

Het recht reclame te maken: marktpraktijken en zorgberoepen

Gert Straetmans

Inhoudstafel

Hoofdstuk 1. Vrije beroepsbeoefenaars zijn ondernemingen

Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Hoofdstuk 3. Specifieke deontologische reclameverboden

Algemeen besluit

Hoofdstuk 1. Vrij Beroep = Onderneming

Ondernemingsbegrip WER = bijzonder ruim

Artikel 1.1.1° WER: "Elke natuurlijke of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen"

- Economisch doel = economische activiteit
 - Aard activiteit: industrieel, financieel, commercieel
 - Zelfstandige activiteit: werknemer niet
 - Aanbieden van goederen en diensten op de markt
- Duurzaam
 - Een organisatie die rendement toelaat;
 - Op georganiseerde wijze de markt betreden (winst oogmerk in burgerrechtelijke zin – tegen betaling – statutair doel/inschrijving beroepsgroep/KBO);
 - Met een zekere regelmaat, niet éénmalig.

Hoofdstuk 1. Vrij Beroep = Onderneming

- Als onderneming valt een vrije beroepsbeoefenaar onder de regeling inzake marktpraktijken en consumentenbescherming uit het Wetboek van Economisch Recht (Boek VI).
- Als vrije beroepsbeoefenaar valt een vrije beroepsbeoefenaar onder de regeling inzake marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende beoefenaars van een vrij beroep uit het Wetboek van Economisch Recht (Boek XIV). Maar, slechts "voor de intellectuele prestaties kenmerkend voor deze beroepen die ze leveren" (art. XIV.1§1, tweede lid WER).
- Voor prestaties die niet kenmerkend zijn voor het vrij beroep of voor prestaties die niet intellectueel zijn, is de vrije beroepsbeoefenaar een onderneming.

Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Reclame is inbegrepen in beroepspraktijk

Begrip beroepspraktijk = zeer ruim

- "Iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, **met inbegrip van reclame en marketing**, van een beoefenaar van een vrij beroep, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product" (art. 1.8.21° WER).

- commerciële handeling die deel uitmaakt van het marketingbeleid van een vrije beroepsbeoefenaar -> elke praktijk die een mogelijke invloed uitoefent op de aankoopbeslissing van de potentiële consument (**reclame**, commerciële communicatie, gedraging voor, tijdens of na transactie/tekoopaanbieding – XIV.59 WER)

- oneerlijk = de consument een besluit laten nemen over een transactie waartoe hij bij afwezigheid van de oneerlijke praktijk niet had besloten -> besluit over transactie = ruim: niet alleen het besluit een dienst van de beroepsbeoefenaar af te nemen, maar ook het besluit om naar de vrije beroepsbeoefenaar toe te gaan.

Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

- Eenmalige beroepspraktijk ten aanzien van één klant volstaat (HvJ, Magyarorszag):
 - > regelmaat van de betrokken praktijk irrelevant
 - > aanbod aan publiek irrelevant
- Eenmalig verstrekken van onjuiste informatie aan één klant = misleidende beroepspraktijk -> Richtlijn 2005/29/EG streeft hoog beschermingsniveau na: geen bewijs dat vrije beroepsbeoefenaar ook andere cliënten heeft geschaad + rechtszekerheid: geen discussie over publiek karakter en geen drempelwaarde.

Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Inhoudelijk lopen de algemene reclamebepalingen (oneerlijke handelspraktijken B2C) uit VI.92-VI.103 WER gelijk met XIV.59–XIV.70 WER, **met dien verstande dat:**

de regels van Boek XIV krachtens art.XIV.1 § 1 WER gelden “**onverminderd de bijzondere regels** die hieromtrent zijn vastgesteld voor de verschillende vrije beroepen”.

-> deontologische beroepscode

-> gelden slechts als ‘lex specialis’ **voor zover in overeenstemming** met wetgeving en dus Europees recht.

Ook art.VI.17 WER inzake vergelijkende reclame spoort met art.XIV.9 WER, met dien verstande dat de Koning, na advies van de betrokken beroepsregulerende overheden, de vergelijkende reclame **kan** “verbieden of beperken voor zover dit **nodig is om de waardigheid en de deontologie** van de betrokken vrije beroepen te vrijwaren”(art. XIV.9 § 3 WER). *A contrario* maakt dit vergelijkende reclame in de regel mogelijk voor vrije beroepsbeoefenaars.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Illustratie: prejudiciële vraag in zaak tandarts Luc Vanderborght (C-339/15 - juni 2015):

-> bouwt voort op HvJ 13 maart 2008, C-446/05, Doulamis.

1° Zijn een algemeen reclameverbod en regels inzake uithangborden voor tandartsen verenigbaar met de RI. Oneerlijke Handelspraktijken ?

