

X. **Reclamerecht (E.H. Hoogenraad, met dank aan Anastasia Chistyakova)**

Wetgeving

Europees

Gezondheidsclaims

European Food and Safety Authority (EFSA) heeft in oktober 2009 de eerste 523 *gezondheidsclaims* ex art. 13.1 Claimsverordening¹⁶⁰ beoordeeld. Dit heeft veel commotie veroorzaakt. Slechts ongeveer een derde van die claims is volgens de EFSA voldoende wetenschappelijk onderbouwd. Positief is geadviseerd over een aantal gezondheidsclaims voor producten die vitamines en mineralen bevatten. Ook gezondheidsclaims met betrekking tot suikervrije kauwgom voor het onderhoud van het gebit en vetrijke zuren voor het handhaven van het cholesterol gehalte zijn toegestaan. Maar diverse gezondheidsclaims voor probiotica konden de strenge eisen van EFSA (nog) niet doorstaan. Dat geldt ook voor bewijs dat taurine de vermoeidheid vertraagt en het fysieke prestatievermogen verbetert. Vast staat dat de EFSA de wettelijk vastgestelde termijn van 31 januari 2010 niet gaat halen voor de in totaal 4185 claims die zijn ingediend. Inmiddels is een politieke discussie gaande dat batchgewijze publicatie (gepland tot naar verwachting eind 2011) concurrentievervalsing in de hand werkt. De politieke lobby koerst op publicatie op veel latere termijn.

Sinds 1 augustus 2009 is de overgangstermijn verstreken en moeten *voedingsclaims* op verpakkingen voldoen aan de eisen uit de Claimsverordening. De VWA meldde dat zij vanaf 1 augustus 2009 producenten direct schriftelijk zal waarschuwen wanneer voedingsclaims niet aan de Verordening voldoen.

160. Verordening (EG) nr. 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen, in werking getreden per 1 juli 2007 (PbEU 404/9).

*Nationaal**Spamverbod*

De wetwijziging van de Telecommunicatiewet is op 1 juli effectief geworden.¹⁶¹ Een maatregel die in werking is getreden is bijvoorbeeld de mogelijkheid om een telecomcontract na afloop van de eerste termijn voor bepaalde tijd vervolgens steeds binnen een maand op te zeggen. Per 1 oktober 2009 geldt tevens een algeheel spamverbod in Nederland. De opt-in is dus niet meer alleen vereist bij particulieren, maar ook bij bedrijven. Wel geldt de uitzondering dat een bedrijf dat een e-mailadres heeft verkregen bij de verkoop van een product of een dienst, dit e-mailadres mag gebruiken om de eigenaar te informeren over soortgelijke producten of diensten. Discussie is vervolgens natuurlijk wat onder 'soortgelijk' moet worden volstaan. Elke digitale mailing moet altijd een opt-out bevatten.

Audiovisuele mediadiensten

In de vorige kroniek is vermeld dat de nieuwe Mediawet per 1 januari 2009 van kracht is geworden. Met de implementatie van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten wordt de Mediawet 2008 uitgebreid naar commerciële mediadiensten op aanvraag.¹⁶² Daarnaast zijn de reclame- en sponsorregels voor de commerciële omroepen versoepeld.¹⁶³ Zo is productplacement onder bepaalde voorwaarden toegestaan en mogen films en nieuwsprogramma's vaker worden onderbroken voor reclame. Hoewel de regering in grote lijnen de tekst van de richtlijn overneemt, heeft zij op twee punten een verdergaande maatregel opgenomen. Publieke én commerciële omroepen mogen sinds 1 januari 2009 geen alcoholreclame uitzenden tussen 06.00 en 21.00 uur. Daarnaast is misleiding niet een voorwaarde om van sluikreclame te kunnen spreken, dit in tegenstelling tot de definitie van sluikreclame in de Richtlijn.

Kansspelen

Naar aanleiding van de evaluatie¹⁶⁴ van de Gedragscode Promotionele Kansspelen wordt momenteel gewerkt aan de aanpassing van de Gedragscode.¹⁶⁵ Vanaf het moment van aanpassing zal de aanbieder van een promotioneel kansspel niets meer in rekening mogen brengen (nu mag de aanbieder communicatiekosten in rekening brengen tot maximaal € 0,60). Daarnaast zal de eis van het promotionele karakter worden verduidelijkt en zal het onder-

scheid tussen grote en kleine promotionele kansspelen worden geschrapt. Dit zal naar verwachting in kroniekjaar 2010 plaatsvinden.

Kredietreclame

Per 1 april 2009 geldt de verplichte waarschuwing 'Let op: Geld lenen kost geld' voor kredietreclame (met uitzondering van hypotheek).¹⁶⁶ De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft regels vastgesteld over de manier waarop de waarschuwingszin in een reclame-uiting moet worden opgenomen. Vreemd genoeg moet de waarschuwing ook bij financieringen met een rente van 0% worden vermeld. Dit is in feite misleidend. Daarnaast hebben CDA en PvdA een initiatiefvoorstel¹⁶⁷ ingediend, inhoudende een verbod om op televisie tussen 6.00 uur en 21.00 uur kredietreclames te tonen. Het lijkt erop dat het voorstel het niet zal halen.¹⁶⁸ NB: op 11 mei 2010 moet de nieuwe Richtlijn inzake Kredietovereenkomsten voor Consumenten¹⁶⁹ geïmplementeerd zijn.

