

VOORGESTELDE DEFINITIE VAN RECLAME IN DRANK- EN HORECAWET

Advies van Vereniging voor Reclamerecht

Inleiding en samenvatting advies

De Vereniging voor Reclamerecht heeft tot doel het bevorderen van de kwaliteit van wetgeving, rechtspleging en beroepsuitoefening op het gebied van het reclamerecht. De leden van de Vereniging zijn afkomstig uit diverse maatschappelijke geledingen, waaronder het bedrijfsleven, de advocatuur, de wetenschap, de reclamebranche en andere organisaties die zich regelmatig bezig houden met het reclamerecht.

De Vereniging heeft kennis genomen van het voorontwerp voor een wetsvoorstel tot aanpassing van de Drank- en Horecawet (DHW). In artikel 2 van dat wetsontwerp wordt onder meer een definitie van het begrip "reclame" geïntroduceerd. Deze definitie is overgenomen uit de Tabakswet.

De Vereniging heeft een studiec commissie ingesteld om deze definitie te analyseren en op grond van die analyse de duidelijkheid en wenselijkheid ervan te beoordelen.

Op grond van de bevindingen van de studiec commissie adviseert de Vereniging de re clamedefinitie van de Tabakswet niet over te nemen in de DHW.

De voorgestelde definitie is niet helder en onnodig ruim. Hierdoor ontstaat rechtsonzekerheid en inefficiënte wetgeving. De definitie zal bij iedere maatregel ter regulering van reclame moeten worden ingeperkt om disproportionele beperkingen op de vrijheid van meningsuiting te voorkomen. Jurisprudentie zal de werkelijke inhoud van de definitie dienen te bepalen.

Uniformering, het argument dat in de Memorie van toelichting wordt aangevoerd om de definitie van reclame uit de Tabakswet over te nemen, kan op zichzelf daarvoor geen reden zijn. Andere wet- en regelgeving waarin reclame wordt gedefinieerd kent een dergelijke definitie niet. De Tabakswet beoogt bovendien een *totaalverbod* op reclame voor tabaksproducten, terwijl de DHW slechts beoogt reclame voor alcohol in voorkomende – en nog nader aan te wijzen – gevallen te *reguleren*.

De Vereniging adviseert aansluiting te zoeken bij beproefde definities van reclame op andere terreinen, die eveneens vanuit het oogpunt van regulering van reclame zijn geformuleerd en die overeenstemming met elkaar vertonen.

Tegen deze achtergrond stelt de Vereniging de volgende definitie van reclame voor:

“Elke openbare aanprijzing van alcoholhoudende drank”.

Voorgestelde definitie reclame in DHW

Het voorontwerp introduceert de volgende definitie van het begrip "reclame":

"Elke handeling in de economische sfeer met als doel de verkoop van alcoholhoudende drank te bevorderen en elke vorm van commerciële mededeling die het aanprijzen van een alcoholhoudende drank tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft, met inbegrip van handelingen en mededelingen waarmee, zonder een alcoholhoudende drank rechtstreeks te noemen, wordt getracht het reclameverbod te omzeilen door gebruik te maken van een naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken van een alcoholhoudende drank."

Deze definitie bevat een drietal elementen die maken dat de reikwijdte van de definitie buitengewoon ruim is. In het hiernavolgende wordt nader op deze elementen ingegaan, mede op basis van ervaringen in de praktijk met de definitie van reclame in de Tabakswet.

(i) Handeling in de economische sfeer

Het feit dat *"elke handeling in de economische sfeer met als doel de verkoop van alcoholhoudende drank te bevorderen"* als reclame wordt beschouwd is opvallend. Met uitzondering van de Tabakswet bevat geen andere in het Nederlandse of Europese recht gehanteerde definitie van reclame dergelijke bewoordingen.

Het bereik van deze passage is bijzonder ruim, en omvat in beginsel bij letterlijke toepassing diverse handelingen die in het normale taalgebruik niet als reclame worden beschouwd, zoals onder meer:

- het tappen van een glas bier door een barman;
- iedere handeling die wordt verricht door de sales afdeling van een fabrikant van alcoholhoudende drank en ieder contract dat wordt afgesloten met een caféhouder;
- het opnemen van de bedrijfsnaam van een alcoholproducent of van de naam van een café in de Gouden Gids.