In te roepen vrijwaringsclausules: art. 3, lid 3 en 3, lid 8 Richtlijn 2005/29/EG:



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

- **Art.3, lid 3:** “Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de communautaire of nationale voorschriften inzake gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten”.

- **Art.3, lid 8:** “Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de vestigingsvoorwaarden, de vergunningsregelingen, de deontologische gedragscodes of andere specifieke voorschriften voor gereguleerde beroepen ter handhaving van hoge integriteitsnormen van de beroepsbeoefenaar, die de lidstaten overeenkomstig het communautaire recht aan beroepsbeoefenaars kunnen opleggen”.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Conclusie Advocaat-generaal Bot, 8 september 2016, zaak C-339/15, Luc Vanderborght:

Beide vrijwaringsclausules zijn van toepassing:

- Bepalingen strekken ertoe volksgezondheid en waardigheid beroep te beschermen;
- Totaalverbod op reclame voor tandheelkundige zorg dient gezondheid en niet economische belangen; marketingpraktijken voor patiëntenwerving doet afbreuk aan kwaliteit prestaties, integriteit van beroepsbeoefenaars en vertrouwen tussen tandarts en patiënt.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

2° Is verbod van mededelingen op website verenigbaar met Richtlijn Elektronische Handel ?

- Begrip dienstverlener van de informatiemaatschappij is ruim:

“elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van de afnemer wordt verricht”.

- **Hebben van website is voldoende !**

- Richtlijn is van toepassing op afnemers van deze diensten, dit is wie gebruik maakt van dienst van de informatiemaatschappij:

- **Dus niet allen van toepassing op de consument !**



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Advocaat-generaal Bot: online verstrekte commerciële communicatie = dienst van de informatiemaatschappij

-> RI. Elektronische handel laat toe dat vrije beroepsbeoefenaars reclame kunnen maken via internet mits zij de beroepsregels in acht nemen.

-> betrokken diensten zijn onderworpen aan de wetgeving van de lidstaat waar de dienstverlener is gevestigd -> in casu gelden de Belgische bepalingen (controle aan de bron – home state control) -> Maar, artikel 8 RI.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Artikel 8: "De lidstaten zorgen ervoor dat het gebruik van commerciële communicatie die deel uitmaakt van een door een lid van een gereguleerd beroep verleende dienst van de informatiemaatschappij, of die op zichzelf een dergelijke dienst uitmaakt, wordt toegestaan, mits de beroepsregels, **met name** ten aanzien van de onafhankelijkheid, de beroepseer en het beroepsgeheim, alsmede de eerlijkheid ten opzichte van cliënten en confraters in acht worden genomen".

-> beperking ingegeven door aard activiteit;

-> 'met name' = niet limitatief: bescherming volksgezondheid en gezondheid patiënt is voornaamste doel van tandarts -> Belgisch verbod draagt bij tot eerbiediging van de gedragsregels.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Beperkte proportionaliteitstoets, A-G Bot:

Verbod elke vorm van reclame voor tandheelkundige zorg is gerechtvaardigd:

-> vermijden dat door ondermijning van de waardigheid van het beroep afbreuk wordt gedaan aan het vertrouwen dat patiënten in de tandarts hebben en dat uiteindelijk wordt ingeboet op de kwaliteit van de zorg, ten koste van de gezondheid van de patiënten.

-> vermijden dat door het spel van reclame afbreuk wordt gedaan aan de integriteit van tandartsen en dat de goede naam van andere tandartsen in het gedrang wordt gebracht (op website getuigenissen van patiënten plaatsen waarin wordt gewezen op het verschil in dienstverlening met behandelingen door andere tandartsen).



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

3° Is een absoluut reclameverbod verenigbaar met vrijheid van vestiging en dienstverlening ?

Advocaat-generaal Bot: reclame via website = grensoverschrijdend -> dienstverlening primeert in casu op vestiging -> artikel 56 VWEU is toetssteen

-> Vanderborght wordt doeltreffend medium ontzegd om zijn diensten aan te bieden aan potentiële klanten in andere lidstaten = beperking dienstenverkeer.

Rechtvaardiging ? *Rule of reason*



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Rule of reason: 4 voorwaarden

- **Geen discriminatie:** reclameverbod geldt ongeacht lidstaat van vestiging van de dienstverlener;
- **Dwingend vereiste van algemeen belang:** bescherming van de gezondheid van de patiënt;
- **Geschikt om doel te verwezenlijken:** informatie in reclame is niet steeds objectief -> verbod is geschikt om te verhinderen dat reclame afbreuk doet aan vertrouwen patiënten in tandarts doordat waardigheid beroep wordt ondermijnd en zo kwaliteit van zorgverlening in het gedrang komt.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

- **Niet verder gaan dan wat noodzakelijk is voor bereiken doel:** minder beperkende maatregelen ?