Snoepreclame

In de nota Overgewicht¹⁷⁰ heeft het kabinet bepaald dat snoepreclame voor kinderen niet verboden wordt. Het kabinet acht de marketing van ongezonde voedingsmiddelen gericht op kinderen jonger dan twaalf jaar echter onwenselijk. De betrokken partijen is gevraagd de Reclamecode voor Voedingsmiddelen aan te passen met betrekking tot de leeftijdsgrens voor reclame voor voedingsmiddelen gericht op kinderen. Het kabinet heeft de industrie een ultimatum gesteld. Wanneer per 1 maart 2010 geen overeenstemming is bereikt over een aangescherpte reclamecode zal het kabinet overgaan tot een wettelijk verbod op reclame gericht op kinderen jonger dan twaalf jaar en een verbod op reclame voor ongezonde producten.¹⁷¹ Dit heeft geresulteerd in het van kracht worden van een strengere Reclamecode voor Voedingsmiddelen per 1 februari van het kroniekjaar 2010.

Stichting Reclame Code

De Reclamecode voor Alcoholhoudende Dranken is per 1 oktober 2009 aangepast. Websites van de branchepartijen moeten nu een uitgebreidere 'agecheck' hebben. Reclame op sportattributen zoals sticks en ballen mag niet meer. Ook bestaat nu een lijst met jongerentijdschriften waarin niet meer geadverteerd mag worden. Daarnaast geldt sindsdien een absoluut verbod op het inzetten van ring-

161. Wet van 13 november 2008 tot wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongeverraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen, *Stb.* 2008, 525.

162. Wet van 10 december 2009 tot wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, *Stb.* 2009, 552.

163. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 14; zie ook R. Chavannes, 'Wetsvoorstel Audiovisuele Mediadiensten: een eigenzinnige implementatie van een gebrekkige richtlijn', *Mediaforum* 2009-5.

164. *Kamerstukken II* 2007/08, 24 557, nr. 90.

165. *Kamerstukken II* 2009/10, 24 557, nr. 104.

166. Art. 53 lid 8 van het Besluit van 9 december 2008, houdende wijziging van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft met het oog op harmonisatie van voor aanbieders en bemiddelaars geldende regels inzake provisies en het Besluit boetes Wft, *Stb.* 2008, 546.

167. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 911, nr. 3 (MvT).

168. Zie voor een uitgebreide onderbouwing het negatieve advies van de Studiecommissie Kredietreclame aan het bestuur van de Vereniging voor Reclamerecht d.d. 27 oktober 2009, www.vvrr.nl.

169. Richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn nr. 87/102/EEG van de Raad (*PbEU* 133/66).

170. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 899, nr. 1.

171. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 899, nr. 3.

tones. Voor het thema sociaal en seksueel succes is omschreven welke situaties expliciet verboden zijn. Zo is het niet toegestaan om 'ervoor/erna' situaties af te beelden.

De Code voor Personenauto's is per 1 oktober 2009 aangescherpt. Strengere regels gelden voor de vermelding van de CO₂-uitstootgegevens in reclame. Op internet moet een aparte webpagina alle CO₂-brandstofgegevens vermelden. Alle pagina's die betrekking hebben op een bepaald model auto dienen te verwijzen naar die hoofdpagina. Zelfs banners moeten nu voorzien zijn van de CO₂-gegevens. Goede leesbaarheid is het doel van de aanscherping. De gegevens staan horizontaal, onderaan, en los van elkaar. Voor diverse soorten uitingen gelden specifieke formaten. Op Europees niveau is de Europese Commissie bezig de Richtlijn Consumenteninformatie Personenauto's te herzien.¹⁷² Deze herziening is onderdeel van de nieuwe gemeenschapsstrategie met betrekking tot het beperken van de CO₂-uitstoot van personenauto's.¹⁷³

Ook is gewijzigd de Reclamecode Reisaanbiedingen en wel per 1 april 2009. De code is aangepast aan de Europese Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. De bedoeling is dat reisaanbiedingen voor de consument sindsdien nog transparanter zijn worden. Zo mag bijvoorbeeld niet meer een enkele reis per vliegtuig worden aangeboden als deze alleen als retour is te boeken. Ook mag de consument niet worden geconfronteerd met de begrippen 'tax' en 'belasting' als deze door de aanbieder niet hoeven worden afgedragen aan de overheid. Advertenties, affiches, aanbiedingen via internet, radio en tv moesten per direct aan de nieuwe Reclamecode Reisaanbiedingen voldoen. Maar voor reeds gedrukte reisbrochures t.b.v. zomerseizoen 2009 gold een overgangsregeling, waardoor deze nog aan de 'oude' code getoetst worden.

Nieuw is de Reclamecode SMS-dienstverlening, die per 1 april 2009 in werking is getreden. Deze code maakt deel uit van de Gedragscode SMS-dienstverlening die door de sector zelf is opgesteld en op 1 mei 2008 van kracht werd. De code schrijft precies voor hoe de voorwaarden voor een SMS-dienst moeten worden weergegeven. Verder heeft de sector een opt-out mogelijkheid gecreëerd d.m.v. het introduceren van het SMS-dienstenfilter. Consumenten kunnen daar laten registreren dat zij (of hun minderjarige kinderen) bepaalde SMS-diensten niet kunnen gebruiken. In het Kroniekjaar 2010 zal de zelfregulering met betrekking tot SMS-en nog veel verder worden aangescherpt.

