

wijzigingen voorstelt voor de Richtlijn OHP.¹⁴² Wat zijn de belangrijkste?

Ten eerste een voorstel dat gaat over de volledige harmonisatie van de Richtlijn OHP. Zoals bekend brengt de Richtlijn OHP volledige harmonisatie van nationale wetgeving op het gebied van oneerlijke handelspraktijken. Afwijkende nationale wetgeving is niet toegestaan, behoudens specifieke uitzonderingen. De Ontwerprichtlijn stelt voor dat lidstaten in de toekomst wél strengere wetgeving mogen aannemen op het gebied van een tweetal verkoopsituaties die zich buiten de winkel plaatsvinden. Daarbij gaat het enerzijds om ongevraagde verkoopbezoeken aan de deur en anderzijds om commerciële excursies die worden georganiseerd met het doel om producten te verkopen.¹⁴³ In Duitsland staan deze excursies bekend als *Kaffeefahrten* en worden de veelal oudere deelnemers regelmatig op de excursies – tijdens “leuke verkooppresentaties” – onder druk gezet om producten te kopen. Een voorbeeld in Nederland kwamen we enige jaren geleden nog tegen in een juridische procedure tussen de ACM en Goltex.¹⁴⁴ De voorgestelde wijziging is opvallend omdat de keuze voor volledige harmonisatie in de Richtlijn OHP een principiële was en de beschreven handelspraktijken tot de kern van de Richtlijn behoren. Kennelijk was de onvrede van sommige lidstaten over deze verkooppraktijken groter dan de principiële keuze die in 2005 is gemaakt voor volledige harmonisatie.

Een tweede voorstel betreft misleiding door het op de markt brengen van *dual quality*-producten. Hierbij gaat het om het wekken van de indruk dat een in een lidstaat op de markt gebracht product dezelfde kwaliteiten bezit als hetzelfde product in andere lidstaten, terwijl de productsamenstelling of -karakteristieken significant anders zijn. Voorbeeld: als een automeerk Model A in veel Europese landen op de markt brengt met hoogkwalitatieve onderdelen en in Polen met inferieure onderdelen, dan is de marketing van Model A in Polen mogelijk misleidend omdat de Poolse consument vertrouwt op het imago van Model A zoals opgebouwd in de rest van Europa. De voorgestelde bepaling noemt *dual quality*-misleiding slechts als voorbeeld van een onderwerp waarop misleiding kan plaatsvinden en geeft dus geen specifieke criteria om misleiding vast te stellen. Belangrijk is de toevoeging wel, al is al het vanwege de publicitaire aandacht voor dit onderwerp in de Europese politiek, die zich overigens vooral richtte op de uiteenlopende kwaliteit van levensmiddelen.¹⁴⁵ Procedures zullen naar verwachting eerder ontstaan in de sinds 2004 toetredende lidstaten, omdat fabrikanten daar eerder geneigd zijn goedkopere versies

XI. Reclamerecht

*Ebba H. Hoogenraad, Bram B. Duivenvoorde & Lianne Steenbergen*¹⁴¹

1. Wetgeving

Europese Unie

Herziening Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken

Als onderdeel van het Europese *regulatory fitness*-programma (“REFIT”) is een aantal consumentenrechtelijke Richtlijnen onder de loep genomen. Daartoe behoort ook de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (“Richtlijn OHP”). Het resultaat van het onderzoek leidde begin 2018 tot een ontwerprichtlijn (“Ontwerprichtlijn”), die ook een aantal

¹⁴¹ Hoogenraad & Haak advocaten, mr. Lianne Steenbergen is juridisch medewerkster.

¹⁴² Zie de ontwerprichtlijn van 11 april 2018: COM(2018) 185 final, 2018/0090 (COD).

¹⁴³ Zie art. 1 van de Ontwerprichtlijn, die wijziging van art. 3 lid 5 van de Richtlijn OHP beoogt.

¹⁴⁴ Zie o.a. Rb. Rotterdam 23 mei 2013, *TvC* 2014, afl. 2, p. 87-94, m.nt. B.B. Duivenvoorde (*Goltex/ACM*).

¹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180711IPR07740/consumer-product-quality-meps-take-aim-at-dual-standards.

op de markt te brengen. Voor exporterende Nederlandse bedrijven is de bepaling niettemin relevant.

Een andere materieelrechtelijke wijziging in de Ontwerprichtlijn betreft het toevoegen van commerciële content aan de online zoekresultaten van consumenten, bijvoorbeeld via zoekmachines of vergelijkingswebsites.¹⁴⁶ Wanneer de commercieel ingekleurde zoekresultaten niet als zodanig herkenbaar zijn voor de consument, zal sprake zijn van een misleidende handelspraktijk langs de band van de “zwarte lijst” bij de Richtlijn OHP.¹⁴⁷

Dan enkele belangrijke voorstellen op het gebied van handhaving. De huidige Richtlijn OHP geeft verschillende opties voor handhaving van de Richtlijn op nationaal niveau.¹⁴⁸ Welke opties een lidstaat kiest en hoe ze worden ingevuld is grotendeels ter vrije keuze van de betreffende lidstaat. Als gevolg daarvan loopt de handhavingspraktijk op nationaal niveau sterk uiteen. Zo is in de ene lidstaat de handhaving van de Richtlijn OHP vrijwel geheel afhankelijk van privaatrechtelijke acties ingesteld door consumenten, concurrenten en belangenverenigingen (zoals in Duitsland), terwijl de handhaving in een andere lidstaat vrijwel uitsluitend verloopt via een publiekrechtelijke marktautoriteit (zoals in Italië). Ook de sanctiemogelijkheden lopen sterk uiteen.

