

Voorpagina: Onduidelijkheden rond oneerlijke reclame

Korte inhoud: Is voor 'bedrieglijk beweren' dat een product een ziekte geneest, opzet nodig? Kan de naamgeving van een product met een juiste etikettering op een levensmiddel toch een oneerlijke handelspraktijk ten aanzien van de samenstelling opleveren? Hoe zit het met bepaling van het verbod van sluikreclame op de zogenaamde 'zwarte lijst'? Mr Ebba Hoogenraad zet een paar vraagtekens.

Trefwoorden: Productinformatie - naamgeving product - reclame

*Ebba Hoogenraad*¹

Oneerlijke handelspraktijken en de zwarte lijst bij levensmiddelen en gezondheidsproducten

Een paar vraagtekens

De Wet Oneerlijke Handelspraktijken is een feit. Maar nu de praktijk... Veel begrippen zijn onduidelijk en wachten op een uitleg door de Nederlandse rechter en uiteindelijk de Europese rechter. De Reclame Code Commissie is sneller en krijgt al sommige vragen voorgelegd. Dit artikel stipt enkele aspecten aan die bij levensmiddelen en gezondheidsproducten in het kader van oneerlijke handelspraktijken en de bijbehorende zwarte lijst een rol spelen. Over de Wet Oneerlijke Handelspraktijken is al veel geschreven. Dit artikel beoogt geen overzichtartikel te zijn, daarvoor verwijs ik naar andere bronnen.

In deze bijdrage bespreek ik de misleidingstoets bij levensmiddelen als de etikettering keurig voldoet aan de wettelijke etiketteringsvereisten. Een andere, nog onbeantwoorde, vraag is de uitleg van het vereiste 'bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen' uit de zwarte lijst. Is daarvoor meer vereist dan 'gewone misleiding'?

Voor de praktijk relevant is ook dat sluikreclame op de zwarte lijst staat. Wanneer en hoe moet duidelijk worden gemaakt in een gedrukte advertentie in redactionele media dat de adverteerder heeft betaald voor het opnemen van die informatie?

Oneerlijke handelspraktijken in wet en reclamecode

De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken² harmoniseert regels over de oneerlijke gedragingen richting consumenten. De Richtlijn is – te laat – in de Nederlandse wet geïmplementeerd in de artikelen 6:193a tot en met 6:193j BW (en voor vergelijkende reclame de artikelen 6:194-196 BW)³. De Stichting Reclame Code was sneller: daar is de richtlijn geïmplementeerd in de artikelen 7, 8.1 tot en met 8.5 Nederlandse Reclame Code (NRC) en de bijbehorende bijlagen 1 (Onder alle omstandigheden misleidende reclame) en 2 (Onder alle omstandigheden agressieve reclame) met de 'zwarte lijsten'⁴.

Wat regelt de Wet Oneerlijke Handelspraktijken? Reclame mag niet oneerlijk zijn. Reclame is oneerlijk als de reclame in strijd is met de vereisten van professionele toewijding. Daarbij geldt wel

¹ Mr Ebba H. Hoogenraad is partner van Hoogenraad & Haak advocaten, Advertising + IP te Amsterdam. Zij is gespecialiseerd in reclamerecht en productinformatie. Hoogenraad is voorzitter van de Vereniging voor Reclamerecht.

² 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”) (PbEU 2005, L 149 van 11 juni 2005, p. 22), implementatiedatum 12 juni 2007.

³ Wet Oneerlijke Handelspraktijken (Stb. 2008, 397) inzake aanpassing van de boeken 3 en 6 van het Burgerlijk wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten en op de interne markt, in werking getreden op 15 oktober 2008.

⁴ Zie www.reclamecode.nl. Inwerkingtreding per 1 februari 2008, met terugwerkende kracht tot 12 december 2007.

een extra vereiste: het economisch gedrag van de consument die in aanraking komt met de reclame moet wezenlijk worden verstoord (of kunnen worden verstoord). Misleidende reclame en agressieve reclame zijn in ieder geval oneerlijk. De wet is heel breed: het omvat niet alleen reclame-uitingen, maar ook handelingen. Ook het weglaten van informatie (omissies) is misleidend.

