

RECLAME: ZONDIGE VERLOKKING IN EEN SCHAPENVACHT?

“Geliefden, ik vraag u ... niet toe te geven aan zondige lusten die strijd voeren tegen de ziel.” (1 Petrus 2:11, WV1995)

RECLAME: ZONDIGE VERLOKKING IN EEN SCHAPENVACHT?

Régine FELTKAMP* en
Gerrit HENDRIKX**

Vereerd en met veel bewondering voor de gevierde hebben wij de uitnodiging aanvaard een bijdrage te schrijven voor dit *liber amicorum*.

Wij hebben beiden, met een zeker interval, de gevierde leren kennen naar aanleiding van de colleges Financieel- en Economisch Recht die hij doceerde. Beiden zijn wij nog altijd diep onder de indruk van de snelle, kritische en scherpe geest die ons vertrouwd maakte met de beginselen van het *Decreet d'Allarde* (vrijheid van ondernemen), het mededingingsrecht, de marktpraktijken, de intellectuele rechten en de werking van kapitaalmarkten. De combinatie van de juridische kennis, praktijkervaring en ruime kennis van en inzichten in andere (zachte, maar ook harde) wetenschappelijke disciplines, leidden tot boeiende interventies met menigmaal filosofisch-kritische invalshoeken die een openbaring waren. Tot vreugde van een van de auteurs van deze bijdrage werd hem als student de mogelijkheid geboden een interdisciplinaire discussie te voeren op het examen eerder dan een loutere reproductie van de bestudeerde regelgeving.

Voormelde benijdenswaardige eigenschap van de gevierde wordt, zo heeft de financieel-economische crisis van 2007 – waarvan de gevolgen zich nog steeds laten voelen – aangetoond, best door iedere rechtsgeleerde en - practicus, die betrokken is bij het recht als maatschappelijk ordeningselement voor menselijke gedragingen, aangemeten teneinde verdere crisissen (weze het financiële en/of economische crisissen¹, of andere)² te pogen te vermijden. Dit vergt tijd om (bij) te lezen, wat heden ten dage een schaars goed wordt voor de academicus die, zoals recent nog aangehaald door de Gentse filosoof BRAECKMAN³, meer en meer wordt overladen met administratieve taken en onderworpen wordt aan een op financiering gerichte prestatiedruk (of liever productiedruk, veelal ten koste van kwaliteit)⁴.

In een poging een bescheiden multidisciplinaire bijdrage te leveren voor dit e-vriendenboek, hebben wij ervoor geopteerd een onderwerp aan te snijden uit de colleges Financieel- en Economisch recht – die een van de

* Docent aan de Vrije Universiteit Brussel (Onderzoeksgroep BuCo, vakgroep Privaat en Economisch Recht) en advocaat te Brussel (MODO advocaten).

** Vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de Vrije Universiteit Brussel (Onderzoeksgroep BuCo, vakgroep Privaat en Economisch Recht) en advocaat te Brussel (MODO advocaten).

¹ Dergelijke crisissen zijn immers geen extreem zeldzame, onvoorspelbare en onoverkomelijke gebeurtenissen, maar wederkerende gebeurtenissen die zich sinds de ontwikkeling van het kapitalistische bestel met toenemende frequentie hebben voorgedaan. Voor een overzicht van de voornaamste financieel-economische crisissen uit het verleden, zie bijv. C.M. REINHART en K.S. ROGOFF, *This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton, Princeton University Press, 2009, 512 p.

² Een inzicht dat bepaalde rechtsgeleerden reeds tot multidisciplinaire analyses van aan de financieel-economische crisis van 2007 gelieerde privaatrechtelijke juridische vraagstukken heeft gebracht, die werden gebundeld in L. CORNELIS (ed.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 327 p.

³ Zie o.a. W.-J. VAN EKERT, “De lat van het leven wordt te hoog gelegd”, <http://cava-magazinebe.webhosting.be/filosoof-johan-braeckman-pleit-voor-een-andere-manier-van-leven/> (consultatie 15 oktober 2016).

⁴ De administratieve taken die aan academisch personeel worden opgelegd, vergen tijd en energie die anders in waardevoller wetenschappelijk werk had geïnvesteerd kunnen worden (zie bijv. L.O. SCHÄFER, “Performance assessment in science and academia: effects of the RAE/REF on academic life”, *Center for Global Higher Education working paper series* 2016, nr. 7, <http://www.researchcghe.org/perch/resources/publications/wp7.pdf>, 7). Verder werd er reeds gepleit dat wetenschappers minder zouden moeten publiceren om te voorkomen dat kwaliteitsvol onderzoek wordt bedolven onder de steeds toenemende berg van zwak onderzoek (zie D. SAREWITZ, “The pressure to publish pushes down quality”, *Nature* 2016, afl. 533, 147). Zwak onderzoek is echter niet de enige bekommernis gelieerd aan de publicatiedruk. Zo stelde onderzoek onder biomedische wetenschappers in Vlaanderen vast dat maar liefst 15 procent van de 315 respondenten toegang data te hebben verzonnen, vervalst, geplagieerd of gemanipuleerd en dat de ervaren publicatiedruk sterk correleerde met dit wetenschappelijk bedrog (zie J.K. TIJNINK, R. VERBEKE EN Y.M. SMULDERS, “Publication Pressure and Scientific Misconduct in Medical Scientists”, *Journal of Empirical Research on Human Research Ethics* 2014, afl. 9(5), 64-71). Een van de oorzaken voor de toenemende publicatiedruk en administratieve last zijn, zoals opgemerkt door BYTTEBIER, de forse besparingen die in de loop van de voorbije 25 jaar, onder impuls van neoliberal imperatieven, in het publieke (Vlaamse) hoger onderwijs werden doorgevoerd (zie K. BYTTEBIER, *Nu het gouden kalf verdronken is. Van hebzucht naar altruïsme als hoeksteen voor een Nieuwe Monetaire Wereldorde*, Antwerpen, Maklu, 2015, 215-218).

auteurs, met bijzonder veel erkentelijkheid, heeft mogen overnemen van de gevierde. Dit onderwerp is reclame. Wij worden heden ten dage, te pas en te onpas, overspoeld door reclame, die steeds nieuwe wegen vindt om commerciële boodschappen aan de man of vrouw te brengen en zo ons leven, steeds meer, continu in de greep houdt. Sommigen springen artistiek in het oog, zijn doordacht of hebben een humoristische twist. Meestal zijn ze gewoon plat en saai. Vaak zijn ze gewoon een last. Zijn wij de enigen die zich storen aan de nieuwe trend van – meestal inhoudsarme en weinig artistieke – reclamespotjes, die zich stevast voor een welbepaalde minimumtijd opdringen zodra we het internet opgaan, al was het maar om de krant of het nieuws te lezen en waardoor onze vrijheid om te bepalen wat we lezen of bekijken drastisch wordt ingeperkt?⁵

Maar belangrijker, waar door sommigen is aangevoerd dat kredietinstellingen via (private) kredietverlening de booswichten zijn van een destructief kredietconsumentisme⁶, nodigen wij uit de discussie open te trekken naar het ondernemingslandschap in het algemeen door de stelling te poneren dat reclame de zondige verlokking in een schapenvacht is die evenzeer een belangrijke verantwoordelijkheid heeft in de consumptiemanie en de daaruit volgende schuldenlast en schade aan het milieu en dat dit noopt tot een reflectie over het regelgevend optreden inzake reclame in de verhouding onderneming-afnemer in het belang van het behoud van de samenleving. Uit de colleges Financieel- en Economisch Recht volgt immers dat de miljoenenindustrie die reclame vormt⁷ – ondanks de bijzonder grote impact die reclame heeft (of kan hebben) op de gedragingen van mensen – weinig of niet gereguleerd wordt.

Om deze stelling te staven gaan we eerst kort in op het ontstaan van een door economische exigenties gestuurde samenleving, waarin het dictaat van een niet aflatende economische groei resulteert in onder andere het perverse effect van een niet aflatende consumptie om dit economisch bestel gaande te houden en de toenemende schuldenmassa van huishoudens⁸ (en geldcreatie) die de onvermijdelijke resultante is van consumptiepatronen die de eigen bestaansmiddelen overstijgen.

Vervolgens gaan we in op de rol welke reclame speelt in het door kredietverlening mogelijk gemaakte consumentisme en welke de ethische en levensbeschouwelijke opvattingen rond reclame zijn.

We kijken dan hoe deze opvattingen vertaald worden in het algemeen regelgevend kader dat reclame in de verhouding ondernemer-consument beheerst, om te besluiten met een aantal suggesties inzake verder ingrijpen op dit vlak.

Bij voorbaat waarschuwen wij de lezer. Het hiernavolgend betoog is een eerste onderzoek dat o.a. door de beschikbare tijd en de toegelaten omvang van de bijdrage beperkt werd, maar dat wel, enigszins ironisch net zoals reclame beoogt, ons verlangen – en hopelijk ook dat van de lezer – naar meer heeft aangewakkerd.

I. ECONOMISCHE GROEI, CONSUMENTISME, EN ‘*DEBT-FINANCED CONSUMPTION*’

1. De evolutie naar een kapitalistisch systeem met een ver doorgedreven focus op winstbejag en economische groei als middel om algehele welvaart te creëren, heeft geresulteerd in een economie die afhankelijk is van een steeds toenemende consumptie, met zelfs consumptiepatronen die de eigen werkelijke behoeften en bestaansmiddelen overstijgen.

⁵ Enkel internetgebruikers die op de hoogte zijn van softwareapplicaties, zoals Adblock, kunnen zich de ergernis aan deze reclameboodschappen (enigszins) besparen. In die zin bestaat er, via ontdrukkende software, een mogelijkheid tot ‘opt-out’ die niet door de host van de website wordt geboden, noch uitdrukkelijk bekend wordt gemaakt. De auteurs van deze bijdrage menen dat een systeem van ‘opt-in’, waarbij wordt gegarandeerd dat reclameboodschappen enkel gericht worden tot bezoekers die hiermee hun instemming verlenen, wenselijker zou zijn.

⁶ Zie K. BYTTEBIER, *Nu het gouden kalf verdronken is. Van hebzucht naar altruïsme als hoeksteen voor een Nieuwe Monetaire Wereldorde*, Antwerpen, Maklu, 2015, 64-65 en inzonderheid 189-193.

⁷ Uit schattingen van 21 april 2016 volgt dat in het kalenderjaar 2016 wereldwijd zo’n 543 miljard dollar aan betalende advertenties zou worden uitgegeven (X., “Worldwide Ad Spending Growth Revised Downward”, <http://www.emarketer.com/Article/Worldwide-Ad-Spending-Growth-Revised-Downward/1013858> (consultatie 15 oktober 2016).

⁸ Over de relatie tussen de toenemende schuld van huishoudens en de scherpe toename in consumptie, zie bijv. G. DUMÉNIL en D. LÉVY, *The Crisis of Neoliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 37-38. Aangezien het onderwerp van deze bijdrage bestaat in de rol van reclame in het opwekken van de verlangens die de consumptie drijven, wordt hier enkel gesproken van de schulden van huishoudens. Het streven naar een niet-aflatende economische groei kan echter mogelijk ook een verklaring bieden voor de toenemende schuldenmassa van ondernemingen (bijv. omdat ze via een hogere ‘leverage ratio’ een hogere ‘return on investment’ kunnen bekomen) en zelfs overheden (bijv. enerzijds omdat ze belastingvoordelen toekennen in de hoop buitenlands kapitaal aan te trekken en anderzijds omdat hun afnemende middelen worden geconfronteerd met consumentisme van publieke diensten zoals de gezondheidszorg).

Deze opkomst van het overheersende dictaat van het streven naar een toenemende economische groei, is ruimer te situeren in een waar te nemen tendens tot ‘economisering van de samenleving’. Er is immers vast te stellen dat economische denkkaders en prioriteiten, waaronder het streven naar efficiëntie en het maximaliseren van het eigen genot (*‘homo oeconomicus’*⁹), in de loop van de 20^{ste} eeuw het terrein van de marktwerking meer en meer hebben verlaten en hun invloed meer en meer zijn gaan uitoefenen op de persoonlijke levenssfeer en het politieke beleid.¹⁰ Illustratief in dit opzicht is bijvoorbeeld dat zelfs een affectieve, intieme en ethische band zoals het huwelijk intussen aan een economische analyse werd onderworpen.¹¹

Wat het politiek beleid betreft kan verwezen worden naar de volgende passage uit een interview met politiek filosoof VAN BELLINGEN : *“We bevinden ons in een tijdperk waarin de economische groei heilig is verklaard en de politici het als hun taak ervaren om vooral te zorgen dat de economische groei ongehinderd kan uitbreiden. Tegelijkertijd is de economie tot een vorm van exacte wetenschap gepromoveerd waar blijkbaar nog alleen enkele economen en technici iets zinnigs over kunnen en vóoral mogen vertellen. Beroeps politici verstoppen zich achter deze evolutie met de smoes “wij volgen het pad dat de economen en specialisten uitstippelen” als rechtvaardiging voor hun politiek-economisch beleid. Maar het samenleven in een polis heeft niet alleen een economische invulling. De samenleving moet naast de welvaart tevens voor het welzijn van haar burgers zorgen. Bovendien is de economie géén exacte wetenschap en vergissen deze economen zich meer dan eens, zoals de geschiedenis al herhaaldelijk bewees en dan moet de burger telkens de verliezen bijpassen door zijn levensstandaard drastisch verminderd te zien.”*¹²

2. De meest aan het onderwerp van deze bijdrage gelieerde illustratie van de economisering van de samenleving, is de tendens tot gelijkschakeling van economische groei met een verbetering van het (persoonlijke en gedeelde) welzijn, die dan als morele verantwoording wordt aangebracht voor het economisch systeem.¹³ Dankzij deze gelijkschakeling is economische groei verworven tot het primordiale objectief, niet alleen van economieën, maar ook van samenlevingen in hun geheel. Zo is vast te stellen, zoals VAN BELLINGEN doet, dat het streven naar economische efficiëntie en groei bijvoorbeeld de politieke beleidskeuzen – die idealiter de resultante zouden moeten zijn van een afweging van een waaier aan onderscheiden belangen¹⁴ en invalshoeken – heeft gekaapt.¹⁵

Dat economische groei tot de primordiale objectieven van onze (Europese) samenleving behoort, kan tevens worden vastgesteld in de basisteksten van de Europese Unie¹⁶ en diverse (Europese) regelgevingen van de laatste

⁹ Voor een korte inleiding op dit mensbeeld dat, ondanks kritiek uit o.a. behaviouristische (e.g. D. KAHNEMAN, *Thinking. Fast and Slow*, Londen, Penguin, 2012, 512 p.), neurologische (e.g. C. CAMERER, G. LOEWENSTEIN en D. PRELEC, “Neuroeconomics: How Neuroscience Can Inform Economics”, *Journal of Economic Literature* 2005, Vol. 43, 9-64), en heterodox-economische (e.g. A.K. SEN, “Rational fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory”, *Philosophy & Public Affairs* 1977, Vol. 6, 317-344) hoek, nog steeds één van de hoekstenen uitmaakt van de orthodoxe neoklassieke economische school, zie bijv. C. RODRIGUEZ-SICKERT, “Homo Oeconomicus” in J. PEIL en I. VAN STAVEREN (eds.), *Handbook of Economics and Ethics*, Cheltenham, Edward Edgar, 2009, 223-229.