De Ontwerprichtlijn beoogt hierin verandering te brengen. Lidstaten behouden weliswaar aanzienlijke ruimte om de handhaving van de Richtlijn OHP vorm te geven, maar op een aantal punten introduceert de Ontwerprichtlijn specifieke regels die elke lidstaat moet volgen.¹⁴⁹ Zo zullen lidstaten contractuele en buitencontractuele sancties beschikbaar moeten maken voor consumenten. Wat betreft contractuele sancties zullen consumenten op zijn minst de mogelijkheid moeten krijgen om het contract dat is aangegaan onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk eenzijdig te beëindigen. De Nederlandse wetgever is in 2014 al een stap verder gegaan door de mogelijkheid in de wet op te nemen om een “oneerlijke” overeenkomst te vernietigen.¹⁵⁰ Wat betreft buitencontractuele sancties moeten consumenten op zijn minst de mogelijkheid hebben om schadevergoeding te eisen. Die mogelijkheid hebben consumenten in Nederland al sinds de implementatie van de Richtlijn OHP.

Belangrijker voor de Nederlandse praktijk zijn de voorstellen op het gebied van administratieve sancties. Waar art. 13 Richtlijn OHP nu nog slechts voorschrijft dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn, voor-

ziet de Ontwerprichtlijn in een volledig nieuw art. 13 met gedetailleerde richtlijnen voor het opleggen van administratieve sancties. Zo zullen lidstaten bij het opleggen van administratieve sancties rekening moeten houden met bepaalde factoren, zoals de gevolgen van de overtreding, het al dan niet opzettelijke karakter van de overtreding, het OHP-verleden van de overtreder en de hoogte van de voordelen die door de overtreder zijn behaald. Belangrijk is dat bij het opleggen van boetes ook rekening gehouden moet worden met de jaaromzet en -winst van de handelaar. Grotere bedrijven zullen dus hogere boetes gaan ontvangen dan kleinere. Echt spannend wordt het bij zogenoemde *widespread infringements*. Dat zijn volgens de eerder vastgestelde Europese Verordening 2017/2934 (kort gezegd) overtredingen die de collectieve belangen van consumenten in meerdere lidstaten aantasten. Bij deze *widespread infringements* moet op zijn minst een maximumboete opgelegd kunnen worden van 4% van de jaaromzet (!) van de handelaar in de betreffende lidstaat of lidstaten. De introductie van deze regel zal het op zijn minst onvoorspelbaar maken voor handelaren met welke boetes zij rekening moeten houden.

Herziene Richtlijn audiovisuele mediadiensten

Eindelijk heeft de Raad van Ministers van de Europese Unie op 6 november 2018 de definitieve versie van de herziene Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten (“Richtlijn AVMD”) aangenomen. De grootste verandering is ten aanzien van het online-media aanbod. ‘*Video sharing platforms*’, zoals YouTube, moeten straks ook aan de bepalingen uit de Richtlijn voldoen. De regels gelden ook voor video’s die door gebruikers zelf worden gemaakt en worden gedeeld op platforms zoals Facebook. Een belangrijk doel is het (online) beschermen van minderjarigen tegen schadelijke inhoud op een adequate en toekomstbestendige manier. Het moet niet uitmaken of ze iets op televisie, op tablet of telefoon bekijken. En ook moet het niet uitmaken waar in Europa de minderjarige zich bevindt. Verder komen er strengere regels tegen haatzaaiende uitlatingen of uitingen, waarin publiekelijk wordt opgeroepen tot het plegen van een terroristisch misdrijf. Videoplatforms moeten zelf passende maatregelen nemen. Ook online gaat sluike reclame verboden worden. Video-on-demand diensten zoals Netflix moeten voor minstens 30% uit Europese producties bestaan. De omroepen krijgen meer flexibiliteit in de momenten waarop televisiereclame wordt uitgezonden. De herziene Richtlijn is gepubliceerd op 28 november 2018. Twintig dagen nadien is de Richtlijn van kracht geworden. De lidstaten hebben 21 maanden, dat wil zeggen tot 19 september 2020, om de regels te implementeren in de nationale wetgeving. Dat houdt dus in dat de Mediawet gewijzigd gaat worden.

Nationaal

CvdM

Het Commissariaat van de Media had in het kroniekjaar als focus het online domein en de onafhankelijkheid van het

146 Zie art. 1 lid 6 van de Ontwerprichtlijn.

147 Zie Bijlage 1 bij de Richtlijn OHP. Deze geeft een lijst van specifiek omschreven handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.

148 Zie art. 11 t/m 13 Richtlijn OHP.

149 Zie art. 1 lid 4 en 5 Ontwerprichtlijn.

150 Art. 6:193j lid 3 BW, *Stb.* 2014, 140. Overigens rijst direct de vraag of die vernietigingsmogelijkheid voldoende is ter implementatie van art. 1 lid 4 Ontwerprichtlijn (met het voorgestelde art. 11a lid 2 Richtlijn OHP), of dat naast de vernietigingsmogelijkheid ook een op zichzelf staande mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst geïntroduceerd moet worden.

media-aanbod.¹⁵¹ Wat betreft reclame was de focus de bescherming van minderjarigen in het online domein. Naast commerciële beïnvloeding van jongeren is vrij toegankelijke (ernstig) schadelijk content voor minderjarigen een aandachtspunt. Vaak is online content niet voorzien van Kijkwijzer-classificaties. Het CvdM heeft in 2018 ingezet op het monitoren van de werking van de eigen Social Media code van YouTubers.

