

Reclamerecht

17

College van Beroep

2 juli 2009, dossier 2009/00175

(Mrs. E.M. Wesseling-vanGent, voorzitter, C.A.A.M. Barge-Coebergh, P.J. Jansen, J. Rademaker, F.T.M. Smulders, leden)

(m.nt. EHH)

Danone en Apotheek Albers/van der Linden

Het verstrekken door apotheker Albers van een door Danone opgestuurd wetenschappelijk rapport over de gunstige werking van probiotica bij de gevolgen van een antibioticumkuur (diarree) aan een patiënt is géén aanprijzing in het openbaar en valt daarmee niet onder de definitie van reclame ex art. 1 NRC.

[Het College van Beroep vernietigt de beslissing van de RCC dat de apotheker een commercieel belang heeft bij de verkoop van Danone en dat dit belang volledig samenvalt met de voorlichting gegeven door middel van het verstrekken van een wetenschappelijk rapport. Daarmee is volgens de RCC het advies van apotheker Albers aan een patiënt een reclame-uiting in de zin van art. 1 NRC. De RCC acht zowel de apotheker als Danone verantwoordelijk voor de aanprijzing.]

De ambsthalf beslissing van de RCC dat art. 12 Claimsverordening is overtreden door het verstrekken van het rapport tijdens het advies aan de patiënt (= aanbeveling door deskundige in reclame) wordt, nu geen sprake is van een aanprijzing, eveneens vernietigd.

art. 1 Nederlandse reclame code; art. 2 Nederlandse reclame code; art. 2 Reclamecode voor voedingsmiddelen; art. 11 Claimsverordening; art. 84 Geneesmiddelenwet;

In het appel van
J.J.M. van der Linden
te Vught,
appellant sub a
tegen

I. Danone Nederland te Utrecht, advocaat Mr Poelman te Amsterdam

II. Apotheek Albers te Den Bosch

En het incidenteel appel van

Danone Nederland te Utrecht, advocaat Mr Poelman te Amsterdam

Appellant sub b

tegen

J.J.M. van der Linden

te Vught,

geïntimeerde sub a

J.J. van der Linden te Vught, klager
tegen

1. *Danone Nederland BV* te Utrecht

2. *Apotheek Albers BV* te Den Bosch
verweerders

Reclame Code Commissie

Datum: 9 juli 2009,

Dossiernr: 2009/08.0600

J.J. van der Linden te Vught, klager
tegen

1. *Danone Nederland BV* te Utrecht

2. *Apotheek Albers BV* te Den Bosch
verweerders

(...)

De bestreden uitingen

Het betreft:

1. de folder met de titel 'Werken aan je weerstand tijdens een antibioticumkuur', waarin onder meer staat: 'Actimel helpt de weerstand te verhogen dankzij *Lactobacillus casei* Defensis, goede bacteriën die alleen in Actimel aanwezig zijn.' In de folder staat in een apart kader voorts:

'Advies bij antibioticagebruik

- Maak de antibioticakuur altijd helemaal af.
- Gebruik tijdens de antibioticakuur 2 flesjes Actimel per dag.
- Drink Actimel niet gelijktijdig met de antibiotica.
- Houd je weerstand na de kuur op peil met een flesje Actimel per dag.'

Van de folder is een kopie aan deze beslissing gehecht.

2. de door Danone aan Apotheek Albers toegezonden verkorte versie van het rapport van M. Hickson e.a. dat op 29 juni 2007 is gepubliceerd in het *British Medical Journal* (kenmerk BMJ doi 10.1136/bmj.39231.599815.55, hierna ook te noemen: het rapport van Hickson e.a.).

3. de op de hiervoor bedoelde publicatie gebaseerde mededeling van Apotheek Albers aan klager toen hij een antibioticumkuur kwam ophalen, dat Actimel de mogelijke bijwerking van diarree bij een dergelijke kuur kan

voorkomen, en het geven van een kopie van dit rapport aan klager.

De klacht

De Commissie vat de klacht als volgt samen.

Toen klager een antibioticumkuur bij Apotheek Albers ophaalde, prees laatstgenoemde Actimel aan, omdat uit onderzoek zou blijken dat dit product, dat bij Apotheek Albers te koop is, de mogelijke bijwerking van diarree bij een dergelijke kuur kan voorkomen. Apotheek Albers heeft aan klager een rapport van het onderzoek van Hickson e.a. gegeven. In de vitrine van Apotheek Albers lagen ook promotiefolders van Actimel. Volgens klager staat het niet vast dat Actimel de aangeprezen werking heeft. Het advies wordt gegeven op basis van een uiterst dubieus onderzoek dat mede door Danone is gefinancierd. Nu geen wetenschappelijk materiaal beschikbaar is dat de gebezigde claim onderbouwt, is de aanprijzing in strijd met art. 3 van de Reclamecode voor voedingsmiddelen (RVV). Doordat Apotheek Albers op deze manier Actimel aan patiënten aanprijst en verkoopt, is bovendien sprake van koppelverkoop waaraan zowel Danone als Apotheek Albers verdienen. De patiënt wordt bovendien geadviseerd om na het beëindigen van de antibioticumkuur Actimel te blijven innemen om het effect van de antibioticumkuur niet ongedaan te maken. Voorts wordt ingespeeld op angstgevoelens van patiënten, hetgeen volgens klager niet terecht is, nu de bijwerking diarree weinig voorkomt en vanzelf verdwijnt.

Het verweer van Danone

De Commissie vat het verweer van Danone als volgt samen.

Danone heeft in 2004 van Agence française de sécurité sanitaire des aliments toestemming gekregen om voor Actimel de claim te voeren dat dit product de weerstand verhoogt. Wetenschappelijk onderzoek heeft aangetoond dat Actimel ook de kans op diarree vermindert. De claim is gebaseerd op diverse onafhankelijke onderzoeken die zijn gepubliceerd in toonaangevende wetenschappelijke tijdschriften, waaronder het rapport van Hickson e.a. De immunoloog professor E. Claassen Ph.D. (verder te noemen: professor Claassen) kan de juistheid van deze claim bevestigen. In de reclame-uitingen voor Actimel wordt niet ingespeeld op angstgevoelens. Ook overigens handelt Danone niet in strijd met de Nederlandse Reclame Code.

De repliek

De Commissie vat de repliek als volgt samen.

Klager plaatst diverse kanttekeningen bij de door Danone genoemde onderzoeken. Volgens klager leiden deze onderzoeken niet tot de conclusie dat de werking van Actimel bij een antibioticumkuur onomwonden vaststaat. Dit geldt ook voor het onderzoek van Hickson e.a. De resultaten van dat onderzoek gelden alleen voor personen ouder dan 50 jaar en zijn weinig overtuigend. Het advies van Danone om tijdens een antibioticumkuur twee keer

daags Actimel te nemen en na de kuur een keer per dag hiermee door te gaan, wordt niet ondersteund door onderzoek. De apotheker die, zoals Apotheek Albers, met behulp van het promotiemateriaal van Danone, waaronder het rapport van Hickson e.a., Actimel aan patiënten aanprijst, maakt misbruik van zijn positie. De apotheker handelt in het onderhavige geval als deskundig verstreker van een geneesmiddel én als verkoper van een ander product, en weet deze hoedanigheden met behulp van Danone goed te combineren. De patiënt zal het ongevraagde en op een medische publicatie gebaseerde advies van de apotheker om Actimel te gebruiken – mede uit angst – niet snel negeren. Dit is een vorm van belangenverstrengeling en koppelverkoop die niet is toegestaan en waarbij bovendien wordt ingespeeld op angstgevoelens van patiënten. De bijwerking diarree komt slechts weinig voor. Het is in Nederland niet toegestaan om reclame te maken voor geneesmiddelen. Klager betwijfelt of het is toegestaan om reclame te maken voor het gebruik van niet-geneesmiddelen in combinatie met de verstrekking van geneesmiddelen.