¹⁰ Deze analyse werd reeds gedeeltelijk gemaakt door de Duitse filosoof HABERMAS wanneer hij gewag maakt van de ‘kolonisering van de leefwereld’, een begrip waarmee hij verwijst naar het feit dat het economische en bureaucratische systeemdenken het persoonlijke intermenselijke symbolisch handelen in de ‘leefwereld’, waarin beiden initieel waren ingebed, begint te domineren (J. HABERMAS, *The Theory of Communicative Action, Vol. II, Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Boston, Beacon Press, 1987, 322-331). Een recente en toegankelijke analyse van hoe het economisch denken, en inzonderheid de macht van geld, alle aspecten van het menselijke leven penetreert, is te vinden in M.J. SANDL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Londen, Penguin, 2013, 256 p.

¹¹ Een befaamd voorbeeld hiervan is te vinden in G.S. BECKER, “A Theory of Marriage”, in T.W. SCHULTZ (ed.), *Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital*, Chicago, University of Chicago Press, 1974, 299-351.

¹² P. DEWALS, “We bevinden ons in een tijd waarin economische groei heilig is”, <http://www.dewereldmorgen.be/artikel/2016/05/13/we-bevinden-ons-in-een-tijd-waar-in-economische-groei-heilig-is> (consultatie 15 oktober 2016).

¹³ T. JACKSON, *Prosperity without growth*, Londen, Earthscan, 2009, 5.

¹⁴ Waarbij het begrip belang ruimer is op te vatten dan louter patrimoniale belangen, een gegeven dat bij economische efficiëntie-analyses wel eens gepleegd wordt over het hoofd te worden gezien.

¹⁵ Zo stelt Tim JACKSON dat over het merendeel van 20^{ste} eeuw de economische groei wereldwijd de “single most important policy goal” uitmaakte (T. JACKSON, *Prosperity without growth*, Londen, Earthscan, 2009, 3). De prioriteit van de economische groei boven alles, heeft zich overigens vertaald naar het electoraat – zo bleek uit een survey in 2013 dat de 87 % van de Amerikaanse kiezers de economie beschouwd als de topprioriteit voor het politieke beleid (PEW RESEARCH CENTER, “For Voters It’s Still The Economy”, 24 september 2012, <http://www.people-press.org/2012/09/24/for-voters-its-still-the-economy/>) – zodat verwacht kan worden dat de beleidsmakers zich nog meer op het belang van economische groei zullen toespitsen.

¹⁶ De basisdoelstelling inzake economische beleid ligt vervat in artikel 3.3. VWEU: “De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu. De Unie bevordert de wetenschappelijke en technische vooruitgang.” (eigen onderlijning)

De principes inzake economisch beleid zijn verder uitgewerkt in artikel 120 VWEU waarin het principe van de vrije marktwerking juridisch verankerd wordt. Dit artikel bepaalt het volgende: “De lidstaten voeren hun economisch beleid teneinde bij te dragen tot de

jaren waar het credo van de economische groei systematisch ter verantwoording van de regelgeving naar voren wordt geschoven. Het verworden van economische groei tot de primordiale objectieven van de samenleving heeft, gelet op de wijze waarop de economische groei doorgaans wordt berekend, enige gevolgen voor de productie en consumptie binnen een samenleving. De economische groei wordt immers doorgaans berekend aan de hand van het bruto nationaal product¹⁷, *i.e.* de totale marktwaarde van alle finale goederen en diensten die binnen een bepaalde periode binnen een bepaald land werden geproduceerd.¹⁸ Hierdoor vereist een steeds toenemende economische groei niet alleen een steeds toenemende productie van goederen¹⁹ en diensten maar ook een met deze toename in de productie gelijke tred houdende toename in de vraag naar de geproduceerde goederen en diensten. Anders gesteld, het streven naar economische groei binnen een door economische imperatieven gedomineerde samenleving mondt, bij gebrek aan inachtneming van andere parameters, logischerwijze uit in massaproductie gekoppeld aan mechanismen om massaconsumptie²⁰ van deze producten aan te moedigen.

Deze aanmoedigingsmechanismen kunnen echter maar succes hebben indien de beoogde afnemers in de eerste plaats over de vereiste financiële middelen beschikken om te kunnen consumeren²¹. De financiële draagkracht van de afnemers van goederen en diensten lijkt zodoende grenzen te stellen aan de mogelijkheid om via toenemende productie economische groei te bewerkstelligen²². Gedreven door winstbejag en het credo van groei, is de financiële sector er niet voor teruggedeinsd om de financiële mogelijkheden van afnemers artificieel op te drijven, met de *subprime* crisis van 2007 en zeer veel persoonlijke drama's tot gevolg.²³

Een bovenmatige beschikbaarheid van financiële middelen maakt het mogelijk dat mensen kunnen consumeren, zelfs boven hun werkelijke stand²⁴, maar zij zullen pas tot consumptie (en eventueel tot kredietneming) overgaan indien zij op de hoogte zijn van het bestaan van het betrokken goed en er een behoefte of een verlangen bestaat om dit goed te "consumeren".²⁵ Deze behoefte of dit verlangen om een goed te "consumeren" is bepalend voor zowel de aankoop ervan als de eventuele voorafgaandelijke kredietneming, en dus een belangrijke determinant in

verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie, als omschreven in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en in het kader van de in artikel 121, lid 2, bedoelde globale richtsnoeren. De lidstaten en de Unie handelen in overeenstemming met het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging, waarbij een doelmatige allocatie van middelen wordt bevorderd en met inachtneming van de beginselen die zijn neergelegd in artikel 119." (eigen ondelijning)

¹⁷ N.G. MANKIWI, *Principles of Economics* (3rd ed.), Boston, Cengage, 2003, 206. Zie over het ontbreken "overgebruik" van dit criterium ook A. GORE, *The future: Six Drivers of Global Change*, Londen, Random House, 2013, 142 e.v.

¹⁸ N.G. MANKIWI, *Principles of Economics* (3rd ed.), Boston, Cengage, 2003, 208.

¹⁹ Een steeds toenemende productie die overigens aanleiding geeft tot problemen in verband met het gelimiteerd voorhanden zijn van grondstoffen en de ecologische grenzen van onze planeet (zie over dit thema inzonderheid T. JACKSON, *Prosperity without growth*, Londen, Earthscan, 2009, 264 p.).

²⁰ Uit deze massaconsumptie sproot, voornamelijk in de loop van de tweede helft van de 20^{ste} eeuw doch in de kiem reeds eerder (inzonderheid vanaf de industriële revolutie), de cultuur van het consumerisme voort (zie hierover o.a. P.N. STEARS, "Stages of Consumerism: Recent Work in the Issues of Periodization", *The Journal of Modern History* 1997, afl. 69(1), 102-117; M. HILTON, "The Fable of the Sheep, or, Private Virtues, Public Vices: The Consumer Revolution of the Twentieth Century", *Past & Present* 2002, afl. 176, 222-256; C. CLUNAS, "Modernity Global and Local: Consumption and the Rise of the West", *The American Historical Review* 1999, afl. 104(5), 1497-1511 en S. PENNELL, "Consumption and Consumerism in Early Modern England", *The Historical Journal* 1999, afl. 42(2), 549-564.

²¹ Het Fordisme zag reeds de noodzaak in de werknemers voldoende hoge lonen te betalen opdat ze in staat zouden zijn de gestandaardiseerde, massaal geproduceerde en goedkope goederen te kopen (V. DE GRAZIA, *Irresistible Empire: America's Advance Through 20th Century Europe*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2005, 4).

²² Natuurlijk kan de productie toenemen en de economie groeien, zelfs wanneer de behoeften, verlangens en financiële draagkracht constant blijven, bijvoorbeeld ten gevolge van de bevolkingsgroei. In dat geval gaat het evenwel om een groei in absolute cijfers, niet om de economische groei die geacht wordt de welvaart van elk individu ('*per capita*') te verhogen.

²³ Het verband tussen de stagnerende lonen en dalende koopkracht van de middenklasse, de door kredietverlening gefinancierde consumptie en (financieel)-economische instabiliteit (waaronder de *subprime* crisis van 2007) wordt o.a. besproken door STIGLITZ (zie o.a. J.E. STIGLITZ, *Freefall. Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, Londen, Penguin, 2010, 480 p. en J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, Londen, Penguin, 2013, 592 p.). Ook M. STARR poneert de stelling dat een gemakkelijke toegang tot kredieten de economische activiteit verheft tot een niveau dat niet langer duurzaam is (zie M. STARR, "Debt-Financed Consumption Sprees: Regulation, Freedom and Habits of Thought", *Journal of Economic Issues* 2010, afl. 44(2), 459-470).

²⁴ Hiermee wordt geenszins geponereerd dat aankopen op grond van kredietverlening te allen tijde nefast en altijd zonder voordeel zijn. Dankzij kredieten kunnen huishoudens bijvoorbeeld ook voorwerpen kopen die, op het moment van de aankoop, voor hen onontbeerlijk zijn maar ook onbetaalbaar. Gedoeld wordt enkel op gevallen waarin een schuldenlast wordt opgebouwd ter financiering van de aankoop van voorwerpen, mogelijk in een streven naar bevrediging van bepaalde persoonlijke verlangens, waarbij geen enkel functioneel en objectief waarneembaar nut voorhanden is.

²⁵ Het vermogen te consumeren wordt namelijk door een aantal factoren bepaald, m.n. de beschikbaarheid van goederen en diensten, de beschikbare tijd en energie, de koopkracht en de verlangens ('*wants*') (A. COMISH, "Capacity to Consume", *The American Economic Review* 1936, afl. 26(2), (291) 291). In afwezigheid van enig verlangen de beschikbare goederen en diensten te kopen, zal een verhoging van de koopkracht door kredietneming dan ook zonder gevolg blijven.

de schuldenlast van (bepaalde) huishoudens.²⁶ Reclame is intussen verworden tot het middel bij uitstek om behoeften en verlangens op te wekken.

II. OVER BEHOEFTE, VERLANGENS EN RECLAME

3. In de psychologie wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen behoeften en verlangens²⁷. Met behoeften wordt dan verwezen naar wat voor een persoon noodzakelijk is voor zijn eigen behoud, zoals de levensbehoeften dorst en honger. Verlangens verwijzen hierbij naar het streven door een persoon naar een object dat niet noodzakelijk is voor zijn eigen behoud. Beiden resulteren uit een gemis, maar waar het ene gemis het “nodige” betreft, betreft het andere een “luxe” of het “plezier”. Waar behoeften beperkt zijn in omvang (we kunnen bijv. niet meer eten en drinken dan lichamelijk mogelijk is) zijn verlangens onbeperkt en onverzadigbaar.

4. Behoeften en verlangens creëren een vraag die bevredigd wordt door het aanbod, de productie. Productie lijkt derhalve een antwoord op de binnen de mensen ontstane behoeften of verlangens. Reclame is dan het middel waarmee op massale wijze het bestaan van een goed of dienst, als bevrediger van een bepaalde behoefte of verlangen, bekend kan worden gemaakt en het goed of de dienst kan worden aangeprezen. Reclame wordt in het Belgisch recht, dat afstamt van Europese regelgeving²⁸, gedefinieerd als, “*iedere mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de verkoop van producten te bevorderen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen*”²⁹. Zoals uit deze definitie volgt is het hoofddoel van reclame precies om rechtstreeks of onrechtstreeks de gedragingen van mensen te beïnvloeden zodat zij overgaan tot de aankoop van producten.

5. Om deze beïnvloeding tot aankoop te realiseren, kan reclame verschillende vormen aannemen. JEURISSEN maakt een onderscheid tussen het beïnvloeden van overtuigingen van personen omtrent producten, bijv. door het aanprijzen van functionele eigenschappen (cognitieve beïnvloeding) en het beïnvloeden van hun verlangens en emotionele beleving met betrekking tot producten, bijv. door in te spelen op de gevoelswaarde van het product als statussymbool (affectieve beïnvloeding)³⁰.

6. De vraag kan gesteld worden of heden ten dage de voormelde volgorde (behoefte/verlangen – productie – reclame – aankoop/bevrediging) nog wel geldt. In zijn boek *The Affluent Society* van 1958 ging GALBRAITH er al van uit dat verlangens niet aan de oorzaak liggen van het productieproces, maar dat omgekeerd verlangens de vrucht zijn van het productieproces. Behoeften en verlangens worden niet onafhankelijk door de afnemers zelf bepaald maar door de producenten. Reclame heeft volgens GALBRAITH, samen met het productieproces, als hoofddoel “*to create desires — to bring into being wants that previously did not exist*”³¹. Het maken van de producten en het maken van verlangens voor die producten ligt in handen van de producenten met als gevolg dat de productie niet meer kan gezien worden als een middel om verlangens te bevredigen^{32,33}. Productie wordt dan

²⁶ Althans, voor de toename die te wijten is aan de aankoop van niet-onontbeerlijke voorwerpen door middel van een kredietneming. Er bestaan immers andere verklaringen voor de toename van de schuldenlast van huishoudens, zoals zijnde een rentevoet lager dan de inflatiegraad waardoor kredietneming voor iedere aankoop voordelig is of stagnerende lonen gekoppeld aan inflatie die kredietneming noodzakelijk maken voor bepaalde huishoudens om de door hen gekende levensstandaard te behouden.

²⁷ Zie hierover J. LACAN, *Le séminaire livre VI, Le désir et son interprétation*, Editions de la Martinière et le Champ Freudien Editeur, Parijs, 2013, 13 e.v. Over het onderscheid tussen noden en verlangens, zie bijv. ook D. BAYBROOKE, “Needs and Interests” in C. LAWRENCE en C.B. BECKER (eds.), *Encyclopedia of Ethics*, New York, Routledge, 894-897 en A.R. WHITE, “Needs and Wants”, *Journal of Philosophy and Education* 1974, afl. 8(2), 159-180.

²⁸ Inzonderheid Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”), *Pb. L.* van 11 juni 2005, afl. 149, 22 en Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie), *Pb. L.* van 17 december 2006, afl. 376, 21.

²⁹ Artikel 1.8, 13° WER.

