

| | |
|--|----|
| Alcoholreclame in het nieuws | 2 |
| De boodschap is duidelijk: portretrecht en politici | 3 |
| INTEL: geen absolute bescherming voor bekende merken | 5 |
| Nieuwe Wet Oneerlijke Handelspraktijken: een stortvloed aan vragen | 6 |
| Nu ook reclame voor sms-diensten aan banden gelegd | 7 |
| Beheerder website aansprakelijk voor user generated content? | 8 |
| Scharrelei en cantharellen: informatie over voeding | 10 |

Eén jaar Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten

In deze eerste nieuwsbrief-met-een-nieuwjaarswens blikken wij kort terug, want ons kantoor bestond op 1 december één jaar. En vooral vooruit, mee met ontwikkelingen in het reclamerecht, intellectuele eigendom en productinformatie.



Vele cliënten hebben ons kantoor gevonden. Wij hebben met u mogen meedenken, met juridische diepgang én met menselijk inzicht. En als het even kon, zijn wij in een vroeg stadium met een creatieve oplossing gekomen ('hoe kan het wél?').

Dat vinden wij leuk. En u ook, zo blijkt gelukkig maar weer. U waardeert dat wij niet alleen met een goed doortimmerd verhaal komen, maar juist ook oog hebben voor de praktische kanten van een zaak. Snel en efficiënt, met een duidelijke kosteninschatting vooraf. Onze praktijk blijft groeien. Ook in deze tijd.

Wij wensen iedereen met wie wij het afgelopen jaar contact hebben gehad een gezond en vrolijk 2009 toe.

Met vriendelijke groet,

Ebba Hoogenraad, Maarten Haak, Maud van der Leeuw, Kim Braber en Irene Surig

Alcoholreclame in het nieuws

De wijzingen gaan snel. Eerst de fikse aanscherping van de Reclamecode voor alcohol (RvA) per 1 juli 2008. Sinds 2009 is alcoholreclame op tv tussen 6.00 uur 's ochtends en 21.00 uur 's avonds verboden. Voor spots die nog in 2008 zijn ingekocht, geldt een overgangstermijn. Sponsoring van programma's mag nog, mits in lijn met de regels van het Commissariaat voor de Media. Verder deed het College van Beroep van de Stichting Reclame Code enkele principiële uitspraken.

Niet als meer dan 25% van het publiek minderjarig is

Hoe wordt beoordeeld of bij een evenement meer dan 25% minderjarigen aanwezig zijn? Dan mag namelijk geen alcoholreclame worden gemaakt. In de zaak *Heineken Music Hall* is beslist dat niet de jaarprogrammering telt, maar dat per evenement aan de hand van bezoekerscijfers moet worden beoordeeld of de 25% grens is bereikt. Voor de Heineken Music Hall is dat geen punt: de enkele keer dat een jongerenconcert plaatsvindt, kunnen de reclame-uitingen in de hal en op de glazen deuren gemakkelijk worden afgeplakt.



De 25% regel kan wel eens moeilijk uitpakken voor evenementen en festivals die door alcoholmerken zijn gesponsord. Natuurlijk is vooraf een goede inschatting te maken en kunnen maatregelen worden genomen. Maar wat als ineens meer dan 25% van het publiek minderjarig is? Moet de afplakdienst dan langskomen? Het evenement afblazen is geen reëel alternatief.

Geen 'gratis alcohol'

Dat alcoholfabrikanten zelf geen 'gratis alcohol' mogen aanbieden, is wel bekend (artikel 20 RvA). Dat verbod geldt ook voor niet-alcoholfabrikanten, wanneer sprake is van 'actieve medewerking van de (alcohol)branche'.

De uitleg van dit artikel is door het College van Beroep nogal opgerekt: zelfs als een alcoholfabrikant niets te maken heeft met reclame-uitingen van een andere partij, dan wordt toch een soort risicoaansprakelijkheid geconstrueerd. Denk aan huis-aan-huis advertenties van witgoedhandelaren voor de Beertender. De alcoholfabrikant moet zo'n derde partij waarschuwen dat deze, hoewel geen partij bij de RvA, toch die regels moet naleven! Volgens het College van Beroep moet de fabrikant alles gedaan hebben wat in zijn macht ligt om 'gratis alcohol' te

voorkomen, alleen dan is de fabrikant niet aansprakelijk als de derde partij toch een 'gratis alcohol' advertentie plaatst.