ACM

In 2018 had de ACM onder meer aandacht voor de kansen maar ook uitdagingen van de digitalisering, waaronder toenemende personalisatie van het aanbod en prijzen. Het toenemend gebruik van algoritmes zal volgens de ACM tot aanvullende wetgeving moeten leiden.¹⁵²

AVG

25 mei 2018 was D-day: alle organisaties moesten aan de nieuwe Algemene Verordening gegevensbescherming¹⁵³ voldoen. De Verordening vervangt in Nederland de Wet bescherming persoonsgegevens. De nieuwe strenge regels hebben gevolgen voor reclamecampagnes en de data die, bijvoorbeeld via apps, door bedrijven worden gebruikt. Menig bedrijf is pas heel laat wakker geworden om tot de ontdekking te komen dat de nieuwe Verordening veel extra maatregelen vergt. Ook zijn bedrijven en consumenten overstroomd met allerlei (soms niet noodzakelijke) e-mails om alsnog toestemming te verkrijgen voor verzending van nieuwsbrieven. De Autoriteit Persoonsgegevens ("AP") is inmiddels aan de slag met handhaving, en vooral ook het geven van richtsnoeren en toelichting. De AP controleert op verwerkersovereenkomsten en heeft in 2018 bijna 21.000 datalekmeldingen ontvangen.

NVWA

Het nieuwe interventiebeleid sinds 2017 maakt dat het aantal bestuurlijke boetes gestaag stijgt. De aanpak van misleidende etikettering is voortgezet, met focus op handhaving op voedings- en gezondheidsclaims, misleidende claims met groot illegaal gewin en misleiding met grote impact. De NVWA heeft speciale aandacht voor internethandel en voedingssupplementen.

Zelfregulering

In het kroniekjaar 2018 is één nieuwe bijzondere reclamecode van kracht geworden. Sinds 15 oktober geldt de Code medische Cosmetische Behandelingen uitgevoerd door Artsen ("CCBA"). De code is ook van toepassing op reclame voor de klinieken die de behandelingen verzorgen. Eén van de kerngedachten van de code is dat reclame voor medische cosmetische behandelingen rationeel gebruik moet bevorderen. Dat betekent onder meer dat het niet is toegestaan

om het publiek onder druk te zetten om snel te beslissen. Ook acties waarbij de consument verplicht wordt tot een aankoop of een behandeling zijn niet toegestaan. Reclame moet een verplichte educatieve slogan bevatten "Kijk uit. *Je zelf mooier maken kan lelijk uitpakken. Een geslaagde ingreep begint bij een geschikte arts*".

De CCBA geeft ook regels tegen misleiding. Zo mag de reclame niet de indruk wekken dat een behandeling zonder risico is en moeten afbeeldingen waarheidsgetrouw zijn. Ook mag de reclame niet gericht zijn op minderjarigen.

Al over het kroniekjaar heen kijkend: per 1 februari 2019 zijn drie nieuwe c.q. gewijzigde codes van kracht: Per 1 februari 2019 maakt de Code Aanprijzing Gezondheidsproducten (CAG) deel uit van de Nederlandse Reclame Code. Daarmee samenhangend zijn er enkele wijzigingen doorgevoerd in de Code Publieksreclame Geneesmiddelen (CPG) en de Code Medische Hulpmiddelen (CMH).

Ook is er een wijziging opgenomen in de Reclamecode voor Voedingsmiddelen (RVV) die reclame gericht op kinderen nader inperkt en het gebruik van kinderidolen aan banden legt. *Licensed Media Characters* gericht op kinderen onder de 12 jaar (of onder de zeven jaar bij 'gezonde voedingsmiddelen') mogen na afloop van de overgangstermijn niet meer voorkomen in reclame, en ook niet op verpakkingen of point-of-sale materiaal.

2. Rechtspraak

EHRM

Het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) kwam in januari 2018 met een interessante uitspraak over de verhouding tussen de vrijheid van meningsuiting en de uitingsvrijheid van de adverteerder.¹⁵⁴ Het kledingbedrijf *Sekmadienis* maakte in Litouwen reclame met verwijzingen in woord en beeld naar Jezus en Maria, onder andere met de tekst "Jezus Maria, wat heb je aan?". Het EHRM benadrukt zoals in eerdere uitspraken dat bij commerciële uitingen (zoals reclames) meer ruimte bestaat voor lidstaten om de uitingsvrijheid te beperken. Steeds zal echter een goed gemotiveerde afweging moeten worden gemaakt tussen de verschillende belangen. Aan die eis was in *Sekmadienis* niet voldaan. De Litouwse autoriteiten hadden wel (zij het vooral in algemene bewoordingen) gemotiveerd dat sprake was van aantasting van de publieke moraal en de rechten van gelovigen, maar zonder een duidelijke afweging te maken met de vrijheid van meningsuiting van de adverteerder. De uitspraak geeft hiermee een duidelijk toetsingskader, ook voor de Reclame Code Commissie bij de behandeling van klachten op het gebied van goede smaak en fatsoen: een uitgebreide motiveringsplicht is van toepassing.

Unierechter

Is iemand die producten te koop aanbiedt op een handelsplatform zoals Marktplaats een handelaar in de zin van

151 Toezichtbrief 2018 Commissariaat voor de Media, zie: www.cvdM.nl/wp-content/uploads/2018/09/Toezichtbrief-2018.pdf.

152 Het ACM Signaal 2018, zie: www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-04/het-acm-signaal-2018.pdf.

153 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 (Algemene verordening gegevensbescherming).