De wet stelt wat wel wordt genoemd het manipulatievereiste: de consument is door de oneerlijke handelspraktijk niet meer in staat om een goed aankoopbesluit te nemen. Hij koopt het product juist wel (of juist niet), bijvoorbeeld doordat informatie ontbreekt of misleidend is, of omdat hem angst wordt ingeboezemd.

Welke consument moet bij dit alles als uitgangspunt worden genomen? De Gemiddelde Consument. De rechtspraak gaat uit van de Gut-Springenheide consument⁵: 'de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument'. Bovendien geeft de Richtlijn nog extra bescherming aan zwakke doelgroepen zoals kinderen en verstandelijk gehandicapten.

Misleidende handelspraktijken bij levensmiddelen en gezondheidsproducten

Hieronder bespreek ik een paar voorbeelden relevant voor de lezers van Journaal Warenwet: Misleidende handelingen kunnen onder meer bestaan uit het wekken van een onjuiste indruk ten aanzien van (artikel 8.2 NRC en artikel 6:193c BW):

- het bestaan of de aard van het product (sub a)
- de voornaamste kenmerken van het product, zoals (...) samenstelling, (...) procédé (...), levering, geschiktheid voor gebruik, (...) hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong (...) (sub b)
- de prijs, de prijsberekening, of het prijsvoordeel (sub d)

Deze opsomming is niet limitatief. Dus ook allerlei andere zaken kunnen misleidend zijn.

Het schenden van allerlei etiketteringsvoorschriften en wettelijke voorschriften zoals het wel/niet voeren van het Eko-keurmerk, kunnen dus tevens een misleidende handelspraktijk vormen.

Correcte etikettering: toch toetsing aan misleidende handelspraktijk regels

Andersom betekent het feit dat de etiketteringsvoorschriften netjes worden nageleefd nog niet dat daarmee geen sprake is van misleiding. Het afgelopen jaar heeft de Reclame Code Commissie daarover duidelijke uitspraken gedaan in de scharreleisalade-zaak, en de bospaddenstoelensoep-zaken.

Scharrelei salade met eigeel voor de saus: misleidende handelspraktijk?

De Johma scharrelei Lunchsalade voldeed aan de etiketteringsvoorwaarden. Desondanks vond Stichting Wakker Dier dat sprake was van een misleidende handelspraktijk, omdat het eigeel gebruikt voor de mayonaise niet van scharrelkippen afkomstig was. Naleving van de etiketteringsvoorschriften sluit toetsing aan de regels uit de Wet Oneerlijke Handelspraktijken niet uit, aldus de Reclame Code Commissie. De gemiddelde, oplettende consument ziet dat op de ingrediëntendeclaratie staat vermeld dat de scharreleisalade als hoofdbestanddeel 63 % scharreleieren bevat. Het eigeel, gebruikt voor de mayonaise, wordt op de ingrediëntendeclaratie gedeclareerd als 'eigeel', en daarmee weet deze consument volgens de Reclame Code Commissie

⁵ HvJ EG, 16 juli 1998, zaak C-210/96 IEPT 19980716 (Gut Springenheide), NJ 2000/374 NTER 1998/10, m.nt. H.A.G. Temmink.

dat het daarbij gaat om eigeel van legbatterijeieren. Van misleiding ex artikel 8.2 onder b (voornaamste kenmerken van het product, waaronder samenstelling) NRC is geen sprake⁶.

Hoeveel cantharellen? Misleidende handelspraktijk?

Zo ook bij de Bospaddenstoelen soepen⁷: Klager had bezwaar tegen onder meer de Unilever bospaddenstoelensoep “met cantharellen en kervel” van Unilever Nederland. Klager vond dat er te weinig cantharellen in zaten. Op de ingrediëntendeclaratie aan de achterzijde van de verpakking staat onder meer: “paddenstoel 3,9% (champignon 2%, nameko), bospaddenstoel 2,6% (boleet 2%, cantharel 0,6%)”

