel 10 EVRM

Artikel 10 EVRM luidt: `Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Dit artikel belet niet dat Staten radio-, omroep-, bioscoop- of televisie-ondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen'. Allereerst rijst de vraag of en in hoeverre reclame onder de bescherming van artikel 10, eerste lid, EVRM valt. Schendingen van rechten uit het EVRM worden voorgelegd aan de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) in Straatsburg. De ECRM of een bij het geschil betrokken Verdragsstaat kan besluiten de zaak voor te leggen aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), eveneens in Straatsburg. Het EHRM kan voor de Verdragsstaten rechtens bindende uitspraken doen. De Commissie en het Hof hebben zich meerdere malen uitgelaten over de vraag of uitingen van commerciële aard onder de genoemde bescherming vallen. Het antwoord is ja, zij het dat het

19. Zie ook A.M. Donner, 1989, o.c., blz. 486 en J.J.C. Kabel, *NJB* 1979/30, o.c., blz. 679.

beschermingsniveau lager is dan voor politieke of ideologische meningsverschillen (art. 10, tweede lid).²⁰

De Hamburgse dierenarts Barthold heeft in een interview in het 'Hamburger Abendblatt' kritiek uitgeoefend op het ontbreken van een waarnemingsregeling in Hamburg onder de gewone dierenartsen. Nu moest zijn kliniek 's avonds en in het weekend het lijden van de Hamburgse huisdieren helpen verlichten. Dit interview werd niet alleen in strijd bevonden met de desbetreffende beroepscode, maar ook met artikel 1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). De klacht van Barthold bij de ECRM wegens inbreuk op artikel 10 EVRM werd door de Duitse Staat bestreden met het argument dat het hier louter een kwestie van regulering van beroepsuitoefening betrof en niets met artikel 10 EVRM van doen had. De ECRM verwierp dit verweer met de overweging: 'The fact that an interference with somebody's freedom of expression is based on grounds relating to his particular professional status does in no way remove the matter as such from the ambit of freedom of expression and transform it into a matter of exclusive concern for that person's professional rights'. In deze zaak werd dus beslist dat in de gegeven situatie (overtreding van het voor de beroepsgroep geldende reclameverbod door een bestaande misstand te bekritisieren, waarmee tevens aandacht op zichzelf wordt gericht) de reclame-uiting van een dierenarts over zijn kliniek in het kader van een interview de bescherming geniet van artikel 10 EVRM. De ECRM voegde daar echter aan toe, dat die uitspraak niet impliceert dat reclame als zodanig onder de bescherming van dat artikel valt.²¹

In een informatieblad voor de Duitse drogisterij- en parfumeriebranche (het blad heette 'Markt Intern') verschijnt in 1975 een negatief artikel over de verkooppraktijken van de 'Cosmetic Club International'. In de Duitse procedure (Dommering - zie noot - vermeldt de zes instanties waar gedurende 14 jaar is geprocedeerd!) is de vraag of voor het artikel de vrijheid van meningsuiting geldt, en zo ja of een beperking op die vrijheid geoorloofd is. Met andere woorden, is artikel 10, eerste lid, EVRM van toepassing en zo ja, geldt één van de beperkingsgronden van artikel 10, tweede lid. De Markt Intern uitspraak bevestigt dat 'information of a commercial nature' ook onder artikel 10, eerste lid, EVRM

20. Een uitvoerige beschouwing over art. 10 EVRM en in het bijzonder de informatie-/uitingsvrijheid en haar begrenzing geeft D.W.F. Verkade in zijn oratie *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Kluwer, Deventer, 1990, blz. 15 e.v.

21. EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 928 m.nt. EEA; verg. de proefprocedure waarvan M. Wladimiroff verslag doet in 'Advocaat en reclame', *Ars Aequi* 1993 7/8, blz. 543-550.

valt en dat die toepasselijkheid niet beperkt is tot bepaalde soorten informatie, ideeën of uitingvormen.²² Daarmee wordt commerciële informatie, inclusief reclame en mededelingen in de concurrentiesfeer, in beginsel onder de werking van artikel 10, eerste lid, EVRM gebracht.²³ Men kan overigens van mening verschillen over de Markt Intern-uitspraak. In zijn annotatie merkt Kabel op dat puur commerciële reclame zonder religieuze of maatschappelijke relevantie niet onder de werking van artikel 10 zal vallen. Vergelijkende reclame en het gebruik van andermans merk in reclame-uitingen zou de bescherming van artikel 10 wel kunnen genieten, omdat hierbij algemene consumentenbelangen in het geding zijn.