Naar mijn mening brengt een goede zelfregulering mee dat regels niet worden opgerekt door rechtspraak, maar, indien wenselijk, door de branchepartijen worden aangepast. Juist bij zelfregulering is dat snel en adequaat te regelen.

Ebba Hoogenraad staat een aantal alcoholfabrikanten en importeurs bij in procedures over de Reclamecode voor Alcohol

De boodschap is duidelijk: portretrecht en politici

Op Prinsjesdag gaan adverteerders vaak een stapje verder. Ook dit jaar was het weer raak. De advertentie van supermarkt Dirk van den Broek deed flink wat stof opwaaien. In de grote dagbladen verschenen alle kabinetsleden paginabreed op de



eerste rij in de Ridderzaal. Onder hun stoelen hadden zij de bekende rode DIRK tas staan. De kop van de advertentie: "De boodschap is duidelijk". Maar mocht Dirk van den Broek portretten van het voltallige kabinet zo maar gebruiken?

Volgens de wet kan de geportretteerde zich verzetten tegen publicatie van het portret,

indien hij een *redelijk belang* heeft zich tegen de openbaarmaking te verzetten. Dat belang kan een commercieel belang of een privacybelang zijn. Politici kunnen vanwege hun functie hun portret niet te gelde maken, dus zij hebben geen commercieel belang. Wel een privacy-belang? Jazeker. De Hoge Raad bepaalde in het Discodanser-arrest uit 1997 dat in beginsel iedereen steeds een redelijk belang heeft zich te verzetten tegen het gebruik van zijn portret in een commerciële reclame-uiting. Dus ook een politicus. Waarom? Het publiek zal de geportretteerde associëren met het product of de dienst. Men zal denken dat de geportretteerde met dat gebruik heeft ingestemd, dat het een blijk van publieke ondersteuning van het product of de dienst door de geportretteerde is, aldus de Hoge Raad. Dan kan de geportretteerde zich op basis van zijn privacybelang verzetten.

Deze uitleg van de Hoge Raad van het '*redelijk belang*' biedt ruimte aan Dirk van den Broek. Want zal het publiek nu echt denken dat de kabinetsleden op

Prinsjesdag meewerken aan de campagne van een supermarkt? Natuurlijk niet. Iedereen begrijpt dat het kabinet dat niet doet.

Toch zit er nog een juridisch addertje onder het gras bij gebruik van het kabinet in de Dirk van den Broek reclame. Want in 2005 oordeelde de rechtbank Amsterdam dat een tekening (ook een portret) van onze Minister-President Jan Peter



Balkenende in een Kijkshop campagne niet mocht worden gebruikt. Kijkshop beeldde hem in de moederdagcampagne als kleuter af met de tekst: 'Zonder verkoper shopt J-Peetje goedkoper'. Ook hier zal het publiek niet hebben gedacht dat JP toestemming aan de Kijkshop heeft gegeven. De rechtbank vond dat een (onbewuste) associatie tussen Kijkshop en Balkenende zou ontstaan. Dat alleen al was voor de rechtbank voldoende om het gebruik van het JP-portret te verbieden. De vervolgvraag of het publiek zal denken dat JP heeft meegewerkt aan de advertentie heeft de rechtbank vreemd genoeg niet gesteld. Hiermee lijkt de rechtbank strenger dan de Hoge Raad in het Discodanser-

arrest. Wij vinden deze uitspraak niet juist. Overigens zal de rechtbank in dit geval hebben laten meewegen dat de afbeelding als peuter en het gebruik van de voornaam J-Peetje denigrerend zijn.

Dirk van den Broek durfde het aan de portretten te gebruiken. Naar eigen zeggen ging het om een sympathieke uiting die door de kabinetsleden met een glimlach zou zijn bekeken. Dat zou wel eens juist kunnen zijn, want de Rijksvoorlichtingsdienst heeft inderdaad geen actie ondernomen. Ook vorig jaar hield de RVD zich koest. Op Prinsjesdag kwam Bolletje met een reclame voor haar koekje met de naam "Ik wil Bolletje gebakken lucht" waarin zij een geïnterviewde Wouter Bos gebruikte. Met het onderschrift: "En daar maken wij dan weer koekjes van".