De Reclame Code Commissie oordeelt eerst dat de verpakking van de bospaddenstoelensoep voldoet aan de eisen van artikel 10 lid 1 en 4 van het Warenwetbesluit Etikettering van levensmiddelen. Echter, dit sluit toetsing aan de bepalingen van de Nederlandse Reclame Code niet uit. Vervolgens onderzoekt de Reclame Code Commissie of sprake is van een misleidende handelspraktijk (misleiding ten aanzien van de samenstelling). Uit de ingrediëntendeclaratie op de verpakking blijkt, de bospaddenstoelensoep voor 0,6% uit het ingrediënt “cantharel” bestaat. Dit stemt overeen met 3,5 gram van dit ingrediënt per verpakking. Het is volgens de Code Commissie niet relevant hoeveel exemplaren van bospaddenstoelen er in een pak soep zitten. Immers de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument - die geacht wordt de ingrediëntendeclaratie te lezen voordat hij tot de aankoop van een product besluit - zal bij een product als bospaddenstoelensoep in het algemeen meer belang hechten aan de vraag hoe groot het procentuele aandeel van een bepaald ingrediënt is, dan aan de vraag hoeveel exemplaren van dat ingrediënt zijn gebruikt.

Hieruit volgt dat het gebruik op de verpakking van een enkel- of meervoudsvorm met betrekking tot het ingrediënt cantharel niet van wezenlijke invloed is op de beslissing van de consument om het product al dan niet te kopen. Zodoende is geen sprake van (kans op) een wezenlijke verstoring van het economische gedrag van de gemiddelde consument. Exit misleidende handelspraktijk.

Én-én

Uit bovenstaande twee uitspraken valt af te leiden dat ten aanzien van de samenstelling ook onder de nieuwe Wet Oneerlijke Handelspraktijken de ingrediëntendeclaratie een belangrijk criterium is bij toetsing of sprake is eventuele misleiding. De consument zal kijken naar het etiket voor de informatie die hij van belang vindt. Uit de bospaddenstoelenzaak blijkt dat het genuanceerd ligt: zal de consument meer waarde hechten aan een meervoudsvorm in het woord (of de afbeelding?) of aan het percentage?

Een ding is zeker: men moet erop bedacht zijn dat zorgvuldige etikettering en naleving van alle Warenwetbesluiten pas één stap is. Daarnaast volgt altijd ook een toetsing of sprake is van een misleidende handelspraktijk.

Zwarte lijst: geen nuancering

De wet geeft een aantal voorbeelden van situaties die in alle gevallen misleidend zijn. Deze zijn vermeld op de ‘zwarte lijst van misleidende handelspraktijken’. Ook bestaat een ‘zwarte lijst van agressieve handelspraktijken’⁸. Als een reclame-uiting of een handeling plaatsvindt die op de zwarte lijst voorkomt onderzoekt de rechter niet meer of die handeling misleidend is en of deze wel of niet

⁶ Stichting Wakker Dier/Johma, RCC 16 september 2008, dossier 08.0337 (scharreleisalade) IEPT 20080916. Journaal Warenwet 2008/10, nr. 347.

⁷ Unilever/T. vd Keuken, RCC 26 november 2008, dossier 08.0509 (bospaddenstoelensoep). Zie ook Journaal Warenwet 2009/2, nr. 53.

⁸ Artikel 6:193i BW en bijlage 1 en 2 bij artikel 8.5 NRC.

het economisch gedrag verstoort. Zodra een ‘zwarte lijst situatie’ zich voordoet is de reclame/handeling per definitie verboden, onder alle omstandigheden. Dan is er geen plaats voor nuancering. Bijvoorbeeld of de benodigde aanvullende informatie op andere wijze wordt verstrekt, of dat sprake is van professionals. Of dat andere omstandigheden een rol spelen die de misleiding kunnen ‘verlichten’. Daarom is het van groot belang te weten wat wel en wat niet onder de definities van de zwarte lijst valt.

Bij de totstandkoming van de zwarte lijst in Brussel is weinig tot niet over de precieze formulering van de in de bijlagen genoemde oneerlijke handelspraktijken gediscussieerd. Daar moeten we het nu mee doen. Dat maakt het voor fabrikanten, hun reclamebureaus, rechters en advocaten moeilijk, maar ook interessant. We kunnen nog alle kanten op

Zwarte lijst : het bedrieglijk beweren dat een product ziekten kan genezen

Deze onduidelijkheid doet zich voor bij de zwarte lijst bepaling met betrekking tot medische claims bij producten. De wettekst van artikel 6:193g, sub q BW en artikel 8.5 bijlage 1, sub 16 NRC luidt als volgt:

‘Onder alle omstandigheden misleidende reclame is:

(...)

