

HC 5, 06-03-2018, Portretrecht en bronbescherming

Dit is een gastcollege van Olaf Trojan. Hij is advocaat van onder andere het AD bij Bird&Bird.

‘Is Schiphol nog veilig?’ is een voorbeeld van een portretrechtzaak. Meneer werd op de foto gezet met militairen bij zijn auto. Het was een ‘moslim lijkende’ man. Uiteindelijk heeft hij gelijk gekregen dat zijn foto niet in de Volkskrant mocht staan. Hij kreeg een vergoeding van 1.500 euro. Maar wat maakt deze foto zo diffamerend? Hij wordt etnisch geprofileerd. Het gaat over de veiligheid op Schiphol en het voorkomen van terroristische aanslagen. Mensen gaan er vanuit dat dit vooral door moslimmensen gebeurt. De foto suggereert ook dat moslimmannen worden aangehouden door de marechaussee. Mag je etnisch profileren? Daar is debat over. Het is bij uitstek een onderwerp van publiek belang. Deze foto brengt in beeld wat daar echt gebeurde. Had de fotograaf dan echt moeten wachten tot een blonde vrouw werd aangehouden?

Ook had de titel misschien anders gekund. Maar het is de vraag of dat wel geholpen had. ‘Is Schiphol nog veilig?’ lijkt te suggereren dat het niet veilig is vanwege deze man. Een andere titel zou nog steeds wel hiervoor kunnen zorgen.

Had zijn gezicht geblurred moeten worden? Hij is wel minder herkenbaar. Maar het kan juist ook suggereren dat hij iets verkeerd heeft gedaan. En misschien is hij aan zijn auto te herkennen. Is blurren dan wel voldoende?

Terugkomend op de titel. Als dit stuk niet zou gaan over de vraag hoe we Schiphol veilig krijgen, maar over de vraag etnisch profileren, zou deze foto dan wel gekund hebben? Dan past de foto nadrukkelijk bij het onderwerp. Het laat zien dat etnisch profileren gebeurt en dat dat zo gaat. Zou het publieke belang dan zo zwaar moeten wegen dat de man niet geblurred moet worden? Wordt hij minder in zijn persoonlijke levenssfeer geschaad? De afweging kan dan anders uitvallen. Het kan zijn dat het publieke belang dan zwaarder weegt dan de persoonlijke levenssfeer.

De rechter vindt dat de foto ook anders had gekund, dat er meer rekening gehouden had kunnen worden met de man. Dit is een principiële verkeerd uitgangspunt. Het gaat er niet om dat de rechter gaat zeggen ‘als ik journalist was geweest, had ik net een andere foto gemaakt’. Het gaat er niet om of je het anders had kunnen doen, het gaat erom dat de rechter oordeelt of die specifieke foto wel of niet kan.

Een tweede foto van Metro Rotterdam. ‘Joost Eerdmans heeft er weer een: de ‘hufferfuik’. Man is minder herkenbaar. Het is wel een grote auto. Wordt niet gesuggereerd dat de man iets met aanslagen te maken heeft, maar wel wordt gesuggereerd dat hij ‘een huffer’ is. In het AD stond dezelfde man met een andere foto. ‘Overleven op het zebepad, levend bewijs van asociaal rijgedrag om de hoek bij hufferfuik’. De man is geblurred, maar zijn Mercedes is behoorlijk te herkennen. Hij wordt op de foto gefouilleerd. Twee agenten staan bij de kofferbak. Mag deze foto dan?

Wat gebeurde er nou echt? Mensen met open verkeersboetes of asociaal rijgedrag werden uit de stad gehaald en naar een plek gebracht voor controle. De man van de foto kwam aan, werd verderop vastgezet en 4 agenten kwamen erbij. De eigenaar van de auto stond bekend als drugs crimineel en als wapenbezitter. De man van de foto was deze man niet, hij leende de auto. Uiteindelijk is hij weggereden zonder enige boete, loos alarm. Maar omdat er zoveel gebeurde, zijn alle fotografen naar deze plaats gegaan en hebben ze die man op de foto gezet. Deze foto is gewoon veel interessanter dan de rest van de foto’s van de normale controle.

De rechter vond dat dit wel kon, rechtbank Rotterdam. De rechter had veel sympathie voor het publieke belang dat erbij gediend wordt. Het publiek ziet dat er hard wordt ingegrepen en dat er echt wat aan wordt gedaan door de politie. Het draagt bij aan de aandacht voor het artikel. Het publieke belang was hier dus dat we weten dat er iets gedaan wordt aan het asociale rijgedrag.

In deze uitspraak wordt ook duidelijk gemaakt dat de rechter niet mag oordelen of de foto anders genomen had kunnen worden.

Het hangt altijd af van alle omstandigheden van het geval. Het maakt dus ook uit of het in een landelijk of een regionaal blad staat. Mevrouw werd met 6 kinderen uit huis gezet. De plaats werd niet alleen genoemd, maar ook de straatnaam. Toen heeft de rechter gezegd dat je normaal niet zover mag inzoomen op de situatie, maar bij een regionale krant moet je iets meer inzoomen op details. Het hangt af van het medium wat gekozen wordt.