Ervaringen met het reclameverbod in de Tabakswet illustreren de ruime reikwijdte van de definitie. Zo is een boete opgelegd aan de houder van een kartencentrum voor het feit dat hij ter aankleding van dat centrum – en zonder dat de industrie daarvoor betaalde – in vitrines onder meer een aantal collector's items had uitgesteld, waaronder van tabaksmerken voorziene originele outfits en een gesigeneerde helm gedragen door Formule 1 winnaars.

(ii) Commerciële mededeling met aanprijzend doel of gevolg

Ook het tweede element uit de voorgestelde definitie (*"elke vorm van commerciële mededeling die het aanprijzen van een alcoholhoudende drank tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft"*) leidt tot een bijzonder ruime werkingsfeer. Deze bewoordingen zijn bovendien onduidelijk.

Het is allereerst niet eenduidig wat wordt verstaan onder het begrip "commerciële mededeling". Valt daaronder bijvoorbeeld ook het noemen van een alcoholmerk in een tijdschriftartikel of in de Consumentengids, zelfs indien dat artikel zonder (financiële) bemoeienis door een alcoholfabrikant is geplaatst?

Evenmin is duidelijk wat precies moet worden verstaan onder een "onrechtstreeks" aanprijzend gevolg. Ervaringen met de definitie van de reclame in de Tabakswet leren dat men in dit verband aanzienlijke problemen kan verwachten. Zo heeft een tabaksfabrikant een boete van EUR 45.000 opgelegd gekregen voor het noemen in een personeelsadvertentie voor een marketingmanager in het tijdschrift *Intermediair* (in een neutraal lettertype, zonder gebruik van logo's e.d.) van de merken waarmee de marketingmanager zich bezig zou gaan houden¹.

Als een artikel in een tijdschrift of de Consumentengids een "commerciële mededeling" zou zijn, dan zou een dergelijke uitleg van de definitie mogelijkwijs leiden tot grote beperkingen van de uitingsvrijheid. Of zou in een dergelijk geval vanwege de context van de uiting gelden dat van de mededeling geen onrechtstreeks aanprijzend effect uitgaat van het noemen van een merknaam? En geldt dat dan ook wanneer bijvoorbeeld in de Consumentengids de *Heineken BeerTender* als beste zou worden getest?

Daarbij kunnen in de praktijk bovendien bewijsproblemen ontstaan: hoe moet een onrechtstreeks aanprijzend gevolg worden aangetoond dan wel ontkracht? Voor de tabaksindustrie blijkt het praktisch onmogelijk zich te verweren tegen het standpunt van de wetshandhaver dat een "onrechtstreeks" aanprijzend gevolg is opgetreden.

Bovendien zou bijvoorbeeld een reclame-uiting voor Bavaria Malt mogelijk onder de definitie vallen aangezien die uiting wellicht tot onrechtstreeks gevolg zal hebben dat het publiek ook even aan alcoholhoudend Bavaria bier denkt. Indien bijvoorbeeld zou worden bepaald dat geen alcoholreclame meer mag worden gemaakt langs sportvelden, zou dat verbod dus ook kunnen zien op uitingen voor Bavaria Malt. Ervan uitgaande dat dit niet strookt met de bedoelingen van de wetgever nu maltbier wellicht als gewenst alternatief voor alcoholhoudend bier kan worden beschouwd, zou een specifieke uitzonderingsbepaling moeten worden opgenomen.

(iii) "Omzeilende reclame"

Het derde element van de definitie ("*met inbegrip van handelingen en mededelingen waarmee, zonder een alcoholhoudende drank rechtstreeks te noemen, wordt getracht het reclameverbod te omzeilen door gebruik te maken van een naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken van een alcoholhoudende drank*") is reeds daarom niet logisch, omdat daarin wordt verwezen naar "het reclameverbod", terwijl er voor alcoholhoudende drank vooralsnog geen reclameverbod geldt, en terwijl artikel 2 lid 1 DHW de wetgever de mogelijkheid biedt om voor reclame "verboden, beperkingen en voorschriften" te creëren (en dus niet uitsluitend een reclameverbod).

Daarbij komt dat het vanuit wetstechnisch en logisch oogpunt niet wenselijk is in de definitie van "reclame" het woord "reclame" op te nemen, zoals in het voorstel gebeurt.

Wanneer de definitie van reclame zuiver genoeg is, valt "omzeilende reclame" daar automatisch onder, en is het niet nodig dit als afzonderlijk element in de definitie op te nemen.