*16. bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen*⁹

Hoe moet het woord ‘bedrieglijk’ hier worden opgevat? Is dit een strafrechtelijk begrip? Of een privaatrechtelijk begrip? En als het privaatrechtelijk is, gaat het dan om de ‘gewone’ misleiding, of moet het gaan om bedrog? Hierover weten we nog maar weinig.

Een ondubbelzinnige uitleg van het begrip bedrieglijk is wel van groot belang, immers als aan de kwalificatie van sub q BW (cq sub 16 NRC) wordt voldaan dan vindt geen enkele nuancering meer plaats en is onder alle omstandigheden de reclame of de handeling verboden.

De Richtlijn spreekt in de tekst zelf nergens over het begrip ‘bedrieglijk’ of ‘bedriegen¹⁰’. Het draait steeds om misleiding. Datzelfde geldt voor de wettekst. In de hier besproken tekst van de zwarte lijst wordt voor het eerst het woord ‘bedrieglijk’ gebruikt¹¹. In de Engelse versie luidt de tekst van de zwarte lijst: *‘Falsely claiming that a product is able to cure illnesses, dysfunction or malformations.* In de Franse tekst: *‘Affirmer faussement qu’un produit est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations’.* In het Duits: *‘Falsche Behauptung, ein Produkt könne Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen.’*

In de oorspronkelijke wetsvoorstellen en toelichting kwam vaker het woord bedrieglijk/bedrog voor. Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag gesteld naar de uitleg van de term ‘bedrieglijk’ in de voorbeelden van de zwarte lijst uit artikel 6:193g. Daarin staat diverse malen een verbod met betrekking tot het ‘beweren (...), terwijl dat niet het geval is’. In twee gevallen spreekt de zwarte lijst van ‘bedrieglijk beweren’, te weten in sub g (bijlage 1, onder 7 NRC) als het gaat over het kort gezegd ‘bedrieglijk beweren dat het product slechts gedurende zeer korte tijd beschikbaar is om de consument onmiddellijk te laten beslissen’. Daarnaast ook het hier besproken voorbeeld van ‘het bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen’.

⁹ Richtlijn bijlage 1, sub 17.

¹⁰ Alleen in artikel 6 Richtlijn en in de zwarte lijst, waaronder dus: Bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen.

¹¹ Bijlage 1 sub 17: bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen.

Uit de Kamerbehandeling¹² kunnen we afleiden dat het woord ‘bedrieglijk’ in de zwarte lijst in ieder geval niet de strafrechtelijke connotatie heeft. Het moet worden uitgelegd in het privaatrechtelijke begrippenkader. Dus dan hebben we te maken met ‘bedrog’¹³; op een of ander wijze moet sprake zijn van opzet. Algemene onware bewoordingen leveren op zichzelf nog geen bedrog op. De Minister heeft aangegeven dat het Hof van Justitie het begrip ‘bedrieglijk beweren’ zal moeten gaan invullen. Hij vindt het ‘moeilijk nu uitspraken te doen over de precieze betekenis van het begrip’. Helaas, want daaraan heeft de praktijk weinig (tot niets).

Beweren en bedrieglijk beweren

Ik doe een gooi: De zwarte lijst maakt onderscheid tussen diverse gevallen van ‘beweren’ en vier situaties van ‘bedrieglijk beweren’. Voorbeelden dat het louter beweren, terwijl het beweerde niet het geval is, al een foute boel is, zijn:

- Het beweren dat een gedragscode is erkend (6:193g sub c BW ; bijlage 1 sub 3 NRC),
- beweren dat een adverteerder/het product is aanbevolen (6:193g sub d; bijlage 1 sub 4),
- beweren dat een product legaal kan worden verkocht (6:193g sub i; bijlage 1 sub 8),
- beweren dat de adverteerder op het punt staat zijn zaak stop te zetten (6:193g sub 0; bijlage 1 sub 14),
- beweren dat producten het winnen van kansspelen kunnen vergemakkelijken (6:193g sub p; bijlage 1 sub 15).

Daarnaast staan op de zwarte lijst van misleidende handelspraktijken vier situaties van bedrieglijk beweren:

- de op = op bepaling uit van artikel 6:193g sub g; bijlage 1 sub 7,
- de bedrieglijke beweren van het kunnen genezen van een ziekte
- het op bedrieglijke wijze beweren dat hij geen handelaar is (artikel 6:193g sub v; bijlage 1 sub 21) en
- het bedrieglijk beweren dat service na verkoop beschikbaar is (artikel 6: 193g sub w; bijlage 1 sub 22).