Dommering stelt daar tegenover noch de intentie van de informatieoverdracht, noch het belang dat gemoeid is met de informatie, noch de (beperkte) kring waarnaar de informatie werd overgedragen van belang zijn.

Verdragsstaten mogen onder zekere voorwaarden de in artikel 10, eerste lid, EVRM beschermde vrijheden beperken. Deze voorwaarden staan vermeld in artikel 10, tweede lid, EVRM, dat luidt: 'Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van ... de openbare orde ... (en) de bescherming van de volksgezondheid'. Het artikel sluit derhalve de mogelijkheid van een reclameverbod niet uit maar het motief van zo'n verbod dient in overeenstemming te zijn met de in het tweede lid limitatief opgesomde beperkingsdoeleinden: de openbare veiligheid, bescherming van de openbare orde, gezondheid, goede zeden en de rechten van anderen. Een Verdragsstaat moet dus bij wettelijke beperkingen op deze vrijheden aan twee voorwaarden voldoen:

1. het moet gaan om een bij de wet voorgeschreven maatregel ('prescribed by law'),

22. Markt Intern uitspraak EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 (zaak 3/1988/147/201); ook gepubliceerd in NJCM-Bulletin 1990, blz. 67 e.v. en als bijlage in *Mediaforum*, januari 1990 m.nt. J.J.C. Kabel; *Jaarboek Consumentenrecht*, 1990, blz. 297; E.J. Dommering, *IER* 1990/3, o.c., blz. 49-52.

23. B.H. Ter Kuile, 1991, o.c., blz. 45, waar hij er - evenals E.J. Dommering, *IER* 1990/3, o.c., blz. 51 en D.W.F. Verkade, 1990, o.c., blz. 27 - op wijst dat de Hoge Raad dit standpunt al eerder innam: HR 13 februari 1987, NJ 1987, 899 m.nt. EAA, inzake Beelen/Van der Linde (gebitsprothesen); na verwijzing kwalificeerde het Haagse Hof de mededeling, gedaan in de context van een reclameverbod van individuele tandheelkundige dienstverlening primair als 'informatie', met werving als secundaire en daarom irrelevante functie; Hof 's-Gravenhage, 15 december 1988, NJ 1989, 112. De tekst tot noot 25 is in hoofdzaak ontleend aan Ter Kuile, 1991, o.c.

2. die in een democratische samenleving nodig is ter bescherming van één of meer van de in het tweede lid omschreven belangen ('necessary in a democratic society').

Ten aanzien van de eerste voorwaarde ('bij wet voorgeschreven') kan opgemerkt worden dat het EHRM het begrip 'wet' of 'law' ruim interpreteert. Elke norm, die voor de burger voldoende toegankelijk ('accessible') is, zodat hij inzicht kan hebben in de toepasselijke regels en die tevens zo is geformuleerd dat hij in redelijke mate kan voorzien ('foreseeable') welke consequenties aan een bepaald gedrag zijn verbonden, voldoet aan de eerste voorwaarde. Geschillen over de aanvaardbaarheid van beperkingen van reclame-uitingen zullen in het algemeen gaan over de tweede voorwaarde van artikel 10, tweede lid, EVRM, de zgn. *evenredigheidstoets* of 'necessity-test'. Vooropgesteld zij dat volgens het EHRM, de Verdragsstaten een zekere *beoordelingsvrijheid* ('margin of appreciation') hebben ten aanzien van de beperking van de vrijheid van meningsuiting. Deze beoordelingsvrijheid kan echter zowel ten aanzien van wetgeving als rechtspraak onderworpen worden aan de controle van het EHRM. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt tot hoever dit rechterlijk toezicht gaat. Er zijn twee opvattingen:

1. De eerste opvatting houdt in, dat een beperking moet voldoen aan een dringende maatschappelijke behoefte ('pressing social need'), die evenredig ('proportionate') is aan het wettig nagestreefde doel. Bovendien moeten de ter rechtvaardiging aangevoerde gronden relevant zijn.