De Stichting Reclame Code heeft sinds begin dit jaar een nieuwe klachtendatabase in gebruik genomen. Zij heeft de afdeling Monitoring Service opgezet met de bedoeling om door middel van onderzoek het effect van zelfregulering duidelijk te maken en om te laten zien dat het adverterend bedrijfsleven zijn verantwoordelijkheid neemt. Aldus wordt bijgehouden of adverteerders zich schikken naar het advies van de Reclame Code Commissie en het College van Beroep. Om te zorgen dat haar uitspraken worden nageleefd gebruikt de Stichting de 'naming & shaming' methode. Sinds 4 juni 2009 benut de Stichting Reclame Code hiervoor ook haar website: in de nieuwe rubriek 'het Rode Oor' plaatst de Stichting een actueel overzicht van adverteerders wiens reclame-uitingen in strijd zijn bevonden met de Nederlandse Reclame Code en die vervolgens niet of negatief hebben gereageerd op de vraag of zij zich zou schikken met deze uitspraak (non-compliance).

Rechtspraak

Europees

Drie Europese uitspraken zijn vermeldenswaard, ieder op een ander deelgebied van reclame.

Oneerlijke handelspraktijken

De Belgische zaak *VTB-VAB/Total Belgium en Gala-tea/Sanoma Magazines Belgium*¹⁷⁴ betrof de pechhulp bij een tankbeurt waarbij een kortingsbon voor lingerie in een lingerie-special van het weekblad Flair werd gegeven. Het HvJ EG oordeelt dat de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken zich verzet tegen een Belgische wet die een verbod stelt op elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument, ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval.

Vergelijkende reclame

In de *l'Oréal/Bellure*-zaak¹⁷⁵ heeft het Hof van Justitie uitleg gegeven aan art. 5 lid 1 sub a en lid 2 Merkenrichtlijn en aan art. 3 bis lid 1 Reclamerichtlijn. Het draait om de vraag of sprake is van het ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van een bekend merk. In het kader van deze rubriek reclamerecht is de uitspraak van belang voor reclame waarin een product of dienst met een bekend merk wordt vergeleken. De merkhouder kan ook optreden als de vergelijkende afbreuk kan doen aan een van de zogenaamde 'merkfuncties', zoals de communicatiefunctie, de investeringsfunctie of de reclamefunctie. Wat daaronder moet worden verstaan is nog niet beslist. Het begrip 'oneerlijk voordeel' ex art. 3 bis lid 1 Reclamerichtlijn is volgens het Hof van Justitie hetzelfde als 'ongerechtvaardigd voordeel' ex art. 5 lid 2 Merkenrichtlijn. Niet is nodig dat sprake is van misleiding of verwarring; het zijn namelijk afzonderlijke voorwaarden. De uitspraak roept een aantal

172. Richtlijn nr. 1999/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende de beschikbaarheid van consumenteninformatie over het brandstofverbruik en de CO₂-uitstoot bij de verbranding van nieuwe personenauto's (PbEU 12/16).

173. Verordening (EG) nr. 443/2009 inzake vaststelling van emissienormen voor nieuwe personenauto's, in het kader van de communautaire geïntegreerde benadering om de CO₂-emissies van lichte voertuigen te beperken, in werking getreden 8 juni 2009; zie ook http://ec.europa.eu/environment/air/transport/co2/co2_cars_labeling.htm.

174. HvJ EG 23 april 2009, gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07.

175. HvJ EG 18 juni 2009, IER 2009/43 (m.nt. ChG).

vragen op. Het Hof maakt onderscheid tussen gebruik van een bekend merk in een vergelijking voor *zuiver beschrijvende* doeleinden, hetgeen is toegestaan, en gebruik van een bekend merk voor reclamedoeleinden. Dit zal in concrete gevallen van vergelijkende reclame met een bekend merk tot veel discussie leiden. Dit geldt ook voor de vraag of een vergelijkende reclame al dan niet het idee overbrengt dat het gaat om een namaak- of imitatieproduct. Dat begrip moet ruim worden uitgelegd. Dit lijkt te strijden met het beginsel dat vergelijkende reclame volgens vaste rechtspraak altijd moet worden uitgelegd ten gunste van de vergelijkende reclame. De pennen zullen hierover nog vaak in beweging komen, evenzo de rechtspraak.

Kansspelen

In de zaak *Ladbrokes*¹⁷⁶ hebben zowel de Raad van State als de Hoge Raad om een prejudiciële beslissing verzocht. Deze had betrekking op de vraag of het Nederlandse gokbeleid wel verenigbaar is met het vrij verkeer van diensten. Dit gokbeleid is erop gericht om het aanbod van kansspelen tegen te gaan teneinde gokverslaving te voorkomen. Ter uitvoering van dit beleid verleent Nederland het exclusieve recht tot het aanbieden van kansspelen per kansspelcategorie aan een aantal monopolisten zoals De Lotto en Holland Casino. Door dit vergunningsstelsel is het voor buitenlandse internetgokbedrijven, zoals Ladbrokes, vrijwel onmogelijk om hier voet aan de grond te krijgen.

Y. Bot, advocaat-generaal in deze zaak, is van mening dat het aan de Nederlandse rechter is om te bepalen of het reclame maken voor en het aanbieden van (nieuwe) kansspelen al dan niet in strijd is met het Nederlandse gokbeleid. De rechter is echter niet in elk concreet geval tot deze toets verplicht. Ook is de A-G van mening dat het beginsel van wederzijdse erkenning van verleende vergunningen niet van toepassing is op een vergunning tot het aanbieden van kansspelen via internet.¹⁷⁷ Wel houdt hij voor buitenlandse gokbedrijven de deur op een kier door te bepalen dat de toewijzing van de vergunningen om kansspelen aan te bieden op een transparante manier dient te gebeuren.