Foto van Willem Alexander, Maxima en Amalia op ski's in Argentinië. Foto is van verre afstand genomen, maar goed ingezoomd. Ze hadden niet door dat ze op de foto kwamen. Ze mochten zich onbespied wanen. Het is dan heel vervelend als je in de krant komt. Het is wel openbaar terrein waar ze zich bevinden. Bij de vorige foto's was er best wel een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, daarnaast was er ook sprake van een groot belang. In dit geval is er een veel geringere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, maar er is ook niet echt een belang mee gemoeid. Het is meer voeding voor onze nieuwsgierigheid. Kan zo'n foto door de beugel alleen maar omdat wij er kennis van willen nemen? Het AD had de skifoto zonder veel tekst op de voorpagina gezet. Daar hebben ze een boze brief over gekregen dat het weg moest. AD heeft de foto weggehaald om van het gedoe af te zijn. Andere kranten hebben het laten staan, rechter heeft uitgesproken dat het niet kon. Maar het Europese Hof van de Rechten van de Mens had misschien anders gekozen. Zul je echter nooit te weten komen.

Mevrouw rende door het park met een kinderwagen. De foto is uiteindelijk gebruikt door de consumentenbond. Het was een volkomen normaal stuk, niet aan meningen gebonden, niet suggererend. Mag zo'n foto? Paul Geerts is van mening dat het niet moeten kunnen, ook al is de context neutraal. De foto draagt nergens aan totaal geen belang bij. Olaf Trojan vindt dat het wel moet kunnen.

Caroline von Hannover II is minder streng dan het eerste arrest. Publiek debat is een gezichtspunt, maar niet doorslaggevend. De criteria die daar worden geformuleerd zijn:

- Een bijdrage aan het publieke debat
- De bekendheid van de persoon en het onderwerp van het bericht
- De manier waarop de persoon zich in het verleden heeft gedragen
- De inhoud, vorm en consequenties van de publicatie
- De omstandigheden waaronder de foto is genomen

Meewerken aan een foto is nog niet per se meewerken aan de publicatie. Je weet met het nemen van een foto immers niet waar het gepubliceerd wordt.

Vraag is of het erom gaat wat wij vinden wat moet kunnen of wat degene die gefotografeerd wordt moet vinden kunnen. De rechter past meer toe wat 'het publiek vindt wat moet kunnen'. Het blijft echter altijd een afweging, er is geen direct antwoord op te geven. Vaak wordt er een grotere groep gefotografeerd, zodat er een minder grote inbreuk wordt gemaakt.

Johan Crujff. Er is een boek uitgegeven wat niet in zijn beheer was. Allemaal foto's van hem, 15 euro. Crujff heeft zelf ook een boek voor 50 euro. Maar doordat dat andere boek er was, vond Crujff dat zijn boek minder op zou leveren en hij dus minder zou kunnen verdienen. Een belang hoeft niet een privacybelang te zijn, maar kan ook het belang zijn om populariteit te verzilveren. Dit kan prevaleren. Indien de openbaarmaking de beroepsuitoefening van een daardoor bekende geportretteerde betreft, komt in de regel een groot gewicht toe aan factoren als algemene nieuwswaarde en informatie aan het publiek in verhouding tot diens enkele verzet tegen openbaarmaking. Ook commerciële belangen kunnen worden betrokken in de afweging tegen het onder art. 10 EVRM beschermde recht op vrijheid

van meningsuiting en informatievrijheid. Maar als het om geld gaat, kun je het dan niet afkopen? 'Ik ga het uitgeven, maar ik compenseer het, je krijgt 10% van de omzet'. De vraag was of Cruijff dat had moeten accepteren. De vraag is wat het redelijke bedrag is. Het is aan de ander om iets aan te bieden wat het redelijk belang minder maakt.

De interessantere vraag is 'kun je zeggen dat het niet nodig is om geld te bieden, maar dat er sowieso een publieke belang bij is gemoeid te publiceren over zo'n figuur?'. Als Cruijff gescoord heeft, mag er de volgende dag een foto in de krant komen. Dan hoor je niemand over het portretrecht. Maar hoe zit het dan met boeken? Bijvoorbeeld 'de coupe van Cruijff'. Is dat een beschrijving van een gebeurtenis die net is afgerond? Het beschrijft wel wat net in het nieuws is geweest en wat is afgerond. Het eerste boek was midden in de coup. Als dat nieuwswaardig is, mag je het misschien zonder geld publiceren. Dan moet de nieuwswaarde prevaleren.

Of het boek van Max Verstappen. Doet verslag van een afgelopen seizoen. Het is een terugblik op een periode, een verslaggeving. Dit is nieuwswaardig. Moet je daar geld voor betalen? Grens is moeilijk te trekken waar je wel of niet voor zou moeten betalen.

Verschoningsrecht

- Advocaat
- Notaris
- Arts
- Geestelijke

Verschoningsrecht is het recht om niet te hoeven antwoorden op vragen van de rechter. Deze mensen moeten wel bij de rechter komen, maar hoeven vervolgens niet te antwoorden. Hoe zit dat met journalisten? Vaak wordt aan journalisten gevraagd wie de bron is. Daar moet de journalist in principe op antwoorden. Maar dat kan onwenselijk zijn. Kan ten koste gaan van de onderzoeksjournalistiek, mensen die bron zijn willen het niet meer zijn omdat hun naam bekend kan worden gemaakt. Chilling effect. Dit speelde ook in de zaak Goodwin. De rechter vond hier dat de journalist zijn bron niet hoeft prijs te geven. In Nederland hadden we twee gevallen, Voskuil en Sanoma.