Het verweer van Apotheek Albers

De Commissie vat het verweer van Apotheek Albers als volgt samen.

Het is gangbare praktijk dat in apotheken niet alleen medicijnen worden verkocht, maar ook andere producten zoals voedingssupplementen. Een apotheker is een zorgverlener die wettelijk verplicht is om personen die een geneesmiddel krijgen te informeren over het gebruik van dat geneesmiddel en over eventuele bijwerkingen die daarbij kunnen optreden. Indien Apotheek Albers op basis van zijn professionele kennis van mening is dat een persoon baat kan hebben van een product dat bepaalde bijwerkingen zou kunnen wegnemen of verminderen, dan adviseert Apotheek Albers daarover. Toen klager een antibioticumkuur kwam ophalen, heeft Apotheek Albers hem geïnformeerd over de bekende bijwerking diarree bij zo'n kuur en hem het advies gegeven om Actimel te gebruiken. Toen klager belangstelling toonde voor de achtergrond van het advies, heeft Apotheek Albers aan klager een kopie van het rapport van Hickson e.a. verstrekt dat Danone eerder aan Apotheek Albers had toegestuurd. Er is geen sprake van het inspelen op angstgevoelens. De bijwerking diarree is niet zeldzaam bij een antibioticumkuur en rechtvaardigt alleen al om die reden het advies om Actimel te gebruiken.

De dupliek van Danone

De Commissie vat de dupliek van Danone als volgt samen. Actimel bevat probiotica. Op grond van de wetenschappelijke publicaties over probiotica is Danone van mening dat wetenschappelijk is bewezen dat, zoals in de folder staat, Actimel helpt de weerstand te verhogen. Danone maakt daarbij rechtmatig gebruik van de overgangsregeling van art. 28 lid 5 van EG-verordening nr. 1924/2006. Op grond van deze regeling is Danone in ieder geval

gerechtigd de gezondheidsclaim met betrekking tot het verhogen van de weerstand, die inmiddels met een zeer uitgebreid weten schappelijk dossier ter beoordeling is voorgelegd aan de European Food Safety Authority (EFSA), te gebruiken totdat op de claim is beslist, hetgeen nog niet is gebeurd.

Danone heeft Apotheek Albers door middel van het rapport van Hickson e.a. geattendeerd op het positieve effect van Actimel op antibioticumgeïnduceerde diarree. De verstrekking van dit rapport aan een apotheker valt buiten het bereik van toetsing door de Reclame Code Commissie, omdat geen sprake is van een op het publiek gerichte reclame-uiting. Apothekers zijn professionals die een uitgebreide farmaceutische opleiding hebben gehad en die in het kader van die opleiding zijn getraind in het lezen en interpreteren van wetenschappelijke publicaties. Zij lezen die publicaties om vanuit hun verplichting om patiënten te informeren over de geneesmiddelen die zij verstrekken en de mogelijke bijwerkingen daarvan. Subsidiair stelt Danone dat het effect van Actimel op antibioticumgeïnduceerde diarree blijkt uit wetenschappelijke artikelen en wordt ondersteund door de door haar, Danone, overgelegde verklaring van professor Claassen van 21 januari 2009. Het is wetenschappelijk bewezen dat Actimel dergelijke diarree kan voor komen. Er is geen sprake van dat het publiek op enige wijze angst wordt aangejaagd door de mededelingen over Actimel.

De reactie van klager

De Commissie vat deze reactie als volgt samen. Klager merkt op dat op grond van de door Danone overgelegde verklaring van professor Claassen een groot deel van zijn bezwaren met betrekking tot de onderbouwing van het effect van Actimel op antibioticumgeïnduceerde diarree is weggenomen. Klager blijft enkele vragen houden. De apotheker die Actimel adviseert heeft een economisch belang bij dat advies. Er sprake van een reclame-uiting die op grond van art. 3 RVV door de Reclame Code Commissie kan worden getoetst. Klager handhaaft verder zijn standpunt.

De reactie van Danone

De Commissie vat deze reactie als volgt samen. De claim die ter beoordeling aan de EFSA is voorgelegd luidt als volgt: 'Actimel(r), helps to strengthen the body's natural defenses'. In de folder staat niet, en evenmin wordt in de folder gesuggereerd, dat het nodig is om na afloop van een antibioticumkuur Actimel te blijven gebruiken omdat anders de effecten van de kuur worden tenietgedaan. In de folder staat in algemene zin opgesomd wat men kan doen om de weerstand te verhogen en Actimel past bij deze opsomming. Met betrekking tot het effect van Actimel op antibioticumgeïnduceerde diarree legt Danone een nadere verklaring van professor Claassen van 24 februari 2009 over. Danone handhaaft verder haar standpunt.

De dupliek van Apotheek Albers

De Commissie van de dupliek van Apotheek Albers als volgt samen. Apotheek Albers is op grond van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst een medebehandelaar van de patiënt en heeft een zelfstandige taak en eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de patiënt. Vanuit die positie heeft Apotheek Albers Actimel bij een antibioticumkuur aangeraden. Bij een antibioticumkuur komt in 20 tot 30% van de gevallen diarree voor. Vanuit medisch oogpunt is dit zeer frequent.

Het oordeel van de Commissie

Ten aanzien van de folder 'Werken aan je weerstand tijdens een antibioticakuur'

- a. In de folder staat met zoveel woorden dat Actimel tijdens en na het nemen van een antibioticumkuur de weerstand helpt te verhogen door middel van de bacteriën die in dit product aanwezig zijn. In de folder wordt deze gezondheidsclaim nader toegelicht. Ten aanzien van deze claim heeft Danone een beroep gedaan op de overgangsregeling van art. 28 lid 5 van EG-verordening nr. 1924/2006. Ingevolge deze bepaling mogen gezondheidsclaims die de rol van een nutriënt of andere stof bij de groei en ontwikkeling en de functies van het lichaam beschrijven of waarin naar die rol wordt verwezen, onder bepaalde voorwaarden worden gebruikt tot de vaststelling van de in art. 13, lid 3 van de Verordening vermelde lijst. Danone heeft onweersproken gesteld dat zij op grond van deze regeling voorlopig het recht heeft om de gezondheidsclaim met betrekking tot het verhogen van de weerstand voor Actimel te voeren.
- b. De Commissie ziet geen aanleiding om het (eind)oordeel van de EFSA af te wachten aangaande de vraag of voldoende wetenschappelijk bewijs voor de claim bestaat. Ongeacht het antwoord op deze vraag geldt dat ten tijde van het openbaar maken van de uiting, te weten het moment dat klager de reclamefolder 'Werken aan je weerstand tijdens een antibioticumkuur' ontving (dit is voor deze kwestie het relevante toetsingsmoment) het gebruik van de claim aan Danone was toegestaan. Naar het oordeel van de Commissie mocht ook Apotheek Albers de onderhavige folder aanbieden aan patiënten. Niet betwist is dat een apotheker, derhalve ook Apotheek Albers, Actimel mag verkopen. Apotheek Albers mag daarbij verwijzen naar de vooralsnog rechtmatige gezondheidclaim van Danone, zoals deze in de folder 'Werken aan je weerstand tijdens een antibioticumkuur' nader wordt toegelicht. Dat een apotheker een medische zorgverlener is, doet daaraan niet af. Evenmin doet in dit verband ter zake dat Apotheek Albers als verkoper een economisch belang bij de verkoop van Actimel heeft. Indien Apotheek Albers Actimel aanprijst onder verwijzing naar de rechtmatige gezondheidsclaim van Danone, neemt zij geen andere positie dan andere verkopers die eveneens