Algemeen verbod van aansporende mededelingen aan het publiek is gerechtvaardigd/proportioneel:

- Zorgverlening is geen normale dienstverlening -> invloed op de fysieke integriteit ontvanger en diens psychisch evenwicht/beroep op zorgverlener uit noodzaak voor herstel gezondheid = bijzonder belang.
- **Informatie-asymmetrie:** tandarts is deskundige -> vertrouwensrelatie is van essentieel belang: behandeling voor gezondheid en niet uit winstbejag -> patiënt kan kwaliteit prestatie niet beoordelen.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Vertrouwensrelatie wordt aangetast door publieksreclame

-> patiënt leidt uit reclame financieel belang tandarts af, relativeert diens advies en brengt eventueel zijn gezondheidstoestand in gevaar;

-> vermelding tarieven is risicovol: prijsconcurrentie kan kwaliteit dienstverlening ondermijnen, die patiënt hoe dan ook niet kan beoordelen.

Besluit: bescherming volksgezondheid rechtvaardigt volledig verbod van op het publiek gerichte aansporende reclame (reclame is hier niet gelijk aan neutrale informatie) -> lidstaten beschikken op dit gebied over een zekere beoordelingsmarge = marginale toetsing van proportionaliteit.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

MAAR: een onbeperkt verbod op elke publieke mededeling kan niet -> vrije beroepsbeoefenaars moeten hun diensten bij het publiek bekend kunnen maken:

Toegang tot **objectieve informatie is noodzakelijk:**

- voor de totstandkoming van vrij verkeer van beroepsbeoefenaars uit de gezondheidssector;
- draagt bij tot volksgezondheid doordat het mobiliteit van patiënten binnen de EU in de hand werkt met ruimere toegang tot gezondheidszorg als gevolg.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Wetgeving mag **geen eenvoudige en neutrale vermelding verbieden:**

- in een telefoongids of in een ander openbaar informatiemedium,
- zoals een vermelding van de identiteit, de activiteiten die men mag uitoefenen, de plaats waar men die uitoefent, de spreekuren en de contactgegevens.

Andere vormen van reclame steeds **in concreto te beoordelen**: website, voor- en na foto's, getuigenissen in functie presentatie in advertentie.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

HvJ interpreteert vrijwaringsclausules restrictief en letterlijk:

- art. 3, lid 3: nationale voorschriften inzake gezondheidsaspecten van diensten -> is reclameverbod wel in voldoende rechtstreeks verband met gezondheid? -> A.-G. Bot vindt van wel.

- art.3, lid 8: aantonen rechtstreekse band met bewaken integriteitsnorm vrij beroep + conform EU-recht (proportioneel).

-> **divergentie** Richtlijn vs. WER:

Richtlijn = gereguleerd beroep: "een beroepsactiviteit of een geheel van beroepsactiviteiten waartoe de toegang of waarvan de uitoefening of een van de wijzen van uitoefening krachtens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen direct of indirect afhankelijk wordt gesteld van het bezit van bepaalde beroepskwalificaties"

terwijl

WER = vrije beroepsbeoefenaar in zin Boek XIV WER = beperkter.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

-> in Belgische context dus **slechts voor zover intellectuele kenmerkende prestaties** worden verricht en **proportioneel**. Op laatste punt wellicht eerder marginale toets HvJ.

Noot: tandarts is geen vrije beroepsbeoefenaar -> niet onderworpen aan bij of krachtens de wet opgericht tuchtorgaan.

-> bij andere prestaties = gewone dienstverrichter die zich mag bedienen van reclame.

Maar hoe in praktijk mogelijkheid tot reclame maken als onderneming rijmen met reclameverbod als vrije beroepsbeoefenaar voor de kenmerkende intellectuele prestaties ?



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Correcte toepassing vergt een duidelijke afbakening van de types prestaties: intellectueel kenmerkend voor vrij beroep of niet.

Maar, zelfs al zou dat lukken, dan nog rijst de vraag of het reclameverbod niet wordt ondermijnd door publieksreclame over andere (niet intellectuele, kenmerkende) prestaties? Bij dienstverleners in de gezondheidszorg is er wellicht *spill-over* effect.

Onderscheid tussen dienstverleners gezondheidszorg: artsen, tandartsen, apothekers enz., waar voormelde vrijwaringsclausules slagkracht hebben **EN** andere dienstverleners, advocaten, bedrijfsrevisoren enz...: even verstrekkende reclameverboden niet gerechtvaardigd.



Hoofdstuk 2. Reclame vrije beroepsbeoefenaar B2C

Onderscheid tussen dienstverleners in gezondheidszorg en andere vrije beroepen speelt ook bij de Dienstenrichtlijn (Rl. 2006/123/EG).

Art.2, lid 2, sub f) Dienstenrichtlijn sluit diensten van gezondheidszorg van het toepassingsgebied uit.