Bij Voskuil was iemand gepakt door een inval van de politie. De inval was met een smoes. Door een waterlek zou de politie naar binnen moeten, maar dat lek was er dus niet. Een onderzoeker heeft dat tegen Voskuil gezegd. Voskuil heeft dit gepubliceerd. De politie was des duivels, iemand had gelekt. Uiteindelijk heeft Voskuil niet hoeven zeggen door wie.

Bij Sanoma waren er straatraces. Politie wilde beeldmateriaal van de auto's, omdat één betrokken was bij een ramkraak, vermoedelijk. Er is geen rechter geweest die het heeft beoordeeld of de journalist mag zwijgen. Daarom hoefde de journalist zijn bron niet te geven. OvJ's moeten dus zorgen dat er een rechter tussenkomt voor het prijsgeven van bronnen.

Inmiddels is er een wetsvoorstel bronbescherming. Dit is een wettelijk verankerd verschoningsrecht. De rechter moet beoordelen of zij er een beroep op kunnen doen.

HC 6, 13-03-2018, Mediawet en mediabeleid

Concentreer je op de Europeesrechtelijke component in het boek. Onze mediawet is ook heel Europeesrechtelijk gericht. Je mag de mediawet meenemen naar het tentamen.

De mediawet gaat over openbare massacommunicatie. Voor die openbare communicatie zijn 3 actoren: de overheid, de burgers en de massamedia. In de literatuur worden maatschappelijke functies aan de massamedia toegekend. De maatschappelijke functies zijn:

- Informatie en mobilisatie
- Interpretieren en opiniëren
- Controle en kritiek

- Ontspanning en amusement

Journalisten krijgen speciale bescherming. In het afgelopen half jaar zijn 2 journalisten vermoord vanwege kritiek op de overheid. Een journaliste in Malta en een journalist in Slowakije. Hierbij zie je de belangrijke maatschappelijke rol van de media, ook nog naast de televisie en het internet. Ook zie je hoe bedreigend 'de media' kunnen zijn voor de organisaties. De media vervullen nog steeds een belangrijke taak in de maatschappij als social watchdog.

De mediawet is een vrij uitgebreide wet. Aan het eind staat iets over subsidies aan de pers. De omroepen zijn zwaar gereguleerd, de eerste 6 hoofdstukken gaan daar allemaal over. Maar de pers is vrijwel niet gereguleerd. Waarom is dat zo? Omroepen worden gesubsidieerd. Daar wil je dus meer controle over hebben. Het is staatssteun, dus anders krijg je problemen met de EU. Het verzorgen van radio en televisie was vroeger gebruik van schaarse middelen, er waren maar een aantal frequenties. Dit kan ook een reden zijn waarom dit strenger gereguleerd is. Met het internet gaat dit argument minder op. Ook zou je kunnen zeggen dat de omroep een bijzondere vorm van telecommunicatie is. Dit is echter een lastige, omdat telecommunicatie niet om de boodschap gaat en de mediawet juist wel. Wel proberen telecommunicatiewet en mediawet dezelfde begrippen te gebruiken.

Als we kijken naar de regels in de mediawet gaat het om regels voor omroepen: publieke, commerciële, bijzondere en open net omroepen. Het gaat daarnaast over de organisatie van de publieke omroep. Ook gaat het om regels omtrent sponsoring en reclame. Tot slot gaat het ook bijvoorbeeld over de hoeveelheid Europese programma's er moeten worden getoond.

Is de mediawet geen inbreuk op de vrijheid van meningsuiting? Art. 10 EVRM biedt de mogelijkheid voor vergunningen voor radio en televisie. Art. 7 van de Grondwet biedt dit ook. Het toezicht gebeurt onder leiding van het Commissariaat van de Media. Het mag gereguleerd worden. Het is niet per definitie in strijd.

Waarom hebben we de mediawet? Als je het niet reguleert krijg je misschien alleen maar programma's die zich richten op de grootste gemene deler. We willen juist dat er verscheidenheid en pluriformiteit is en dat brede lagen toegang moeten hebben. Door marktwerking gebeurt dit niet. Daarom is er overheidsbeleid nodig. De mediawet biedt grondslag voor:

- financiering en regulering van de landelijke publieke omroep en de Wereldomroep;
- regulering van lokale en regionale publieke omroep en financiering van lokale multiculturele programmering;
- regulering van commerciële radio en televisie; bevorderen van culturele en onafhankelijk audiovisuele producties;
- uitzending van belangrijke evenementen op open televisiekanalen (zonder extra kosten voor kijkers);
- doorgifte van publieke omroepen via de ether en op de kabel;
- invloed van de bevolking op de samenstelling van het basispakket op de kabel;
- beperking van mediaconcentratie;
- subsidies en leningen voor dag- en opiniebladen;
- deelname van omroepen aan de Kijkwijzer en de Reclamecode; toezicht op naleving
- van de Mediawet door het Commissariaat voor de Media

De Wereldomroep bestaat echter tegenwoordig niet meer. Bij uitzending van belangrijke evenementen staat herenvoetbal, wel te verstaan de grote toernooien (EK, WK), bovenaan.