Daarmee zou je kunnen zeggen dat er blijkbaar verschil bestaat tussen de formuleringen ‘*beweren dat (...)*, *terwijl dat niet het geval is*’ en ‘*bedrieglijk beweren dat (...)*’.

Kennelijk is er iets meer nodig dan alleen het doen van een onjuiste bewering. Het ligt voor de hand te denken dat enige vorm van opzet noodzakelijk is.

Bovendien is van diverse kanten bezwaar gemaakt toen tijdens het implementatieproces bleek dat op een aantal plaatsen het woord bedrieglijk om de hoek kwam kijken. Dat is daarna gewijzigd, maar niet bij de genoemde voorbeelden van de zwarte lijst. Daar is het woord bedrieglijk behouden gebleven.

Tegen dit alles kan ook ingebracht worden het argument dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen beide varianten. Dat het alleen een andere wijze van formuleren is: het beweren dat iets A is terwijl dat niet zo is, komt op hetzelfde neer als het bedrieglijk beweren dat iets A is. Toch denk ik dat dit geen hout snijdt om bovengenoemde redenen.

¹² Kamerstukken I, vergaderjaar 2007–2008, 30 928, nr. C, p. 11: volgens de Minister zal de term bedrieglijk de komende jaren door het Hof van Justitie moeten worden ingevuld.

¹³ Artikel 3:44 BW: bedrog is aanwezig wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling (...) Aanprijzingen in algemene bewoordingen, ook al zijn ze onwaar, leveren op zichzelf geen bedrog op. Helaas is de vraagstelling vanuit de Kamer niet helemaal precies geweest; daardoor is er geen antwoord gekomen op de vraag of ‘bedrieglijk beweren’ iets anders/sterkers is dan ‘beweren’.

Bovendien: onze Minister geeft de indruk dat het toch wat meer is; het antwoord dat bedrieglijk beweren gewoon een variant is van misleiding heeft de minister niet aangedurfd¹⁴.

Genoeg van deze semantiek. Het Hof van Justitie zal het ooit laten weten. En tot die tijd?

Bedrieglijk beweren dat MPC4 ziekte geneest

De Reclame Code Commissie heeft geen aandacht besteed aan de invulling van dit begrip 'bedrieglijk' uit de zwarte lijst. In de zaak MPC4 (Cartixan4) kwam de RCC kortweg tot het oordeel dat nu de adverteerder beweert dat MPC4/Cartixan bepaalde ziekten en gebreken kan genezen, terwijl de juistheid van de claim niet is aangetoond, per definitie sprake is van misleiding in de zin van de zwarte lijst¹⁵. Dit impliceert dat de reclame reeds op die grond misleidend is, en daarmee oneerlijk, aldus de Reclame Code Commissie.

Het betrof een advertorial voor MPC4, gepubliceerd in de Telegraaf. Een Spaanse dokter vertelt in deze advertentie over onderzoeken naar de werkzame stof MPC4 en de gunstige resultaten die daarmee geboekt zijn bij patiënten met gewrichtsklachten, zoals bij reuma.

De advertentie heeft veel publiciteit gekregen. Het verweer van PK Benelux was allereerst dat sprake is van informatie over een werkzame stof, maar dat geen sprake was van reclame. Dat argument heeft de Reclame Code Commissie afgewezen: MPC4 is als zodanig niet op de Nederlandse markt te koop. Echter, er is slechts 1 product op de Nederlandse markt dat MPC4 bevat, te weten Cartixan4. Om die reden is de RCC van oordeel dat waar in de advertorial gesproken wordt over MPC4, in feite Cartixan4 bedoeld wordt. De consument kan immer (via Google) zonder veel moeite ontdekken dat MPC4 uitsluitend in de vorm van Cartixan4 kan worden gekocht.

Daarmee verkleurt de advertorial voor MPC 4 tot een advertentie voor Cartixan4. Dus geen informatie, maar een reclame voor voedingssupplementen. Hierin worden gesteld dat het product ziekten geneest, en zodoende is sprake van een verboden medische claim: strijd met artikel 20, lid 2, onder a Warenwet.