Voor de gereguleerde beroepen (idem Richtlijn elektronische handel) bepaalt art.24 i.v.m. commerciële communicatie (al dan niet rechtstreeks promoten van goederen, dienst of imago vrij beroep, minus domeinnaam, e-mail en onafhankelijke info):

- Algeheel verbod ervan moet worden ingetrokken -> algemeen en absoluut verbod op actief werven van cliënten door accountants is strijdig met Dienstenrichtlijn: zie HvJ 5 april 2011, C-119/09;
- Communicatie moet in overeenstemming zijn met beroepsregels, die conform EU-recht zijn en "in het bijzonder betreffen de onafhankelijkheid, waardigheid en integriteit van het beroep evenals het beroepsgeheim, op een wijze die strookt met de specifieke aard van elk beroep. Beroepsregels inzake commerciële communicatie zijn niet-discriminatoire, om dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd en evenredig."



Hoofdstuk 3. Specifieke reclameverboden

Artsen:

Artikel 12 van de Code van Geneeskundige Plichtenleer (CGP): arts mag medische activiteit kenbaar maken.

Artikel 13 CGP: elke vorm van publiciteit (art.14 CGP: internetsite, naambord, briefhoofd, vermeldingen in gidsen) moet waarheidsgetrouw, objectief, relevant, verifieerbaar, discreet en duidelijk zijn.

- verbod te misleiden;
- verbod te vergelijken;
- verbod aan te zetten tot onnodige onderzoeken of behandelingen;
- verbod patiënten te ronselen
(definitie onduidelijk: gepersonaliseerd aanbod aan/benaderen van derde die daar niet om heeft verzocht teneinde hem zijn diensten aan te bieden? Of Cass. 1 april 2011: werven in strijd met deontologie, algemeen belang en/of volksgezondheid);
- respecteren van beroepsgeheim.



Hoofdstuk 3. Specifieke reclameverboden

Advies van de Nationale Raad van 7 februari 2015: richtlijnen over website van een arts en gebruik van sociale media (Twitter, Facebook, LinkedIn). Voor website onder meer:

- naleven criteria art.13 CGP;
- verbod van vergelijkende honorariatarieven;
- verbod vermelden van publicaties, conferenties en andere mededelingen zonder wetenschappelijk nut;
- verbod gebruik van cookies;
- verbod getuigenissen van patiënten op te nemen.



Hoofdstuk 3. Specifieke reclameverboden

Apotheker:

Art. 88 CFP: **persoonlijke** informatie moet eigen farmaceutische activiteiten belichten en patiënt toelaten op objectieve, pertinente en controleerbare wijze te kiezen.

Art. 91 CFP: persoonlijke reclame mag mits in overeenstemming met wetgeving en voor zover de volksgezondheid en de essentiële beroepsregels niet worden geschaad.

Art. 92 CFP: verbod cliënten te ronselen = essentiële beroepsregel.
"Met ronselen van cliënteel wordt bedoeld elke benadering van één persoon of van een specifieke groep van personen, die **meer inhoudt dan de loutere informatie over de aard van de beroepsactiviteit**, en dit met om het even welke middelen".

Onderscheid reclame en informatie is **onduidelijk!**

Art. 95 CFP: website en internet: zelfde regels gelden



Hoofdstuk 3. Specifieke reclameverboden

Algemeen geldt alvast dat niet-discriminerende bepalingen in een gedragscode ter zake van reclame waarbij wordt opgelegd dat deze waarheidsgetrouw, objectief, conform de eerlijkheid en eerbiediging van het beroepsgeheim en niet-misleidend mag zijn,

- niet ertoe strekken of gevolg hebben dat de mededinging tussen vrije beroepsbeoefenaars wordt beperkt of vervalst (Europese Commissie, Beschikking 9 april 1999, EPI Gedragscode);

- in overeenstemming zijn met de regels inzake marktpraktijken.

De noodzaak aan een verbod van vergelijkende reclame om de goede naam van een vrij beroep te bewaren, is betwist (zie Ger. EU 28 maart 2001, T-144/99, EPI Gedragscode).



Algemeen besluit

- De beoefenaars van zorgberoepen zijn ondernemingen;
- Reclamebeperkingen voor zorgberoepen moeten beantwoorden aan de Europeesrechtelijke normen;
- Voor gereguleerde zorgberoepen bepleit A.G. Bot om beperkingen, voor zover ze geen totaalverbod op mededelingen inhouden, ruimhartig te benaderen, indien de beperkingen door het algemeen belang zijn ingegeven. Vraag blijft of Hof van Justitie zal volgen;
- In de Belgische context geldt de afwijking slechts voor de zorgberoepen voor zover zij als vrije beroepsbeoefenaar intellectueel kenmerkende prestaties stellen voor het betrokken vrij beroep.