Twee krantenartikelen. Het eerste gaat over de Raad van Cultuur. 'Heffing op Netflix en Bioscoopkaart'. Netflix wint enorm terrein. Vroeger keek je met zijn allen televisie, tegenwoordig

Netflix. Daardoor raak je de eigen Nederlandse producties kwijt. De eigen producties van Netflix zijn nauwelijks Europees.

De Raad van Cultuur vindt dit een verlies. In Denemarken is er een speciale audiovisuele commissaris ingesteld die ervoor moet zorgen dat er meer Deense identiteit op tv komt. Door een heffing op Netflix hoopt de Raad van Cultuur dat Nederlandse producties weer meer in het oog komen. Ze hebben hier een advies voor gemaakt.

Trouw, 5 maart 2018, 'Zwitsers hebben gisteren in meerderheid gekozen voor het behouden van het kijk- en luistergeld. In een referendum over het afschaffen van de jaarlijkse heffing van omgerekend 390 euro voor de publieke omroep, stemde ruim 70% tegen. De Zwitserse regering reageerde gisteren opgetogen. Minister van communicatie Doris Leuthard benadrukte dat de publieke omroep een belangrijke educatieve, culturele en opinie-vormende functie heeft. 'Ik ben blij dat de diversiteit van de media overeind blijft', reageerde ze.'

Staatssteun staat geregeld in art. 107 VWEU. Staatssteun is in principe verboden. Als het aan vijf eisen voldoet, dan zou het niet mogen. Maar de EU vindt het zelf belangrijk dat omroepen bestaan. De publieke omroep wordt gezien als een dienst van algemeen economisch belang in de zin van art. 106 lid 2 VWEU. In het Protocol bij het Verdrag van Amsterdam wordt ook erkend dat het van belang is publieke omroepen te behouden. Het publieke omroepstelsel houdt rechtstreeks verband met de democratische, sociale en culturele behoeften van samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden, verklaard: De bepalingen van het Verdrag doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om te voorzien in de financiering van de openbare omroep, voor zover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht zoals toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat, en voor zover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de Gemeenschap niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van deze publieke dienst. Lidstaten zijn daarom nog steeds bevoegd om de openbare omroepen te financieren.

Er zijn wel criteria als er steun verleend wordt:

- de betrokken dienst moet een dienst van algemeen economisch belang zijn en duidelijk als dusdanig omschreven zijn door de betrokken lidstaat;
- de betrokken onderneming(en) moet(en) door de lidstaat uitdrukkelijk belast zijn met de verlening van die dienst;
- de toepassing van de mededingingsregels uit het Verdrag (in dit geval, het verbod op staatssteun) moet de vervulling van de aan deze onderneming(en) toevertrouwde bijzondere taken niet verhinderen, en de ontheffing van die regels mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

Altmark arrest gaat over het algemeen economisch belang. Als je aan deze voorwaarden voldoet, val je niet onder de regels van verboden staatssteun.

- Onderneming daadwerkelijk belast met uitvoering verplichting
- Berekening compensatie objectief en transparant
- Compensatie niet hoger dan nodig om in uitvoering kosten te voorzien
- Indien geen openbare aanbesteding is gedaan, dan vaststellen aan de hand van de gemiddelde onderneming

Publieke mediaopdracht, art. 2.1 Mediawet. Verzorgen van publieke mediadiensten, uitgevoerd door maximaal zes omroeporganisaties. Sturing door de NPO, art. 2.2 lid 1. De minister erkent eens in de zoveel tijd welke zes omroepen het aanbod verzorgen, art. 2.23 Mediawet. Nieuws, sport,

evenementen en teletekst wordt verzorgd door de NOS, art. 2.34a. Dit komt speciaal naast de omroepen. Ditzelfde geldt voor NTR. Maatschappelijke, culturele, godsdienstige, geestelijke behoeften komen voor rekening van de NTR, art. 2.35.

De publieke mediaopdracht is nogal gereguleerd. Er zijn drie televisiekanalen en vijf radiokanalen voor beschikbaar gesteld, art. 2.50. Ze kunnen meer kanalen gebruiken, maar dan moeten ze dit kopen. De bovengenoemde kanalen zijn wettelijk toegedeeld. Er bestaan kwantitatieve en kwalitatieve afspraken voor het media-aanbod:

- Geen reclame, art. 2.89
- Behalve door de ster, art. 2.91
- Verplichte aansluiting bij de Reclame Code Commissie
- Reclame in blokken, overdag geen alcohol, regels voor kinderen jonger dan 12
- 50% Europese producties, art. 2.115
- 50% oorspronkelijk Nederlands of Fries, art. 2.122
- Nevenactiviteiten na toestemming Commissariaat. Hiervan was sprake bij het restaurant van De Wereld Draait Door. Ze hebben het restaurant gestart, maar hadden geen toestemming. Uiteindelijk hebben ze geen boete gekregen, omdat het toch al slecht liep. Omroepen mogen nevenactiviteiten doen en mogen er geld mee verdienen, maar ze moeten wel toestemming krijgen.