Nationaal

Oneerlijke handelspraktijken cum annexis

Nogmaals is door de Nederlandse rechter bevestigd dat art. 6:194a BW niet alleen geldt voor B2B reclame (tussen handelaren) maar ook voor B2C reclame (richting de consument).¹⁷⁸

Voor de spam-discussie is interessant de zaak *SD&P v OPTA*.¹⁷⁹ Zijn SMS-berichten zonder wervend karakter spam? Nee. Uit hoofde van een overeenkomst gestuurde SMS-berichten zijn geen communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden. Zij zijn immers in beginsel niet bestemd om de ontvanger te bewegen in te gaan op een commercieel aanbod of steun te verlenen aan ideële of charitatieve doeleinden. Bovendien had OPTA ook niet aannemelijk gemaakt dat zij niettemin een dergelijk wervend karakter zouden hebben.

Op het gebied van de oneerlijke handelspraktijken is vermeldenswaard de situatie dat een telefoongesprek tussen Pretium en de consument, onder referentie naar goedkeuring van tarieven door OPTA, wel een misleidende handelspraktijk is, maar geen misleidende reclame (*OPTA/Pretium*¹⁸⁰). Van een misleidende mededeling als bedoeld in art. 6:194 BW is geen sprake, nu het een persoonsgerichte benadering per telefoon betreft die niet door die regeling wordt bestreken. Echter, niet valt uit te sluiten dat onwetende consumenten die op een onverwacht moment zijn gebeld daaruit hebben opgemaakt dat de werkwijze en de prijzen van Pretium door de OPTA zijn goedgekeurd dan wel door haar worden aanbevolen. Deze werkwijze valt aan te merken als misleidende handelspraktijk in de zin van art. 6:193g sub d BW en is zodoende onrechtmatig. Pretium wordt bevolen zich hiervan te onthouden op straffe van een dwangsom.

Misleidende reclame

In de pers is veel commotie ontstaan over de reclame van de *Staatsloterij*¹⁸¹ met als claim: 'Jackpot valt gegarandeerd'. De RCC vond de reclame misleidend, onder meer omdat niet duidelijk is voor de consument dat de eigenaar van een 1/5 lot 'slechts' 1/5 van de Jackpot wint. Het College van Beroep bekijkt het van een andere kant en heeft die uitspraak vernietigd. Argument onder andere: als de jackpot valt, wordt deze ook uitgekeerd. Valt deze op 1/5 lot dan wordt de jackpot gedeeld door vijf. Niet is sprake van een in de reclame onmiskenbaar gelegd rechtstreeks verband tussen het gegarandeerd vallen van de jackpot en de omvang van het daadwerkelijk uit te keren bedrag waardoor de gemiddelde consument op het verkeerde been wordt gezet over de hoogte van het op een winnend lot uit te keren bedrag. De publiciteit heeft er wel toe geleid dat de Staatsloterij inmiddels expliciet melding maakt dat bij 1/5 lot een navenant deel van de jackpot kan worden gewonnen.

Het jaar 2009 is ook het jaar van de milieucclaims. 'Schone (kern)energie' is een absolute milieucclaim en is misleidend, aldus de uitspraak *Atoomstroom*.¹⁸² Maar niet alles wat riekt naar 'groen' is verboden: het gebruik van de

176. HvJ EG 17 december 2009, conclusie A-G Bot in nr. C-203/08 en nr. C-258/08.

177. Zie hiervoor HvJ EG 8 september 2009, september C-42/07 (*Liga Portuguesa*).

178. Vrz. Rb. Amsterdam 18 juni 2009, *IER* 2009/89 (*Hans Anders/Specsavers*; m.nt. EHH) en Vrz. Rb. Leeuwarden 29 april 2009, *LJN* B14085 (*Huis & Hypotheek/DSB Bank*).

179. Vrz. CBB 30 september 2009, *Mediaforum* 2009, 34, p. 414 (m.nt. Zwenne).

180. Vrz. Rb. Haarlem 16 juli 2009, *Mediaforum* 2009-33, p. 409 (m.nt. Kreijger).

181. CvB 6 oktober 2009, dossier 2009/00576.

182. CvB 26 mei 2009, dossier 2009/00088-1.

termen 'CO2-vrij' en 'vrij van subsidies' op Atoomstroom.nl voor de door haar geleverde elektriciteit is wel toegestaan.

Vergelijkende reclame

Natuurlijk zijn er in het Kroniekjaar 2009 weer talloze procedures geweest over vergelijkende reclame. In de telefonie oorlog blijft uitgangspunt dat de prijsvergelijking zo nauwkeurig mogelijk dient te zijn. Een gebrek in de presentatie wordt niet goed gemaakt door met een asterisk te verwijzen naar een onder de tabel in zeer kleine letters opgenomen tekst (*KPN/UPC*¹⁸³). Acties hoeven echter niet worden meegenomen in vergelijkingstabellen.

Bij de vraag of sprake is van vergelijkbare producten leidt de uitspraak *Techcomlight/Bl*¹⁸⁴ tot de op zich niet opzienbarende overweging dat de wet niet de eis stelt dat vergelijkende reclame uitsluitend zou zijn toegestaan tussen identieke producten. De crux zit hem in deze zaak klaarblijkelijk in de verschillend beoogde functionaliteit van de producten waardoor ze eigenlijk niet goed vergelijkbaar zijn. De vergelijkende reclame is misleidend, omdat de producten anders zijn (afgevlakte lichtopbrengst versus maximale lichtopbrengst) waardoor het ene product niet noodzakelijk beter is dan het andere. Wat betreft anonieme vergelijkende reclame in een specifieke branche en de daarmee samenhangende toetsen aanzien van herleidbaarheid tot een bepaalde adverteerder is de *Ushio/Philips*¹⁸⁵ een mooi voorbeeld: nu sprake is van een specialistische markt met een beperkt aantal spelers, van welke markt Ushio een aanzienlijk aandeel vertegenwoordigt, is voldoende aannemelijk dat het relevante publiek de 'standaardlampen' waarmee Philips haar lampen in haar claims vergelijkt, zal herleiden tot de lampen van Ushio.