2. De tweede opvatting behelst een meer marginale toetsing en strekt niet verder dan het onderzoek of de nationale maatregelen in beginsel te rechtvaardigen en evenredig zijn. Hierdoor wordt de beoordelingsvrijheid van de Verdragsstaten ten aanzien van de beperking van de vrijheid van meningsuiting aanzienlijk vergroot. Het feit dat het EHRM laatstelijk en met betrekking tot reclame de tweede opvatting hanteert, kan erop duiden dat hij van oordeel is dat aan commerciële informatie minder bescherming toekomt. Dan zou het kunnen dat commerciële uitingen in beginsel wel onder artikel 10, eerste lid, EVRM vallen, maar dat daarvoor een lager niveau van bescherming geldt dan voor politieke uitingen. De vraag is echter welke precedent-waarde aan de evenredigheidstoets uit het Markt Intern-arrest moet worden toegekend. Slechts de kleinst mogelijke meerderheid heeft zich achter deze uitspraak geschaard (negen rechters voor, negen rechters tegen, beslissende stem van de president). De 'dissenting opinion' van de minderheid komt juist met name op tegen dit standpunt van de meerderheid. De

`dissenting judges' zijn van mening dat commerciële informatie op dezelfde wijze getoetst dient te worden als andere uitingen. Wel is het denkbaar dat een maatregel, die op de reclamevrijheid inbreuk maakt, eerder evenredig is aan het nagestreefde doel dan een inbreuk op de persvrijheid.

Hoe de evenredigheidstoets in concreto zal werken valt bij gebrek aan duidelijkheid omtrent de door de Gemeenschap vast te stellen Richtlijnen moeilijk te voorspellen. Het lijkt aannemelijk dat een maatregel waarbij uitsluitend de reclame voor produkten, die een `gevaar' voor de volksgezondheid opleveren, aan banden wordt gelegd maar de productie, distributie en consumptie hiervan buiten schot blijven, niet gauw evenredig zal zijn aan het op zich nastrevenswaardige doel, indien voor een dergelijke éézijdige maatregel niet een duidelijke rechtvaardiging bestaat. Het lijkt aannemelijk dat het EVRM en het Gemeenschapsrecht ten aanzien van de evenredigheidstoets tot eenzelfde uitkomst zullen leiden.

Vooralsnog kan geconcludeerd worden dat reclame ongeacht het medium van verspreiding, onder de werking van artikel 10, eerste lid, EVRM valt.²⁴ Onduidelijk is hoever een Verdragsstaat of de Gemeenschap mag gaan met de beperkingen van reclame-uitingen. Ter Kuile acht het aannemelijk dat meer inbreuken op de vrijheid van het maken van reclame zullen worden toegestaan dan op de vrijheid van politieke uitingen. Nu alle mogelijke vormen van communicatie in de categorie `vrijheid van meningsuiting' zijn ondergebracht, wijst Kabel op het gevaar dat het daardoor ook gemakkelijker wordt beperkingen die aan commerciële reclame worden gesteld toe te passen op andere uitingen waaraan eveneens een commercieel doel kan worden toegeschreven (hij noemt als voorbeelden pornografie, roddelpers, bepaalde vormen van zgn. `free publicity' en andere grensverleggende reclame-uitingen).²⁵

24. Zoals ook blijkt uit ECRM 7 maart 1991, inzake *Hempfig/Duitsland*, *Mediaforum* 1992/9, Bijlage 4, waarin een door de Commissie als strikt commerciële aanprijzing gekwalificeerde uiting onder artikel 10, eerste lid, valt (en dus alleen beperkt kan worden op grond van artikel 10, tweede lid, hetgeen overigens prompt gebeurt. Het betreft reclame door een advocaat die botst met `bescherming van de rechten van anderen', waarover kritisch J.J.C. Kabel in zijn noot onder CvB 18 januari 1993 (*Benetton, Albinomeisje*), *IER* 1993/2, blz. 50-52.

25. Aldus B.H. Ter Kuile (zie bronvermelding in noot 23). Voor het standpunt dat *alle* commerciële uitingen beschouwd zullen worden als door artikel 10, eerste lid, beschermde uitingen zie ook D.W.F. Verkade, 1990, o.c., blz 26 e.v.