Bedrieglijk = min of meer met opzet

Naar mijn mening zou de Reclame Code Commissie en de rechter bij toepassing van de zwarte lijst clausule wél aandacht moeten geven aan de invulling van het begrip 'bedrieglijk beweren'. Nu daarvoor geen strafrechtelijk, maar een privaatrechtelijk begrippenkader op van toepassing is lijkt het toch te gaan om enige mate van opzet. Ook Van Dale geeft bij de term 'bedrieglijk' de omschrijving: min of meer met opzet misleiden. Afhankelijk van de omstandigheden zal dat mogelijk snel het geval zijn. Het is mijns inziens echter wel juist onderscheid te maken tussen 'beweren terwijl het niet het geval is' en 'bedrieglijk beweren'. Als de zwarte lijst niet van toepassing is, dan bestaat nog altijd het vangnet van de gewone misleidingsregel, waarbij zeker geen opzet vereist is: misleiding met betrekking tot de voornaamste kenmerken van het product (art 6:193c sub b, artikel 8.2 sub b NRC). Een andere route om tot hetzelfde resultaat te komen: misleiding.

Geen wetenschappelijk bewijs voor medische claims: artikel 8.2 NRC

Veel uitspraken over gezondheidsproducten waarbij de juistheid van de (vaak verboden medische claim) niet kan worden aangetoond beoordeelt de Reclame Code Commissie overigens vrijwel steeds onder artikel 8.2 onder b NRC: het verschaffen van voor de gemiddelde consument onduidelijke informatie over de voornaamste kenmerken van het product, of over de verwachte

¹⁴ zie noot 14

¹⁵ RCC, 12 februari 2009, dossier: 09.00034 (MPC4-Cartixan) Openbare aanbeveling.

resultaten. Een heftig voorbeeld betrof de tv reclame voor Botoliss van Tek Distribution. In de tv spot werd gesteld dat het product Botliss rimpels en lijntjes doeltreffend tegengaat. Onder het vertonen van indringende beelden van injectienaalden werd de kijker verteld dat plastische chirurgie gevaarlijk is en onderhuidse injectienaalden veel pijn doen. De Reclame Code Commissie heeft de klacht toegewezen: de advertentie werd op vele onderdelen ontoelaatbaar beoordeeld, waaronder als zijnde een oneerlijke handelspraktijk ex artikel 8.2 sub b NRC¹⁶.

Zwarte lijst: sluikreclame in redactionele inhoud

Het maken van sluikreclame is verboden. Op televisie is dat niets nieuws, dat volgt uit de Mediawet en alle onderliggende besluiten, en wordt nauwgezet in de gaten gehouden door het Commissariaat voor de Media. Voor gedrukte reclame is het wel nieuw dat dit expliciet in de wet wordt vastgelegd. Sluikreclame in print staat inmiddels op de zwarte lijst en is per definitie misleidend en daarmee een oneerlijke handelspraktijk.

De wettekst van artikel 6: 193g sub k BW en artikel 8.5 bijlage 1 sub 10 NRC luidt:

‘Onder alle omstandigheden misleidende reclame is:
(...) *Redactionele inhoud in media, waarvoor de adverteerder/handelaar¹⁷ heeft betaald, gebruiken om reclame te maken voor een product zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk voor de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt (advertorial).*”

De discussie heeft twee aspecten. Het ene element is of de vraag of het gaat om informatie of reclame. Zit er een aanprijzend/wervend element in de uiting? Zo ja, dan is veelal sprake van reclame. Dit is een hele principiële vraag die ik hier verder niet behandel. Het andere element is de kenbaarheid. Het verzwijgen van het betalen ten behoeve van het verkrijgen van een wervend effect in een redactionele context, is per definitie verboden.

De vraag zal behandeld moeten worden of sprake is van betaling, zoals artikel 193g sub k vereist. Dat zal lang niet altijd makkelijk te achterhalen zijn. Tenzij het algemeen bekend is, zoals bij diverse *sponsored magazines*. Vervolgens geldt het kenbaarheidsvereiste. Het publiek moet duidelijk uit de inhoud kunnen opmaken dat sprake is van een advertorial¹⁸. Vaak wordt de naam en het adres van de adverteerder vermeld. Een ander duidelijk kenmerk is uiteraard gewoon de vermelding ‘advertentie’ of ‘advertorial’ boven de tekst. Blijkens de wettekst is het ook toegestaan dat het op enige andere wijze blijkt uit de inhoud van de advertentie, bijvoorbeeld door gebruik van veel afbeeldingen, een kleurige (advertentieachtige) opmaak, of de *look-en-feel* van de adverteerder. Echter, ook hier is weer de Gut-Springenheide consument de maatstaf. Zal de consument door de inhoud weten dat sprake is van een advertorial? Het moet gaan om ‘duidelijk weten’. Dat duidelijk weten kan ook door middel van ‘duidelijk voor de consument identificeerbare beelden’. In geval van een radiofragment of een banner met geluid mag dit door een duidelijk voor de consument kenbaar geluid.