¹

Het boetebesluit is later weliswaar ingetrokken, maar de fabrikant heeft daartoe wel een bezwaarschriftprocedure moeten doorlopen.

De voorgestelde definitie heeft onwenselijke gevolgen, ook voor de wetgever

Indien de thans voorgestelde definitie zou worden overgenomen in de DHW zou dit niet alleen leiden tot rechtsonzekerheid maar ook tot mogelijk langdurige en kostbare procedures waarin nadere duidelijkheid over de inhoud van de definitie zal moeten worden verkregen. Dit past uiteraard ook niet binnen het beleid van de overheid om te komen tot dejuridisering, deregulering en lastenverlichting.

Bovendien is het opnemen van een dergelijk ruime definitie vanuit wetgevingstechnisch oogpunt niet efficiënt. Het opnemen van een definitie van reclame is immers slechts zinvol om het begrip als zodanig te kunnen hanteren. Ervan uitgaande dat de Minister niet een totaalverbod op alcoholreclame zou willen afkondigen, is één van de keuzes die reeds besloten liggen in de voorgestelde definitie dat de in een later op te stellen AmvB of ministeriële regeling een aanzienlijk uitzonderingenregime zal moeten bevatten, om te zorgen dat allerlei zaken die nu onder de ruime definitie van reclame vallen zullen worden uitgezonderd van de in te voeren reclamebeperkingen.

Bij de wijziging van de Tabakswet waarbij de huidige definitie van reclame daarin werd opgenomen is ook gebleken dat de ruime definitie dwong tot het opnemen van een groot aantal uitzonderingen. De regelgeving en de daarmee samenhangende procedures zijn daardoor onnodig complex. Bovendien sluiten de zeer casuïstische uitzonderingen niet voldoende aan bij de praktijk. Daar komt bij dat dergelijke uitzonderingen zich niet eenvoudig in juridische bepalingen laten vastleggen, waardoor de uitzonderingen evenals de definitie van reclame aan duidelijkheid en werkbaarheid te wensen over laten.

In het geval van de DHW is echter thans geenszins duidelijk hoe eventuele reclamebeperkingen eruit zouden komen te zien en hoe ver die zouden gaan. Eventuele beperkingen worden immers pas op een later moment vastgesteld. Door reeds nu een zo ruime definitie van reclame te kiezen als voorgesteld in het voorontwerp, worden nu al belangrijke keuzes gemaakt, zonder dat de consequenties daarvan kunnen worden overzien.

Procedurele aspecten

Hoe ruimer de definitie van reclame in het onderhavige wetsvoorstel is, des te belangrijker is het dat een eventuele verbodsregeling op zeer zorgvuldige wijze tot stand komt.

Daarbij is met name van belang dat reclamebeperkingen een inperking vormen op het fundamentele recht op de vrijheid van meningsuiting. Het recht op vrije meningsuiting omvat immers ook commerciële communicatie (artikel 10 lid 1 EVRM)². Aan die vrijheid mogen slechts beperkingen worden gesteld die noodzakelijk zijn voor de bescherming van in artikel 10 lid 2 EVRM opgesomde belangen.

Voor wat betreft alcoholreclame betekent dit dat een wettelijke reclamebeperking doelmatig en proportioneel moet zijn ter behartiging van het belang van de

²

Onder meer bevestigd in EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 (Markt intern Verlag v. Germany), en HR 13 februari 1987, NJ 1987, 899.

bescherming van de gezondheid. Dat vloeit tevens voort uit het Gemeenschapsrecht. Aangezien het gaat om inperking van een fundamenteel recht zal hiermee zeer zorgvuldig moeten worden omgesprongen. Het ligt dan ook voor de hand dat gewaarborgd wordt dat het parlement altijd direct betrokken is bij ieder aspect van op te leggen reclamebeperkingen.

In het voorontwerp wordt evenwel de buitengewoon ruime definitie van reclame gecombineerd met de mogelijkheid dat beperkingen worden opgelegd bij AmvB of zelfs bij ministeriële regeling. Naar de mening van de Vereniging is dit, wanneer een zo ruime definitie zou worden gehanteerd als voorgesteld, voor de voor de onderhavige materie geen wenselijk wetgevingsinstrument. Weliswaar wordt in dit verband in het voorontwerp een voorhangprocedure voorgesteld, maar dit waarborgt in de ogen van de Vereniging niet afdoende de vereiste parlementaire controle om disproportionele beperkingen op het recht van vrije meningsuiting in strijd met het EVRM en het Gemeenschapsrecht te voorkomen. Dit geldt a fortiori voor de geïntroduceerde mogelijkheid dat bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld.