³⁰ R.J.M. JEURISSEN, “Een kapitalistisch koekoeksjong in een liberale cultuur? Het effect van reclame op autonomie”, in M. BECKER, H. GARRETSSEN, T. VAN DEN HOOGEN, K. KLOP, J. PEIL en K. RIJNVOOS (eds.), *Economie & ethiek in dialoog*, Assen, Koninklijke Van Gorcum, 2001, (336) 341; R.J.M. JEURISSEN, “Verantwoordelijkheid voor consumenten”, in R.J.M. JEURISSEN (ed.), *Bedrijfsethiek een goede zaak*, Assen, Koninklijke Van Gorcum, 2006, 166 e.v.

³¹ J. GALBRAITH, *The affluent society*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1998, 135.

³² J. GALBRAITH, *The affluent society*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1998, 134 e.v.

³³ Zie voor een kritiek op deze gevolgtrekking met betrekking tot het niet urgent karakter van door ondernemingen opgewekte verlangens, F.A. HAYEK, “The non sequitur of the “Dependence Effect”, *Southern Economic Journal* 1961, afl. 27(4), 346 e.v. (ook beschikbaar via http://www.mises.ch/library/Hayek_SEJ_Non_Sequitur_of_Dependence_Effect.pdf).

de artificiële creatie van een gemis dat een verlangen of een behoefte doet ontstaan, waardoor consumptie, die er anders niet zou zijn, en eventueel kredietneming, wordt aangewakkerd. Het is dan niet meer de marktregel van vraag en aanbod die regeert, maar wel die van aanbod en (opgewekte) vraag.

Er is inderdaad vast te stellen dat, om te kunnen voldoen aan het credo van de economische groei, zo niet de behoeften dan zeker de verlangens van (Westerse) individuen exponentieel en artificieel verhoogd werden door de overproductie van allerlei zaken die, moesten ze niet gemaakt worden niemand zou willen hebben. Het voorbeeld bij uitstek hiervan, aangehaald door BYTTEBIER, is (te vinden in) de entertainmentindustrie³⁴ (o.a. in de persoon van Justin BIEBER)³⁵.

7. Reclame is intussen sterk geëvolueerd naar een affectieve beïnvloeding door via allerhande media de consumptie van goederen en diensten te koppelen aan een bepaalde levensstijl of levensopvatting.³⁶ Het gevolg is een nieuwe culturele opvatting, het consumptisme of consumptionisme, waarbij de identiteit van elk individu bepaald wordt door (het door ondernemingen opgedrongen) consumptiepatroon en consumptie de sleutel is tot een goed leven en bijdraagt tot het welzijn van allen.³⁷

Niet elk individu beschikt evenwel over voldoende financiële draagkracht om, al dan niet net zoals zijn familieleden, omwonenden en dierbaren, te participeren in de nieuwe consumptiecultuur. Deze individuen zien zich gefnuikt in hun (kunstmatig opgewekte) behoeften en verlangens, en ervaren zodoende relatieve deprivatie³⁸ en statusangst³⁹. De enige mogelijkheid om daaraan te ontsnappen is zich te storten in een schuldenlast. Op die manier heeft reclame o.i. evenzeer een belangrijke bijdrage geleverd tot de financiële crisis.

III. LEVENSBESCHOUWELIJKE EN ETISCHE BEDENKINGEN BIJ RECLAME

8. Over de wenselijkheid van reclame is, vanuit onderscheiden disciplines, al veel inkt gevloeid.⁴⁰ NEUTELEERS maakt ter zake een onderscheid tussen twee onderscheiden niveaus van ethische discussies over reclame: enerzijds het niveau dat de relatie betreft tussen de reclame en het product dat er het voorwerp van is en anderzijds het niveau dat de algemene maatschappelijke grenzen betreft die aan reclame moeten worden gesteld (e.g. waar mag reclame gemaakt worden⁴¹, aan wie mag reclame gericht worden en welke inhoud mag reclame hebben).⁴² Hierbij komt het, volgens deze auteur, voornamelijk aan gedragscodes toe om de relatie tussen de reclame en het product te regelen, maar aan de samenleving om, middels wetgeving, de maatschappelijke grenzen aan reclame te stellen.⁴³

³⁴ K. BYTTEBIER, *Nu het gouden kalf verdronken is. Van hebzucht naar altruïsme als hoeksteen voor een Nieuwe Monetaire Wereldorde*, Antwerpen, Maklu, 2015, 162. Zo kan o.i. onder andere worden gedacht aan de resem accessoires die naar aanleiding van de release van een 'blockbuster', genre 'Star Wars' of 'Frozen' het levenslicht zien.

³⁵ K. BYTTEBIER, *Nu het gouden kalf verdronken is. Van hebzucht naar altruïsme als hoeksteen voor een Nieuwe Monetaire Wereldorde*, Antwerpen, Maklu, 2015, 144.

³⁶ In het zog van de masaproductie ontstond reclame als een middel om de vraag naar deze producten te simuleren (zie K. BAGWELL, "The Economic Analysis of Advertising" in M. ARMSTRONG en R.H. PORTER (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam, North Holland, 2007, (1701) 1704-1705), waarbij de primaire functie bestaat in het overtuigen van potentiële kopers het product te kopen veeleer dan objectieve informatie te verstrekken (S. NEUTELEERS, "Reclamevrij(heid). Waarom reclame tolereren?", *Ethische Perspectieven* 2009, afl. 19(4), (404) 410).

³⁷ De term consumptisme kan, naast naar een toenemende consumptie waarmee de persoonlijke identiteit vorm wordt gegeven, tevens verwijzen naar de toenemende initiatieven (waaronder regelgeving) ter bescherming van de consument (zie hierover bijv. R. SWAGLER, "Evolution and Applications of the Term Consumerism: Theme and Variations", *The Journal of Consumer Affairs* 1994, afl. 28(2), 347-360).

³⁸ Met de term relatieve deprivatie wordt verwezen naar de gevoelens van deprivatie die in individuen ontstaan wanneer hun, op grond van een vergelijking met een referentiepunt (bijv. collega's, burens etc.), in legitieme verwachtingen vertaalde verlangens worden gefnuikt (zie S.I. FLYNN, "Relative Deprivation Theory" in *Sociology Reference Guide: Theories of Social Movements*, Pasadena, Salem Press, 2014, (100) 100).

³⁹ Met het begrip statusangst verwijst de Britse filosoof DE BOTTON naar de vrees voor een negatieve perceptie van het zelf bij anderen, o.a. in de huidige consumptie maatschappij omwille van het niet-bezitten van goederen die referentiepersonen wel bezitten (zie A. DE BOTTON, *Statusangst*, Amsterdam, Olympus, 2006, 336 p.).

⁴⁰ Voor een toegankelijke en beknopte uiteenzetting, zie bijv. S. NEUTELEERS, "Reclamevrij(heid). Waarom reclame tolereren?", *Ethische Perspectieven* 2009, afl. 19(4), (404) 407-414 en K. AYE CHO, "Advertising: The Pros and Cons", <http://schoolnet.org.za/learningcircles/pubs06-2/P10/findings.html> (consultatie 15 oktober 2015). Zie o.a. ook M.J. PHILLIPS, *Ethics and Manipulation in Advertising: Answering a Flawed Indictment*, Londen, Quorum books, 1997, 207 p.

⁴¹ Dat het voeren van deze discussie niet zonder belang is, mag blijken uit praktijken in de Verenigde Staten, waar niet alleen publieke ruimten zoals scholen maar ook het menselijke lichaam het voorwerp kunnen zijn van reclameboodschappen (zie M.J. SANDL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Londen, Penguin, 2012, 180-201).

⁴² S. NEUTELEERS, "Reclamevrij(heid). Waarom reclame tolereren?", *Ethische Perspectieven* 2009, afl. 19(4), (404) 407.

⁴³ S. NEUTELEERS, "Reclamevrij(heid). Waarom reclame tolereren?", *Ethische Perspectieven* 2009, afl. 19(4), (404) 408.

9. Onze bijdrage betreft voornamelijk het tweede niveau van de ethische discussies inzake reclame. Hoewel het maken van promotie voor producten oud is als de handel zelf, vragen wij ons af of er, in het licht van het fenomeen van overproductie waarmee de huidige consumptiemaatschappij kampt, geen grenzen gesteld moeten worden aan de wijze waarop reclame wordt gevoerd.

Vanuit levensbeschouwelijk en religieus perspectief is vast te stellen dat de meeste religies soberheid en bescheidenheid voorstaan. Een louter materialistische genotscultuur is zowel volgens de christelijke leer⁴⁴, de islamitische leer⁴⁵, de boeddhistische leer⁴⁶ als de hindoeïstische leer⁴⁷ verwerpelijk. Aanzetten tot een materialistische of consumptieve levenswijze evenzeer. Reclame is volgens deze religies dus een zondige verlokking. Dit werd, voor het christendom, door de Pauselijke Raad voor de Media uitdrukkelijk gesteld: *“Wanneer voor reclame menselijke vooruitgang alleen bestaat in het verwerven van materiële goederen en het ontwikkelen van een verkwistende stijl van leven, brengt ze een onjuiste en verderfelijke kijk op de menselijke persoon tot uitdrukking die voor het individu even schadelijk is als voor de samenleving.”*⁴⁸

Het is verwonderlijk hoe weinig van deze waarden, nochtans in theorie gedragen door al diegenen die een van deze religies aanhangen (minstens beoefenen), doorsijpelen in het ondernemingsleven dat slechts succesvol kan bestaan bij gratie van de tussenkomsten en beslissingen van diezelfde personen. Het lijkt wel alsof de ondernemingswereld een andere wereld is, waar levensbeschouwelijke waarden en moraal de plaats ruimen voor een waardenvrije economische rationaliteit⁴⁹.

10. Vanuit ethisch perspectief zien sommigen in reclame een nuttige vorm van informatie voor de afnemer, die de afnemers helpt bij het autonoom nemen van beslissingen en zo een belangrijke rol speelt bij het coördineren van vraag en aanbod op een vrije markt⁵⁰. Via reclame worden de afnemers geïnformeerd over producten waarvan ze anders mogelijk geen kennis zouden hebben en die voor hen voordeliger zijn.

Daar tegenover staat dat, zoals JURISSEN aangeeft, het voor de vrije markteconomie kenmerkend is dat afnemers in vrijheid en volgens hun eigen voorkeuren kunnen kiezen wat ze wel en niet kopen, gezien de vrije markteconomie er precies van uitgaat dat door het spel van vraag en aanbod net die goederen worden aangeboden waar mensen behoefte aan hebben. Zo zou de welvaart van iedereen worden bevorderd en dit vormt

⁴⁴ Dit blijkt onder andere uit de passus *“the love of money is a root of all kinds of evil”*, te lezen in 1 Timoteüs 6:10. Voor een korte toegankelijke inleiding over de wederzijdse verhouding tussen christendom en consumptisme, zie bijv. K. ANDERSON, “Consumerism. A Biblical Perspective”, <https://www.probe.org/consumerism/> (consultatie 15 oktober 2016).

⁴⁵ In de islamitische leer wordt het materialisme schadelijk voor de individuele waardigheid geacht en beschouwd als een element dat de nobelheid van de menselijke soort in zijn geheel ondermijnt (zie A. AZIZ SAID, “Precept and Practice of Human Rights in Islam”, *Universal Human Rights* 1979, afl. 1(1), 63-79).

⁴⁶ Het boeddhisme is gestoeld op het verband tussen het hebben van verlangens en het menselijke lijden, en poneert als stelling dat geluk enkel kan worden bekomen door materiële verlangens te laten varen (zie o.a. Y.N. HARARI, *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Londen, Vintage, 2015, 441-443). Dat wereldlijke faam en welvaart in het boeddhistische geloof allerminst centraal staan, blijkt tevens uit het motief dat aan het schrijven van het boeddhistische boek *The Awakening of Faith* ten grondslag ligt: *“It is to induce all living beings to leave the path of sorrow and to obtain the highest happiness, rather than to seek the glitter of fame and the wealth of the world”* (zoals geciteerd in G. REID, “A Christian’s Appreciation of Buddhism”, *The Biblical World* 1916, afl. 47(1), (15) 17). Ook empirisch onderzoek stelde vast dat boeddhisten minder materialistisch zijn in hun consumptiegedrag (zie S. PACE, “Does Religion Affect the Materialism of Consumers? An Empirical Investigation of Buddhist Ethics and the Resistance of the Self”, *Journal of Business Ethics* 2013, 112(1), 25-46).

⁴⁷ In het hindoeïsme worden, daar de mens wordt beschouwd als een bundel van verlangens, individuele verlangens door de ‘dharma’ gereguleerd, waarbij de (economische) noden en verlangens van de gemeenschap prevaleren op de materiële welvaart van haar individuele leden (S. RADHAKRISHNAN, “The Hindu Dharma”, *International Journal of Ethics* 1922, afl. 33(1), (1) 7).

⁴⁸ PAUSELIJKE RAAD VOOR DE MEDIA, “Ethiek in de reclame”, *Kerkelijke Documentatie* 1997, afl. 121, 131-142, zoals online raadpleegbaar op <https://www.rkdocumenten.nl/rkdocs/index.php?mi=600&doc=1112&id=5932> onder punt 17. Deze kerkelijke tekst bevat overigens nog enkele andere passages die in het kader van deze bijdrage interessant zijn. Zo valt onder punt 17 eveneens te lezen dat *“reclame die een verkwistende stijl van lezen in de hand werkt waardoor grondstoffen verspild [worden] en het milieu aangetast wordt, (...) belangrijke milieubelangen [schaadt]”*. Ook over de verhouding tussen reclame en de vrije wil laat de Kerk zich uit, waar ze onder punt 16 stelt dat *“het (...) een ‘gebiedende eis’ [is] dat reclame respect heeft voor de menselijke persoon, zijn recht en plicht verantwoorde keuzes te doen [en] zijn innerlijke vrijheid (...) al deze goede zaken zou[den] geweld worden aangedaan als de lagere neigingen van de mens werden uitgebuit, of als zijn vermogen om na te denken en te beslissen in gevaar zou komen”*.

⁴⁹ Zie hierover K. RAES, “Conformiteit, loyaliteit, geweten. De spanningsverhouding tussen loyaliteit en moreel engagement”, *DAOR* 2010, afl. 68(1), (45) 59 e.v.