In deze uitspraak krijgen we ook een meer concreet handvat ten aanzien van het bewijs bij een claim als 'tot wel 30 % meer licht'. Philips hoeft niet aan te tonen dat in alle gevallen sprake is van 30% meer licht, maar wel dat dit percentage op zijn minst (eenmalig) moet voorkomen in de tests en dat daarnaast een percentage tussen de 20 en de 30 met een zekere regelmaat geconstateerd wordt.

Omdat de IE/octrooi-lezers van dit blad zich aangesproken zullen voelen maak ik melding van een misleidende vergelijking tussen een octrooiexpert en een octrooigemachtigde (*NOvU/Octrooiexpert*).¹⁸⁶ Het is misleidend te stellen dat, afgezien van het verschil in prijs en opleiding, er geen verschil is tussen een door een octrooiexpert geschreven octrooiaanvraag en een aanvraag geschreven door een octrooigemachtigde. Anders dan wordt gesuggereerd kan niet worden aangenomen dat klanten van een

octrooiexpert een gelijkwaardige rechtsbescherming genieten als die van een octrooigemachtigde.

Maar de voorzieningenrechter keurt ook vergelijkende reclame goed: dat blijkt uit weer een uitspraak in de continuing story tussen *Hans Anders en Specsavers*¹⁸⁷ waarbij kritische vergelijkende informatie wordt gegeven over de opleiding van opticiens en audiciens bij Hans Anders. Minder juist is mijns inziens de overweging van de voorzieningenrechter dat gelet op de beperkingen die een advertentie met zich brengt, wordt geoordeeld dat Specsavers met de verwijzing naar haar website in de advertentie deze informatie daarmee voor de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument op voldoende wijze ter controle beschikbaar heeft gesteld. Hoopvol is de overweging dat een ludieke variant op het merk, namelijk 'Anders dan Hans', toelaatbaar is zolang het niet denigrerend is. Deze uitspraak dateert van de dag dat *L'Oreal/Bellure* werd gewezen. Of dit na Bellure blijft gelden weten we nog niet.

Een al te beeldende en toch ook wel humoristische tv commercial voor de toiletreiniger van het Harpic Max van Reckitt Benckiser waarin een gele fles werd weggegooid kon deels niet door de beugel (*Unilver/Reckitt Benckiser*).¹⁸⁸ Het is een anonieme vergelijkende reclame met vergelijkbare producten: de beide schoonmaakproducten zullen voor de doorsnee consument in de categorie 'toiletreinigers' vallen en de gemiddelde consument kent het onderscheid tussen 'zure toiletreinigers' en 'bleekreinigings' niet. De producten voorzien in dezelfde behoefte en zijn voor hetzelfde doel bestemd, namelijk het reinigen van het toilet. Ten onrechte is de misleidende suggestie gedaan dat borstelen bij gebruik van Harpic Max niet nodig is. De gebruikte 'humor' kan niet door de beugel. Het wordt onnodig denigrerend geacht dat de persoon die de toiletpot reinigt met bleek een verfrroller gebruikt en allerlei gereedschap meesjouwt, nu dit geen realistische weergave is. Het verweer van Reckitt Benckiser dat de verfrroller als een grap moet worden beschouwd gaat niet op: met dergelijke grappen ten koste van de concurrent dient in een vergelijkende reclame behoedzaam te worden omgegaan. Maar de claim over de reinigingskracht is niet misleidend.

Productinformatie

In de rechtspraak van het Kroniekjaar 2009 met betrekking tot productinformatie is de neerslag te vinden van een tendens in de maatschappij. Steeds meer aandacht wordt gegeven aan de informatie op het product, alsook de gemaakte claims of zelfs de naam van het product wel in overeenstemming zijn met de wettelijke regelingen. Mijn verwachting is dat deze tendens zich alleen maar zal voortzetten, zeker gezien het effect dat de Claimsverordening de komende jaren op de marketing van levensmiddelen zal hebben.

183. Vزر. Rb. Amsterdam 24 december 2009, KG ZA 09-2505.

184. Rb. Den Bosch 14 oktober 2009, KG ZA 09-598.

185. Vزر. Rb. Amsterdam 6 augustus 2009, LJN BJ5330.

186. RCC 28 juli 2009, dossier 2009/00379.

187. Vزر. Rb. Amsterdam 18 juni 2009, LJN BJ2462.

188. Vزر. Rb. Amsterdam 22 mei 2009, LJN BI9791.

Het verzinnen van een ingrediënt (gistversnellers) is uit den boze (*NBC/Zonnatura-Volkomen Volkoren Brood*).¹⁸⁹ In de radiocommercial werd ten onrechte de indruk gewekt dat voor Volkomen Volkoren Brood, anders dan bij dagvers brood, geen gistversnellers en conserveringsmiddel worden gebruikt, en dat daarom Volkomen Volkoren Brood de voorkeur verdient boven gewoon brood. Het noemen van het niet bestaand additief 'gistversnellers' is onjuist. Dat geldt ook voor het gebruik van het woord conserveringsmiddel bij brood. Kortom: de radiocommercial is misleidend. Bovendien appelleert het ten onrechte aan angstgevoelens.

McDonald's is op de vingers getikt wegens een te absolute claim over het vlees dat afkomstig is van koeien die in de wei mogen lopen (*Stichting Wakker Dier/McDonald's*).¹⁹⁰ De gemiddelde consument zal volgens de RCC denken dat ál het vlees dat in de Big Mac hamburgers wordt verwerkt afkomstig is van koeien die in de wei hebben gestaan. McDonald's kon echter geen 'weidegang – garantie' geven zodat het niet zeker is dat ook daadwerkelijk alle koeien buiten hebben ge graasd.