naar deze gezondheidsclaim mogen verwijzen. In zoverre treft de klacht geen doel.

Ten aanzien van het rapport van Hickson e.a. en het advies van Apotheek Albers om Actimel te gebruiken tijdens een antibioticumkuur.

- c. Apotheek Albers heeft op basis van het door Danone toegezonden rapport van Hickson e.a. klager geadviseerd om Actimel te gebruiken tijdens diens antibioticumkuur. Apotheek Albers heeft klager ter onderbouwing van dit advies op het door Danone toegezonden rapport van Hickson e.a. gegeven, alsook een kopie van dit rapport aan klager verstrekt. Het door Danone toegezonden van genoemd rapport aan Apotheek Albers werkt blijkens het voorgaande rechtstreeks door naar de patiënt/consument. Dit ligt ook voor de hand. Niet in geschil is dat apothekers aan patiënten die een voorgeschreven medicijn komen ophalen voorlichting dienen te geven over de bijwerkingen die dat medicijn kan hebben. In geval van een antibioticumkuur is diarree blijkens de overgelegde stukken een niet zeldzame bijwerking. Volgens Apotheek Albers komt bij een antibioticumkuur in 20 tot 30% van de gevallen diarree voor. Apotheek Albers stelt zich op het standpunt dat zij op grond van deze medisch frequente bijwerking aan patiënten die een antibioticumkuur ophalen Actimel mag adviseren, nu blijkens het rapport van Hickson e.a. dit product antibioticumgeïndiceerde diarree kan voorkomen.
- d. De Commissie is van oordeel dat de apotheker die (zoals Apotheek Albers) Actimel verkoopt als deel van zijn assortiment, tevens een zelfstandig commercieel belang heeft bij de verkoop van dit product, welk belang volledig samenvalt met de voorlichting die hij aan patiënten dient te geven. Deze belangen kunnen naar het oordeel van de Commissie niet los van elkaar worden gezien. Feit blijft immers dat het advies om Actimel te gebruiken onvermijdelijk ook een commerciële reclame-uiting voor Actimel inhoudt. Door het geven van het advies om tijdens een antibioticumkuur Actimel te gebruiken wegens de frequente bijwerking diarree bij zo'n kuur, prijst Apotheek Albers tevens dit product van zijn assortiment aan als een mogelijk effectief middel om antibioticum geïndiceerde diarree te voorkomen. De Commissie is van oordeel dat deze aanprijzing valt onder de definitie van reclame in art. 1 van de Nederlandse Reclame Code.
- e. Aan het voorgaande doet niet af dat apothekers, zoals Danone stelt, professionals zijn die een uitgebreide farmaceutische opleiding hebben gevolgd en die publicaties als de onderhavige lezen vanuit hun beroepsmatige verplichting om de patiënt te informeren over de geneesmiddelen die zij verstrekken en over de mogelijke bijwerkingen daarvan. Hetzelfde geldt voor het betoog van Danone dat het verstrekken van een wetenschappelijke studie aan een apotheker in het algemeen niet een op het publiek gerichte reclame-uiting is. Dit alles neemt immers niet weg dat het advies om Actimel te gebruiken bij een antibioticumkuur blijkens het voorgaande een reclame-uiting is in de zin van de Nederlandse Reclame Code. Gelet op hetgeen in onderdeel c) is vermeld over de wijze waarop het verstrekken van het rapport van Hickson e.a. door Danone aan Apotheek Albers doorwerkt naar de patiënt/consument en de verwevenheid van hun commerciële belangen, acht de Commissie zowel Danone als Apotheek Albers verantwoordelijk voor deze aanprijzing. De Commissie is derhalve ten aanzien van beide verweerders bevoegd om over de klacht te oordelen.
- f. Door het advies Actimel bij een antibioticumkuur te gebruiken ter voorkoming van diarree, wordt Actimel naar het oordeel van de Commissie aangeprezen als een product dat een bepaalde invloed kan hebben op de fysieke gezondheidstoestand van een mens, en wel in deze zin dat het gebruik van Actimel antibioticumgeïndiceerde diarree kan voorkomen. De Commissie verwijst naar onderstaande tabel uit het rapport waarin de resultaten van het onderzoek van Hickson e.a. als volgt worden samengevat.
- g. Naar het oordeel van de Commissie dient de in het rapport aan Actimel toegeschreven werking en de daarop gebaseerde aanprijzing om dit product tijdens een antibioticumkuur te gebruiken, te worden beschouwd als medisch van aard. Dit is een wezenlijk andere situatie dan de gezondheidsclaim dat Actimel de weerstand verhoogt. Doordat met zoveel woorden wordt gezegd dat Actimel antibioticumgeïndiceerde diarree kan voorkomen, wordt Actimel naar het oordeel van de Commissie aangeprezen met gebruikmaking van vermeldingen of voorstellingen die aan de waar eigenschappen toeschrijven inzake het voorkomen, behandelen of genezen van een ziekte of die toespelingen maken op zodanige eigenschappen. Op grond van art. 20 lid 2 onder a van de Warenwet is het een ieder verboden in de uitoefening van een beroep of bedrijf eet- of drinkwaar aan te prijzen met gebruikmaking van dergelijke vermeldingen of voorstellingen. Derhalve is gehandeld in strijd met deze wettelijke bepaling.
- h. Ambtshalve voegt de Commissie aan het voorgaande toe dat tevens sprake is van handelen in strijd met art. 12 aan hef en onder c Verordening (EG) Nr. 1924/2006. Ingevolge deze bepaling zijn claims waarin wordt verwezen naar aanbevelingen van individuele artsen of beroepsbeoefenaren op het gebied van de volksgezondheid niet toegestaan. Naar het oordeel van de Commissie kan het rapport van Hickson e.a. als een aanbeveling in de zin van laatstgenoemde bepaling worden opgevat, zodat in een reclame-uiting niet daarnaar mag worden verwezen.
- i. Het feit dat is gehandeld in strijd met de Warenwet respectievelijk met Verordening (EG) Nr. 1924/2006, brengt mee dat art. 2 van de Nederlandse Reclame

Code is geschonden. De Commissie acht op grond van de hiervoor omschreven samenwerking bij de aanprijzing en de verkoop van Actimel zowel Danone als Apotheek Albers voor dit handelen verantwoordelijk. Danone en Apotheek Albers mogen Actimel niet aanprijzen als een middel dat diarree bij een antibioticumkuur kan voorkomen.