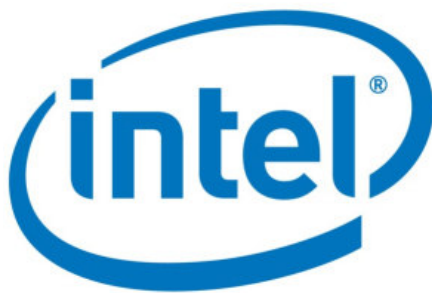
Bij een eenmalige, ludieke actie lijken politici het allemaal wel best te vinden. De boodschap is duidelijk: het blijft oppassen met het gebruik van de portretten van politici! Maar als het publiek geen blijk van ondersteuning veronderstelt, is er vaak meer mogelijk.

Kim Braber



INTEL: geen absolute bescherming voor bekende merken

INTEL: een uniek bekend merk voor computerproducten. Wie kent het niet? Toch kan Intel Corporation met deze ijzersterke reputatie niet iedereen verbieden een merk te gebruiken dat op INTEL lijkt. Dat volgt uit een beslissing van het Hof van Justitie van 27 november 2008.



Een Engels telemarketingbedrijf had het merk INTELMARK voor zijn diensten geregistreerd. Intel Corporation maakte daar bezwaar tegen, omdat de consument bij het zien van INTELMARK aan het uitermate bekende INTEL zal denken. Dat kan de impact van het bekende merk verminderen en is dus schadelijk. Genoeg om INTEL voorrang te geven, aldus Intel.

Het Hof van Justitie ziet dit anders. Het mag wel zo zijn dat de consument een verband legt tussen de beide merken, maar dat alleen is niet voldoende. Voor nietigverklaring of een verbod op het gebruik van een jonger merk moet méér aan de hand zijn: de *look alike* gebruiker geniet door het aanhaken een ongerechtvaardigd voordeel; het bekende merk verwaterd; of de reputatie van het bekende merk wordt geschaad door het gebruik van het jongere merk. Ook bij een reëel gevaar voor een van die situaties gaat het bekende merk voor. Zo'n situatie mag de rechter niet zo maar aannemen, maar moet bewezen worden. En dat laatste is nieuw.

Een reëel gevaar: dat klinkt op zichzelf logisch. Maar er zit een gemene adder in het Intel-arrest. Van verwatering is volgens het Hof alleen sprake als het economisch gedrag van de consument van INTEL producten is gewijzigd als gevolg van het gebruik van INTELMARK. Wordt dat nog niet gebruikt, dan moet aannemelijk zijn dat dit gedrag waarschijnlijk zal wijzigen. Dat is bepaald niet eenvoudig. Hoe bewijs je dat klanten zich juist vanwege het bestaan van het *look alike* merk anders zijn gaan gedragen? Of als dat merk nog niet in de handel is: dat het gedrag hierdoor in de toekomst zal wijzigen? Het Hof van Justitie laat de gebruiker van het jongere merk naar mijn mening te veel ruimte voor het verweer dat een eventuele gedragswijziging een *andere* oorzaak heeft. Dan trekt de houder van een bekend merk aan het kortste eind, want die draagt de bewijslast.



Een van de eerste zaken waarin deze regel werd toegepast, was een kort geding tussen modeconcern G-Star en frisdrankengigant PepsiCo. Inzet: een nieuw drankje onder de naam PEPSI RAW. G-Star vond dat dit inbreuk maakte op haar (bekende) merk RAW. In eerste aanleg is de zaak gewonnen door PepsiCo.

Bij de bescherming van bekende merken lijkt de nadruk nu meer te zijn komen te liggen op het 'ongerechtvaardigd voordeel' voor de gebruiker van het jongere merk, in plaats van op de (potentiële)

schade voor de houder van het oudere merk. Het is goed dat er meer duidelijkheid is over de bescherming van bekende merken, maar de houders van bekende merken hebben hier te veel veren moeten laten.