154 EHRM 30 januari 2018, 69317/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0130JUD00931714 (*Sekmadienis/Litouwen*).

de Richtlijn OHP? Zo ja, dan zijn alle regels van de Richtlijn OHP (inclusief regels over misleidende reclame) van toepassing. De vraag werd voorgelegd door een Bulgaarse bestuursrechter aan het Europees Hof van Justitie.¹⁵⁵ Aanleiding was de verkoop van een horloge door een Bulgaarse vrouw via een online handelsplatform. Dat horloge voldeed niet aan de in de advertentie geschepte verwachtingen. De vrouw in kwestie bood ten tijde van de verkoop naast het betreffende horloge via het platform nog zeven andere tweedehands producten aan. Het Europees Hof benadrukt dat iemand die via een online handelsplatform producten aanbiedt slechts optreedt als handelaar wanneer die persoon handelt in het kader van zijn of haar handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit. Of dat zo is moet worden beoordeeld door de nationale rechter, in het licht van alle omstandigheden van het geval. Hierbij kan de rechter allerlei factoren in aanmerking nemen, zoals de regelmaat en frequentie van de verkopen, de kennis en vaardigheden van de verkoper ten opzichte van die van de consument en of het gaat om dezelfde soort producten of juist diverse producten. Het enkele feit dat de verkoper een winstooigmerk heeft en tegelijkertijd diverse producten aanbiedt, is in ieder geval onvoldoende.

In de zaak *AGCM/Wind en Vodafone* oordeelde het Europees Hof onder meer over een zwartelijstbepaling in de Richtlijn OHP. Volgens deze bepaling is het onder alle omstandigheden verboden om te vragen om betaling of terugzending van ongevraagd aan de consument toegezonden producten.¹⁵⁶ *Wind en Vodafone* verkochten in 2012 in Italië simkaarten voor telefoons met daarop vooraf geïnstalleerde diensten voor voicemail en internet. Die diensten konden tot kosten leiden bij gebruikers, wanneer de diensten niet door de gebruikers zelf werden gedeactiveerd. De gebruikers werden vooraf niet geïnformeerd over de kosten van de diensten. Valt deze situatie onder de genoemde zwartelijstbepaling? Het Europees Hof oordeelt dat dit inderdaad het geval is. De zwartelijstbepaling geldt dus niet alleen voor ongevraagd toegestuurde producten, maar ook voor ongevraagd meegeleverde diensten bij een verder conform de afspraken geleverd product.

Tot slot de uitspraak van het Europees Hof in *Dyson/BSH*. *Dyson* procedeerde eerder in Nederland al tegen *Miele* over keurmerken op stofzuigerzakloze stofzuigers.¹⁵⁷ De onderhavige zaak is echter afkomstig uit België. *BSH* bracht daar stofzuigers op de markt, onder vermelding dat die stofzuigers vielen binnen “energieklasse A”. *Dyson* vond dat misleidend, omdat energieklasse A slechts behaald zou worden bij gebruik van de stofzuiger met een leeg stofreservoir. Volgens *Dyson* had *BSH* de consument dan ook nadere informa-

tie moeten geven over de testmethode. Daar is het Europees Hof het niet mee eens. *BSH* is op basis van Europese wetgeving verplicht om de energieklassen te vermelden en heeft die vastgesteld conform een gedetailleerde Europeesrechtelijk voorgeschreven meetmethode. Nu *BSH* volgens de Europese wetgeving over de energieklassenbepaling geen nadere informatie hoeft te vermelden over de testmethode, geldt die informatie ook niet als “essentieel” in de zin van art. 7 Richtlijn OHP. Van een misleidende omissie is dan ook geen sprake. Overigens oordeelt het Europees Hof ook dat andere – niet-verplichte – vermeldingen over het energieverbruik van de stofzuigers mogelijk wél misleidend zijn. Het is aan de nationale rechter om te toetsen of dit inderdaad het geval is.

Nationale overheidsrechter

Oneerlijke handelspraktijken

In 2018 was het roerig in de trapliftindustrie. In overtreding van de vaststellingsovereenkomst heeft *Otolift* zich negatief uitgelaten over de producten en diensten van concurrent *Smienk*. De rechtbank oordeelt dat uitsluitend afbrekende mededelingen ten aanzien van producten of diensten van een concurrent geen (oneerlijke) handelspraktijk vormen, omdat zij de economische belangen van de consument hoogstens indirect schaden. De uitlatingen kunnen daarentegen wél worden opgevat als vergelijkende reclame in de zin van art. 6:194a BW.¹⁵⁸

Skyscanner Ltd./Stichting Reclame Code

De lange route van Reclame code Commissie (RCC) naar het College van Beroep (CvB), rechtbank, hof en uiteindelijk Hoge Raad is ten einde. De A-G heeft deze zomer geoordeeld:¹⁵⁹ geen onrechtmatige rechtspraak door het CvB van de Stichting Reclamecode. De benaderingen van het hof zijn, alles in overweging, goed te volgen en begrijpelijk. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. En dat doet de Hoge Raad ook.¹⁶⁰ Waar ging het ook al weer over? *Skyscanner* vermeldt de vluchtprijs naar Miami van aanbieder *Govolo* als goedkoopste, maar die prijs is onjuist (onvermijdelijke boekingskosten niet genoemd). De RCC en het CvB vinden óók *Skyscanner* medeverantwoordelijk als handelaar van een oneerlijke handelspraktijk.¹⁶¹ *Skyscanner* pakt het principieel aan: haar activiteiten (vergelijkingswebsite) zijn geen ‘handelspraktijk’ in de zin van de Richtlijn OHP. Het CvB verwijst in haar uitspraak naar de toen geldende Leidraad OHP waarin aanbieders van prijsvergelijkingsites expliciet als ‘handelaar’ in de zin van de OHP worden genoemd. Het hof vindt van belang dat *Skyscanner* zelf inkomsten genereert uit het aanbieden van de prijsvergelijking. Door een individuele vlucht aan te bieden heeft dit een

155 HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 (*Komisija za zashita na potrobitelite/Evelina Kamenova*).

156 Zie punt 29 van Bijlage 1 bij Richtlijn OHP en art. 6:193i onder f BW.

157 Zie Rb. Amsterdam 28 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2066 en Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4436 (*Dyson/Miele*). Zie ook de bespreking van deze Nederlandse uitspraken in kroniek over 2017 (*IER* 2018/11, p. 126).