Naast publieke omroepen hebben we ook commerciële omroepen. Zij kennen ook regels, maar minder dan publieke omroepen.

- Alleen met toestemming van het commissariaat, art. 3.1. Dit loopt 5 jaar en vervalt van rechtswege.
- Reclame toegestaan, geen sluikreclame, art. 3.5b
- Geen alcohol overdag, maximaal 12 minuten per uur
- Aansluiten bij Reclame Code Commissie, art. 3.6

Maar hoe zit het met Netflix en YouTube? Bieden zij ook bepaalde programma's aan? Hierbij zijn 2 definities van de mediawet van belang:

- programma: elektronisch product met beeld- of geluidsinhoud dat duidelijk afgebakend is en als zodanig herkenbaar onder een afzonderlijke titel via een omroepdienst wordt verspreid;
- programma-aanbod: geheel van media-aanbod dat wordt verspreid via een omroepdienst; Bij YouTube is er grote vrijheid wat erop komt. Mensen kunnen zelf hun filmpjes erop zetten. Bij Netflix is er iemand die bepaalt wat erop komt. YouTube haalt soms wat achteraf eraf. Maar dat is een andere soort controle. Bij Netflix zit een redactie, bij YouTube niet, als je het kort door de bocht stelt.

Een belangrijk verschil tussen de traditionele omroepen en Netflix en YouTube, is dat de persoon in kwestie zijn eigen tijd kan indelen. Het NOS journaal begint om 8 uur, dus dan moet je kijken. Tegenwoordig is dit natuurlijk anders, maar vroeger moest je lineair kijken. Netflix en YouTube zijn niet-lineaire audiovisuele mediadiensten. Het is een commerciële mediadienst op aanvraag. Bij Netflix is er een redactionele verantwoordelijkheid. Dit ontbreekt bij YouTube. Dit volgt uit art. 3.29a van de Mediawet. Netflix mocht om te kunnen uitzenden toestemming vragen aan het Commissariaat van de Media. Deze toestemming geldt in de gehele Europese Unie. Netflix moet ook aansluiten bij de Reclame Code Commissie.

Wat als Netflix zich niet had aangemeld? Het Commissariaat van de Media is een zelfstandig bestuursorgaan. Het is gereguleerd in hoofdstuk 7 van de Mediawet. Het kan bestuurlijke boetes opleggen en de last onder dwangsom, art. 7.12 lid 2 en 3. Als Netflix zou willen uitzenden en zich niet had aangemeld, dan was dat beboetbaar geweest. Deze boete is maximaal 225.000. Dit had Netflix

waarschijnlijk weinig pijn gedaan. Niet meewerken met de toezichthouder kan ook een boete opleveren, 7.14. De handhaving is bestuursrechtelijk, art. 7.11.

Hoofdstuk 6 gaat over de pers en het stimuleringsfonds. Handhaven van pluriformiteit en bevorderen pluriformiteit van de pers in zoverre dit van belang is voor de opinievorming.

HC 7, 20-03-2018, Reclamerecht

Joost Becker is gastdocent voor dit college. Hij is werkzaam bij Dirkzwager. De regels met betrekking tot reclame komen uit de richtlijnen inzake oneerlijke handelspraktijken en inzake misleidende en vergelijkende reclame. Het hoogste uitlegorgaan is het Hof van Justitie. De Hoge Raad doet ook uitspraken op dit gebied. Uitspraken van de Reclame Code Commissie krijgen echter de bovenhand. Dit komt omdat deze procedure veel laagdrempeliger is en het veel sneller gaat. Je betaalt geen griffierechten. De burgerlijke rechter heeft bepaald dat de uitspraken van de Reclame Code Commissie 'kloppen', dat ze gewoon geldig zijn. Daardoor krijg je nu steeds minder uitspraken van de rechter. Een goede bron voor informatie is www.reclameboek.nl. Alle uitspraken staan hierop.

Oneerlijke handelspraktijken (OHP)

De strekking van de regels is erg ruim. De oneerlijke handelspraktijk staat vermeld in art. 6:193b lid 1 BW. Alles wat een onderneming zou kunnen doen, kan onder een oneerlijke handelspraktijk vallen. In art. 6:193a lid 1 sub d BW staat wat een handelspraktijk is. Ook eenmalig, op één factuur gericht aan een consument is een handelspraktijk. Dit besliste het Hof van Justitie in UPC/Nemzeti. Vergelijkingssites doen ook aan handelspraktijk volgens het Hof Amsterdam 7 maart 2017, Skyscanner. Skyscanner bood het ticket niet aan, maar gaf aan waar je het kon kopen. Zij vonden dit geen handelspraktijk. Ze kregen wel echter inkomen door het aanbod. Hierdoor vond de rechtbank en ook het hof het wel een handelspraktijk. Ook al biedt ze de reis zelf niet aan, het houdt er wel verband mee. En door het doorklikken verdienen ze er wel aan. Zelfs incassohandelingen van een incassokantoor vallen onder de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Dit heeft het Hof van Justitie bepaald op 20 juli 2017. Niet helemaal duidelijk is wat de voorwaarden zijn in dit arrest. Het innen van vorderingen is een handelspraktijk. Het is geen reclame, maar wel een handeling.