⁵⁰ R.J.M. JURISSEN, “Een kapitalistisch koekoeksjong in een liberale cultuur? Het effect van reclame op autonomie”, in M. BECKER, H. GARRETSSEN, T. VAN DEN HOOGEN, K. KLOP, J. PEIL en K. RIJNVOS (eds.), *Economie & ethiek in dialoog*, Assen, Koninklijke Van Gorcum, 2001, (336) 336. Zie ook P. NELSON, “Advertising as Information”, *Journal of Political Economy* 1974, afl. 82(4), 729-754. Ook empirisch onderzoek stelde reeds vast dat het primaire effect van reclame het informeren van de consument is (zie D.A. ACKERBERG, “Advertising, learning, and consumer choice in experience good markets: an empirical examination”, *International Economic Review* 2003, afl. 44(3), 1007-1040).

meteen de morele rechtvaardiging voor de vrije markteconomie⁵¹. Waar reclame mensen beïnvloedt, legt JEURISSEN de morele grens van het legitiem beïnvloeden van mensen daar waar dwang de plaats inneemt van vrijheid. Zo reclame de afnemer niet hindert in het nemen van een autonome keuze (*i.e.* met volle verstand, met begrip van de situatie en vrij van controlerende invloeden die de handeling determineren of met mogelijkheid weerstand te bieden aan die controlerende invloeden), is ze volgens hem legitiem, ook al draagt ze bij tot een materialistische genotscultuur of consumptieve levenswijze (waar volgens hem op zich niets mis mee is⁵²). Bij rationele overtuiging, waarmee een afnemer door redelijke argumenten voor een product warm wordt gemaakt (bijv. door objectieve prijsinformatie), wordt de vrijheid volgens JEURISSEN volledig gerespecteerd. Tussen vrijheid en dwang ziet hij, in navolging van BEAUCHAMP⁵³, nog manipulatie door reclame, waarbij het gedrag niet volledig wordt gecontroleerd (de vrijheid is niet volledig opgeheven), maar er toch onvoldoende vrijheid is om te kunnen spreken van een autonome beslissing. JEURISSEN geeft onder verwijzing naar BEAUCHAMP⁵⁴ als voorbeelden aan: sterke financiële prikkels, indoctrinatie, propaganda, emotioneel bespelen van mensen, inspelen op hun fantasie zodat zij worden gehinderd in een rationele toetsing van de opgewekte verlangens, irrationele overreding, verlokking, verleiding en misleiding.⁵⁵ De “*created wants*” mechanismen vallen hier onder.

Anderen, zoals de Amerikaanse filosoof LIPPKE, menen dat reclame mensen belemmert in hun persoonlijke ontwikkeling tot autonome personen, doordat ze mensen afhoudt van kritisch (na)denken en oordelen over zichzelf en de maatschappij, hun weerbaarheid vermindert uit angst te worden uitgesloten en hen gemakzuchtig maakt⁵⁶.

11. De discussie over het kwaad of goed van reclame is geen eenvoudige discussie. Verlangens worden ook wel aanzien als de drijvende kracht van onze activiteiten en een wereld zonder verlangens, fantasieën of dromen, zou wellicht een zeer droge wereld zijn. Verlangens kunnen een bron zijn voor innovatie en vooruitgang. Daartegenover staat dat overproductie en -consumptie niet meer maatschappelijk redelijk zijn – zeker niet wanneer ze berusten op een artificieel opgewekt gemis – wanneer zij schade toebrengen (e.g. de schuldenlast, de milieuaantasting door productie en de afvalberg) aan de collectiviteit. Eventueel zou als grenslijn het criterium van “*socially usefull activity*” gehanteerd kunnen worden, zoals voorgesteld door Lord TURNER voor de financiële sector⁵⁷, voor zover aan dit begrip een betekenisvolle invulling kan worden gegeven. Tussen deze twee uitersten – de noodzaak aan het hebben van verlangens enerzijds en de noodzaak een rem te zetten op massaproductie en -consumptie anderzijds – zit de reclame, die via manipulatie van het individu “*created wants*” schept, geprangd. Vraag is of en hoe er hier mee in het recht wordt omgegaan.

IV. HET RECHT EN ARTIFICIËLE OPWEKKING VAN GEMIS VIA RECLAME

12. Zoals recent nog door CORNELIS werd aangegeven, vormt het recht de vertaling van de waarden die in de maatschappij leven⁵⁸. De vraag is derhalve, de hierboven uiteengezette ethische en levensbeschouwelijke

⁵¹ R.J.M. JEURISSEN, “Een kapitalistisch koekoeksjong in een liberale cultuur? Het effect van reclame op autonomie”, in M. BECKER, H. GARRETSSEN, T. VAN DEN HOOGEN, K. KLOP, J. PEIL en K. RIJNVOS (eds.), *Economie & ethiek in dialoog*, Assen, Koninklijke Van Gorcum, 2001, (336) 337.

⁵² R.J.M. JEURISSEN, “Een kapitalistisch koekoeksjong in een liberale cultuur? Het effect van reclame op autonomie”, in M. BECKER, H. GARRETSSEN, T. VAN DEN HOOGEN, K. KLOP, J. PEIL en K. RIJNVOS (eds.), *Economie & ethiek in dialoog*, Assen, Koninklijke Van Gorcum, 2001, (336) 340-341.

⁵³ T.L. BEAUCHAMP, “Manipulative advertising”, *Business and Professional Ethics Journal* 1984, afl. 3(3), 1-22.

⁵⁴ T.L. BEAUCHAMP, “Manipulative advertising”, *Business and Professional Ethics Journal* 1984, afl. 3(3), 1-22.

⁵⁵ R.J.M. JEURISSEN, “Een kapitalistisch koekoeksjong in een liberale cultuur? Het effect van reclame op autonomie”, in M. BECKER, H. GARRETSSEN, T. VAN DEN HOOGEN, K. KLOP, J. PEIL en K. RIJNVOS (eds.), *Economie & ethiek in dialoog*, Assen, Koninklijke Van Gorcum, 2001, (336) 339-343.

⁵⁶ Zie R.L. LIPPKE, “Advertising and the Social Conditions of Autonomy”, *Business & Professional Ethics Journal* 1989, afl. 8(4), 35-58.

⁵⁷ Zie hierover A. TURNER, “What do banks do, what should they do and what public policies are needed to ensure best results for the real economy”, (lezing aan de Cass Business School van 17 maart 2010), https://www.cass.city.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0006/77136/Adair-Turner-March-2011.pdf en A. TURNER, “The Crisis, conventional economic wisdom, and public policy”, *Industrial and Corporate Change* 2010, 1-13, <http://icc.oxfordjournals.org/content/early/2010/08/10/icc.dtg042.full.pdf>.

⁵⁸ Het recht, en dus ook het economisch recht, komt niet uit het niets. Het recht is een juridische vertaling van de waarden binnen het maatschappij. CORNELIS verwoordt dit treffend naar aanleiding van een analyse van de Belgische definitie van het begrip “openbare orde”, zoals onder andere voorgesteld door H. DE PAGE: “*It is human activities which develop within the community that determine its economic and/or moral order, the community if satisfied by such an order may feel the need to translate those orders into legal rules, thus leading eventually to the creation of a legal system. Public order pertains amongst others to the economic and/or moral order as applied within a particular community; the legal rules, adopted to preserve inter alia such orders are their result, not their cause. The*

opvattingen over reclame indachtig, of en hoe het vigerend recht omgaat met het fenomeen reclame. Ter beantwoording van deze vraag duiken we even in het rechtssysteem dat ons beiden het best bekend is, het Belgisch recht. Dit betekent dat we enerzijds moeten stilstaan bij de algemene vrijheid van meningsuiting en anderzijds bij de bijzondere regelgeving inzake reclame.

A. *Principiële vrijheid*

13. Een eerste vaststelling die zich opdringt wanneer reclame juridisch wordt bekeken is dat reclame op zich niet verboden is. Principieel geldt in België, ingevolge de opname van het *Decreet D'Allarde* in het Wetboek van Economisch Recht (hierna "WER"), het beginsel van de vrijheid van ondernemen.⁵⁹ Deze vrijheid houdt in dat iedereen vrij is om enige activiteit naar keuze te voeren. Zij impliceert dat elke onderneming in principe vrij bepaalt hoe zij haar onderneming voert, m.i.v. hoe zij zich opstelt op het vlak van reclame en marketing.

Er is ook geen verplichting tot het voeren van reclame. Wel moeten consumenten voldoende geïnformeerd worden over de goederen of de diensten.

14. Er is ingeroepen dat reclame een commerciële uitoefening is van het grondrecht op de vrijheid van meningsuiting, zoals vervat in o.a. artikel 19 van de gecoördineerde Grondwet en artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens⁶⁰, zodat beperkingen op het voeren van reclame zelf of de inhoud ervan, aan de bescherming van dit grondrecht zijn te toetsen.⁶¹

NEUTELEERS komt vanuit politiek-filosofische invalshoek tot een andere conclusie inzake het recht op vrije meningsuiting en reclame in het algemeen. Na dit recht te ontleden tot een politiek recht (*i.e.* het recht om opinies te uiten aangaande de organisatie van de samenleving) en een persoonlijk recht (*i.e.* de vrije uiting van de persoonlijke identiteit) komt deze auteur tot de conclusie dat ondernemingen in reclame aan geen van beide rechten uiting geven zodat reclame niet onder de bescherming van deze vrijheid kan vallen of hooguit enkel voor wat betreft de objectieve kenmerken van het product.⁶² Nederland lijkt deze stelling alvast te volgen, aangezien handelsreclame daar volledig buiten het toepassingsgebied van de vrijheid van meningsuiting wordt geplaatst⁶³.

15. De vrijheid van ondernemen is niet absoluut. Deze vrijheid wordt immers beperkt door "*de in België van kracht zijnde internationale verdragen, van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid zoals vastgesteld door of krachtens de internationale verdragen en de wet, alsmede van de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen en van de bepalingen van dwingend recht*"⁶⁴. Zo zijn er inzake reclame algemene en specifieke⁶⁵ regels die de vrijheid van ondernemingen aan banden leggen. Het

Belgian definition of public order does not adequately reflect the sequence of events leading, first, to inter alia an economic and moral order, and only afterwards to their legal transcription". Zie L. CORNELIS, "Public Order and other Vermin", in L. CORNELIS (ed.), *Finance and Law: twins in trouble*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (21) 26.

⁵⁹ Artikel II.3 WER.

⁶⁰ Zie o.a. EHRM 17 oktober 2002, nr. 37928/97, Stambuk, punt 39.

⁶¹ Zie hierover bijv. T. MOONEN, "Politieke reclame op radio en televisie: want u bent het waard", *RW* 2010-11, afl. 74(42), (1754) 1755-1757; L. NEELS, "Vrijheid van meningsuiting en handelspubliciteit", in X., *Liber amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 185-212 en J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 397..

⁶² S. NEUTELEERS, "Reclamevrij(heid). Waarom reclame tolereren?", *Ethische Perspectieven* 2009, afl. 19(4), (404) 414-416.

⁶³ Zie artikel 7, vierde lid van de Nederlandse Grondwet en o.a. N. VAN EIJK, L. ASSCHER, N. HELBERGER en J. KABEL, *De regulering van media in internationaal perspectief*, Amsterdam, Pallas Publications, 2005, 44-46.

⁶⁴ Artikel II.4 WER.

⁶⁵ Voor welbepaalde goederen en diensten bestaat er specifieke regelgeving op het vlak van reclame, die bijkomend met het algemene rechtskader moet worden nageleefd zo zij hiermee compatibel is maar voorrang vindt in geval van strijdigheid. Voorbeelden zijn o.a. hypothecaire kredieten en consumentenkredieten (zie inzonderheid de artikelen VII.64 t.e.m. VII.66 en VII.123 WER), geneesmiddelen (zie inzonderheid artikel 9, § 1, tweede lid van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen (*BS* 17 april 1964, 4206) dat een verbod op reclame voor geneesmiddelen die enkel op geneeskundig voorschrift beschikbaar zijn instelt) en tabak (zie inzonderheid artikel 7, § 2bis van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de verbruikers op het stuk van de voedingsmiddelen en andere producten (*BS* 8 april 1977, 4501) zoals ingevoerd door de wet van 10 december 1997 houdende verbod op de reclame voor tabaksproducten (*BS* 11 februari 1998, 3737) ter omzetting van richtlijn 2003/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de reclame en sponsoring voor tabaksproducten (*Pb. L.* van 20 juni 2003, afl. 152, 16), dat verbiedt reclame te voeren voor en te sponsoren door tabak, producten op basis van tabak en soortgelijke producten). Voor een niet-exhaustieve, beknopte bespreking van specifieke reclameregulering, zie J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 382-396.

algemene rechtskader inzake reclame van toepassing op iedere onderneming⁶⁶ is in hoofdzaak afkomstig uit het Europees recht⁶⁷ en is nu⁶⁸ aan te treffen in de bepalingen van boek VI van het WER. Voor beoefenaars van vrije beroepen geldt een aparte algemene regeling die hierop is geënt naast specifieke regels, waarop wij in het kader van deze bijdrage niet verder zullen ingaan⁶⁹.

16. De vrijheid van meningsuiting is evenmin absoluut. Op grond van artikel 10, tweede lid EVRM kan, aldus het Hof van Justitie en in navolging het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁷⁰, de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting immers aan bepaalde door dit artikel opgesomde doelstellingen van *algemeen belang* gerechtvaardigde⁷¹ formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties worden onderworpen, zo deze 1) bij wet zijn voorzien en 2) in een democratische samenleving noodzakelijk zijn (*i.e.* gerechtvaardigd zijn door een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig aan het nagestreefde legitieme doel)⁷². Daarbij geldt dat

⁶⁶ Een onderneming is, luidens artikel I.1, 1° WER, elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen.

⁶⁷ Inzonderheid Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”), *Pb. L.* van 11 juni 2005, afl. 149, 22 en Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie), *Pb. L.* van 17 december 2006, afl. 376, 21.

⁶⁸ Voor de inwerkingtreding van boek VI WER op 31 mei 2014 (artikel 1 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 betreffende de inwerkingtreding van bepaalde boek van het Wetboek van economisch recht, *BS* 29 april 2014, 35211) was deze regelgeving, voor wat betreft ondernemingen met uitzondering van de beoefenaren van een vrij beroep, opgenomen in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (*BS* 12 april 2010, 20803; hierna “Wet Marktpraktijken”). Voor de beoefenaren van een vrij beroep gold, voor de inwerkingtreding van Boek XIV WER op 31 mei 2014 (artikel 9 van de wet van 15 mei 2014 houdende invoeging van Boek XIV “Marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende de beoefenaars van een vrij beroep” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XIV en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XIV, in de boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht, *BS* 30 mei 2014, 41955), de regelgeving vervat in de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen (*BS* 20 november 2002, 51704). Zie over deze uitsluiting R. FELTKAMP en G. HENDRIKX, “De notaris en het Wetboek van Economisch Recht”, *Not.Fisc.M.* 2016, afl. 5, (142) 154-156.