Echter, een absoluut verbod op het voeren van reclame voor bepaalde produkten zal een evenredigheidstoets, hoe marginaal ook uitgevoerd, niet gauw kunnen doorstaan. Te meer niet, wanneer met betrekking tot de produktie, distributie, consumptie of verbruik van deze door de overheid gevaarlijk geachte goederen in het geheel geen of althans weinig effectieve, beperkende maatregelen zijn getroffen.²⁶ Een aantal uitspraken over reclameverboden staat in de context van vrije beroepsuitoefening²⁷ of een ander publiek belang. Dergelijke uitingen worden - ook al zijn zij mede van commerciële aard - onder artikel 10, eerste lid EVRM beschermd (als het ware 'upgraded' naar het niveau van beschermde meningsuitingen), waarna zij vervolgens onderworpen (kunnen) worden aan de belangenafweging in het kader van artikel 10, tweede lid.

Onlangs heeft de Europese Commissie een voorstel voor een Richtlijn over tabaksreclame ingediend bij de Raad van Ministers van de EG (Pb. EG 1991 C 167/3; TvC 1991, blz. 279). Dit voorstel heeft twee doelstellingen. In de eerste plaats is het gericht op het opheffen van handelsbelemmeringen (als gevolg van verschillen in nationale wetgeving voor tabaksreclame-uitingen) door middel van harmonisatie in het kader van de interne markt. Ten tweede beoogt het voorstel een optimale gezondheidsbescherming in het kader van het programma 'Europa tegen kanker'. Gelet op de eerste doelstelling kiest de Europese Commissie voor artikel 100A als juridische grondslag voor de Richtlijn.²⁸ In het licht van de tweede doelstelling en gezien het feit dat een eerder voorstel eind 1990 onvoldoende instemming van de Lidstaten verkreeg, behelst het voorstel een verbod van tabaksreclame. In zijn brief van 24 juli 1991 geeft Staatssecretaris Simons van WVC mede namens de Minister van Economische Zaken te kennen geen voorstander te zijn van een dergelijk Europees verbod op tabaksreclame (ref. WVC BSG/CB U 91.621). Begin 1992 heeft het Europese Parlement het voorstel van de commissie terzake van een verbod op tabaksreclame overgenomen. Reclamekringen vrezen dat andere produktgroepen zullen volgen (in het bijzonder wordt gedacht aan farmaceutische produkten, speelgoed en alcohol). Of die vrees is weggenomen met de opmerking van de voorzitter van de Europese Commissie, Delors, dat de ban op tabaksreclame geen domino-effect zal hebben, mag worden

26. Tot zover in hoofdzaak ontleend aan B.H. Ter Kuile, 1991, o.c., blz. 45-49, met aanpassingen.

27. Bijvoorbeeld de Verordening op de Publiciteit, welke voor de Nederlandse advocatuur op 1 januari 1989 in werking is getreden: W.A.H. Melissen, Publiciteit en reclame in de advocatuur, een vergelijking met Engeland, in: *Jaarboek konsumentenrecht 1993*, M. van Delft-Baas en E.H. Hondius (red.), Kluwer, Deventer, 1993, blz. 163-174.

28. Vergelijk B.H. Ter Kuile, 1991, o.c.

betwijfeld.²⁹ Het is op dit moment (medio 1993) nog onzeker of het - inmiddels gewijzigde - voorstel zal worden aangenomen. Enkele landen blijven zich tegen een verbod verzetten (vergelijk bovengenoemde brief van de Nederlandse Staatssecretaris Simons).³⁰ Het is de vraag of het voorstel uiteindelijk met 'slechts' een driekwart meerderheid zal kunnen worden aangenomen.