Maarten Haak

Nieuwe Wet Oneerlijke Handelspraktijken: een stortvloed aan vragen

Op 15 oktober 2008 is de Wet Oneerlijke Handelspraktijken van kracht geworden. Consumenten worden nu nog beter beschermd tegen misleidende acties van handelaars. Zowel misleiding in reclame, maar ook agressieve handelspraktijken: bijvoorbeeld het verkopen van dure vakantiehuizen naar mooie oorden met kortingen, die bij aankomst ernstig teleurstellen. De wet is een uitvloeisel van Europese regelgeving, die moet zorgen dat in heel Europa dezelfde regels gelden. De wet bevat een zwarte lijst met misleidende en met agressieve handelspraktijken. Die zijn in alle gevallen verboden.

De wet is er niet voor niets gekomen. Eind 2008 bleek uit een onderzoek van de Consumentenautoriteit dat de Nederlandse consument elk jaar ruim een half miljard euro schade lijdt door dubieuze handelspraktijken. Ruim 2 miljoen Nederlanders waren in 2008 slachtoffer, uit alle lagen van de bevolking, zowel jong als oud. Een opvallende misleidende praktijk is misbruik van dure telefoonnummers (lang in de wacht staan). Ook misleidende vakantieclubs en agressieve verkoop tijdens busreisjes scoren hoog.



Het is nu al duidelijk dat nog veel uit de nieuwe wet onduidelijk is. Bijvoorbeeld het verbod te suggereren dat de voorraad heel krap is, om zo een overhaast besluit uit te lokken. Maar anderzijds is het ook weer verboden om een kleine voorraad te

hebben zonder de consument hiervoor te waarschuwen. Dus: *op = op* mag niet als opjutargument. Maar *zolang de voorraad strekt* is een must om misleiding te voorkomen. Ga er maar aan staan!

Een ander opvallend nieuwtje: boven iedere betaalde redactionele ruimte moet voortaan *advertorial* staan. Indien voor reclame betaald is zonder dat dit uit de inhoud blijkt, is namelijk sprake van een misleidende handelspraktijk van de zwarte lijst: per definitie verboden. U en ik weten dat menig blad niet duidelijk vermeldt indien redactionele ruimte betaald is. Dat geldt ook voor *flogging*: fake blogging waarbij de schrijver op de weblog door een adverteerder wordt betaald. Als dat niet duidelijk aan de consument wordt vermeld, is sprake van een oneerlijke handelspraktijk. Dat gaat nog veel discussie geven. Wij houden u op de hoogte.

Ebba Hoogenraad

Nu ook reclame voor sms-diensten aan banden gelegd

De nieuwe Reclamecode voor het Aanbieden van SMS-diensten komt er vrijwel zeker aan. Deze reclamecode maakt deel uit van de Gedragscode SMS-dienstverlening, die door de sector zelf is opgesteld en op 1 mei 2008 van kracht werd. De nieuwe gedragscode gaat misleiding bij SMS-dienstverlening tegen.



De SMS-reclamecode schrijft precies voor hoe de voorwaarden voor een SMS-dienst moeten worden weergegeven. Die moeten vooral duidelijk zijn. Zo moet altijd worden vermeld of het om een abonnementsdienst gaat, wat de precieze kosten zijn, waar de consument terecht kan met vragen, om hoeveel SMS-jes het gaat, etc.

Verder is er een template voor TV-spots en ook een voorbeeld van online reclame die de adverteerder moet gebruiken. Een website gericht op kinderen moet duidelijk maken bij welke onderdelen het om reclame gaat. Ook moet worden gewaarschuwd dat het om een abonnementsvorm gaat.

Verder heeft de sector een 'opt-out' mogelijkheid gecreëerd: het SMS-dienstenfilter. Consumenten kunnen daar regelen dat zij bepaalde SMS-diensten niet kunnen gebruiken. Zo kunnen ouders hun kind blij maken met een mobieltje, zonder dat ze een torenhoge telefoonrekening krijgen wanneer kindlief ineens alle ringtones van K3 en SpongeBob blijkt te hebben gedownload.