- j. Niet kan worden gezegd dat Danone en Apotheek Albers door die aanprijzing tevens in strijd met art. 3 RVV hebben gehandeld. Het rapport van Hickson e.a. in combinatie met de verklaringen van professor Claassen maken het effect dat Actimel heeft op antibioticumgeïnduceerde diarree voldoende aannemelijk. Gelet hierop kan ook niet worden gezegd dat Danone en Apotheek Albers zonder te rechtvaardigen redenen hebben geappelleerd aan angstgevoelens door klager op dit effect te wijzen. Tot slot is de Commissie van oordeel dat in de reclame-uitingen voor Actimel niet wordt gezegd of gesuggereerd dat het stoppen met de consumptie van Actimel de effecten van een antibioticumkuur teniet zou doen.

De beslissing

Op grond van hetgeen hiervoor sub c tot en met i is vermeld, acht de Commissie de aanprijzing door Danone en Apotheek Albers van Actimel als een middel dat geschikt is om diarree bij een antibioticumkuur te voorkomen, in strijd met art. 2 van de Nederlandse Reclame Code. Ook het verstrekken van het rapport van Hickson e.a. aan de consument/patiënt acht de Commissie in strijd met art. 2 van de Nederlandse Reclame Code.

De Commissie beveelt Danone en Apotheek Albers aan om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. De Commissie wijst de klacht voor het overige af.

College van Beroep

2 juli 2009, dossier 2009/00175

(Mr E.M. Wesseling-van Gent, voorzitter, mr C.A.A.M. Barge-Coebergh, Mr P.J. Jansen, dhr J. Rademaker, mr F.T.M. Smulders, leden)

In het appel van

J.J.M. van der Linden

te Vught,

appellant sub a

tegen

III. *Danone Nederland* te Utrecht, advocaat Mr Poelman te Amsterdam

IV. *Apotheek Albers* te Den Bosch

En het incidenteel appel van

Danone Nederland te Utrecht, advocaat Mr Poelman te Amsterdam

Appelante sub B

tegen

J.J. medistart M. van der Linden

te Vught,

geïntimeerde sub a

De grieven in appel A

De in het beroepschrift geuite grieven tegen de beslissing van de Commissie kunnen als volgt worden samengevat.

I. Onweersproken is dat Danone de algemene gezondheidsclaim 'Actimel helps to strengthen the body's natural defenses', vrij vertaald: 'Actimel helpt de weerstand te verhogen' onder bepaalde voorwaarden mag voeren, zolang deze ter beoordeling bij de EFSA ligt. Echter, in het oordeel van de Commissie wordt voorbij gegaan aan de toevoeging aan genoemde claim van: 'tijdens een antibioticakuur'.

Deze toevoeging en bijbehorende wetenschappelijke onderbouwing zijn nimmer getoetst door enige onafhankelijke instantie en deze claim ligt ook niet ter beoordeling bij de EFSA.

De gehele campagne van Danone, inclusief de gewraakte folder 'Werken aan je weerstand tijdens een antibioticakuur', is medisch van aard en de aanprijzing van Actimel tijdens een antibioticakuur valt onder de Geneesmiddelenwet.

Levensmiddelen, waaronder levensmiddelen met een gezondheidsclaim, zijn middelen die bedoeld zijn voor algemeen (dagelijks) gebruik. Ook Actimel is een levensmiddel en valt daarmee onder de Warenwet. Echter, door Actimel aan te prijzen bij een antibioticakuur gaat het om gebruik in een zeer specifieke situatie waarbij Actimel een zeer specifieke werking heeft, namelijk het voorkomen van diarree. Hierdoor is Actimel een geneesmiddel. Het standpunt dat Actimel in het geval van het aanprijzen daarvan bij antibioticagebruik onder de Geneesmiddelenwet valt, wordt versterkt door het aanbieden van een kuurverpakking en door de opsomming door middel van drie bulletpoints in de folder onder het kopje: 'Werk aan je weerstand met Actimel'. Deze opsomming bevat zoveel medische termen, dat Actimel wordt gepresenteerd als een geneesmiddel in de zin van de Geneesmiddelenwet. Daarmee is deze opsomming ook in strijd met art. 20 lid 2 sub a van de Warenwet.

II. In onderdeel 11 onder 'j' heeft de Commissie onder meer overwogen:

'Tot slot is de Commissie van oordeel dat in de reclame-uitingen voor Actimel niet wordt gezegd of gesuggereerd dat het stoppen met de consumptie van Actimel de effecten van een antibioticumkuur teniet zou doen'.

Deze overweging berust waarschijnlijk op een misverstand. Appellant heeft getracht in de klacht naar voren te brengen dat er geen enkel wetenschappelijk bewijs is voor enig effect van Actimel in relatie tot de antibioticakuur, indien er na de kuur wordt doorgegaan met het nemen van één flesje Actimel per dag. Daardoor acht appellant de opsomming door middel van vier bulletpoints onder het kopje 'Advies bij antibioticagebruik' onjuist. Het vierde punt: 'Houd je weerstand na de kuur op peil met een flesje Actimel per dag' houdt geen enkel

verband met de antibioticakuur en dient in de opsomming te vervallen.

III. Bij het aanprijzen van Actimel bij een antibioticakuur is het onvermijdelijk dat het ziektebeeld diarree ter sprake komt. Dit ziektebeeld is namelijk de enige link tussen Actimel en antibiotica. In de folder wordt dit ziektebeeld in de tekst onder het kopje 'Antibiotica stellen je weerstand extra op de proef' omzichtig gemeden – er wordt gesproken over goede en slechte bacteriën en een verstoorde balans hiertussen – maar de desbetreffende tekst is van dien aard, dat een ziektebeeld wordt beschreven. Daarbij wordt Actimel aangeprezen als een middel ter genezing.

Gelet op de bewuste tekst 'zou de inhoud van de folder (...) in strijd zijn met art. 19 lid sub a van de Warenwet'. In de conclusie van het beroepschrift verzoekt appelland het College om de beslissing, waar deze het handelen van de apotheker betreft, van toepassing te verklaren op alle apothekers, omdat te verwachten is dat Danone dezelfde campagne door meer apothekers wil laten voeren.

Het antwoord in appel A

De grieven zijn gemotiveerd weersproken.

De grieven in het incidenteel appel (appel B)

Deze kunnen als volgt worden samengevat.

I. In het geval van apotheek Albers heeft de op een apotheker rustende verplichting tot het verlenen van verantwoorde zorg ertoe geleid dat de apotheker (de vriendin van) geïntimeerde informeerde over de mogelijke bijwerking van diarree bij een antibioticakuur en dat hij adviseerde om Actimel te gebruiken. Op aandringen van geïntimeerde heeft de apotheker daarbij verwezen naar de Hickson studie.

De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat dat advies 'onvermijdelijk' tevens moet worden aangemerkt als een reclame-uiting in de zin van art. 1 van de Nederlandse Reclame Code (NRC), enkel en alleen omdat het product dat de apotheker adviseerde ook in zijn apotheek te koop was.