Er ontstond een discussie over de vraag wie een beroep kon doen op schending van de OHP-regels. In verband hiermee is de vraag wat het toepassingsgebied is van de richtlijn. Deze twee vragen worden wel eens vermengd, door de war gehaald. Het ziet alleen op een consument, dus een concurrent kan geen beroep doen, denkt de rechtbank soms. Toch kun je nog wel een beroep doen op de regels als concurrent.

De considerans zegt in 7 'Deze richtlijn betreft handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van beslissingen van de consument over transacties met betrekking tot producten'. Richtlijn OHP considerans 8 luidt als volgt: "Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten".

Dat wil niet zeggen dat je als concurrent geen beroep kunt doen. Ook al strekt het primair tot bescherming van de consument. De concurrent kan geschaad worden in zijn belangen. Dit staat in considerans 8, maar ook in art. 11.

De wetgever heeft gesuggereerd dat de regelgeving over misleidende en vergelijkende reclame alleen nog maar voor B2B geldt. Daardoor was de onduidelijkheid ontstaan. De regel is echter richtlijnconforme uitleg. Daarom zeggen de meeste rechtbanken terecht dat je rechtstreeks als onderneming een beroep moet kunnen doen op OHP.

In art. 6:193b lid 2 staat wanneer een handelspraktijk oneerlijk is. Strijd met de professionele toewijding en het manipulatievereiste. Lankhorst lijkt te zeggen dat er geen sprake hoeft te zijn van het manipulatievereiste in Tekst en Commentaar, maar dat is niet waar. In lid 3 staat wanneer een

handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is. Ook is er sprake van een zwarte lijst, deze zijn altijd oneerlijk. De zwarte lijst staat in 6:193g BW/art. 6:193i BW. Als het in deze lijst staat, hoef je helemaal de twee toetsen (professionele toewijding en manipulatievereiste) niet meer uit te voeren. Je kunt dus het beste bij deze lijst beginnen. Belangrijk dat je de artikelen in de wet goed doorleest. Je moet het systeem onder de knie krijgen.

Misleiden is feitelijk onjuiste informatie verstrekken of misleidende indruk bij de consument (kunnen) wekken, art. 6:193c. Ook suggesties kunnen misleidend zijn! De maatstaf is de gemiddelde consument, Gut Springenheide. Dit is de 'vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument'. De manipulatie hoeft zich niet daadwerkelijk verwezenlijkt te hebben. Hij hoeft het niet per se afnemen. Dat is logisch, want ander kun je alleen een OHP aannemen als de consument al in de val getrap is. Het HvJ heeft zich hier ook over uitgesproken. Het besluiten om een winkel binnen te gaan is al manipulatie (Trento Sviluppo).

Waarover kun je misleid zijn als consument? Over alles. Het is een niet limitatieve opsomming in art. 6:193c lid 1 en 2 BW. De meest relevante is de prijs. Of kwaliteiten die worden toegeschreven en niet kloppen. Dit is lastig in de praktijk. Het lijkt simpel, maar hoe ga je bewijzen dat het product het niet heeft. Dit is niet juridisch, meer bewijsrechtelijk, maar het is wel iets wat speelt. Je kunt niet volstaan met enkel de stelling dat het niet zo is. Als het op 6:193g of 6:193i staat, dan hoef je niks meer te bewijzen, dan is het misleidend.

Hoe zit het dan met overdrijven? De beste, de lekkerste, de grootste. Ben je dan gemanipuleerd als jij het niet lekker vindt? Hier is een uitzondering voor. Je moet dan meer denken in dingen 'die niet meetbaar zijn'. Als het meetbaar of objectief is, dan kan je geen beroep doen op de uitzondering van art. 6:193b. Is het subjectief, dus de lekkerste, dan zit het meer in deze sfeer en kan een beroep op de uitzondering gegrond zijn. 'De gangbare en rechtmatige reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen, maken een reclame op zich niet oneerlijk'.

Naast foute informatie geven wordt er ook juist vaak informatie niet gegeven, een omissie. Want wat is er makkelijker dan niet alles vertellen over een product? De misleidende omissie is geregeld in art. 6:193d: 'essentiële informatie' wordt weggelaten, verborgen of op onduidelijke wijze dan wel te laat verstrekt. Ook hier moet het weer gaan om een beslissing die de consument neemt en anders niet had genomen. De wetgever geeft een doorkijkje over wat zij relevant vinden in lid 4: feitelijke context, beperkingen communicatiemedium, maatregelen genomen om informatie langs andere wegen ter beschikking te stellen. Het verschilt dus of je alle informatie moet geven en welke informatie je moet geven. Je kunt soms niet alle essentiële informatie vooraf melden in de uiting, bijvoorbeeld in radioreclame.