4.3.2 Europese reclameregulering

Er bestaan bij de Instellingen van de Europese Gemeenschap plannen om op betrekkelijk korte termijn (1993/1994) door middel van Europese wetgeving de vrijheid van het maken van reclame en van sponsoring aan banden te leggen. Die vrijheid dreigt te worden beperkt voor die produkten en eventueel ook diensten welke volgens de betrokken overheden zozeer gevaar voor onder meer de volksgezondheid, het milieu of de veiligheid van de consument opleveren, dat beperking van de vrijheid van communicatie - d.w.z. het verschaffen en ontvangen van inlichtingen en gegevens - alleszins gerechtvaardigd zou zijn. Reclame en sponsoring vallen naar de mening van adverteerders, reclameadviesbureaus en media onder de vrijheid van meningsuiting en onder het recht van het verschaffen en ontvangen van wat wel 'informatie' wordt genoemd ('freedom of commercial speech').³¹ Als een beperking van die vrijheid op de agenda van een wetgever staat, gaat het om een groot goed, om een afweging van fundamentele belangen in een democratische samenleving. Indien die vrijheid al moet worden ingeperkt om nog hogere belangen te beschermen, zullen deze beperkingen in elk geval niet verder mogen reiken dan voor het bij die maatregelen gestelde doel noodzakelijk is. Vrijwel elke vraag van evenredigheid van een te treffen overheidsmaatregel kan worden vertaald in een vraag of voldoende rechtsbescherming bestaat voor diegenen, wier belangen ernstig worden bedreigd. Te meer, wanneer het zoals hier, de grondslagen van de democratische samenleving betreft: het recht van vrije meningsuiting en communicatie enerzijds en de bescherming van de volksgezondheid, met milieu en de veiligheid van de burger/consument en eventueel andere grote maatschappelijke belangen anderzijds.

29. *Adformatie*, 12 maart 1992; vergelijk ook *Jaarboek Consumentenrecht*, 1991, blz. 259; *Hoofdstukken Mediarecht*, red. F.W. Grosheide, 1991, blz. 80 e.v.

30. Zie over dec Richtlijn M. van Delft-Baas, *Tabak en reclame*, *TvC* 1992, blz. 151-161. Verg. voor de effecten van respectievelijk alcohol- en tabaksreclame, 8 *International Journal of Advertising*, Part 2, 1989 en 9 *Special Report*, 1990.

31. Zie bijvoorbeeld Stichting Stuurgroep reclame, *Reclame: een vrijheid in gevaar?*, Amsterdam, 1991.

In een aantal gevallen, onder meer op het gebied van reclame, wordt door het betrokken bedrijfsleven in Nederland gebruik gemaakt van zelfregulering. Aan deze wijze van private normering wordt soms de voorkeur gegeven boven publiekrechtelijke beperkende regels en bepalingen, omdat zelfregulering in het algemeen minder kosten met zich meebrengt, sneller tot stand komt en tot een meer doelmatige uitvoering van normen leidt. Wellicht zou binnen de Gemeenschap ook het middel van zelfregulering bij beperkingen van reclame kunnen worden gehanteerd in plaats van Europese overheidsregels. Vooralsnog lijkt de Gemeenschap welwillend tegenover zelfregulering te staan. De ontwerp-Richtlijn farmaceutische reclame en de Richtlijn misleidende reclame zijn hiervan voorbeelden. Indien zelfregulering als concept in aanmerking zou komen, zal de Europese overheid dat waarschijnlijk slechts kunnen aanvaarden, wanneer de beperkingen van de reclame in beginsel even streng zijn als bij wettelijke restricties het geval zou zijn geweest. Zou zich dit voordoen, dan zullen de privaatrechtelijke of 'particuliere' beperkingen, die krachtens zelfregulering aan de actieve en passieve communicatie worden gesteld, wellicht niet aan artikel 10 EVRM (noch aan art. 19 IVBP) kunnen worden getoetst. Het is nog niet geheel duidelijk in hoeverre particulieren in rechte kunnen klagen over een schending van artikel 10 EVRM door andere particulieren. Er is waarschijnlijk nog meer onzekerheid, indien de schending zou bestaan in een privaatrechtelijke regeling tot beperking van de vrijheid van reclame. Wettelijke normen van die strekking, uitgevaardigd door de overheid, zullen daarentegen wel aan artikel 10 EVRM kunnen worden getoetst.³²

32. Enkele alinea's ontleend aan B.H. Ter Kuile, 1991, o.c., blz. 13-22, 53-55. Voor een overzicht van verwachte EG-regelgeving verwijs ik naar B.H. Ter Kuile, 1991, o.c., blz. 69-80. Het onderwerp 'zelfregulering' komt - inclusief EG-rechtelijke implicaties - aan de orde in Hoofdstuk 15.