Een apotheker heeft een commercieel belang bij elk product dat hij verkoopt. Echter, dat betekent nog niet dat ieder professioneel advies dat hij aan een patiënt verleent om een bepaald product te gebruiken een reclame-uiting is voor het geadviseerde product, welke uiting onderworpen zou aan de NRC.

Nu het advies van de apotheker geen reclame-uiting is, is van strijd met art. 20 lid 2 sub a Warenwet geen sprake. Deze bepaling ziet op aanprijzingen van eet- en drinkwaren. Op medische studies gebaseerd advies valt daar niet onder.

Evenmin is art. 12 van de Claimsverordening overtreden, reeds omdat er geen sprake is van een aanprijzing in de zin van de NRC, noch van een claim in de zin van de Claimsverordening, maar van een beroepsmatig verstrekt advies. Ook al zou het College daarover anders oordelen, dan nog is art. 12 van de Claimsverordening niet overtreden,

omdat er geen sprake is van een aanbeveling van Hickson aan consumenten om Actimel te gebruiken; Hickson deelde slechts in een internationaal wetenschappelijk tijdschrift de resultaten van een door haar uitgevoerd onderzoek met de wetenschappelijke wereld.

II. Ten onrechte heeft de Commissie Danone medeverantwoordelijk gehouden 'voor de verboden reclame-uiting van de apotheker'.

Afgezien daarvan dat de uiting van de apotheker geen reclame-uiting is, betrof het verstrekken door Danone van de Hickson studie aan apotheek Albers slechts het verstrekken van wetenschappelijke informatie aan een professional.

Danone heeft er op geen enkele wijze bij de apotheker op aangedrongen, of zelfs maar zijdelings gesuggereerd, dat hij een kopie van de studie aan geïntimeerde of aan enige andere patiënt zou verstrekken.

Het antwoord in incidenteel appel (appel B)

De grieven zijn gemotiveerd weersproken.

Ter nadere toelichting van het beroep heeft geïntimeerde onder meer het volgende naar voren gebracht.

Anders dan Danone in haar reactie op het appel wil doen geloven, maakt de in het beroepschrift onder het kopje 'Concluderend' gestelde vraag wel degelijk deel uit van het beroep tegen de uitspraak van de Commissie. Deze vraag kan als volgt worden samengevat.

In de campagne is er steeds sprake van preventief gebruik van Actimel tijdens een antibioticakuur om diarree te voorkomen. Gelet daarop is de vraag of er wetenschappelijk gezien reden is om te veronderstellen dat Actimel niet werkt indien dit pas wordt gebruikt vanaf het moment dat ADD of CDD (vormen van diarree) optreedt als gevolg van antibioticagebruik.

Danone stelt dat prof. Claassen op deze vraag is ingegaan in zijn reactie van 24 februari 2009. Echter, de verklaring van prof. Claassen, betreft geen wetenschappelijke onderbouwing, maar een uitlating van een individueel wetenschapper, die niet is onderbouwd door enig onderzoek. Claassen zegt namelijk: 'Aangezien in het geval van antibioticagebruik er een aanzienlijke kans bestaat dat diarree zal optreden ... lijkt het mij dan ook niet wenselijk om probiotica pas te geven op het moment dat de diarree daadwerkelijk optreedt'.

Brief van 12 mei 2009 van mr. Poelmann

Mr. Poelmann heeft onder meer het volgende meegedeeld. Wat betreft de opmerkingen in beroep over de noodzaak om Actimel 'preventief' te consumeren, wijst Danone erop dat Actimel een levensmiddel is en dat in de folder wordt geadverteerd met het gebruik van dit levensmiddel tijdens een antibioticakuur. De grondslag van die aanprijzing is gelegen in het feit dat antibiotica de weerstand van het lichaam aantasten, doordat zij de balans in de darmflora verstoren. Die verstoring kan zo ver gaan dat zij resulteert in diarree, maar ook als dat effect niet optreedt, zullen de antibiotica altijd de darmflora verstoren.

ren en daarmee de weerstand aantasten. Dit wordt algemeen aangenomen in brede wetenschappelijke kring. Danone schendt de NRC niet door de consumptie van Actimel aan te prijzen gedurende de periode dat de weerstand onder druk staat door de antibiotica (en niet pas na afloop van die periode). De situatie is wat dat betreft niet anders dan wanneer Danone de consumptie van Actimel aanprijst in andere situaties waarin de weerstand onder druk staat, zoals in periodes van weinig slaap of stress, of in de wintermaanden.

Het oordeel van het College

1. Het College zal hierna – behoudens in citaten – speken van (een) antibioticakuur, ook daar waar partijen de aanduiding antibioticakuur gebruiken.
2. Ten aanzien van de grieven in appel A overweegt het College het volgende.

Het College stelt voorop dat in beroep aan de orde zijn de uitingen zoals omschreven in onderdeel 2 onder 1, 2 en 3 van de beslissing van de Commissie. Voor zover appelland zou wensen dat de Commissie en eventueel het College zich uitlaten over andere uitingen die deel zouden uitmaken van een 'gehele campagne van Danone', zoals bijvoorbeeld een 'kuurverpakking', ligt het op de weg van appelland om daartegen een nieuwe klacht in te dienen bij de Commissie.

Voorts overweegt het College dat het zijn oordeel zal beperken tot de bij deze procedure betrokken partijen. Het College is niet bevoegd om zijn beslissing van toepassing te verklaren op 'alle apothekers', zoals door appelland verzocht.

3. Met betrekking tot de verschillende grieven overweegt het College het volgende.

Grief I.

Naar in deze grief wordt gesteld, is onweersproken dat Danone de claim 'Actimel helpt de weerstand te verhogen' onder bepaalde voorwaarden mag voeren, zolang deze ter beoordeling bij de European Food Safety Authority (EFSA) ligt.

Appelland stelt dat in de folder aan deze claim zou zijn toegevoegd: 'tijdens een antibioticakuur' en dat de Commissie ten onrechte aan deze toevoeging zou zijn voorbijgegaan. Deze stelling wordt verworpen.

Ten eerste staat in de folder: 'Actimel helpt de weerstand te verhogen dankzij *Lactobacillus casei* Defensis, goede bacteriën die alleen in Actimel aanwezig zijn', zonder dat daaraan is toegevoegd: 'tijdens een antibioticakuur'. Wel luidt de titel van de folder: 'Werken aan je weerstand tijdens een antibioticakuur' en ligt de nadruk in de folder op het gebruik van Actimel tijdens een antibioticakuur. De wijze waarop dit gebruik in de folder wordt toegelicht, leidt niet tot het oordeel dat de folder ontoelaatbaar zou zijn. Gesteld wordt dat 'je weerstand' soms extra op de proef wordt gesteld, bijvoorbeeld 'als je een antibioticakuur gebruikt'. In dat verband wordt – tijdens een antibioticakuur – het gebruik van Actimel aanbevolen, ten

aanzien waarvan in de folder wordt gezegd en toegelicht dat het de weerstand helpt verhogen.

Waar appelland stelt dat het 'door Actimel aan te prijzen bij een antibioticakuur' gaat om 'gebruik in een zeer specifieke situatie waarbij Actimel een zeer specifieke werking heeft, namelijk het voorkomen van diarree', overweegt het College dat niet kan worden geoordeeld dat in de folder de claim besloten ligt dat Actimel diarree zou voorkomen.