Er is nog een specifiek artikel over essentiële informatie. Dit is art. 6:193e BW, de uitnodiging van aankoop. Hier gaat verreweg de meeste jurisprudentie op dit gebied van het HvJ over. Art. 6:193d en e werken dus samen met de vraag wanneer er sprake is van een omissie. De essentiële informatie is:

- o.a. identiteit/adres van de handelaar, kenmerken van het product
- betalings- en leveringsvoorwaarden en herroepingsrecht, informatie zoals genoemd in art. 6:193f - prijs

Het arrest Ving van het HvJ heeft betrekking op de misleidende omissie. Niet de volledige prijs werd vermeld, alleen een vanaf prijs. Kun je eisen van de aanbieder dat hij alles vermeldt waarmee de prijs bepaald wordt? Het HvJ heeft bepaald dat het enkel aangeven van een vanaf prijs geen omissie is. In het DHL arrest wordt dezelfde lijn getrokken: het is afhankelijk van de context uiting en de beperkingen van het medium of de essentiële informatie al dan niet daadwerkelijk in de uiting moet zijn vermeldt. Ook het arrest Canal Digital gaat over de omissie. In de banner stond een maandbedrag

vermeld voor de dienst van Canal Digital. Iets lager stond dat je ook moest betalen voor halfjarige cardservice. Die moest je afnemen om voor de bovengenoemde prijs te kunnen afnemen. Je moet rekening houden met context en uiting, maar dat ontslaat je niet van de verplichting om niet te misleiden. Dit was te onduidelijk vermeld dat je de service moest afnemen. Als je actief aan het misleiden bent, mag je je dus niet verstoppen achter de gedachte dat niet alles in de banner past.

En als je appels met peren vergelijkt, is er dan sprake van een omissie? HvJ EU Carrefour/ITM: prijsvergelijkinglijsten tussen winkels met verschillende omvang (stationswinkel versus groothandel) is een 'essentieel gegeven' in de zin van de Richtlijn OHP. Je moet dus duidelijk in de uiting zetten dat je twee verschillende winkeltypen hebt vergeleken.

HvJ Citroën/ZLW: samenloop met de Richtlijn Prijsaanduiding Producten (98/6); zodra er sprake is van een aanbod met prijsvermelding voor een product in de zin van de Richtlijn prijsaanduiding producten gaat die richtlijn voor, art. 3 lid 4 van de Richtlijn OHP. Aanbiedingen voor producten vallen wat betreft de verplichting om de uiteindelijke prijs weer te geven niet meer onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken? Arrest geldt niet voor diensten. Het ging in dit arrest niet meer om de vraag of er sprake is van misleiding, maar meer over de vraag welke richtlijn van toepassing is.

Agressieve handelspraktijken komt in de praktijk vrijwel niet voor. Wel is er een lijst met agressieve handelspraktijken opgenomen in art. 6:193i.

Belangrijk is art. 6:193j BW. Dit artikel gaat over de bewijslast. 'op de handelaar rust de bewijslast ter zake van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt als dat passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure'. De bewijslast wordt dus omgedraaid.

Influencers en social media

Probleem: influencers worden betaald door bedrijven (eigenlijke adverteerders) om reclame te maken voor producten, zonder dit duidelijk te vermelden in vlogs of blogs. De Reclame Code Commissie is zich hier mee bezig gaan houden. Het publiek kan op het verkeerde been worden gezet. Want het is moeilijk te beoordelen of iemand zelf het product heeft gekocht of dat hij het gekregen heeft. Dan kun je namelijk anders tegen uitingen aankijken. Daarom is de Reclamecode Social Media ontstaan. Het is verplicht de relevante relatie te vermelden, art. 3. Bij microblog is er bijvoorbeeld de verplichte vermelding #spon of andere duiding van betaalde content. Ook bestaan er zorgplichten voor de adverteerder zelf in art. 6. Het is echter zelfregulatie, er zit geen juridisch gevolg aan. Het is anders als de burgerlijke rechter dit als essentiële informatie ziet. Dan is het een oneerlijke handelspraktijk.

Misleidende reclame

Misleidende reclame is geregeld in afdeling 4, art. 6:194 BW. Is dit anders dan een misleidende handelspraktijk? Een misleidende mededeling openbaar (laten) maken, zoals ten aanzien van een aantal factoren. Het lijkt dus heel erg op OHP. Wat is dan het verschil tussen OHP en misleidende reclame?

Misleidende reclame ziet alleen op bedrijf naar bedrijf, B2B. Misleiding van iemand 'die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf', World online arrest.

Tegen overtreding van art. 6:194 BW kunnen zich verzetten de ondernemer die slachtoffer is geworden van de misleidende reclame-uiting én concurrenten van de handelaar in kwestie. Ook hier speelt de discussie over wat een mededeling is. Openbaar maakt of laat maken. Is dit ruimer dan OHP? Of is het hetzelfde? En we noemen het misleidende reclame, maar nu gaat het over een mededeling. Dit is iets wat nog steeds onduidelijk is. Het gaat echter om iedere 'mededeling'. De richtlijn misleidende reclame stelt geen openbaarheidseis. Ook mededelingen in telefoongesprekken vallen eronder, zie Hof Den Haag Pretium. Het Hof Arnhem-Leeuwarden stelde echter weer dat een mededeling aan één potentiële klant geen reclame is. Dit is iets minder juist.

Wat is misleiden? Dit is niet alleen onjuiste informatie, maar ook onjuiste suggesties, halve waarheden, verkeerde informatie. Ook de onjuiste indruk wekken is misleidend. Daarnaast bestaat ook de misleidende omissie, art. 6:194 lid 2 t/m 4. Misleiding moet het economische gedrag wel beïnvloeden. Dit moet je ook stellen in een procedure. De eis van beïnvloeding volgt uit art. 2 sub b Richtlijn 2006/114. Dus allereerst dat het misleidend is, daarnaast dat het gedrag economisch beïnvloed wordt. Je moet kijken naar de reclame in zijn geheel. Dit is inclusief de disclaimer, asterisk en verwijzingen. Ook het medium speelt een belangrijke rol.