158 Rb. Den Haag 28 februari 2018, *IEPT* 17537 (*Smienk/Otolift*).

159 Conclusie A-G HR 29 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:748 (*Skyscanner/Stichting Reclame Code*).

160 HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1840 (*Skyscanner/Stichting Reclame Code*) en Hof 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:739 (*Skyscanner/Stichting Reclame Code*).

161 CvB 10 mei 2014, dossier 2013/00690 (*Skyscanner en Govolo*).

rechtstreeks verband met de verkoopbevordering van platform Skyscanner. Niet alleen Govolo, maar ook Skyscanner bedienden zich van een oneerlijke handelspraktijk. Discussie gesloten, het CvB heeft de Richtlijn OHP juist toegepast.

Vergelijkende reclame

Door het gebruik van de slogan “*The best OLED TV you can buy*” in combinatie met een EISA-predicaat kreeg TP Vision (Philips) het aan de stok met LG.¹⁶² LG stelt zich op het standpunt dat de uiting de indruk wekt dat objectief is vastgesteld dat de OLED televisie van TP Vision het beste geteste product is. In werkelijkheid is de OLED televisie van het TP Vision *slechts* bekroond met het EISA-predicaat¹⁶³ “*Best Buy*” voor haar gunstige prijs/kwaliteitsverhouding. De titel “*Best Product*” is toebedeeld aan LG. De voorzieningenrechter oordeelt dat het gebruik van de slogan in combinatie met het EISA-predicaat moet worden opgevat als een superioriteitsclaim, waarmee het aankoopgedrag van de consument kan worden beïnvloed. De slogan is misleidend, omdat zij niet berust op de waarheid. De uiting kan bovendien worden aangemerkt als vergelijkende reclame, omdat zij een rangorde impliceert. De zaak heeft uiteindelijk ook nog geleid tot een executie-kortgeding.

In een procedure naar aanleiding van een Oral-B reclame stond Philips aan de andere kant. In de uiting van P&G is de elektrische tandenborstel van Philips in de schaduw van het model van Oral-B geplaatst (in het donkerblauw afgebeeld tegen een blauwe achtergrond). De eigen tandenborstel staat ‘in de spotlights’. De rechtbank oordeelt dat het enkele feit dat een product waarmee wordt vergeleken er minder goed uitspringt, nog niet maakt dat de vergelijking node-loos denigrerend is.¹⁶⁴

Ook voor PVS liep het fout af in een geschil over vergelijkende reclame. Door het vermelden van onjuiste, verouderde prijzen van concurrent Vervor in een folder, maakt zij zich schuldig aan misleidende vergelijkende reclame. Het verwerken van onjuiste prijzen in een prijsvergelijking valt niet te verenigen met de objectiviteitsvereiste die art. 6:194 lid 2 onder c BW voorschrijft.¹⁶⁵ De rechtbank lijkt hier ten onrechte te hebben getoetst aan het objectiviteitsvereiste (onder c). De prijzen kloppen niet, dus onder a (misleiding) is de passende grondslag.

RCC

Reclame of informatie?

Is het ‘reclame’ of ‘informatie’? Brancheorganisatie Nephrofarm heeft geholpen deze vraag verder te beantwoorden. Een website van Stichting Bewegen zonder Pijn met ‘informatie’

over ingrediënten is geen ‘informatie’. De RCC vindt dat de uitingen de neutrale en informatieve bespreking van individuele ingrediënten te boven gaan.¹⁶⁶ Een wervende video op de website van een chirurg, waarbij op de achtergrond verpakkingen in beeld zijn, zal daartoe hebben bijgedragen.

Herkenbaarheid

Belangrijk uitgangspunt van het reclamerecht is dat uiting voldoende herkenbaar is voor het publiek. De Nationale Postcode Loterij handelt in strijd met deze regel door aan niet-deelnemers persoonlijk geadresseerde enveloppen met reclame te versturen, vermomd als zakelijke correspondentie. Het CvB oordeelt dat met name de in zwarte hoofdletters geschreven tekst “– HERINNERING –” op de voorkant van de envelop, ten minste een deel van het publiek op het verkeerde been zal zetten.¹⁶⁷

Algemene misleiding

Dit kroniekjaar leverde wederom een overvloed aan uitspraken over misleiding. Zo is de website www.goudaankoop.nl teruggefloten door de Voorzitter voor het manipuleren van de reviews op haar website.¹⁶⁸ Op de website zijn enkel positieve reviews te lezen, alle geschreven in dezelfde toon en met dezelfde strekking. Ook de uitingen rondom de musical “Was getekend, Annie M.G. Schmidt” leveren een vertekend, misleidend beeld op (omissie). De stellige indruk ontstaat dat enkel Simone Kleinsma de hoofdrol zal vertolken.¹⁶⁹ Nu blijkt dat zij – zoals gebruikelijk – de rol samen met haar *alternate* voor haar rekening neemt, komt de RCC tot de (opmerkelijke?) conclusie dat de inzet van een *alternate* voor een hoofdrolspeler geen feit van algemene bekendheid is.