Waar appelland stelt dat de opsomming door middel van bulletpoints van drie niveaus waarop – naar in de folder wordt gesteld – goede bacteriën in Actimel 'aan onze weerstand in de darmen' werken, in strijd zou zijn met art. 20 lid 2 sub a van de Warenwet, is er sprake van een uitbreiding van de klacht in hoger beroep en is het College niet bevoegd zich daarover in het onderhavige beroep uit te laten.

Grief II.

Dat het vierde bulletpoint in de folder, luidend: 'Houd je weerstand na de kuur op peil met een flesje Actimel per dag' onder het kopje 'Advies bij antibioticagebruik' staat, betekent niet dat de folder ontoelaatbaar zou zijn.

Naar het oordeel van het College is voor de gemiddelde consument, mede gelet op de gehele inhoud van de folder, voldoende duidelijk dat deze mededeling van adviserende aard betrekking heeft op het in het algemeen op peil houden van de weerstand nadat men een antibioticakuur heeft beëindigd. In de mededeling ligt niet de suggestie besloten dat er een relatie zou bestaan tussen de (effecten van een) antibioticakuur en het gebruik van Actimel na de kuur.

Grief III.

Zoals hiervoor overwogen ligt in de folder niet de claim besloten dat Actimel diarree zou voorkomen.

4. Tenslotte overweegt het College het volgende naar aanleiding van de nadere toelichting van het beroep zoals samengevat in onderdeel 5 hiervoor.

In het beroepschrift staat onder 'Concluderend' onder meer:

'Buiten het bovenstaande beroepschrift is er nog één vraag (..) die wel degelijk van belang is'. Gelet op deze formulering lijkt hier geen grief tegen de beslissing van de Commissie te worden ingediend, maar slechts een vraag te worden gesteld.

Wat daarvan zij, appelland vraagt zich – zakelijk weergegeven – af of er wetenschappelijk gezien reden is om te veronderstellen dat Actimel niet werkt indien dit pas wordt gebruikt vanaf het moment dat diarree optreedt als gevolg van antibioticagebruik.

Nu, zoals hiervoor overwogen, in de folder niet de claim besloten ligt dat Actimel diarree zou voorkomen, acht het College de beantwoording van deze vraag niet relevant voor zijn oordeel over de folder.

Wat betreft de andere gewraakte uitingen, genoemd in onderdeel 2 van de beslissing van de Commissie, verwijst

het College naar zijn oordeel over die uitingen, in het incidenteel appel hierna.

5. In het incidenteel appel (appel B) overweegt het College het volgende.

De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Naar de Commissie heeft overwogen en naar partijen niet hebben bestreden heeft Apotheek Albers geïntimeerde geadviseerd om Actimel te gebruiken tijdens een antibioticumkuur, heeft de apotheker voorts ter onderbouwing van dit advies gewezen op het door Danone aan Apotheek Albers toegezonden 'rapport van Hickson e.a.' en heeft de apotheker desgevraagd een kopie van dit rapport aan geïntimeerde verstrekt.

6. Anders dan de Commissie heeft overwogen, kan het onderhavige advies van de apotheker naar het oordeel van het College niet worden aangemerkt als reclame. Ingevolge art. 1 van de Nederlandse Reclame Code (NRC) wordt onder reclame verstaan: 'iedere openbare aanprijzing van goederen, diensten of denkbeelden' en ingevolge de toelichting bij art. 1 NRC vallen aanprijzingen, die niet in het openbaar plaatsvinden, niet onder de definitie.

Naar het oordeel van het College kan het bewuste advies van Apotheek Albers om Actimel te gebruiken niet worden aangemerkt als een aanprijzing in het openbaar. Het College overweegt daartoe dat ten aanzien van dat advies niet is komen vast te staan dat hierbij sprake is geweest van een standaard, niet op de individuele patiënt toegespitste inhoud.

Nu het advies van Apotheek Albers niet kan worden aangemerkt als een reclame in de zin van art. 1 NRC, was de Commissie niet bevoegd dit advies te toetsen aan de NRC.

7. Wat betreft de door Danone aan Apotheek Albers toegezonden verkorte versie van het rapport van M. Hickson e.a., die als bijlage 2 aan deze uitspraak is gehecht, overweegt het College dat dit stuk evenmin kan worden aangemerkt als reclame in de zin van art. 1 NRC. Het betreft een artikel over een door Hickson uitgevoerd onderzoek, in een reprint van het wetenschappelijke tijdschrift 'British Medical Journal'. Niet kan worden geoordeeld dat door dit artikel, zoals dat door Danone aan Apotheek Albers is toegezonden, in het openbaar goederen, diensten of denkbeelden worden aangeprezen. Waar Apotheek Albers dit artikel in het kader van voornoemd advies – welk advies zoals hiervoor overwogen niet als reclame kan worden aangemerkt – aan geïntimeerde heeft verstrekt, is ook geen sprake van een openbare aanprijzing in de zin van art. 1 NRC.

Gelet op het bovenstaande wordt als volgt beslist.

De beslissing

In het appel:

Het College bevestigt de beslissing van de Commissie, voor zover daartegen appel is ingesteld.

In het incidenteel appel:

Het College vernietigt de beslissing van de Commissie, voor zover daartegen incidenteel appel is ingesteld.

Noot

Reclame of informatie?

1. Weer een uitspraak over de scheidslijn tussen informatie en reclame. Een discussie die nog lang niet is uitgewoed. Een mooi overzichtsartikel over reclame en informatie bij geneesmiddelen verscheen in het decembernummer 2009 van Jurisprudentie Geneesmiddelenrecht Plus (o.a. over de symptoomreclame op de website erectiestoornis.nl) van de hand van Mirjam de Bruin en Marie-Hélène Schutjens¹. Die uitspraak van het College van Beroep van de St Reclame Code over erectiestoornis.nl wordt elders in dit IER nummer gepubliceerd en geannoteerd door Mr Otto Swens. In dit nummer ook de uitspraak van het College van Beroep over de combinatie van artikelen en reclame in het tijdschrift Swinglevend, met noot van Professor Jan Kabel.

2. De Reclame Code Commissie heeft in deze Danone-zaak een vergaand oordeel gegeven met in potentie vergaande gevolgen. Kort gezegd: een advies van een apotheker aan een klant om Danone te gebruiken tijdens een antibioticumkuur (wat vaak met diarree gepaard gaat) is reclame. Het overhandigen van een kopie van een wetenschappelijke studie over de effecten van probiotica op diarree aan zijn klant is ook reclame. Zowel Danone als apotheker Albers maken daarmee verboden medische claims voor voedingsmiddelen en dat is in strijd met de Warenwet en dus art. 2 NRC. Het College van Beroep van de Stichting Reclame Code vernietigt deze beslissing vanwege een ander element in de definitie van reclame: het advies aan de klant is geen openbare aanprijzing.

3. Dit is een logische redenering. Een één op één gegeven advies van een professional, die is opgeleid om zijn kennis en kunde in te zetten ten behoeve van de klant welk advies is gebaseerd op wetenschappelijke informatie (vaktechnische publicaties) is geen reclame, want niet openbaar en niet verricht in het kader van een communicatiecampagne (althans dat is feitelijk niet vastgesteld).