Indien wordt vastgehouden aan het instrument dat reclamebeperkingen bij AmvB of bij ministeriële regeling kunnen worden opgelegd, pleit dat daarom te meer voor een niet overmatige ruime definitie van reclame.

De Vereniging wil in het algemeen nog wijzen op de Europeesrechtelijke consequenties voor televisiereclame van het bovenomschreven verbod. Artikel 15 van de Televisierichtlijn³ bevat geen verbod maar een nadere regulering van alcoholreclame op televisie. Zulks betekent, gelet op het arrest van het Hof van Justitie EG van 9 juli 1997 (De Agostini)⁴, dat de Nederlandse wetgever weliswaar voor omroepen die onder haar bevoegdheid vallen, een verbod op alcoholreclame op televisie mag uitvaardigen, maar niet dat daarmee ook alcoholreclame op in Nederland te ontvangen uitzendingen van omroepen die niet onder haar bevoegdheid vallen, kunnen worden tegengehouden.

Uniformiteit met Tabakswet geen autonome doelstelling en niet wenselijk

De enige verklaring die in het voorontwerp wordt gegeven voor het hanteren van een definitie die afkomstig is uit de Tabakswet, is de "uniformiteit". Dat kan evenwel geen zelfstandig doel zijn, met name niet indien zulks leidt tot een onwenselijke definitie van reclame. Daarbij geldt dat voor uniformiteit van de definitie van reclame voor tabaksproducten en alcoholhoudende dranken geen aanleiding bestaat. Juridische definities moeten functioneel zijn en kunnen best uiteenlopen al naargelang de te regelen situatie. Harmonisering van definities lijkt op het eerste gezicht goed vanuit een oogpunt van consistentie, maar is juridisch niet altijd geboden. Zo is ook de definitie van reclame in geneesmiddelenwetgeving (zie ook hierna) aangepast aan de materie waar het om gaat.

Alcoholhoudende drank en tabaksproducten zijn verschillende producten. De doelstellingen van het opwerpen van reclamebeperkingen voor die producten verschillen aanzienlijk. In het geval van tabaksproducten is het doel van de wetgever

³ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten.

⁴ HvJEG 9 juli 1997, gevoegde zaken C-34/95, C-35/95 en C-36/95 (Konsumentenombudsman (KO)/De Agostini en TV-shop)

om gebruik van tabaksproducten in het algemeen tegen te gaan. Wat betreft alcoholhoudende drank is het echter niet de bedoeling alcoholgebruik, maar uitsluitend alcoholmisbruik tegen te gaan. Daarbij speelt een rol dat gebruik van alcoholhoudende drank niet schadelijk hoeft te zijn voor de gezondheid, en zelfs kan bijdragen tot een goede gezondheid.⁵

Vanwege deze verschillen is in de politieke discussie over alcoholreclame tot op heden ook nooit sprake geweest van een geheel reclameverbod. Voor tabaksproducten is daarentegen wél een vrijwel volledig reclameverbod afgekondigd.

Ook op Europees niveau wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen reclame voor tabak en alcohol. Na de vernietiging door het Hof van Justitie van de Tabaksreclamerichtlijn is een nieuwe Richtlijn aangenomen. Ook aan deze Richtlijn ligt de wens van een geheel verbod op reclame voor tabaksproducten ten grondslag. Ten aanzien van reclame voor alcohol is op Europees niveau nu juist recentelijk besloten niet over te gaan tot het verbieden van advertenties voor alcoholhoudende dranken.

Heldere en beknopte definitie heeft de voorkeur

Gelet op het bovenstaande is de Vereniging van mening dat het de voorkeur geniet dat in de DHW wordt gekozen voor een heldere en beknopte definitie van reclame, en dat geen aansluiting wordt gezocht bij de definitie uit de Tabakswet.