De vraag over misleiding speelt ook bij productnamen. Is *Vrumona Vitaminewater* misleidend omdat in het product suiker zit en het product ook een Ik Kies Bewust Logo bevat?¹⁹¹ Nee. De naam Vitaminewater is niet misleidend. De gemiddelde consument begrijpt uit de naam dat het een functional water is en kijkt op de ingrediëntendeclaratie op het etiket. Het feit dat op de flesjes het Ik Kies Bewust logo is afgebeeld maakt de naam niet misleidend; de RCC is niet bevoegd te oordelen over de toekenningscriteria van de Stichting Ik Kies Bewust.

Alcoholreclame

Natuurlijk heeft de Stichting Alcohol Preventie (STAP) zoals ieder jaar ook nu weer gezorgd voor een zeer groot aantal klachten bij de Reclame Code Commissie. Vele worden afgewezen. Een aantal uitspraken is vermeldenswaard. De knipoog in de pay-off 'Coerbergh Sparkle gives that extra sparkle to your life!' is toegestaan. Niet kan worden gezegd dat matige alcoholconsumptie op een negatieve manier wordt uitgebeeld of dat de reclameuiting zich afzet tegen niet-alcoholhoudende drank ex art. 2 RvA (*Coerbergh Sparkle*).¹⁹² Ter bescherming van kinderen is in art. 10 RvA een opsomming gegeven van zaken die niet zijn toegestaan in alcoholreclame, zoals knuffels. Hoe zit dat met een bisonvacht als verpakking van wodka? Dit kan niet als knuffel worden beschouwd. Het woord wodka is duidelijk op de fles te zien, ook met de vacht eromheen (*Grasovka-wodka/STAP*).¹⁹³ Ook het cadeau geven van kleurige gadgets (cassettestick) bij alcoholhoudende dranken kan door de beugel omdat uit de context van de actie duidelijk blijkt dat de gadget

gericht is op volwassenen; het cassettebandje is immers vooral bekend bij volwassenen.

Een heel principiële uitspraak betreft het gegeven dat steeds meer marketingcampagnes gebruik maken van Youtube, bijvoorbeeld doordat de consument zelf filmpjes kan uploaden. Zo ook in de campagne van Grolsch waarbij de consument werd uitgenodigd 'zijn koeltips te delen'. Op Youtube was een filmpje¹⁹⁴ te zien waarbij jongens tijdens een parachutesprong Grolsch bier drinken. Dit is in strijd met art. 14 RvA (risicovol gedrag) (*STAP/Bavaria*).¹⁹⁵ Het verweer van Grolsch dat zij als adverteerder de reclame-uiting niet zelf heeft gemaakt helpt niet. Nu het filmpje een gevolg is van een actie waarbij het publiek werd aangespoord om zelf promotie filmpjes te uploaden is de adverteerder hiervoor verantwoordelijk. Deze uitspraak zal ook buiten de alcoholbranche grote gevolgen hebben voor marketing campagnes.

Na de aanscherping van de RvA in 2008 dienen afgebeelde modellen in alcoholreclame een volwassen uitstraling te hebben. Het criterium hiervoor is dat iemand zowel ouder dan 25 jaar moet zijn als moet lijken (art. 11 RvA). In geval van twijfel over zijn werkelijke leeftijd dient de adverteerder ter verificatie het legitimatiebewijs van het model aan de RCC te overleggen. Aangezien in een printadvertentie van Amstel bier voor de KNVB Bekerfinale een van de modellen jonger dan 25 blijkt te zijn, is deze uiting dus in strijd met art. 11 RvA. (*STAP/Heineken*).¹⁹⁶ Of een model ook jonger *lijkt* dan 25 jaar blijft natuurlijk zeer arbitrair.

Tabaksreclame

Over het zeer extensieve verbod tot het maken van tabaksreclame wordt veel geprocedeerd, ook in 2009. De boetes zijn hoog. De presentatie van neutrale dispensers op de toonbank van benzinstations gaat verder dan noodzakelijk is voor het te koop aanbieden van de tabaksproducten (*De Staat der Nederlanden/Agio Bat, Ritmeester & Swedish Match Cigars*).¹⁹⁷ Ook een stand met aan de achterwand van de verkoopbalie een overzicht van de verkochte tabaksmerken en de vermelding 'Tobacco Shop' is verboden tabakssponsoring (*Tobacco Shop Pinkpop*).¹⁹⁸ De rechtbank acht van doorslaggevende betekenis de omstandigheid dat tegen betaling van ruim € 59 000 exclusiviteit van de verkoop van haar merken tabaksproducten was overeengekomen. Zo'n overtreding van de Tabakswet levert in dit geval een boete op van € 45 000. Maar zelfs bij de zeer uitgebreide definitie van reclame blijkt het in een uitzonderlijk geval toch toegestaan het tabaksmerk te noemen: de hyperlink op de website van een studievereniging is geen tabaksreclame. Dat voor de plaatsing van de hyperlink met daarop de naam en het logo van Phillip Morris een bedrag van € 150