Definitie informatie? Twee stappen plan

4. Het begrip 'informatie' of 'voorlichting' is niet in een Richtlijn of wet gedefinieerd. Desgevraagd is zowel bij de behandeling van de Geneesmiddelenwet alsook recent door de Minister verklaard dat hij ook niet alsnog met een definitie gaat komen². Dat is te ingewikkeld. In ieder individueel geval moet aan de hand van alle omstandigheden worden besloten of sprake is van voorlichting/informatie dan wel van reclame. Wel wordt in de Geneesmiddelenwet en ook in de Gedragscode CGR (Code Geneesmiddelenreclame) een opsomming gegeven

1. Het onderscheid tussen reclame en informatie voor geneesmiddelen. Verleden-heden-toekomst, Mirjam de Bruin en Marie-Hélène Schutjens, *Jurisprudentie Geneesmiddelenrecht plus* 2009, blz 16 – 35.
2. Tweede Kamer, nr 29 359, nr 6, blz 32, vergaderjaar 2004-2005 in het kader van de parlementaire behandeling van de Geneesmiddelenwet en recent het antwoord van Minister Klink van VWS dd 1 oktober 2009, AH 187 2009Z15518.

met vier voorbeelden van informatie die niet onder de definitie van reclame vallen. Eén zo'n voorbeeld van 'informatie' is: 'brieven, vergezeld van documentatie, waarmee geen reclamedoeleinden wordt nagestreefd ter inwilliging van een specifiek verzoek om informatie'. De vier genoemde voorbeelden zijn uitdrukkelijk niet limitatief.

5. Uit de rechtspraak³ blijkt dat bij geneesmiddelen een twee-stappenplan moet worden toegepast bij de vraag of sprake is van reclame. Stap 1: is sprake van voorlichting? Bij die vraag is het *doel* van de uiting niet relevant (wel of niet een winstootmerk). Voorbeelden van voorlichting zijn genoemd in de Geneesmiddelenwet/Code Geneesmiddelenreclame. Ook als de situatie niet overeenkomt met een van de genoemde voorbeelden dan geldt nog steeds de vraag: is sprake van voorlichting? Immers, de opsomming is niet limitatief. Alle omstandigheden van het geval moeten dan worden meegewogen: de geadresseerde, de inhoud, presentatie, opmaak en de context van de uiting (zo ook art. 1 Geneesmiddelenwet). Is het antwoord: ja, het is voorlichting, dan is daarmee gegeven dat de uitingen richting publiek zijn toegestaan (en/of niet vallen onder de Warenwet want niet zijnde een aanprijzing). Als deze exercitie leidt tot het oordeel dat geen sprake is van voorlichting, dan volgt daarna stap 2: is sprake van reclame? Daarbij tellen alle omstandigheden. Hier speelt – onder meer maar niet uitsluitend – wél het argument wat het doel is van de uiting: is sprake van een winstootmerk cq verkoopbevordering?

Ook bij niet-geneesmiddelen? Ook bij derden?

6. Bovenstaande redenering geldt voor de afbakening van enerzijds geneesmiddelenreclame en anderzijds geneesmiddeleninformatie of -voorlichting. Hoe zit dat bij Warenwet producten? Ik voel veel voor toepassing van deze zelfde redenering en hetzelfde stappenplan. Algemeen aanvaard is dat informatie/voorlichting geen 'reclame' is. Een juridische definitie van informatie is ook in de 'gewone' reclamewereld niet gegeven. Bij gezondheidsproducten hebben we te maken met een aanpalend grensgebied. Het is logisch om leentjebuurt te spelen qua juridische argumentatie. Maar ook, meer dogmatisch, is het argument aan te voeren dat het ook hier in wezen gaat om de vraag of sprake is van reclame in het kader van geneesmiddelenwetgeving. Immers door gebruikmaking van verboden medische claims voor een voedingsmiddel verwordt het voedingsmiddel ten gevolge van het aanprijzingscriterium tot een ongeregistreerd geneesmiddel. Dus is het logisch om ook bij voedingsmiddelen bij het afbakeningsvraagstuk reclame versus informatie deze zelfde twee-stappentoets toe te passen. Eerst sec de vraag of sprake is van voorlichting (het verkoopargument speelt geen rol), dan vervolgens de vraag of de uiting reclame is.

3. Hof Arnhem 16 juni 2003, SchimmelInagel Novartis, IER 2003 nr 68 blz 330 m.nt. E.H. Hoogenraad.

7. Het *Damgaard*-arrest⁴ bevestigt ons dat – bij geneesmiddelen – eenieder, ook derde partijen, onafhankelijk van de relatie met de fabrikant – onder de definitie van geneesmiddelenreclame kunnen vallen en reclame kunnen maken. Het is aan de nationale rechter om aan de hand van de concrete situatie en regelgeving te bepalen of inderdaad sprake is van reclame. Dus ook de apotheker die onafhankelijk is van de fabrikant van de probiotica kán reclame maken. Als we aan de reclamevraag toekomen (stap 2) is het doel van de uiting relevant. *Damgaard* spreekt zich niet uit of de twee stappentoets nog steeds van kracht is. Naar mijn mening kan dat zeker het geval zijn.

Danone-uitpraak RCC

8. Interessant is te kijken hoe de RCC het aanpakt. Helaas wordt de twee-stappentoets niet gevolgd. Volgens de RCC heeft apotheker Albers een zelfstandig commercieel belang bij de verkoop van Actimel. Dat belang valt volledig samen met de voorlichting die hij als apotheek aan zijn klant dient te geven. Het feit dat de apotheker het advies geeft Actimel te gebruiken houdt volgens de RCC onvermijdelijk ook een commerciële reclame-uiting voor Actimel in.

9. Mijns inziens is dit niet de juiste route. De voorvraag is: is een advies van de apotheker aan zijn klant voorlichting? Feitelijk staat vast dat het advies juist is (wetenschappelijk bewezen). Als een van de toegelaten uitzonderingen op het begrip reclame vermeldt de Geneesmiddelenwet: brieven, eventueel vergezeld van documentatie, waarmee geen reclamedoeleinden worden nagestreefd, ter inwilliging van een specifiek verzoek over een bepaald geneesmiddel. Dat komt dicht in de buurt van een mondeling advies met wetenschappelijk document, desgevraagd gegeven aan een patiënt/klant die een antibioticumkuur volgt. Discussie is natuurlijk 'waarmee geen reclamedoeleinden worden nagestreefd'. Wat heeft de overhand: het professionele advies van waarde en naar waarheid versus het feit dat het (ook) geld in het laatje brengt. Daarom is het stappenplan zinvol, bij vraag 1 speelt het winstootmerk niet.

Openbare aanprijzing?