De bewijslast wordt geregeld in art. 6:195 lid 1 BW. 'iemand die inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen' moet de juistheid of volledigheid bewijzen van de feiten die in de mededeling zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerdelijk misleidend karakter van de mededeling berust.

Vergelijkende reclame

Vergelijkende reclame kent veel verschijningsvormen. Het is niet per se nodig dat de andere genoemd wordt, je kunt het ook impliciet doen. Dit zegt de wettekst ook, art. 6:194a BW. Het is puur het rijtje aflopen om te kijken of het onder een van de gronden van lid 2 valt. Vergelijkende reclame is in beginsel wel geoorloofd. Sinds Toshiba/Katun is er een zeer ruime uitleg. Het is een vergelijkingsvriendelijk regime. Je moet het wel gunstig kunnen uitleggen. Dat is ook in het belang van de consument, omdat hij in staat wordt gesteld economisch gezien de beste beslissing te maken.

Tegen overtreding van art. 6:194a kunnen zich verzetten zowel de consument als de ondernemer die slachtoffer is geworden van vergelijkende reclame-uitingen. Het zijn vooral de concurrenten die een beroep doen.

Ook bij Google speelt de vraag van vergelijkende reclame. Als je Fleurop zocht, kwam de advertentie van topbloemen in beeld. Is dit vergelijkende reclame? Je zou kunnen zeggen van niet, want de advertentie komt enkel in beeld op grond van de zoekwoorden. Waarom zou het wel vergelijkende reclame zijn? Je zoekt op Fleurop en topbloemen komt in beeld. De concurrent wordt niet direct genoemd in de advertentie, maar de advertentie krijgt wel de relatie. De adverteerder koopt een zoekwoord in. In dit geval heeft topbloemen de naam Fleurop opgekocht als zoekwoord. Daardoor verschijnen zij in beeld. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit niet mag. In de advertentie staat 'lagere bezorgkosten', dit is een impliciete verwijzing naar Fleurop. Ook geldt hier dat er verwarring is, omdat Fleurop meerdere bloemisten onder zich heeft en topbloemen ook. Het kan dus voor de consument niet duidelijk zijn bij welke het hoort of mensen kunnen denken dat topbloemen ook bij Fleurop hoort. Waarschuwingen voor een ander zijn ook vergelijkende reclame. Het enkel noemen maakt dan al dat het een vergelijkende reclame is.

Er mag geen sprake zijn van misleiding en het mag geen oneerlijke handelspraktijk zijn als het gaat om een vergelijkende reclame. Het moet gaan om goederen of diensten die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel bestemd zijn (art. 6:194a lid 2 sub b). Je mag dus geen appels met peren vergelijken, dan is het ongeoorloofde vergelijkende reclame. Een Fiat Panda mag dus niet vergeleken worden met een Ferrari. Het moet gaan om een objectieve vergelijking van een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de goederen of diensten, zoals de prijs (art. 6:194a lid 2 sub c). De vraag is hier of je dit zelf ook moet melden in de reclame. En waar moet je melden dat je het kunt controleren? Dit zijn nog altijd onduidelijkheden. Daarnaast mag je niet denigreren (art. 6:194a lid 2 sub e). Dit gebeurt ook niet vaak. Er mag geen verwarring ontstaan (sub d). Er mag geen oneerlijk voordeel worden getrokken (sub g). En zo staan er nog meer gronden in de wet. Ook hier geldt een omkering van de bewijslast, art. 6:195 lid 1 1e en 2e zin. Diegene moet 'binnen korte termijn' de bewijzen aandragen waarop de materiële juistheid en volledigheid van de feitelijke gegevens in de reclame rust. Vooral bij meetbare gronden is dit een makkelijk trucje. De rechter moet dan de knoop doorhakken of voldoende aannemelijk is gemaakt of het wel of niet klopt.

Als de ene partij vergelijkende reclame uitvoert, dan mag de andere partij dit ook doen en andere kenmerken in de spotlight zetten. Dit heeft de AH bijvoorbeeld gedaan met Calvé pindakaas.

Rechtsmaatregelen

Je kunt alles vragen wat je wilt. Rectificatie, stoppen, recall, schadevergoeding. Bij een rectificatie moet gekeken worden naar proportionaliteit. Als er op tv is geadverteerd, moet je vragen om rectificatie op tv. Als het geplaatst is op een banner, kun je geen tv rectificatie vragen.

Art. 6:196 BW: verbod en rectificatie mogelijk op last van een dwangsom. Als het in Nederland ongeoorloofd is, is het in het buitenland ook. Het is immers Europese wetgeving. Hierover gaat Oculus/Optics: 'nu het recht met betrekking tot vergelijkende reclame is geharmoniseerd, is aan te nemen dat de reclame ook in andere EU lidstaten ontoelaatbaar moet worden geacht. Een verbod voor de gehele EU is daarom toewijsbaar'. Basis voor deze uitspraak is gelegd in Hof Den Haag 29 januari 2013, Gillette/Wilkinson.