189. RCC 13 november 2009, dossier 2009/00769.

190. RCC 17 november 2009, dossier 2009/00667.

191. RCC 16 april 2009, dossier 2009/00196, *IER* 2009/70 (m.nt. AJH).

192. RCC 20 oktober 2009, dossier 2009/00622.

193. RCC 17 februari 2009, dossier 2008/01251.

194. Zie voor het filmpje <http://www.youtube.com/grolschkoeltips>.

195. RCC 27 oktober 2009, dossier 2009/00615.

196. RCC 25 augustus 2009, dossier 2009/00412.

197. Hof Den Haag 22 december 2009, *LJN* BK9361.

198. Rb. Rotterdam 20 februari 2009, *LJN* BH5920.

is betaald moet worden beschouwd tegen de achtergrond – oftewel in de woorden van de wetgever de 'setting' – van de werving van personeel (*Philip Morris/VWS/personeelswerving*).¹⁹⁹ Echter, de wettelijke uitzondering op het verbod voor mededelingen uitsluitend bestemd voor de bedrijfstak moet beperkt worden uitgelegd. Een publicatie in *Misset Horeca*, een vakblad voor personen die in de horeca werkzaam zijn, richt zich niet tot die besloten kring (*Philip Morris/VWS: publicatie*)²⁰⁰. Matiging van de boete van € 45 000 tot € 20 250.

Goede smaak en fatsoen

Op het gebied van goede smaak en fatsoen heeft de Stichting Reclame Code dit jaar een aantal uitspraken gedaan. Op de vraag of de in de reclame afgebeelde gedraging in strijd is met de goede smaak of het fatsoen stellen zowel het College en de Commissie zich terughoudend op bij deze beoordeling gezien het subjectieve karakter van deze criteria. Vaak ontstaat in de pers veel commotie, maar is de uiting toch toegestaan, zoals bij wildplassende mannen voor Amstel, van het dak van een flat (in een stapel kussens) springende mensen bij Allsecure en de vrouw van Spa & Fruit die verwoedt een spin dood trapt.²⁰¹ Wel maakt de RCC met regelmaat gebruik van haar bevoegdheid in art. 17 lid 1 sub g Reglement betreffende de Reclame Code Commissie en het College van Beroep, om voorwaarden te stellen aan het tijdstip van de uitzending van de reclame, vaak pas na 20.00 uur ter bescherming van kleine kinderen, zoals de New York pizza spot waarin een man die ligt in een rode plas ket-chup in beeld is.²⁰²

Herkenbaarheid reclame

Een door niet iedereen altijd goed begrepen bepaling is art. 11.2 NRC: het verbod dat mensen die *krachtens hun optreden in een tv-/radioprogramma* geacht kunnen worden gezag te hebben bij bepaalde publieksgroepen, optreden in reclame-uitingen. De tv commercial van NEM waarin Maurice de Hond voorkomt was volgens de Reclame Code Commissie hiermee in strijd omdat Maurice de Hond bekendheid, gezag en vertrouwen geniet bij het publiek. Maar dat is niet wat art. 11 verbiedt en daarom vernietigt het College van Beroep de beslissing van de Reclame Code Commissie (*Nederlandse Energie Maatschappij: Maurice de Hond*).²⁰³ Immers de heer De Hond heeft de bekendheid of het gezag/vertrouwen niet verkregen ten gevolge van het optreden in programma's.

199. CBB 4 mei 2009, L/JN BJ6645.

200. CBB 28 mei 2009, L/JN BK4860.

201. CvB 8 juni 2009, dossier 2009/00084 (*Amstel bier*); RCC 12 februari 2009, dossier 2009/0008 (*AllSecur*); RCC 27 april 2009, dossier 2009/00268 (*Spa&Fruit*).

202. Kennisgeving d.d. 30 maart 2009, RCC 19 augustus 2008, dossier 08.0353 (*New York pizza*) en ook RCC 30 november 2009, 2009/00716A (*Nederlandse Vereniging van Huisdieren over een zeer indringend uitgebeelde injectie in een oog van een konijn*).

203. CvB 1 september 2009, dossier 2009/00385, IER 2009/90 (m.nt. EHH).

Reclame of informatie?

Op de scheidslijn van reclame en informatie zijn in het Kroniekjaar 2009 een aantal zeer interessante uitspraken gedaan.

Artikel onder verwijzing naar werkzame stof

Een opvallend artikel in de Telegraaf met de titel 'Een leven zonder gewrichtsontsteking' prijst het voedingssupplement MPC4 aan als een effectief middel tegen diverse ziektes. MPC4 is de werkzame stof in CartiXan-4, dat in Nederland te koop is. Is het artikel te beschouwen als reclame? Ja. De RCC hanteert als criterium dat het voor de consument zonder veel moeite mogelijk is om te achterhalen dat MPC4 uitsluitend in de vorm van CartiXan-4 kan worden gekocht. Dat de consument deze informatie kan vinden op websites van derden (namelijk via een Google search), doet daarbij niet ter zake (*MPC4*).²⁰⁴ Ook is sprake van strijd met de zwarte lijst uit de Richtlijn OHP, want de adverteerder had geen wetenschappelijke rapporten om de medische claims te onderbouwen.

Artikel met diverse concurrerende merknamen

In het tijdschrift *GezondNU* is aan het slot van een artikel over de genezende werking van sommige wortels uit de natuur een aantal merknamen vermeld waaronder dit soort producten verkrijgbaar zijn. Daarmee is volgens de rechtbank sprake van het aanprijzen van eetwaren in het tijdschriftartikel met gebruik van medische claims dat wil zeggen het toeschrijven van heilzame eigenschappen ten aanzien van het voorkomen, behandelen of genezen van een ziekte bij de mens (*GezondNU*).²⁰⁵ De uitgever is aansprakelijk voor het doen van medische claims die eetwaren aanprijzen in een tijdschriftartikel. Belangrijk is dat het verbod op medische claims volgens de rechtbank zwaarder weegt dan de vrijheid van meningsuiting. Overigens is het boetebesluit van VWA vernietigd (want willekeurig), aangezien VWA alleen optreedt tegen medische claims in tijdschriften als daarbij een concreet merkproduct wordt genoemd.