Als de stichting Reclame Code haar goedkeuring aan de SMS-Code verleent, kunnen consumenten en concurrenten rechtstreeks over een overtreding klagen bij de Reclame Code Commissie. SMS-aanbieders moeten nu trouwens ook al voorzichtig zijn. Volgens de Wet Oneerlijke Handelspraktijken (OHP), die op 15 oktober 2008 in werking is getreden, moet reclame *duidelijke en volledige informatie bevatten over de belangrijkste kenmerken* van de betreffende producten of diensten. Hoewel niet speciaal gericht op SMS-diensten, is deze wet daarop gewoon van toepassing. De Wet OHP is in de Nederlandse Reclamecode verwerkt en kan dus ook worden getoetst door de Reclame Code Commissie.

Zo bestaat een dubbele bescherming ten aanzien van misleiding bij SMS-diensten, en daarnaast via de SMS-code nog veel extra waarborgen. Vooral kinderen zullen daarbij gebaat zijn (en hun nietsvermoedende ouders...).

De SMS-Code en de gedragscode zijn te vinden op www.smsgedragscode.nl.

Maud van der Leeuw

Beheerder website aansprakelijk voor user generated content?

Beheerders van websites met 'content' die door derden is aangeleverd kunnen medeverantwoordelijk zijn voor merk- of auteursrechtinbreuken. Dit volgt uit een beslissing van de Amsterdamse voorzieningenrechter in de zaak *Bruno Press* over showbiznewz.nl. De beheerder van die site werd verantwoordelijk gehouden voor de 'user generated content'. Goed nieuws voor de rechthebbenden!

Het *structureel faciliteren* van inbreuken via websites is in Nederland al vaker onrechtmatig geacht. Waar het voor de websitebeheerder *onmiskenbaar duidelijk* is dat zijn site wordt gebruikt voor inbreuken, moet hij actief optreden. Zo is de beheerder van een site waar gebruikers met *peer-to-peer* software bestanden kunnen uitwisselen, aansprakelijk als hij weet dat het bijna alleen maar om auteursrechtelijk beschermde bestanden gaat.

De beheerders verwijzen meestal naar de adverteerder of uploader ('*die neemt het initiatief*'). De beheerders geven slechts door en willen zich niet met de inhoud bemoeien. Geen controle vooraf dus, maar een 'notice & takedown procedure'. Na een klacht wordt een inbreukmakende advertentie of film verwijderd, in lijn met de eisen volgens de E-commerce Richtlijn die ook in de Nederlandse wetgeving is



geïmplementeerd. Meer inhoudelijke inmenging willen de sitebeheerders niet. Maar kunnen zij die inmenging wel zo makkelijk weigeren? De Amsterdamse voorzieningenrechter oordeelde in *Bruno Press* dat van van de websitebeheerder een actievere houding kan worden gevergd. Niet afwachten dus.

Veilingsite marktplaats.nl ging in eerste aanleg nog vrijuit in een procedure die was begonnen door Stokke, producent van de bekende Tripp Trapp kinderstoel.



Inbreukmakende imitaties werden regelmatig via veilingssites zoals marktplaats.nl verkocht. Stokke wilde daarom dat Marktplaats actief zou optreden met een controle aan de poort. Dat zou het model van Marktplaats echter te veel onder druk zetten (duur!) en was dus niet verplicht, zo oordeelde de Rechtbank Zwolle. Het hoger beroep loopt nog.

Ook de positie van online video sites ligt onder vuur. Er zijn sites die de bezoeker beeldmateriaal gratis laten zien, maar voor ieder filmpje een korte commercial plakken. Zo genereren deze sites alsnog een mooi rendement. Niet van de kijker, maar van de adverteerder. Ook de vele banners op de site leveren natuurlijk extra omzet op naarmate het bezoekersaantal stijgt. Maar wat nu als die extra winst verband houdt met het (laten) bekijken van beschermd beeldmateriaal zonder toestemming van de rechthebbende?

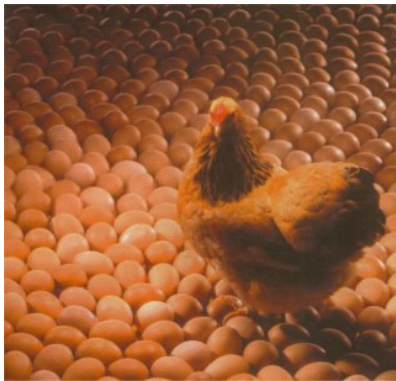
Het wringt dat van de extra winst die zulke sites door inbreuken van derden genereren geen cent naar de rechthebbende gaat. Die moet maar een duur controlesysteem onderhouden om tijdig te kunnen ingrijpen. Het is de vraag of de bescherming van de E-commerce Richtlijn wel is bedoeld voor een commerciële online videosite, als deze zelf (indirect) belang heeft bij de inhoud van de content. Die zou wel eens *niet* kunnen gelden als 'louter doorgeefluik' van informatie.