De vereniging adviseert aansluiting te zoeken bij breed in de Nederlandse rechtspraak aanvaarde definities, die zichzelf bovendien al jarenlang in de praktijk hebben bewezen. Daarbij zou onder meer kunnen worden gedacht aan de volgende definities van reclame:

- Nederlandse Reclame Code:
"iedere openbare aanprijzing van goederen, diensten of denkbeelden (tezamen: producten)";
- Reclamecode voor alcoholhoudende drank:
"iedere openbare aanprijzing van alcoholhoudende drank en van niet-alcoholhoudende drank voor zover deze wordt aangeprezen om te worden gebruikt in combinatie met alcoholhoudende drank, ongeacht het medium dat wordt gebruikt (onder meer: print, radio, TV, etiketten, verpakkingen, internet) en inclusief consumentenpromoties, direct-mail, merchandising, "point of sale" materiaal en sponsoring";
- Richtlijn misleidende reclame:
"iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen"

⁵ Zie bijvoorbeeld Handelingen Eerste Kamer, EK 23, 11 april 2000, pag. 43, Minister Borst-Eilers: "bovendien staat het inmiddels vast dat een geringe wijnconsumptie vanaf de middelbare leeftijd goed is voor hart en bloedvaten. Op alcohol is dan ook bij uitstek de oproep van de branche van toepassing: "geniet, maar drink met mate". Hier ligt een fundamenteel verschil met tabak, want daar is het volksgezondheidsbeleid gericht op non-gebruik. Iedere sigaret is er immers één te veel. Bij alcohol richt het beleid zich uitsluitend tegen misbruik en overmatig drinken, hetgeen de regelgeving een stuk ingewikkelder maakt".

- Gedragscode geneesmiddelenreclame:
"iedere aanprijzing van geneesmiddelen en daarmee samenhangende diensten of denkbeelden, daaronder begrepen het aanbieden of vragen van diensten of goederen in de omgang tussen vergunninghouders en beroepsbeoefenaren"⁶;
- Wetsvoorstel voor nieuwe Geneesmiddelenwet (voorstel 29 359, aangenomen door Tweede Kamer):
"elke vorm van beïnvloeding met het kennelijke doel het voorschrijven, ter hand stellen of gebruiken van een geneesmiddel te bevorderen, dan wel het geven van de opdracht daartoe";
- Mediawet:
"reclameboodschap, telewinkelboodschap of andere uiting die onmiskenbaar ten gevolge heeft dat het publiek wordt bewogen tot het kopen van een bepaald product of het gebruik maken van een bepaalde dienstverlening, dan wel gunstig wordt gestemd ten aanzien van een bepaald bedrijf, een bedrijfstak of een bepaalde instelling zodat de verkoop van producten of de afname van diensten wordt bevorderd";
- Bij Europese wetgever aanhangig voorstel tot wijziging Televisierichtlijn: (televisiereclame:) "de door een overheidsbedrijf of particuliere onderneming tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel ten behoeve van zelfpromotie uitgezonden boodschap - in welke vorm dan ook - in verband met de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep, ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen".

Het zoeken van aansluiting bij de definitie van reclame in de Nederlandse Reclame Code zou als bijkomend voordeel hebben dat, ook in het geval een wettelijke reclamebeperking wordt overtreden, het voor een ieder altijd mogelijk is om een klacht in te dienen bij de Reclame Code Commissie. Lopen de definities van reclame in de wet en in de Nederlandse Reclame Code uiteen, dan zal de Stichting alleen klachten in behandeling kunnen nemen ten aanzien van uitingen die naar de maatstaven van de Nederlandse Reclame Code en de Reclamecode voor Alcoholhoudende Drank reclame zijn. Uitingen die daar niet onder vallen maar die wel vallen onder een definitie zoals voorgesteld in het voorontwerp, kunnen dan niet worden getoetst. Dit kan leiden tot verwarring bij het publiek.

Gelet op het bovenstaande stelt de Vereniging voor reclame in de DHW als volgt te definiëren: "Elke openbare aanprijzing van alcoholhoudende drank".

⁶ NB: in de "Nadere invulling van het onderscheid tussen reclame en informatie voor geneesmiddelen" van de Stichting CGR, waarin bovenstaande norm wordt toegelicht, wordt daarbij nog opgemerkt: " Reclame kenmerkt zich door het aanprijzende karakter van de uiting. Of er sprake is van informatie dan wel reclame moet van geval tot geval worden beoordeeld, waarbij de volgende factoren een rol (kunnen) spelen:
a. de geadresseerde;
b. de inhoud, de presentatie en de opmaak van de uiting;
c. de context van de uiting."