Reclame of informatie voor een productgroep?

Een informatief artikel over een productgroep, zonder dat sprake is van verwijzing naar één individueel merk kan toch als reclame gelden. Dat is uitgemaakt in de *Swinglevend* zaak.²⁰⁶ De artikelen in het tijdschrift zijn zó wervend voor Q10 dat het College van Beroep ze beschouwt als reclame voor (alle) voedingssupplementen voor Q10, ongeacht het merk. Dus had de uitgever het artikel duidelijk als reclame herkenbaar moeten maken, bijvoorbeeld door het woord 'advertentie' of door middel van de opmaak van de pagina. Deze uitspraak zal veel stof doen opwaaien. Het heeft effect op talloze uitgevers: is het informatieve artikel eigenlijk – ondanks dat geen merken worden genoemd – toch reclame voor het product

204. RCC 12 februari 2009, dossier 2009/00034.

205. Rb. Rotterdam 12 maart 2009, L/JN BH5927.

206. CvB 17 november 2009, dossier 2009/00364, IER 2010/18 (m.nt. JJCK).

in zijn algemeenheid? Zo ja, dan mag ook geen medische claim worden vermeld in het geval levensmiddelen. In deze zelfde Swinglevend zaak zijn ook duidelijke criteria gegeven voor de vraag wanneer de combinatie van een advertentie en een redactionele artikel maakt dat het schijnbaar redactionele artikel tóch verkleurt tot reclame. Toetsingscriteria: of het artikel en de bijbehorende advertentie naast elkaar zijn geplaatst, of het visueel één geheel vormt, en of er verwijzende elementen zijn. In dit geval kwam de tekst '12 cent per dag' twee keer voor in het 'artikel', en stond deze tekst ook vermeld in de nabij geplaatste advertentie. Als het 'artikel' in het tijdschrift daardoor verwordt tot een reclame-uiting moet de inhoud voldoen aan de vereisten uit art. 19 en 20 Warenwet.

Symptoomreclame op website

Het verstrekken van informatie over en het geven van behandelopties voor erectiestoornissen op een gesponsorde website acht het College van Beroep in strijd met de wet ex art. 2 NRC (*Erectiestoornis.nl*).²⁰⁷ Het enkele feit dat op de website de merknamen van diverse merken ter behandeling van erectiestoornis worden genoemd maakt dit nog niet tot reclame. Ook mag men informatie geven aan het publiek over erectiestoornis als gezondheidsklacht. Maar in combinatie met gerichte productinformatie en directe verwijzing naar merken is de grens van informatie overschreden. De website wordt gekwalificeerd als reclame. Zie verder over deze uitspraak ook de kroniek geneesmiddelenreclame verderop in dit nummer.

Informatie verstrekking door apotheker

Het verstrekken door een apotheker 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 (*Danone*).²⁰⁸ 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, reden waarom volgens de RCC het advies van apotheker aan een patiënt een reclame-uiting in de zin van art. 1 NRC.

Claimsverordening

Inmiddels zijn twee uitspraken gedaan door de Stichting Reclame Code over de uitleg van art. 11 en 12 Claimsverordening. Daarmee is de Stichting Reclame Code eerder dan de rechter aan zet geweest om deze bepalingen te duiden.

In de hierboven genoemde *Swinglevend zaak* is een principiële beslissing gegeven door het College van Beroep. Het verbod van art. 12 Claimsverordening om te verwijzen naar een aanbeveling van een individuele deskundige

moet ruim worden uitgelegd. Ook een algemene verwijzing naar een deskundige is verboden. Zelfs als die deskundige niet bij naam wordt genoemd. Het gaat erom dat de consument gezag toekent aan de aanbeveling. Daarbij is niet van belang of (in enige mate) duidelijk is van welke specifieke deskundige het advies afkomstig is. Aanbevelingen mogen wel worden gedaan door officiële instellingen. Volgens het College van Beroep moet het woord 'individueel' gezien worden als een aanbeveling van een enkele arts of beroepsbeoefenaar. Juist om het verschil duidelijk te maken ten opzichte van aanbevelingen van die officiële instellingen ex art. 11 Claimsverordening. In de hierboven genoemde *Danone-uitspraak* is de ambtshalve 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) vernietigd nu geen sprake is van een aanprijzing.

Literatuur

- J. A. Schaap en E. Veldhoen, 'Aansprakelijkheid van de adverteerder voor affiliatie uitingen', *IER* 2009/56. Over de vergaande verantwoordelijkheid die de Stichting Reclame Code bij de adverteerder legt voor de online reclame-uitingen van affiliates, uitingen die niet door de adverteerder zijn opgesteld en die adverteerder ook niet bekend zijn (themanummer) met bijbehorende rechtspraak.
- E.H. Hoogenraad, 'Extensieve aansprakelijkheid moet terug binnen de perken - waarom de "risicoaansprakelijkheid" van adverteerders voor de inhoud van hen onbekende misleidende advertenties te ver gaat', *IER* 2009/57, p. 244-250 (themanummer) met bijbehorende rechtspraak.
- R. Chavannes, 'Wetsvoorstel Audiovisuele Mediadiensten: een eigenzinnige implementatie van een gebrekkige richtlijn', *Mediaforum* 2009-5.
- P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Onerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2009.

207. CvB 16 september 2009, dossier 2009/00027, *IER* 2010/17 (m.nt. OPS).

208. CvB 2 juli 2009, dossier 2009/00175, *IER* 2010/16 (m.nt. EHH).