⁶⁹ Een beoefenaar van een vrij beroep is, luidens artikel I.8, 35° WER, elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op intellectueel onafhankelijke wijze en onder eigen verantwoordelijkheid een beroepsactiviteit uitoefent die hoofdzakelijk uit intellectuele prestaties bestaat, voorafgaand de vereiste opleiding heeft gevolgd, tot permanente vorming is gehouden, onderworpen is aan een bij of krachtens de wet opgericht tuchtorgaan en geen koopman is in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel. In principe zijn de regels opgenomen in boek VI van het WER van toepassing op iedere onderneming en zijn de beoefenaren van een vrij beroep – o.a. naar oordeel van het Hof van Justitie onder het Europees recht (zie bijv. HvJ 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot en met C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Pavlov et.al., r.o. 77 en HvJ 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, Wouters et.al., r.o. 49) – eveneens als ondernemingen te beschouwen. Toch zijn de beoefenaren van een vrij beroep onderworpen aan de (quasi-identieke) regelgeving opgenomen in boek XIV WER, voor zover ze een intellectuele prestatie leveren die kenmerkend is voor hun beroep (zie artikel XIV.1, § 1 WER). Over de toepassing van beide boeken op de beoefenaren van een vrij beroep, zie bijv. R. FELTKAMP en G. HENDRIKX, “De notaris en het Wetboek van Economisch Recht”, *Not.Fisc.M.* 2016, afl. 5, (142) 156-158, mrs. 37-41. In het kader van deze bijdrage bespreken we enkel de regelgeving voor ondernemingen in boek VI WER, niet alleen omdat de regelgeving in boek XIV identiek is, maar ook omdat het voeren van publiciteit door beoefenaren van een vrij beroep aan specifieke deontologische regels is onderworpen, die voorrang vinden op de regels van boek XIV WER (zie artikel XIV.1, § 1, eerste lid WER). Voorbeelden hiervan zijn de artikelen III.1.7.1 t.e.m. III.1.7.7 van de Codex Deontologie voor Advocaten (*BS* 30 september 2014, 77350) en artikel 35 van de Deontologische Code (*BS* 3 november 2005, 47389) *juncto* het reglement inzake publicatie en communicatie (*BS* 25 juli 2006, 36458) van de Nationale Kamer van Notarissen.

⁷⁰ EHRM 20 november 1989, nr. 10572/83, Markt Intern Verlag GMBH en Klaus Beermann/Duistland, punt 30 en EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94, VgT Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland, punten 68 en 69. In deze arresten overwoog het EHRM dat het bij commerciële aangelegenheden van essentieel belang is dat de natiestaten die partij zijn bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens een zekere beoordelingsmarge hebben, zodat het Hof enkel oordeelt of de getroffen beperkende maatregelen redelijk zijn gerechtvaardigd door een legitieme doestelling en hiermee evenredig zijn.

⁷¹ Artikel 10, tweede lid EVRM vermeldt zelf de nationale veiligheid, de territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen en het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Deze opsomming is limitatief van aard (C. UYTENDAELE, *Openbare Informatie. Het juridisch statuut in een convergerende mediaomgeving*, Antwerpen, Maklu, 2002, 174), al is vast te stellen dat meerdere specifieke doelstelling van algemeen belang (zoals nationale veiligheid, de volksgezondheid en de goede zeden) onder de ruimer koepel van de openbare orde zijn te plaatsen (*ibid.* 173). Toch kan op grond hiervan, naar de huidige stand van het recht, niet worden geargumenteed *contra legem* dat beperkingen op de vrijheid van meningsuiting door het algemene begrip openbare orde kunnen worden gerechtvaardigd.

⁷² HvJ 25 maart 2004, C-71/02, *Jur.* I-3054, Karner, r.o. 50 met verwijzing naar vaststaande rechtspraak in HvJ 26 juni 1997, C-368/95, *Jur.* I-3689, Familiapress, r.o. 26 (vrijheid van meningsuiting in het kader van een verbod op de verkoop van publicaties die de mogelijkheid bieden om deel te nemen aan prijsspelen); HvJ 11 juli 2002, C-60/00, *Jur.* I-6305, Carpenter, r.o. 42 (dat evenwel betrekking heeft op inmengingen in het recht op eerbiediging van het gezinsleven) en HvJ 12 juni 2003, C-112/00, *Jur.* I-5694, Schmidberger, r.o. 79 (vrijheid van meningsuiting en het niet-verbieden door de overheid van een samenkomst).

de beperkingen die door lidstaten aan de vrijheid van meningsuiting bij reclame worden gesteld enkel redelijk en evenredig moeten zijn.⁷³

De principiële vrijheid van meningsuiting in reclame is, voor zover reclame zich erop kan beroepen, verder begrensd doordat de vrijheid van meningsuiting niet mag worden misbruikt om de vrijheden van anderen te schaden⁷⁴, bijv. door te speculeren op angsten en bijgeloof, aan te zetten tot gewelddadig, illegaal of immoreel gedrag of gebruik te maken van afbeelding of uitspraken van personen zonder hun toestemming.⁷⁵ Bij de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting moet verder rekening worden gehouden met het feit dat alle grondrechten uit de menselijke waardigheid zijn afgeleid. Deze menselijke waardigheid houdt in dat de mens autonoom wezen is met wilsautonomie en vrijheid van keuze, dat zijn identiteit naar eigen verlangens kan ontwikkelen en zijn levenspad vrij kan kiezen, zodat het ene individu een ander individu geen fysieke en mentale schade mag toebrengen.⁷⁶ In die optiek komt bij reclame, die afbreuk doet aan de wilsautonomie en het vrij handelen van het individu door artificiële verlangens te scheppen, het recht op de vrijheid van meningsuiting in conflict met het zelfbeschikkingsrecht en het recht op zelfontplooiing.

17. Uit het voorgaande volgt dat het uitgangspunt inzake reclame vrijheid is, maar dat regelgevende beperkingen aan reclame mogelijk zijn. Op deze beperkingen gaan we hierna in.

B. Bij wet gestelde vereisten inzake reclame

18. Het algemene rechtskader inzake reclame dat voor iedere onderneming⁷⁷ geldt is in hoofdzaak opgenomen in het WER. Zoals hoger aangegeven moet, voor de toepassing van de bepalingen van het WER onder reclame worden begrepen iedere mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks⁷⁸ ten doel heeft de verkoop van producten⁷⁹ te bevorderen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen.⁸⁰ Het gehanteerde reclamebegrip is dus zeer ruim en omvat alle hoorbare en zichtbare gegevens met een verkoopbevorderende bedoeling⁸¹: niet alleen advertenties in kranten en tijdschriften en zogenaamde ‘*commercials*’ op radiozenders of televisiekanalen⁸², maar ook ‘*billboards*’, vermeldingen op een website en uitgedeelde ‘*flyers*’ vallen onder de reclameregelgeving.⁸³

⁷³ Het Hof van Justitie (HvJ 25 maart 2004, C-71/02, *Jur.* I-3054, Karner, r.o. 50 met verwijzing naar vaststaande rechtspraak in HvJ 23 oktober 2003, C-245/01, *Jur.* I-12505, r.o. 73) besliste namelijk dat “(...) de beoordelingsmarge waarover de bevoegde autoriteiten beschikken om het juiste evenwicht tussen de vrijheid van meningsuiting en de (...) doelen [van algemeen belang] te bepalen, varieert al naargelang het doel op grond waarvan de beperking van dit recht gerechtvaardigd is en afhankelijk van de activiteiten waar het om gaat. Als de uitoefening van de vrijheid geen bijdrage levert voor een debat van algemeen belang en bovendien sprake is van een context waarin de lidstaten een zekere beoordelingsmarge hebben, wordt slechts getoetst of de inmenging redelijk en evenredig is. Dat is het geval bij het commercieel gebruik van de vrijheid van meningsuiting, met name op een zo ingewikkeld en fluctuerend terrein als dat van de reclame”.

⁷⁴ Het recht van vrije meningsuiting staat er niet aan in de weg dat informatie in het handelsverkeer objectief, juist, relevant en volledig moet zijn, zodat een verkoper die dit recht aanwendt om kritiek te formuleren op de handelswijze van een andere verkoper dit enkel kan doen op een wijze die de reputatie van die verkoper niet ongegrond in het gedrang brengt (Brussel 28 maart 2007, *Jb. Hand.* 2007, 451 en Brussel 3 september 2013, *Jb. Markt.* 2013, 560).

⁷⁵ J. VAN GERWEN, J. VERSTRAETEN en L. VAN LIEDEKERKE, *Business en ethiek. Spelregels voor ethisch ondernemen*, Leuven, Lannoo Campus, 2007, 110-111.

⁷⁶ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 346-347.

⁷⁷ Een onderneming is, luidens artikel I.1, 1° WER, elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen.

⁷⁸ Of de bevordering van de verkoop de primaire of secundaire bedoeling van een publieke communicatie is niet doorslaggevend bij de kwalificatie als publiciteit (Brussel 8 maart 1988, *Jb. Hand.* 1988, 56). Het bestaan van een verkoopbevorderende bedoeling wordt, weerlegbaar, vermoed zo de auteur van een mededeling een verkoper is (Brussel 19 juni 2006, *DCCR* 2007, afl. 74, 51; *Jb. Hand.* 2006, 158).

⁷⁹ Gedefinieerd door artikel I.1, 4° WER als “goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen”.

⁸⁰ Artikel I.8, 13° WER.

⁸¹ Hierbij is niet vereist dat de mededeling er rechtstreeks toe strekt de verkoop te bevorderen. Ook mededelingen die het imago van de onderneming waarvan de reclame uitgaat begunstigen of versterken vallen onder het reclamebegrip (R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 24). Zo valt zelfs een mededeling van een onderneming, gedaan door haar gedelegeerd bestuurder tijdens een persinterview, waarbij de voordelen van zijn bedrijf en haar producten worden beklemtoond, onder het reclamebegrip (Voorz. Kh. Kortrijk 24 juni 1996, *Jb. Hand.* 1996, 220; *TWVR* 1997, 34).

⁸² Wel is er rekening te houden met het gegeven dat er, net zoals het geval is in functie van het goed of de dienst waarvoor reclame wordt gemaakt, specifieke regelgeving van toepassing kan zijn naargelang het medium via hetwelk de reclame wordt gevoerd. Zo moet de reclame die op Vlaamse radio- of televisiezenders wordt uitgezonden, aangezien het een gemeenschapsmaterie betreft, voldoen aan de bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende de radio-omroep en de televisie (*BS* 30 april 2009, 34470; hierna “Omroepdecreet”). Zo mag commerciële communicatie – dit zijn beelden of geluiden die ertoe dienen rechtstreeks of onrechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten (zie artikel 2, 5° van het Omroepdecreet) – op grond van artikel 60, § 1, 1° van het Omroepdecreet geen elementen bevatten die erop gericht zijn de consument te misleiden op het gebied van de kenmerken van de goederen of diensten, zoals o.a. hun beschikbaarheid,

Het WER bevat regels die specifiek reclame zelf reguleren, zoals de bepalingen inzake vergelijkende reclame. Daarnaast is reclame, ten aanzien van consumenten tevens onderworpen aan de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. Voor de toepassing van deze regelgeving wordt onder een handelspraktijk immers verstaan “*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product*”.⁸⁴ Zodoende valt reclame onder de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten en kan ze een oneerlijke, misleidende of agressieve handelspraktijk uitmaken.⁸⁵

Vraag is dus hoe de regelgeving inzake reclame en handelspraktijken in boek VI van het WER, van toepassing op alle reclame – ongeacht het goed of de dienst waarvoor reclame wordt gemaakt – uitgaande van een onderneming, omgaat met het bewust aanzwengelen van een artificieel geschapen gemis om consumptie aan te wakkeren. Op deze vraag wordt hieronder kort ingegaan.

1. Bepalingen inzake reclame

19. De regelgeving in boek VI van het WER die uitsluitend van toepassing is op reclame, met uitsluiting van overige handelspraktijken, regelt op inhoudelijk vlak in de eerste plaats de vermelding van de prijs in reclame.⁸⁶

Naast deze vereisten inzake de aanduiding van de prijs in reclame, worden er bepaalde inhoudelijke vereisten aan reclame opgelegd. Dit is echter niet het geval voor reclame in het algemeen. De inhoudelijke vereisten gelden enkel voor *vergelijkende* reclame, d.w.z. elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd^{87, 88}. Meer bepaald is op

aard, uitvoering, samenstelling, fabricage of levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong of de van het gebruik te verwachten resultaten (zie echter ook artikel VI.105, 1^o, a) WER). Ook mag commerciële communicatie krachtens artikel 61 van het Omroepdecreet niet op een verkeerde of misleidende manier gebruikmaken van wetenschappelijke en technische publicaties, waarbij wetenschappelijke en technische termen niet misbruikt mogen worden om bepaalde beweringen een pseudowetenschappelijke basis te verstrekken

⁸³ Zie E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen (10^e ed.)*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 407-408 en J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 261-264.

⁸⁴ Artikel I.8, 23^o WER (eigen onderlijning).

⁸⁵ E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen (10^e ed.)*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 408-409 en R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 25.

⁸⁶ Elke reclame die gewag maakt van een prijs moet namelijk de totaal te betalen prijs (*i.e.* m.i.v. de belasting op de toegevoegde waarde, alle overige taksen en alle verplicht te betalen kosten) in euro vermelden (artikel VI.6 WER *juncto* de artikelen VI.4 en VI.5 WER). Indien de reclame die gewag maakt van een prijs betrekking heeft op in vooraf bepaalde hoeveelheden voorverpakte goederen, moet ze bovendien de nominale hoeveelheden van de inhoud van de verpakking vermelden (artikel VI.15 WER). Desgevallend zal de reclame ook rekening moeten houden met de bijzondere regels inzake de prijsaanduiding die de Koning krachtens artikel VI.7, 1^o WER heeft vastgesteld. Vooralsnog heeft de Koning deze rechtsgrond enkel aangewend op een bijzondere regelgeving op te heffen (zie het koninklijk besluit van 1 april 2016 tot opheffing van het koninklijk besluit van 7 augustus 1995 betreffende de prijsaanduiding in de inrichtingen die diensten in de fotografie aanbieden, *BS* 15 april 2016, 25996). In uitvoering van het eerdere artikel 9, 1^o WMPC werden enkel regels vastgesteld voor het consumentenkrediet (zie het koninklijk besluit van 21 juni 2011 tot wijziging van verschillende besluiten inzake consumentenkrediet en tot uitvoering van de artikelen 5, § 1, tweede lid, en § 2, en 15, derde lid, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (*BS* 29 juni 2011, 37750) en werd de bijzondere regelgeving voor kappersdiensten opgeheven (zie het koninklijk besluit van 25 april 2014 tot opheffing van het koninklijk besluit van 2 maart 1992 betreffende de prijsaanduiding van kappersdiensten, *BS* 22 mei 2014, 40708). In uitvoering van het voormalige artikel 6, 1^o van de wet van 14 juni 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (*BS* 29 augustus 1991, 18712; hierna “WHPC”) werden meerdere bijzondere regels door de Koning vastgesteld, m.n. voor homogene financiële diensten (zie het koninklijk besluit van 23 maart 1995 betreffende de prijsaanduiding van homogene financiële diensten, *BS* 26 april 1995, 11017), in de reizensector (zie het koninklijk besluit van 11 juli 2003 houdende vaststelling van bijzondere regels inzake de prijsaanduiding in de reizensector, *BS* 22 juni 2004, 50788) en het consumentenkrediet (zie het koninklijk besluit van 11 januari 2006 tot bepaling van de financiële gegevens die in de prospectus, bedoeld in artikel 5, § 3, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet dienen vermeld te worden, *BS* 22 februari 2006, 9252). Ook werden de regels inzake de prijsaanduiding van producten en diensten nader uitgewerkt in het koninklijk besluit van 30 juni 1996 betreffende de prijsaanduiding van producten en diensten en de bestelbon (*BS* 30 juli 1996, 20156). Verder bestaan er nog koninklijke besluiten die een specifieke regelgeving inzake de prijsaanduiding bevatten die van voor de WHPC dateren, zoals het koninklijk besluit van 18 juli 1972 betreffende de aanduiding van de prijs van juwelen, uurwerken, goud en zilverwerk (*BS* 3 augustus 1972, 8586) en het koninklijk besluit van 23 januari 1984 betreffende de aanduiding van de prijs van kunstvoorwerpen, voorwerpen voor verzamelingen en antiques (*BS* 10 februari 1984, 1912).