Voorraad op? Het geheel niet voorradig hebben van een aanbieding uit een folder (onjuiste informatie over de beschikbaarheid) is een misleidende uiting. Dit kan gecorrigeerd worden door een redelijk alternatief aan te bieden. In Emté vaatwastabletten¹⁷⁰ stelt de RCC strenge eisen aan de kwalificatie van een redelijk alternatief. Ondanks het feit dat het alternatieve (eveneens A-merk) product per tablet voordeliger is dan de initiële aanbieding, meent de RCC dat het product geen redelijk alternatief vormt: het betreft een ander merk, andere hoeveelheid en wellicht andere kwaliteit dan de oorspronkelijke aanbieding. Ook Hyundai moet volgens de RCC een voorbehoud maken waaruit blijkt dat de “op=op” actie van voorraadmodellen betrekking heeft op individuele dealers, in plaats van de landelijke voorraad van Hyundai.¹⁷¹

Dit kroniekjaar is opnieuw veel geklaagd over prijzen. Als easyEnergy onduidelijk is over de vaste leveringskosten en

162 Rb. Amsterdam (vzr.) 16 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3431 (*LG Electronics/TP Vision Europe c.s.*).

163 De ‘European Imaging and Sound Association’ (EISA) kent jaarlijks prijzen toe aan verschillende categorieën producten, zo ook aan OLED televisies.

164 Rb. Rotterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2964 (*Philips/P&G*).

165 Rb. Oost-Brabant 30 maart 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1513 (*Vervor B.V./PVS Hoveniers B.V.*).

166 RCC 19 april 2018, dossiers 2018/00161 en 2018/00162 (*Nephrofarm/Stichting Bewegen Zonder Pijn & Synofit*).

167 CvB 5 april 2018, dossier 2018/00036/A (*NPL witte envelop herinnering*).

168 RCC 29 januari 2018, dossier 2017/00761 (*Goudaankoop.nl referenties*).

169 RCC 6 augustus 2018, dossier 2018/00474 (*Annie M.G. Schmidt musical*).

170 RCC 8 februari 2018, dossier 2017/00813 (*Emté vaatwastabletten*).

171 RCC 4 juli 2018, dossier 2018/00383 (*Hyundai actie*).

de kosten per aansluiting, die bovenop de inkooprijzen komen, levert dit easyEnergy een omissie op om essentiële informatie te verstrekken.¹⁷² “Gooi ze de deur uit! En stap over op easyEnergy. Want easyEnergy is energie voor inkooprijzen” is bovendien misleidende vergelijkende reclame. Een andere klacht over prijzen op het snijvlak van misleiding en vergelijkende reclame was gericht tegen het “beste prijs” beleid van Mediamarkt.¹⁷³ Klager meent dat de uitingen de indruk wekken dat je bij Mediamarkt gegarandeerd de beste prijs betaalt. In werkelijkheid stemt Mediamarkt haar “beste prijs” slechts af op de prijzen van een select groepje concurrenten. De RCC oordeelt dat Mediamarkt door nalatigheid van het maken van dit voorbehoud essentiële informatie achterhoudt.

Algemene misleiding: food

Ook dit jaar zijn weer tal van smakelijke misleidingszaken over levensmiddelen voorgelegd aan de RCC. Vorig kroniekjaar draaide het om te kleine gehaktballen in Unox-tomatensop. Dit jaar waren de ovenbitterballen van Kwekkeboom onderwerp van discussie. In de TVC is te zien hoe tien bitterballen uit de verpakking glijden, terwijl volgens de verpakking de inhoud acht bitterballen bevat. Toch vindt de Voorzitter dit niet misleidend: op de verpakking staat duidelijk ‘acht bitterballen’. Dat in de TVC tien bitterballen voorbij komen zal de consument hoogstwaarschijnlijk ontgaan.¹⁷⁴

Ook het etiket van Red Bull Simply Cola was onderwerp van discussie.¹⁷⁵ De klaagster vat de tekst “gemaakt met ingrediënten van 100% natuurlijke oorsprong” op het label van het blikje cola volgens de RCC echter verkeerd op. Niet wordt bedoeld dat het product voor 100% uit natuurlijke ingrediënten bestaat, maar dat het gemaakt is mét ingrediënten die ieder een natuurlijke oorsprong kennen. En adverteerder kan per ingrediënt de (natuurlijke) herkomst onderbouwen.

Een waterige discussie is ontstaan over het etiket van Cool-Best Skinny Orange met “100% natural ingredients”.¹⁷⁶ De Voorzitter komt tot verschillende opmerkelijke conclusies. Het etiket zal de verwachting wekken bij de consument dat het product (op een scheutje na) uit sinaasappelsap bestaat. Bovendien zal de consument niet begrijpen dat aan het product twee maal water is toegevoegd. Namelijk: (1) het deel water dat is toegevoegd om van het concentraat vruchtensap uit concentraat te maken; en (2) het deel water waarmee het vruchtensap uit concentraat verder wordt verdund tot het ‘Skinny’ product. De juiste ingrediëntenlijst helpt niet om de misleiding weg te nemen. Dus strijd met art. 7 lid 1 onder a van Verordening (EU) Nr. 1169/2011 (VIC-verordening). Een nieuwe verpakking was al in de maak.