De praktijk blijkt weerbarstig. Ieder kan wel een of meer folders en brochures bedenken met veel tekst en informatie, waarbij niet *duidelijk* uit de inhoud blijkt dat sprake is van betaling voor de informatie. Volgens de wettekst is bovendien niet voldoende dat het publiek het op zich weet (want het is algemeen bekend), maar zou ook dan toch sprake moeten zijn van een *duidelijk* kenbare

¹⁶ RCC 4 december 2008, dossier 08.0402, Tek Distribution (Botoliss), aanbeveling.

¹⁷ Artikel 6:193 g sub k BW (spreekt over handelaar) en artikel 8.5 bijlage 1 sub 10 NRC (spreekt over adverteerder).

¹⁸ Een advertorial is een advertentie die, bijvoorbeeld vanwege de hoeveelheid informatie in de advertentie, gegoten wordt in de vorm van een redactioneel artikel. Dit is een gebruikelijke en toelaatbare vorm van adverteren. De advertorial heeft het woord ‘advertentie’ of ‘advertorial’ boven de tekst, of is door opmaak en/of vermelding van de naam van de adverteerder als zodanig herkenbaar.

inhoud. Of is het zo dat als het algemeen bekend is dat een folder eigenlijk betaalde reclame is, dat daarmee ook voldaan is aan het vereiste van 'een duidelijk kenbare inhoud'? Wie het weet mag het zeggen.

Deze zwarte lijst bepaling ziet op alle media, dus ook internet. En dus ook op de floggers: bloggers die op internet tegen betaling hun positieve visie op een bepaald product geven. De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken doet hiermee dus een oproep dat floggers zich bekend maken. Of dat gaat gebeuren moet blijken¹⁹.

Conclusie

De Wet Oneerlijke Handelspraktijken speelt een belangrijke rol bij beoordeling van reclame voor levensmiddelen en gezondheidsproducten. De wetgeving is van toepassing naast andere regelgeving zoals etiketteringsvereisten. Bedrieglijke beweringen ten aanzien van het genezen van ziektes zijn per definitie verboden.

Maar het is onduidelijk wat het begrip 'bedrieglijk beweren' inhoudt en of daar wel of niet opzet voor is vereist.

De (Europese) rechter en de Reclame Code Commissie zullen daar uitsluitsel over moeten geven. Vooralnog heeft de RCC daar geen motivering aan gewijd. Mededelingen over de werking van een (gezondheids)product die niet aangetoond kunnen worden zijn een oneerlijk handelspraktijk ex artikel 8.2 sub b NRC (samenstelling).

Betaalde redactionele reclame in printuitingen moet duidelijk herkenbaar zijn voor de consument. De praktijk zal invulling moeten geven aan deze begrippen. Veel is nog onduidelijk. Rechtsvinding blijft een levend geheel.

¹⁹ Handhaving van de WOH geschiedt door de Consumentenautoriteit en kan ook door consumenten en concurrenten bij de rechter worden afgedwongen, dan wel via een klacht bij de Reclame Code Commissie. Over de handhaving is veel geschreven en gediscussieerd, dat gaat het bestek van dit artikel te buiten. Zie onder andere: het themanummer Oneerlijke Handelspraktijken in het Tijdschrift voor Consumentenrecht, nr. 1, 2008, WWW <<http://www.recht.nl/doc/TvCSpecial.pdf>> en in IER: L. Kroon en C.S. Mastenbroek de ROH en de implementatie daarvan in het BW, mogelijke complicaties in de praktijk, IER 2008/ 64, p. 253, met een ten aanzien van de handhavingsmogelijkheden voor concurrenten relevante toevoeging van P.G.F.A. Geerts in IER 2009/1, p. 1-3.