⁸⁷ Art. I.8 WER.

⁸⁸ Op grond van artikel VI.17, § 2 WER is elke vergelijkende reclame die niet voldoet aan elk van de acht in artikel VI.17, § 1 WER gestelde cumulatieve vereisten immers verboden. Zie ruimer over vergelijkende reclame, bijv. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT

grond van artikel VI.17 WER vereist dat vergelijkende reclame, om geoorloofd te zijn, op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van deze goederen en diensten, waartoe ook de prijs kan behoren, vergelijkt.⁸⁹

Voor het overige bevat de regelgeving in boek VI van het WER, die uitsluitend op reclame van toepassing is, geen inhoudelijke vereisten. Wel wordt de Koning in artikel VI.35, § 1 WER gemachtigd om, bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad, voor de (categorieën van) goederen of diensten die Hij bepaalt, de reclame te verbieden of te beperken om de veiligheid van de consument en van het leefmilieu te waarborgen, dan wel de minimale vermeldingen die de reclame moet bevatten vast te stellen⁹⁰. Vooralsnog werden er echter nog geen koninklijke besluiten uitgevaardigd op grond van deze bepaling.⁹¹

20. Er is dus vast te stellen dat de regelgeving in boek VI van het WER, die uitsluitend op reclame van toepassing is, geen inhoudelijke beperkingen stelt aan reclame die er op is gericht via een welbepaalde beeldvorming of boodschap (o.a. omtrent het nut of de noodzaak van een product) het verlangen een goed of dienst aan te kopen, op te wekken. Enkel voor vergelijkende reclame gelden bijzondere regels.

Biedt het voormeld artikel VI.35 WER dan enig soelaas? In theorie lijkt dit alvast het geval te kunnen zijn. Deze bepaling biedt immers een rechtsgrond, niet alleen om minimale inhoudsvereisten van reclame vast te stellen voor welbepaalde goederen en diensten teneinde de betere voorlichting van de consument te verzekeren, maar ook om reclame te verbieden of te beperken teneinde een betere bescherming van de veiligheid van de consument en van het leefmilieu te waarborgen. Zoals hoger reeds werd aangehaald, is de massaconsumptie waartoe reclame aanzet nefast voor het milieu (*cfr.* de uitputting van de grondstoffen en vervuiling⁹²). Zo de politieke wil hiertoe zou worden gevonden, zou op grond van deze bepaling aldus een regeling kunnen worden getroffen die op dermate wijze minimale, informatieve vermeldingsverplichtingen oplegt dat de aantrekkingskracht die de reclame uitstraalt wordt afgezwakt en verlangens moeilijker kunnen worden gecreëerd (bijv. via een verplichte uitdrukkelijke vermelding in reclame, zoals “*reclame zet aan tot aankoop van producten*” of “*kopen maakt niet gelukkig*” om de consument aldus te waarschuwen dat reclame, via verlangencreatie, de massaconsumptie kan aanzwengelen en zo de verlangcreatie in reclame te beperken ter behoud van het leefmilieu) als een regeling die categoriek bepaalde reclame die aanzet tot massaconsumptie van goederen die “*socially useless*” en voor het milieu schadelijk zijn, verbiedt. De kans dat hiertoe zal worden overgegaan lijkt, in het licht van de huidige politieke en economische opvattingen, relatief klein.

2. Oneerlijke praktijken

21. Een aantal begrenzings van reclame volgt uit de regeling inzake oneerlijke markt- of handelspraktijken. Deze regeling legt een halt op aan de vrijheid van ondernemen in het licht van de eerlijke mededinging (“oneerlijke *marktpraktijken*”) of de bescherming van de consument (“oneerlijke *handelspraktijken*”).⁹³ Het is voornamelijk dit laatste aspect dat ons voor deze bijdrage interesseert, aangezien we

en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 25-40 en J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 266-289

⁸⁹ Dat vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn (zie artikel VI.17, 1° WER) is eveneens een vereiste waaruit inhoudelijke voorschriften voor reclame vloeien, doch dezen worden besproken in het kader van misleidende handelspraktijken.

⁹⁰ Met het oogmerk een betere voorlichting van de consument te verzekeren.

⁹¹ Wel werden er koninklijke besluiten vastgesteld op grond van artikel 38, § 1 WMPC, m.n. voor wat betreft de mobiele telefonie (koninklijk besluit van 30 juli 2013 betreffende de beschikbaarheid van consumenteninformatie over het specifieke absorptietempo van mobiele telefoons en betreffende de reclame voor mobiele telefoons, *BS* 30 augustus 2013, 60130, waar in artikel 3 de verplichting wordt opgelegd om in reclame voor mobiele telefoons waarin technische specificaties worden vermeld de nominale SAT-waarde te vermelden en in artikel 6 elke reclame die het gebruik van mobiele telefoons aanprijst gericht aan kinderen jonger dan zeven jaar wordt verboden) en biociden (koninklijk besluit van 8 mei 2014 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruiken van biociden, *BS* 8 september 2014, 70815, waar in artikel 37 elke reclame, m.i.v. publicaties of technische documenten bestemd voor de verkopers en gebruikers van biociden, voor biociden die krachtens het besluit niet op de markt aangeboden mogen wordt verboden). Hieraan voorafgaand werden er op grond van artikel 94/15, § 1 WHPC, zoals ingevoegd door artikel 32 van de wet van 5 juni 2007 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (*BS* 21 juni 2007, 34272), geen koninklijke besluiten vastgesteld waarin reclame wordt verboden of bepaalde minimale vereisten worden opgelegd.

⁹² Er valt niet te ontkennen dat de overproductie en massaconsumptie tot een even exponentiële groei van de afvalberg en aantastingen van het milieu leiden.

⁹³ Zie bijv. het overzicht van de historische ontwikkeling van het recht inzake handelspraktijken in J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 1-25, waaruit blijkt dat deze rechtsregels zijn gegroeid uit het recht van de onrechtmatige mededinging en zich ontwikkelden tot een regelgevend kader dat zowel beoogt de eerlijke concurrentie in de handel te waarborgen als de voorlichting en de bescherming van de consument te verzekeren.

reclame in de relatie ondernemer-afnemer bekijken. Het toepassingsgebied van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken is evenwel beperkter dan de relatie ondernemer-afnemer. Ze geldt immers enkel ten aanzien van consumenten, d.w.z. iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen⁹⁴.

22. De door een onderneming jegens consumenten gehanteerde handelspraktijken zijn verboden wanneer ze oneerlijk, misleidend of agressief zijn⁹⁵. Dit is het geval wanneer de handelspraktijk, in deze volgorde, (1) beantwoordt aan één van de limitatief opgesomde partijkken opgenomen in de zwarte lijst van misleidende⁹⁶ of agressieve⁹⁷ handelspraktijken, (2) beantwoordt aan de generieke criteria van misleidende⁹⁸ of agressieve⁹⁹ handelspraktijken of nog (3) beantwoordt aan het generieke criterium van oneerlijke handelspraktijken^{100 101}.

Reclame wordt ook geïllustreerd door deze regeling en we gaan hierna na of deze bepalingen op enige wijze reclame die aanzet tot massaconsumptie van goederen die “*socially useless*” en voor het milieu schadelijk zijn, aan banden legt.

a) *De zwarte lijst*

23. De zwarte lijst van per se misleidende handelspraktijken lijkt niet meteen op algemene wijze reclame te verbieden als oneerlijke handelspraktijk, indien deze op artificiële wijze een gemis creëert voor onnodige, nutteloze of voor de maatschappij schadelijke producten. Een aantal van de per se verboden handelspraktijken kunnen in aanmerking komen maar zij veronderstellen wel een *bedrieglijk* handelen. Zo is misleidend het beweren dat een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend, goedgekeurd of toegelaten terwijl zulks niet het geval is¹⁰², of het bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen.¹⁰³ Luidens artikel VI.100, 12° WER is het ook misleidend feitelijk onjuiste beweringen te doen betreffende de aard en de omvang van het gevaar dat de persoonlijke veiligheid van de consument of zijn gezin zou bedreigen indien de consument het product niet koopt. Deze praktijk betreft het de consument artificeel (via onjuiste beweringen weliswaar) overtuigen van de noodzaak om het product te kopen door deze te doen geloven dat door deze aankoop een gevaar voor zijn/haar persoonlijke veiligheid of zijn/haar gezin wordt vermeden. De bepaling gaat zodoende nog niet zo ver om op algemene wijze voor te schrijven dat het bedrieglijk doen geloven in de noodzaak van een product misleidende reclame is.

24. De zwarte lijst van de agressieve handelspraktijken bevat ook een relevante bepaling, die evenwel enkel kinderen betreft. Krachtens artikel VI.103, 5° WER wordt het onder alle omstandigheden als oneerlijke handelspraktijk beschouwd kinderen er in reclame rechtstreeks toe aan te zetten om geadverteerde producten te kopen of om hun ouders of andere volwassenen ertoe te overhalen die producten voor hen te kopen. De regel is beperkt tot het “rechtstreeks”¹⁰⁴ aanzetten van kinderen, hetzij tot het zelf aankopen, hetzij tot het overhalen van volwassenen tot de aankoop voor hen. Een uitdrukkelijk uitnodiging aan kinderen in bijv. een speelgoedreclame om het betrokken speelgoed te kopen of het aan hun ouders te vragen voor Sinterklaas maken een verboden oneerlijke handelspraktijk uit. Impliciete verwijzingen naar Sinterklaas zijn wel geoorloofd. De beperking tot kinderen is wellicht ingegeven vanuit de bekommernis dat kinderen mogelijk de werkelijke aard van reclame

⁹⁴ Zie artikel I.1, 2° WER.

⁹⁵ Artikel VI. 95 WER *juncto* artikel VI.94 WER (dat misleidende en agressieve handelspraktijken onder de ruimere noemer van oneerlijke handelspraktijken plaatst).

⁹⁶ Zie artikel VI.100 WER.

⁹⁷ Zie artikel VI.103 WER.

⁹⁸ Zie de artikelen VI.97 t.e.m. VI.99 WER.

⁹⁹ Zie de artikelen VI.101 en VI.102 WER.

¹⁰⁰ Zie artikel VI.93 WER.

¹⁰¹ Voor een ruimere bespreking van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, zie bijv. E. DIRIX, R. STEENNOT en H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen (10^e ed.)*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 412-422; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 41-69 en J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 293-349.

¹⁰² Art. VI.100, 4° WER.

¹⁰³ Art. VI.100, 17° WER.

¹⁰⁴ Zoals terecht wordt gesteld door STUYCK is de vraag waar de grenzen liggen (1) tussen kinderen er rechtstreeks toe aanzetten aan te kopen en een onrechtstreekse beïnvloeding van het consumptiegedrag en (2) tussen het aanzetten van kinderen om ouders of andere volwassenen te overhalen een product te kopen en het louter opwekken van een belangstelling in het kind waardoor ouders of andere volwassenen zich zullen laten leiden bij hun beslissing tot aankoop (zie J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 341-342).

niet rationeel kunnen inschatten en dermate gevoelig zijn voor beïnvloeding dat zij niet in staat zijn een rationele en autonome beslissing te nemen aangaande de aankoop van het aangeprezen product. Vraag is of het, in het licht van de steeds subtieler wordende manipulatieve technieken in reclame en de toenemende statusangst onder de individuen in een consumptiemaatschappij, nog langer aangewezen is deze gevoeligheid vooral bij kinderen te zien.

b) *Het generiek criterium van misleidende of agressieve praktijken*

25. Uit artikel VI.97 WER is af te leiden dat een praktijk die gepaard gaat met informatie, zelfs als deze correct en niet bedrieglijk is, een verboden handelspraktijk kan uitmaken indien deze de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen – op een wijze die de gemiddelde consument¹⁰⁵ ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen¹⁰⁶ – ten aanzien van een aantal opgesomde elementen.

Reclame is, zoals hoger aangegeven, een praktijk die een consument ertoe kan brengen een besluit te nemen met betrekking tot een transactie dat hij anders – d.w.z. zonder die reclame – niet zou hebben genomen. Opdat artikel VI.97 WER op reclame van toepassing zou zijn, is evenwel vereist dat de reclame de gemiddelde consument bedriegt of kan bedriegen met betrekking tot een aantal opgesomde elementen en hem/haar ertoe gebracht heeft een besluit te nemen over de transactie. Het betreft de meest essentiële elementen van de transactie.

Zo mag de consument niet op (potentieel) voor zijn beslissing doorslaggevende wijze misleid worden of kunnen worden omtrent het bestaan of de aard van het product of de voornaamste kenmerken van het product – waaronder o.a. de voordelen vallen die het product de consument zou verschaffen.¹⁰⁷ Onder toepassing van deze bepaling wordt als misleidend beschouwd, de reclame voor een product waarin een uitwerking wordt voorgesteld dit het product niet heeft.¹⁰⁸ In dezelfde lijn zou onder toepassing van deze bepaling reclame aangepakt kunnen worden die ertoe strekt de indruk op te wekken dat door de aanschaf van het geïllustreerde product de betrokkene zich fysiek, psychologisch of sociaal beter zal voelen of dat het betrokken product een noodzakelijke behoefte of verlangen bevredigt (of noodzakelijk is om een behoefte of een verlangen te bevredigen), terwijl dit niet het geval is.