Vergelijkende reclame

Opmerkelijk streng is het oordeel over een filmpje van Severo waarin marktbezoekers de appelmoes van Severo en die van Hak proeven: Severo is lekker zoet en bevat heel veel minder suiker.¹⁷⁷ Hak vindt de vergelijking ongeoorloofd is, omdat de Severo appelmoes wordt vergeleken met een oud Hak product dat zij – in lijn met het Akkoord verbetering productsamenstelling¹⁷⁸ – binnenkort gaat vervangen voor een product met minder suiker. De RCC gaat hierin mee. Severo had moeten vermelden dat de vergelijking betrekking heeft op het oude Hakproduct. Te streng, want ten tijde van de uiting was het oude Hak product nog volop verkrijgbaar. Bovendien heeft Severo geen kennis van of invloed op wanneer en hoe Hak het nieuwe product gaat introduceren.

Duurzaam en milieu

Natuurlijk is duurzaamheid ook in 2018 een hot topic. Belangrijk richtsnoer gaf de RCC aan het begin van kroniekjaar met twee uitspraken over het gebruik van een groen “V-logo” in combinatie met de term “verantwoord” voor de aanprijzing van vleesproducten. De RCC tikte Aldi beide keren op de vingers. De abri in kwestie zet de consument op het verkeerde been, omdat Aldi onvoldoende geconcretiseerd heeft dat de term “verantwoord” enkel betrekking heeft op dierenwelzijn (met slechts één ster).¹⁷⁹ Duidelijk moet per keurmerk gespecificeerd worden waar het begrip duurzaam op ziet. Zeker op een abri is hiervoor voldoende ruimte.

Met de campagne “Planten zijn de nieuwe koeien” sluit Beceel aan bij het toenemende duurzaamheidsbewustzijn. Het levert ook een aantal klachten op. Zo viel de uiting “Planten zijn de toekomst. Ze nemen namelijk meer CO2 op dan ze uitstoten. Ze hebben alleen een beetje zon en water nodig, om ons iets heel moois terug te geven, zaden, vol omega-3. Lekker voor op brood. Beceel 100% plantaardig, goed voor je hart” niet in goede aarde.¹⁸⁰ De milieucclaims hebben enkel betrekking op de groeifase van de plant, maar niet op het hele productieproces van Beceel, dus is sprake van misleiding. In het kader van dezelfde campagne verkondigt Beceel op Facebook dat haar plantaardige drinks “de helft minder suiker dan koemelk” bevatten.¹⁸¹ Dit levert een ontoelaatbare vergelijkende voedingsclaim op. Het is niet juist om de plantaardige drinks enkel te vergelijken met volle koemelk en het suikergehalte in halfvolle en magere koemelk buiten beschouwing te laten.

De duurzaamheidstrend heeft ook het bankwezen bereikt, specifiek: het dierenwelzijnsbeleid. Volgens Varkens in Nood wekt ABN AMRO op haar website de indruk dat ABN AMRO van haar zakelijke relaties verwacht dat zij de “vijf

172 CvB 22 februari 2018, dossier 2017/00861 (easyEnergy).

173 RCC 3 juli 2018, dossier 2018/00386 (Mediamarkt de beste prijs).

174 RCC 12 april 2018, dossier 2018/00276 (Kwekkeboom Oven Bitterballen).

175 RCC 22 februari 2018, dossier 2017/00859 (Red Bull Simply Cola).

176 RCC 11 juni 2018, dossier 2018/00287/1, IER 2018/59, m.nt. S. Arayess (Coolbest Skinny Orange).

177 RCC 12 juli 2018, dossier 2018/00406 (Severo appelmoes).

178 Akkoord verbetering productsamenstelling zout, verzadigd vet, suiker, zie: www.rijksoverheid.nl/documenten/convenanten/2014/01/23/akkoord-verbetering-productsamenstelling-zout-verzadigd-vet-suiker.

179 RCC 19 december 2017, dossier 2017/00765 (Aldi V-logo); RCC 19 december 2017, dossier 2017/00765/A (Aldi V-logo 2).

180 RCC 12 augustus 2018, dossier 2018/00381 (Beceel planten zijn de toekomst).

181 RCC 17 september 2018, dossier 2018/00578 (Beceel minder suiker dan koemelk).

vrijheden voor dieren” naleven. De praktijk wijst uit dat ABN AMRO financiering verstrekt aan de intensieve veehouderij. De RCC volgt ABN AMRO in haar betoog dat de consument zal begrijpen dat het gaat om een inspanningsverplichting.¹⁸² In de uiting wordt niet expliciet gesteld of gesuggereerd dat haar zakelijke relaties de vijf vrijheden (moeten) naleven. Maar anders is het in de zaak tegen de ING.¹⁸³ ING presenteert haar dierenwelzijnsbeleid (door middel van de vijf vrijheden) stelliger dan in werkelijkheid het geval blijkt te zijn. Dat is misleidend. Een diervriendelijkheidsclaim pakt eveneens ongelukkig uit voor Timberland. De uiting “Als je een paar Timberlands vasthoudt, weet je het zeker: hier is geen dierenleed aan vooraf gegaan” is te absoluut en onvoldoende onderbouwd.¹⁸⁴

De (milieu)bewuste mens springt het liefst op de fiets, maar als het niet anders kan kiest hij voor een hybride of volledig elektrische auto. De markt voor de milieubewustere auto ligt open, maar het blijft oppassen met het gebruik van milieuclaims. Door het gebruik van de termen “schoon” en “een beperkte CO₂-uitstoot” wekt Ford de indruk dat haar auto een milieuvriendelijk product is.¹⁸⁵ Gebruik van dat soort termen moet de adverteerder vermijden. Ook Louwman & Parqui is teruggefloten, deze keer door het CvB.¹⁸⁶ De prestaties van de Lexus Hybrid Drive zijn te positief beschreven. De consument krijgt zo een onjuist beeld van de effecten van de elektromotor op het brandstofverbruik en CO₂-uitstoot van het model.