Het Hof van Justitie zal over enige tijd beslissen hoe het merkenrecht zich verhoudt tot het e-commerce recht (*Louis Vuitton/Google*). Die uitspraak kan ook belangrijk zijn voor claims tegen online video websites zoals YouTube en 123 Video. Beheerders van sites met user generated content doen er goed aan de rechtspraak goed te volgen. Ook in Nederland worden claims voorbereid.

Maarten Haak adviseert een aantal rechthebbenden over claims tegen websites met content van derden

Scharrelei en cantharellen: informatie over voeding

Scharreleisalade bevat natuurlijk scharreleieren. Maar hoe nu als de saus is gemaakt van mayonaise met eidooier van kooi-kip eieren? Maakt dat de naam van de salade misleidend? Stichting Wakker Dier vindt van wel, en diende een klacht



in bij de Reclame Code Commissie. Ons kantoor beargumenteerde voor Johma dat de etikettering van het product volledig voldoet aan de wetgeving (Besluit Etikettering Levensmiddelen): de vulling bestaat voor wel 63 % uit scharreleieren. En volgens de etiketteringvoorschriften mag de salade daarom zo heten. De Code Commissie was het daar mee eens. Maar is het desondanks misleidend? Nee. Want de gemiddelde en oplettende consument die wil weten hoe de saus is samengesteld zal op het

etiket kijken. En daarop staat vermeld dat de salade 63% scharrelei bevat en 2% eigeel, de gebruikelijke naam voor eieren van kooikippen. Omdat het bovendien een miniem percentage betreft, wordt de consument niet misleid. Scharrelei salade is de juiste naam. Johma heeft trouwens laten weten dat zij per januari 2009 voor alle ei-ingredienten, ook het eierstruif voor de mayonaise, alleen nog maar scharreleieren zal gebruiken.

Bospaddenstoelensoep: met een of meer cantharellen?

Unilever verkoopt een lekkere Bospaddenstoelensoep *'met cantharellen en kervel'*. Een consument vond de naam misleidend. De soep zou slechts één cantharel bevatten. De Code Commissie zet de in de Scharreleiuitspraak gevolgde redenering voort: de verpakking is in overeenstemming met het Etiketteringbesluit. Zijn de woorden 'met cantharellen' daarnaast misleidend? Nee, want het publiek dat het relevant vindt, kijkt op de achterzijde van de verpakking. Daar staan precies de percentages champignons, cantharellen en andere heerlijke paddenstoelen. Het publiek hecht volgens de RCC meer waarde aan de percentages, dan aan het aantal paddenstoelen. De naam is toegestaan.

Conclusie: wie wil weten wat hij eet, leze de ingrediëntendeclaratie. Zonodig een leesbril mee!

Ebba Hoogenraad

Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten is een onafhankelijk advocatenkantoor met specialisten op het gebied van reclamerecht, intellectuele eigendom en productinformatie (etikettering, ingrediënten). Wij procederen en adviseren creatief, en denken met u mee. Met juridische diepgang én menselijk inzicht. En we komen graag in een vroeg stadium met een creatieve oplossing (*hoe kan het wèl?*).

Deze publicatie signaleert een aantal ontwikkelingen en bevat geen advies. Indien u vragen heeft over een specifiek onderwerp, raden wij u aan gericht juridisch advies te vragen. © Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten

Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten
Ebba Hoogenraad, partner (reclamerecht + productinformatie)
Maarten Haak, partner (intellectuele eigendom)
Maud van der Leeuw, advocaat
Kim Braber, advocaat

kantoor
Emerald House
Jozef Israëlskade 48-G
Amsterdam
t 020 – 305 3066
www.hoogenhaak.nl

post
Postbus 76780
1070 KB Amsterdam
e info@hoogenhaak.nl
f 020 – 305 3069
kvk 34314579