In deze context is er nog een andere element, waarop het (potentieel) bedrog betrekking kan hebben opdat artikel VI.97 WER toepassing vindt, dat in het oog springt: “*de noodzaak van een dienst, onderdeel, vervanging of reparatie*”.¹⁰⁹ Reclame waarin de noodzaak van een dienst¹¹⁰, onderdeel, vervanging of reparatie wordt benadrukt op zo een manier dat de gemiddelde consument wordt bedrogen of kan worden bedrogen over die noodzaak op zo een manier dat de gemiddelde consument ertoe wordt gebracht om tot het sluiten van de

¹⁰⁵ Bij deze beoordeling van het misleidende karakter van reclame, waarbij moet worden uitgegaan van de totale indruk die wordt gewekt rekening houdend met alle elementen van de reclame samen, is de gemiddelde consument te beschouwen als de normaal bedachtzame consument met gezond verstand en kritische zin (Brussel 19 juni 2006, *DCCR* 2007, afl. 74, 51; *Jb. Hand.* 2006, 158) of nog, de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren (zie o.a. overweging 18 bij de Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 (richtlijn oneerlijke handelspraktijken), *Pb. L.* van 11 juni 2005, afl. 149, 22; Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr. 52-2340/001, 74 en HvJ 7 september 2016, C-310/15, ECLI:EU:C:2016:633, Deroo-Blanquart, r.o. 32). Voordien was er in België ook het Cassatiearrest van 12 oktober 2000 waarin werd gewezen dat de consument die beschermd moet worden in de zin van artikel 94 van de Wet Handelspraktijkenwet de minst alerte consument is die kritiekloos aanvaardt wat hem handig wordt voorgesteld en de valstrikken, de overdrijvingen of het bedrieglijk stilzwijgen van de reclame niet kan ontwaren (Cass. 12 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 544). In ieder geval geschiedt de beoordeling van de misleiding *in abstracto*, i.e. rekening houdend met de concrete feitelijke omstandigheden (R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 57).

¹⁰⁶ Onder een besluit over een transactie wordt, luidens artikel I.8, 28° WER, begrepen elk door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument wel of niet tot handelen overgaat.

¹⁰⁷ Artikel VI.97, 1° en 2° WER.

¹⁰⁸ Zie DG GEZONDHEID EN CONSUMENTENBESCHERMING, *Richtlijn oneerlijke handelspraktijken*, 2006, http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/unfair-trade/unfair-practices/is-it-fair/pdf/ucp_nl.pdf, 12. Als voorbeeld wordt hier verwezen naar reclame voor middelen voor haaraangroei terwijl het betrokken product dit niet kon waarmaken (en waar ook werd aangegeven dat het product was uitgetest).

¹⁰⁹ Artikel VI.97, 2° en 5° WER.

¹¹⁰ Te betreuren valt in dit verband dat net specifiek naar diensten wordt verwezen, en niet naar het ruimer begrip producten, dat zowel de goederen als de diensten omvat (zie artikel I.1, 4° WER).

transactie te besluiten, is met andere woorden een verboden handelspraktijk. Opnieuw geldt deze regel niet op algemene wijze. Ze is beperkt tot “een dienst, onderdeel, vervanging of reparatie”. Tevens geldt er het criterium van het bedrieglijk karakter. Zo het begrip noodzaak slaat op het onmisbaar karakter van een dienst, m.n. dat deze dienst noodzakelijk is voor wat de consument wenst te bereiken, zou deze bepaling gezien kunnen worden als een beperking van reclame die op bedrieglijke wijze de noodzaak van een dienst aanprijst op zo een manier dat de gemiddelde consument overtuigd wordt om de transactie te sluiten¹¹¹.

In artikel VI.98 WER worden verder nog een aantal gevallen van misleidende handelspraktijken opgesomd waar de consument gebracht wordt een besluit te nemen over een transactie zonder dat er sprake moet zijn van bedrog. Marketing van een product komt hier aan bod maar enkel voor zover er sprake is van het scheppen van verwarring met producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent. Deze bepaling lijkt het opwekken van artificiële behoeften en verlangens niet te kunnen sanctioneren.

Tot slot is nog rekening te houden met de bepalingen inzake misleidende omissies. Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat, verborgen houdt of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig verstrekt, en die de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.¹¹² Onder deze bepaling zou o.i. reclame kunnen worden gesanctioneerd die artificiële behoeften of verlangens creëert door essentiële informatie achterwege te houden, zoals het feit dat het product niet geschikt (of niet nuttig) is voor het doel waarvoor het beweerdelijk bestemd is (bijv. middelen tegen haaruitval).

26. Reclame is volgens het generiek criterium vervat in artikel VI.101 WER een agressieve handelspraktijk indien ze in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij/zij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.

Een ongepaste beïnvloeding in de zin van deze bepaling veronderstelt “*het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt*”.¹¹³ Centraal in deze omschrijving staat het door JEURISSEN aangehaalde criterium van de autonome beslissingsmogelijkheid van de betrokkene. Zo de consument onder druk van de onderneming beperkt wordt in het geïnformeerd nemen van zijn beslissing, is er sprake van ongepaste beïnvloeding. Hierbij is het de vraag of de druk, die ontstaat doordat de onderneming in zijn reclame inspeelt op zwakten van de consument (bijv. statusangst, relatieve deprivatie), hieronder zou kunnen vallen. De werkelijke druk wordt hier weliswaar voornamelijk door de omgeving opgewekt, maar in de promotie van het product kan deze druk uitgaande van de omgeving handig worden uitgebuit door de onderneming, op zo een manier dat de druk voor de consument onweerstaanbaar wordt gemaakt .

Daarnaast is bij de beoordeling ook rekening te houden met de elementen die in artikel VI.102 WER worden opgesomd, die zeer specifiek, maar wel indicatief zijn¹¹⁴. Het gaat om het gebruik van dreigende of grove taal, het tijdstip en de plaats van de handelspraktijk, de uitbuiting van tegenslagen, het dreigen met maatregelen die niet kunnen worden genomen, maar ook om de “aard” en de “persistentie” van de handelspraktijk. Gezien de lijst indicatief is, kan de beoordeling ook gebeuren rekening houdend met andere elementen.

¹¹¹ De consument wordt immers misleid door de onterechte promotie van zogenaamd positieve of negatieve gevolgen van het bezit respectievelijk gemis van producten.

¹¹² Artikel VI.99, § 1 en 2 WER.

¹¹³ Artikel I.8, 28° WER.

¹¹⁴ Zie R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 61-62 en J. STUYCK, *Handelspraktijken, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 335-336.

c) *De generieke definitie van oneerlijke handelspraktijk*

27. Zelfs indien de reclame niet is te beschouwen als een agressieve of een misleidende handelspraktijk, kan ze nog verboden zijn omdat ze oneerlijk is in de zin van artikel VI.93 WER. Dit zal het geval zijn indien de reclame:

- 1) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, d.w.z. in strijd is met het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een onderneming in haar activiteitsdomein ten aanzien van de consument mag worden verwacht, overeenkomstig de eerlijke handelsgebruiken; en
- 2) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het onderliggende product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

Het economische gedrag van consumenten wordt wezenlijk verstoort wanneer een handelspraktijk wordt gebruikt om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar beperkt wordt, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten. Opnieuw lijkt hier te worden verwezen naar het door JEURISSEN aangehaalde criterium van de autonome beslissingsmogelijkheid van de betrokkene.

Opmerkelijk is dat voor het criterium van de gemiddelde consument artikel VI.93 WER lijkt te differentiëren naargelang de praktijk al dan niet reclame betreft. Er wordt eerst aangegeven dat een handelspraktijk die op voor de onderneming redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten - namelijk de consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijk of voor de onderliggende producten - wezenlijk verstoort of kan verstoren, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Vervolgens wordt aangegeven dat dit geen afbreuk doet aan de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

Deze laatste tekst wordt, ondanks diens plaats¹¹⁵, aangehaald om hyperbolische reclame, *i.e.* reclame waarin overdrijvingen en superlatieven omtrent de kwaliteiten van een product of dienst van die aard zijn dat ze een manifeste leugen omvatten die door de gemiddelde consument gemakkelijk kan worden doorzien en tot haar juiste proporties worden herleid, op algemene wijze als geoorloofd te beschouwen.¹¹⁶ Een voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld een recente reclamecampagne waar een bepaalde verzekering wordt aangemerkt als “de beste” verzekering tegen “onklopbare” prijs.

Indien een reclame een manifeste overdrijving of leugen (*i.e.* een bewering die niet klopt, maar niet letterlijk hoeft worden genomen) bevat over bijv. de noodzaak of het nut van een product of dienst dan kan deze reclame als hyperbolische reclame als geoorloofd beschouwd worden.

Buiten hyperbolische reclame lijkt artikel VI.93 WER, via het criterium van de zorgvuldige onderneming, een mogelijke open deur te zijn voor het aanpakken van reclame die aanzet tot massaconsumptie van goederen die “*socially useless*” en voor het milieu schadelijk zijn. Vereist is wel dat het economisch gedrag van de “gemiddelde” consument “wezenlijk” “verstoord wordt of kan verstoord worden” door dit “onzorgvuldig” gedrag. De toepassing van deze bepaling is derhalve afhankelijk van de invulling die gegeven wordt aan deze open normen.

¹¹⁵ Artikel VI.93, tweede lid *in fine* WER. Deze bepaling heeft, ondanks haar plaats in de wet, volgens STUYCK niet tot gevolg dat bij hyperbolische reclame de beoordeling moet geschieden aan de hand van de gemiddelde consument in de plaats van de gemiddelde kwetsbare consument, maar heeft op algemene wijze de strekking dat consumenten overdrijvingen in reclame kunnen doorzien – al zal in geval van de gemiddelde kwetsbare consument sneller toch tot misleidende overdrijvingen worden besloten (J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 249-250).

¹¹⁶ R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 40. De geoorloofdheid van hyperbolische reclame valt ruimer te situeren in het leerstuk van het toelaatbaar bedrog (*‘dolus bonus’*). Hiermee wordt verwezen naar overdrijvingen en/of leugens van een dergelijke omvang dat hun *a priori* elk determinerend karakter ten aanzien van de totstandkoming van de verbintenis kan worden ontzegd (zie L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 61, nr. 46).

C. Zelfregulering

28. De reclamesector heeft zichzelf ook een aantal vereisten opgelegd inzake reclame. Het gaat om vrijwillige zelfregulering. In de schoot van de Raad voor de Reclame werd in 1974 de Jury voor Ethische Praktijken inzake Reclame (JEP) ingericht teneinde de conformiteit van de reclame met de wet en de beroepsethiek te verzekeren.¹¹⁷ De JEP, die zichzelf beschouwt als het onafhankelijke zelfregulerend orgaan van de Belgische reclamesector, heeft als missie een eerlijke, oprechte en maatschappelijk verantwoorde reclame te verzekeren.¹¹⁸ De JEP onderzoekt de conformiteit van de inhoud van reclameboodschappen met de regels van de reclame-ethiek en baseert zich hiervoor op de wetgeving en de gedragscodes die door de Raad voor de Reclame zijn aanvaard¹¹⁹, zoals de ICC-Code voor reclame en marketingcommunicatie van de *International Chamber of Commerce* of de sectorale codes¹²⁰. Het onderzoek van de JEP kan geschieden naar aanleiding van een klacht of op vraag om advies vanwege een onderneming.

29. De ICC-Code bevat bepalingen teneinde eerlijke, wettelijke, fatsoenlijke en oprechte reclame te garanderen¹²¹. De code bevat bepalingen inzake eerlijkheid¹²², maatschappelijke verantwoordelijkheid¹²³, waarachtigheid¹²⁴ en identificatie¹²⁵. Twee bepalingen van de code trokken in het bijzonder onze aandacht in het licht van onze bijdrage.

De eerste bepaling, die enkel van toepassing is op reclame gericht aan kinderen, is te vinden in artikel 18 van de ICC-code¹²⁶, onder de hoofding ‘sociale waarden’ en luidt als volgt: “*Reclame mag niet de indruk geven dat het bezit of gebruik van een aangewezen product een kind of jongere fysieke, psychologische of sociale voordelen zal geven ten opzichte van andere kinderen of jongeren, of dat het niet bezitten van het product het tegenovergestelde effect zal hebben*”.

In deze bepaling kan zodoende een verbod worden gelezen om kinderen via reclame aan te zetten tot aankoop door verwijzing naar de *fysieke, psychologische of sociale voordelen* die met het wel of niet bezitten van dit product gepaard gaan. Zoals hierboven werd aangehaald, zijn ook volwassen individuen in een consumptiemaatschappij, o.a. ingevolge relatieve deprivatie en statusangst, steeds meer en meer vatbaar geworden voor manipulaties in reclame die zinspelen op de *fysieke, psychologische of sociale voordelen* die met het wel of niet bezitten van dit product gepaard gaan, waardoor hun vermogen om rationeel en autonoom inzake een aankoop te beslissen wordt aangetast. Er kunnen dan ook kritische bedenkingen worden geformuleerd omtrent de geoorloofdheid om in reclame die aan volwassen is gericht op de *fysieke, psychologische of sociale voordelen* van het bezit van een product te zinspelen.¹²⁷

¹¹⁷ X., “Reclame moet ethisch, wettelijk en verantwoord zijn”, <https://mediawijs.be/dossiers/dossier-reclamewijsheid/reclame-moet-ethisch-wettelijk-en-verantwoord-zijn> (consultatie 15 oktober 2016) en J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 399.

¹¹⁸ Zie <http://www.jep.be/nl>.

¹¹⁹ J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 399 en X., “Reclame moet ethisch, wettelijk en verantwoord zijn”, <https://mediawijs.be/dossiers/dossier-reclamewijsheid/reclame-moet-ethisch-wettelijk-en-verantwoord-zijn> (consultatie 15 oktober 2016). Naar bewering van de voorzitter van de JEP komt het gemiddeld jaarlijks maar éénmaal voor dat een reclamecampagne door de JEP geschorst wordt volgend op een klacht (X., “Reclame moet ethisch, wettelijk en verantwoord zijn”, <https://mediawijs.be/dossiers/dossier-reclamewijsheid/reclame-moet-ethisch-wettelijk-en-verantwoord-zijn> (consultatie 15 oktober 2016)).

¹²⁰ Voor een overzicht zie: <http://www.jep.be/nl/codesregels>. Deze gedragscodes vervangen de wetgeving niet, maar zijn er mee complementair en vullen deze aan (zie X., “Reclame moet ethisch, wettelijk en verantwoord zijn”, <https://mediawijs.be/dossiers/dossier-reclamewijsheid/reclame-moet-ethisch-wettelijk-en-verantwoord-zijn> (consultatie 15 oktober 2016)).

¹²¹ Artikel 1, eerste lid van de ICC-Code. Zie ook X., “Reclame moet ethisch, wettelijk en verantwoord zijn”, <https://mediawijs.be/dossiers/dossier-reclamewijsheid/reclame-moet-ethisch-wettelijk-en-verantwoord-zijn> (consultatie 15 oktober 2016).