10. Juist vanwege die twee aspecten (financieel gewin in combinatie met voorlichtend advies) is ook de koers van het College van Beroep een logische: een individueel vertrekt advies tussen apotheker en zijn klant is niet een openbare aanprijzing. Mogelijk een aanprijzing, maar niet openbaar. En dus geen reclame. Gezien de definitie van art. 1 NRC een waarheid als een koe. Het openbare aspect is een verstandig en wezenlijk element in de definitie. Immers reclame, en de beperkende reclameregels, spelen een rol daar waar de openbare orde en het maatschappelijk belang in het geding is. Private mededelingen, en daaronder ook mededelingen in de

4. HvJEG 2 april 2009 C-421/07 (*Damgaard*), JGR 1009/23 mnt R.G.T. van Wissen, IER 2009/51 m.nt O.P. Swens.

advies sfeer tussen arts en patiënt, zijn niet bestemd om onder de reclamedefinitie en bijbehorende wetgeving te vallen. Dat is, naast andere argumenten, ook een inbreuk op de privé-sfeer. Bovendien zou dan een oneindig aantal extra 'uitingen' en gesprekken opeens onder de definitie van reclame vallen.

Context en terughoudendheid

11. Op het moment dat stap 2 aan de orde komt, is het doel van de uiting wél relevant. Het College van Beroep heeft in de uitspraak over de website www.erectiestoornis.nl aangegeven dat alle omstandigheden meetellen. De uiting moet in zijn geheel worden beschouwd, waarbij onder meer moet worden gezien op welke wijze, in welke context en met welk doel de geneesmiddelen zijn vermeld⁵. Zie elders in dit nummer de noot van Otto Swens. In die uitspraak komt een toverwoord voor: terughoudendheid. Als de Danone-case wordt getoetst aan de [erectiestoornis.nl](http://www.erectiestoornis.nl)-criteria dan zou ik menen dat in casu sprake is van voldoende terughoudendheid. Immers het gaat sec om een feitelijk juiste mededeling (of zo u wilt aanprijzing), onderbouwd door middel van een wetenschappelijk artikel. Ook langs die route zou moeten worden geoordeeld dat, bij dit grensgeval van reclame versus informatie, sprake is van voldoende terughoudendheid. Het apothekersadvies is daarmee informatie en geen reclame.

12. De eveneens bij de apotheker te verkrijgen folder 'werken aan je weerstand tijdens een antibioticumkuur' is volgens zowel de RCC als het CvB volledig in lijn met de regelgeving want bevat alleen toegelaten gezondheidsclaims en geen verboden medische claims. Die gezondheidsclaims zijn toegestaan gedurende de overgangstermijn, in afwachting van de definitieve art. 13-lijst.

Nieuwe definitie reclame ex art. 1 NRC?

13. De Stichting Reclame Code heeft in overweging om de definitie van reclame uit art. 1 uit te breiden. Op het Nationaal Reclame Congres 2009 op 11 december jl. is een concept tekst beschikbaar gemaakt waarbij, naast andere wijzigingen, het onderdeel 'openbaar' uit de definitie zou verdwijnen. Daarmee zou de Danone-uitspraak van het College van Beroep van geen enkele betekenis meer zijn. Naar mijn mening is de openbaarheid van reclame een essentieel onderdeel van het begrip reclame. Zie voor een deel van de argumentatie hierboven onder punt 10. Als onverhoopt (!) dit element uit de definitie verdwijnt is des te belangrijker dat een Reclame Code Commissie bij de vraag of sprake is van voorlichting of reclame een juist stappenplan hanteert. Een tweestappenplan dat voortkomt uit bestendige rechtspraak van de burgerlijke rechter en de zelfregulering van de geneesmiddelenbranche, uitgevoerd door een professioneel zelfreguleringscollege, van de Stichting Geneesmiddelen Reclame. Volgens de burgerlijke rechter (de Hoge

Raad) is de Code Commissie CGR een college van deskundigen met expertise. De regels zelf alsook de daarop door de CGR gebaseerde jurisprudentie gelden volgens de rechter als algemeen aanvaard en zijn ook meermalen door de burgerlijke rechter erkend⁶. Dit zo zijnde stel ik mij voor dat ook de Stichting Reclame Code graag deze algemene normen mee zal willen helpen uitbouwen en toepassen.

Claimsverordening: aanbeveling door deskundige

14. Nog een enkel woord over de Claimsverordening 1924/2006. Dit is bij mijn weten de tweede uitspraak over de uitleg van het verbod ex art. 12 aanhef en onder c te verwijzen naar aanbevelingen van individuele artsen of beroepsbeoefenaren op het gebied van de volksgezondheid. Ambtshalve heeft de Reclame Code Commissie geoordeeld dat het rapport op zich is op te vatten als zo'n aanbeveling. En dus mag, aldus de RCC, in een advies van een apotheker (wat volgens de RCC een reclame-uiting is) niet worden verwezen naar zo'n aanbeveling van deskundigen. Ook Danone wordt hiervoor verantwoordelijk gehouden.

15. Danone heeft hiertegen een grief opgeworpen (zie 4 II). Afgezien daarvan dat de uiting van de apotheker geen reclame-uiting is, betrof het verstrekken door Danone van de Hickson studie aan apotheker Albers slechts het verstrekken van wetenschappelijke informatie aan een professional. Danone heeft er op geen enkele wijze bij de apotheker op aangedrongen of zelfs maar zijdelings gesuggereerd dat hij een kopie van de studie aan een patiënt zou verstrekken.

16. Het College van Beroep oordeelt dat het wetenschappelijk stuk geen reclame is in de zin van art. 1 NRC. Het stuk prijst niet in het openbaar goederen en diensten of denkbeelden aan. Omdat de studie niet wordt beschouwd als een openbare aanprijzing komt het oordeel van de RCC over art. 12 niet meer ter sprake en wordt dit onderdeel van de uitspraak vernietigd. Het lijkt mij verstandig om nog nader door te denken, en zo nodig verweer te voeren, of het overhandigen van een studie valt onder het verbod van art. 12 Claimsverordening. En als dat het geval zou zijn, wie dan aansprakelijk is voor het doen van een aanbeveling van deskundigen.

17. Mocht in een nieuwe definitie onverhoopt het element 'openbaar' komen te vervallen dan zal het overhandigen van een studierapport bij een persoonlijk (medisch) advies mogelijk alsnog een reclame-uiting worden met alle consequenties van dien.

5. CvB 16 september 2009, 2009/00027, www.erectiestoornis.nl, elders in dit nummer, zie nr. 18, p. 126, m.nt. Otto Swens.

6. Zie meer uitgebreid en met verwijzing naar veel rechtspraak genoemd art. Onderscheid reclame/informatie punt 6 blz 30, zie noot 1. Schrijvers uiten daarbij terecht enige verbazing over het vreemde gegeven dat de beide zelfregulerende instanties geen onderlinge 'uitwisseling' wat betreft rechtspraak/regelgeving hebben. Kruisbestuiving tussen de Stichting Reclame Code, de Stichting Geneesmiddelen Reclame en ook de Keuringsraad KOAG/KAG is naar mijn mening wenselijk en zal voor de zelfregulering in zijn geheel versterkend werken.

18. In de Swinglevend uitspraak⁷ is recentelijk al een richtinggevende uitspraak gedaan over een ander aspect van art. 12 Claimsverordening. Het College van Beroep heeft geoordeeld dat het begrip 'verwijzen naar individuele deskundige' niet vereist dat die deskundige met naam en toenaam moet worden genoemd. 'Op advies van een deskundige' in een reclame voor een voedingsmiddel is verboden. Deze uitspraak is elders in dit nummer gepubliceerd met noot van Prof. Jan Kabel.

EHH