¹²² Overeenkomstig artikel 3 van de ICC-Code mag reclame het vertrouwen van de consument niet schaden of zijn gebrek aan ervaring of kennis uitbuiten.

¹²³ Overeenkomstig artikel 4 van de ICC-Code mag reclame niet inspelen op angsten van de consument. Mogelijk kan inspelen op de angst om achter te blijven of uitgesloten te worden door een goed niet te bezitten hieronder vallen.

¹²⁴ Overeenkomstig artikel 5 van de ICC-Code mag reclame de consument niet misleiden aan de hand van enige mededeling of omissie inzake o.a. de gebruiksmogelijkheden en de impact op het milieu van het product. De draagwijdte van deze bepaling lijkt echter te nauw om de promotie van nutteloze producten of massaconsumptie te bestrijden.

¹²⁵ Artikel 9 van de ICC-Code bepaalt dat reclameboodschappen hun ware commerciële aard niet mogen verhullen. Hiermee wordt bedoeld dat reclame niet als een strikt informatieve boodschap mag worden voorgesteld, wat vragen doet rijzen inzake haar informatieve waarde.

¹²⁶ Artikel 18 van de ICC-Code bevat nog enkele andere interessante passages, m.n. dat reclame gericht aan kinderen hun gebrek aan ervaring en lichtgelovigheid niet mag uitbuiten en een duidelijk verschil moet hanteren tussen realiteit en verbeelding.

¹²⁷ Een argument voor dit onderscheid is vast te vinden in de idee van de vrije besluitvorming en individuele verantwoordelijkheid van volwassen individuen. Toch kunnen ook zij, zoals het recht zelf erkent, door omstandigheden van hun vrije wil beroofd worden (e.g. dwaling, bedrog, gekwalificeerde benadeling).

De andere bepaling die onze aandacht trok, is artikel 22 van de ICC-Code, die van toepassing is ongeacht de hoedanigheid van de geadresseerde. Volgens deze bepaling mag marketingcommunicatie “*niet de indruk geven dat ze bepaalde handelingen goedkeurt of aanmoedigt die ingaan tegen de wet, zelfregulerende codes of algemeen aanvaarde normen van milieuverantwoordelijk gedrag.*” Deze bepaling beperkt het aansporen tot consumptie door reclame indien dit in strijd is met milieuverantwoordelijk gedrag. Met betrekking tot deze bepaling kan o.i. de link worden gemaakt met reclame die aanspoort tot de aankoop van “*socially useless products*” waarvan de consumptie enkel bijdraagt tot de uitputting van grondstoffen en de toename van de afvalberg. Opdat de bepaling zou kunnen worden ingeroepen, zou de productie van dergelijke producten door de samenleving wel als strijdig met het milieuverantwoordelijk gedrag moeten worden beschouwd.

V. RECLAME REVISITED

30. Het huidige economische systeem wordt gekenmerkt door een overproductie die enkel stand kan houden door een (cultuur van) massaconsumptie. Deze overproductie en -consumptie heeft niet alleen tot gevolg dat meerdere consumenten zich, teneinde met de stroom mee te kunnen gaan, massaal in de schulden werken, maar ook dat we op de grenzen van onze planeet (e.g. grondstoffen, uitstoot, afval) botsen. Hoewel de primaire oorzaak hiervan uiteraard de beslissing van een onderneming is om een welbepaald product te vervaardigen is reclame een bijzonder machtig middel dat – door het bespelen van verlangens – bijdraagt tot de bestendiging van dit destructieve economische systeem.

31. Vanuit ethische en levensbeschouwelijke hoek vallen er bezwaren te uiten tegen het opwekken, via reclame, van een materialistische levensstijl of het door beïnvloeding of manipulatie belemmeren van de autonomie van de individuele besluitvorming. In het vigerende regelgevende kader inzake reclame vinden we van deze opvattingen zekere sporen terug. Een regel die op algemene wijze een beperking stelt aan het emotioneel bespelen van mensen zodat zij worden gehinderd in een rationele toetsing van de opgewekte verlangens aan een nut of noodzaakvereiste die nodig is om de verlokking te weerstaan, is niet voor handen. Aanzetten tot aankoop wordt enkel ten aanzien van kinderen op algemene wijze als oneerlijk beschouwd. Ten aanzien van andere individuen moeten er, opdat de reclame oneerlijk zou kunnen zijn, bedrieglijke handelingen zijn waardoor de gemiddelde consument zich zou laten vangen. Bedrog, dat door de gemiddelde consument als bedrog kan worden gedetecteerd, is aanvaardbaar. Onzorgvuldig handelen van een onderneming kan worden aangepakt, mits dit het economisch gedrag van de gemiddelde consument, die zij bereikt of tot wie zij gericht is, met betrekking tot het onderliggend product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

32. Gelet op de proporties die verlokking door reclame inneemt in het huidige economisch model dat niet alleen de welvaart van (bepaalde) mensen in het gedrang lijkt te brengen¹²⁸ maar ook het voortbestaan van onze natuurlijke leefomgeving is er, ons inziens, in het algemeen belang nood aan een herziening van deze huidige juridische aanpak inzake reclame.

Dat er in het algemeen belang enige correctie aan de productie van “*socially useless products*”, en de daarmee gepaard gaande reclame zou moeten worden opgelegd, lijkt ons te worden bevestigd door bepaalde praktijken in de medische sector. In de Knack werd erop gewezen dat farmaceutische bedrijven, omdat zij te vaak en te lang inzetten op de ontwikkeling van geneesmiddelen die amper verschillen van geneesmiddelen die reeds op de markt zijn¹²⁹, enorm moeten investeren in de promotie van deze geneesmiddelen via reclame. De kost die hiermee gepaard gaat, wordt blijkbaar doorgerekend in de prijs van geneesmiddelen.¹³⁰ Dit is een duidelijk

¹²⁸ Met name de meerderheid van loontrekkenden die, geconfronteerd met een stagnerend of zelfs afnemend loon, een beroep moeten doen op schuldfinanciering om te beantwoorden aan de hen door de samenleving opgelegde consumptievereisten en zodoende steeds meer met de kosten verbonden aan de aflossing van een schuldenlast worden geconfronteerd.

¹²⁹ Zie D. DRAULANS, “Als een dure pil je enige redding is”, *Knack* 2016, afl. 46(41), (90) 93. Zodat er geen of weinig maatschappelijk nut is voor deze geneesmiddelen. Omgekeerd investerende farmaceutische bedrijven minder middelen in het ontwikkelen van benodigde geneesmiddelen voor ziekten in derdewereldlanden omdat daaruit minder profijt valt te halen (J. BAKAN, *The Corporation. The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, Free Press, 2004, 46). Nu zouden farmaceutische bedrijven wel investeren in de ontwikkeling van geneesmiddelen voor zeldzame ziekten, omdat onder bescherming van patenten grote winsten gehaald kunnen worden via exuberant hoge prijzen (zie bijv. J. MCDULING, “Forget Viagra. Why rare diseases are big pharma’s latest obsession”, <http://qz.com/145941/why-rare-diseases-are-big-pharmas-latest-obsession/> (consultatie 15 oktober 2015).

¹³⁰ Zie D. DRAULANS, “Als een dure pil je enige redding is”, *Knack* 2016, afl. 46(41), (90) 93 en AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, “AMA Calls for Ban on Direct to Consumer Advertising of Prescription Drugs and Medical Devices”, <http://www.ama-assn.org/ama/pub/news/news/2015/2015-11-17-ban-consumer-prescription-drug-advertising.page> (consultatie 15 oktober 2015).

voorbeeld van een geval waarin – *nota bene* in de medische sector – “*socially useless products*” massaal worden geproduceerd zonder dat hiervoor een behoefte bestaat, waardoor, ten koste van de afnemer, belangrijke investeringen in de promotie nodig zijn om op artificiële wijze een verlangen voor deze producten te creëren.

33. Waar er nu wordt uitgegaan van een principiële toelating van reclame met evenwel een aantal beperkingen, kan de vraag gesteld worden of het, gelet op de overdaad aan (vaak ongewenste) reclame, de overproductie en de overconsumptie, niet langzaam aan tijd wordt om de regel fundamenteel om te keren door het aanzetten tot aankoop op algemene wijze te verbieden, zoals het geval is voor tabak of andere goederen en diensten.

Zo dit voorstel te radicaal zou worden beschouwd – wellicht niet in het minst door de reclamesector zelf – valt als tussenweg te overwegen enkel cognitieve reclame toe te laten onder de vorm van objectieve informatieverstrekking aangaande het betrokken product.¹³¹ Een dergelijke aanpak laat promotie en dus de ontwikkeling van nieuwe producten¹³² toe, maar zou, doordat enkel naar objectieve criteria of kenmerken kan worden verwezen, de manipulatieve impact van reclame inperken. Aldus zou de productie van nutteloze producten niet uitgesloten, maar wel beperkt worden.

Een andere aanpak zou kunnen zijn de principiële toelating van reclame te behouden, maar het aanzetten tot aankoop door het bespelen van emoties of door verwijzing naar de *fysieke, psychologische of sociale voordelen* die met het wel of niet bezitten van het goed of de dienst gepaard gaan en het aanzetten tot aankoop van goederen of diensten die niet noodzakelijk zijn of die de aangeprijsde kenmerken van het product niet helpen realiseren, op algemene wijze te verbieden.

Beide aanpakken zouden tevens gecombineerd kunnen worden met de verplichting de consumenten te waarschuwen voor het manipulatieve en pervers effect van reclame, bijv. door ondernemingen te verplichten om op elke reclame een vermelding aan te brengen, bijv. “*Reclame kan aanzetten tot onnodige aankopen*” of “*Pas op: dit is reclame. Kopen maakt niet gelukkiger*”.

Daarnaast is te bekijken of het criterium van de “redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument” wel het juiste toetsingscriterium behoort te zijn. Dit criterium legt immers de verantwoordelijkheid bij de consument om zich te informeren en om omzichtig en oplettend te zijn, en impliceert dat manipulatie of bedrog in reclame, als principieel aanvaardbaar worden geacht in onze maatschappij.

34. Eens de keuze voor de ene of de andere aanpak is gemaakt, rijst de vraag of een dergelijke nieuwe invalshoek verplichtend moet worden opgelegd (dwingende regelgeving) dan wel overgelaten moet worden aan het vrijwillig initiatief van de ondernemingen (zelfregulering). In beide gevallen zal het regelgevend kader maar efficiënt zijn indien het op eenvoudige en niet al te kostelijke manier door de consument kan worden afgedwongen.

Daar aanpassingen van het regelgevend kader inzake reclame Europees gestuurd worden is een (bereidheid tot) ingrijpen op Europees niveau vereist, in het bijzonder omwille van het maximaal harmoniserend karakter van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken¹³³. Dit maximaal harmoniserend karakter doet evenwel geen afbreuk aan de bepalingen van het hiërarchisch hogere VWEU, waarin beperkingen aan het vrij verkeer van goederen en diensten toegelaten worden indien zij gerechtvaardigd zijn door redenen van openbare zede, openbare orde, veiligheid en gezondheid.

Een aanpassing op Europees niveau lijkt echter alvast niet op de agenda te staan.

¹³¹ Merk op dat enkel een dergelijke reclame volgens NEUTELEERS de enige vorm van reclame is die de bescherming van de vrijheid van meningsuiting zou mogen genieten.

¹³² Wat logisch en zelfs wenselijk is, in het licht van innovatie en vooruitgang.

¹³³ Zie overwegingen 5 e.v. bij de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. In dit verband stelt overweging 9 ook het volgende: “*Deze richtlijn doet evenmin afbreuk aan de communautaire en nationale regels inzake verbintenissenrecht, intellectuele- eigendomsrechten, gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten, voorwaarden inzake vestiging en vergunning, met inbegrip van die regels die, conform het Gemeenschapsrecht, betrekking hebben op gokactiviteiten of aan de communautaire regels inzake concurrentie en de desbetreffende nationale omzettingbepalingen. De lidstaten behouden derhalve de mogelijkheid beperkingen en verbodsbepalingen inzake handelspraktijken te handhaven om redenen van bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de consumenten op hun grondgebied, bijvoorbeeld met betrekking tot alcohol, tabak of farmaceutische producten, zulks ongeacht de plaats waar de handelaar is gevestigd.*”

Via zelfregulering door de sector, zoals de richtlijnen van de JEP, kan gemakkelijker ingegrepen worden.

Een wijziging via zelfregulering zal er echter pas komen zo de ondernemingen zich bewust worden van hun verantwoordelijkheid ten opzichte van de collectiviteit en vereist in ieder geval een gewijzigde ‘*mindset*’ in hoofde van de betrokkenen.

Weze er overigens nog aan herinnerd dat er geen verplichting bestaat tot het voeren van reclame, zodat het elke onderneming in beginsel vrij staat om op dit vlak een verantwoordelijke houding aan te nemen, zij het individueel of door zich aan te sluiten bij, op dit vlak, verantwoordelijke zelfregulering.

35. In afwachting van een gewijzigd kader zouden de rechtscollèges en de JEP, via een verruimde en strengere interpretatie van de generieke omschrijvingen van de misleidende, de agressieve en de oneerlijke handelspraktijken, de weg kunnen plaveien voor een nieuwe visie op en aanpak van reclame. Ook hier is evenwel rekening te houden met Europese sturing via de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

In die verruimde interpretatie zou rekening kunnen worden gehouden met het criterium van de “*socially useless products*”, m.n. goederen die geen bijdrage leveren aan het maatschappelijk welzijn¹³⁴. Problematisch aan deze aanpak is evenwel niet alleen dat het begrip “*socially useless products*” moeilijk en op variabele wijze is in te vullen, maar ook dat het bevredigen van verlangens wordt beschouwd als een individuele aangelegenheid die ressorteert onder de wilsautonomie en het recht op zelfbeschikking. Zo kan bijvoorbeeld moeilijk het sociale nut van luxewagens, jachten en intercontinentale reizen aangetoond worden¹³⁵, maar zal een voorstel om de productie ervan te verbieden wellicht geen draagvlak krijgen. Een alternatief kan erin bestaan als criterium het al dan niet schadelijk karakter ervan voor de samenleving in aanmerking te nemen.

Mogelijk is dit ook een utopie. Gelukkig is het denken vrij.

Audaces fortuna iuvat.

¹³⁴ Waarbij het redelijke, niet buitenproportionele, individuele welzijn ook bijdraagt tot het maatschappelijk welzijn. Het maatschappelijk welzijn veronderstelt immers dat ieder lid van deze maatschappij een bepaalde graad van individueel welzijn geniet.

¹³⁵ Uit bepaalde hoek kan zelfs worden geargumenteerd dat deze producten hun nut hebben, omdat het individuele verlangen deze producten te bezitten een drijfveer kan zijn voor het stellen van individuele activiteiten waarvan de gemeenschap ook vruchten zal plukken.