Maar humor in milieu-context verzacht veel. In een humoristisch bedoelde TVC versiert een chef-kok verschillende vleesproducten met de sauzen van Remia, waarna de boodschap “Remia produceert 100% klimaatneutraal” verschijnt.¹⁸⁷ Dat de vleesproducten juist niet als ‘verantwoord’ kunnen worden beschouwd is onderdeel van de grap, waarmee Remia enkel probeert te illustreren met welke producten de sauzen het beste gecombineerd kunnen worden. Het gebruik van de vleesproducten in de humoristische verhaallijn brengt niet met zich mee dat de uiting misleidend is.

Genderdiscriminatie

Koppels van hetzelfde geslacht kwamen veelvuldig voorbij in reclame-uitingen in 2018. De billboardposters van Suit-supply,¹⁸⁸ TVC's van Ikea¹⁸⁹ en Vrumona¹⁹⁰ doen om dezelfde reden stof opwaaien. De klachten zijn telkens specifiek gericht op het punt dat de uitingen personen afbeelden op een manier waaruit hun (homo-)seksuele voorkeur naar voren komt. De Voorzitter oordeelt telkens dat het afbeelden van personen op een wijze waaruit hun (homo-)seksuele voorkeur blijkt, maatschappelijk toelaatbaar wordt geacht. Óók

indien niet iedereen dit op prijs stelt. Hij onderstreept elke keer opnieuw dat discriminatie op basis van seksuele voorkeur niet is toegestaan. Exit alle klachten.

Alcohol

Bij aankomst in Center Parcs wordt aan een tienjarige een welkom-koffertje aangeboden, met daarin onder meer een aantal 0.0% biertjes. Op de achterzijde van de koffer is een bordspel voor kinderen vormgegeven. Toewijzing van de klacht op basis van de Reclamecode voor alcoholhoudende dranken kan niet, want de promotieartikelen bevatten niet meer dan 0.5% alcohol. Maar het aanbieden van de koffer is wel in strijd met de goede smaak en het fatsoen: de buitenkant met het spelbord is gericht op kinderen zodat zij kunnen denken dat ook de inhoud van de koffer voor hen bedoeld is. De Voorzitter acht het ontoelaatbaar dat bier specifiek aan kinderen wordt aangeprezen. Dat het een 0.0% biertje is, verandert hier niets aan.¹⁹¹

Rond de Olympische spelen gaat een filmpje van Samsung en Heineken viraal waarin shorttracker Sjinkie Knegt in het Holland Heineken Huis verrast wordt door zijn familie.¹⁹² Nu verbiedt de alcoholcode adverteerders om in scene gezette uitingen te publiceren waarin professionele sporters (van internationale klasse) reclame maken op radio, in TVC's, bioscopen en in printuitingen. Social media komt niet voor in dit rijtje. Daarom wijst de RCC de klacht af: de uiting valt buiten de reikwijdte van art. 30 lid 3 RvA. Geen extensieve uitleg dus bij zelfregulering.

Goede smaak en fatsoen

Opvallend is dat dit kroniekjaar veel zaken gaan over schelden en ander grof taalgebruik. Toetssteen is de mate waarin de termen of het specifieke gebruik (inmiddels) maatschappelijk is geaccepteerd. In de standaard toverformule wordt stilgestaan bij de omstandigheid dat het taalgebruik wellicht niet bij iedereen in de smaak zal vallen. De uitspraak over de uiting “*fucking good wine*” illustreert dat het gebruik van de term “fuck” in uitingen inmiddels maatschappelijk geaccepteerd wordt geacht.¹⁹³

Het *timeslot* ‘niet voor 20.00 uur op TV’ is leidend bij de TVC voor Brooke Hospital for Animals.¹⁹⁴ De spot – uitgezonden in de middag – vraag aandacht voor de slechte leefomstandigheden van ezels, waarbij beelden van ernstig verwaarloosde, verminkte, stervende en zelfs overleden ezels worden getoond. De RCC acht het tonen van zo'n TVC vóór het tijdstip van 20:00 uur in strijd met de goede smaak, omdat verwacht kan worden dat kinderen op dit tijdstip televisie kijken.

182 RCC 11 juni 2018, dossier 2018/00324 (ABN AMRO dierenwelzijnsbeleid).

183 RCC 11 juni 2018, dossier 2018/00323 (ING dierenwelzijnsbeleid).

184 RCC 20 november 2018, dossier 2018/00666 (Timberlands dierenleed).

185 RCC 23 april 2018, dossier 2018/00171 (Ford milieucclaim).

186 CvB 31 mei 2018, dossier 2018/00869 (Louwman & Parqui B.V.).

187 RCC 12 april 2018, dossier 2018/00269 (Remia 100% klimaatneutraal).

188 RCC 6 maart 2018, dossier 2018/00179/C (Suitsupply zoenende mannen).

189 RCC 19 april 2018, dossier 2018/00300 (Ikea twee vrouwen met kind).

190 RCC 26 april 2018, dossier 2018/00321 (Vrumona/Sourcywater).

191 RCC 13 december 2017, dossier 2017/00781 (Kinderkoffer met 0.0% Heineken).

192 RCC 30 april 2018, dossier 2018/00203 (Heineken Sjinkie Knegt).

193 RCC 26 september 2018, dossier 2018/00653 (Fucking good wine).

194 RCC 9 april 2018, dossier 2018/00212 (Brooke Hospital for Animals).

Vrijheid van meningsuiting

Een klager acht de televisiespot van de PVV met de rode streep en druppels bloed beledigend tegenover de Islam, en discriminerend en racistisch van aard. Bovendien zou de televisiespot aanzetten tot haat. De Voorzitter past het eerder besproken *Sekmadienis/Litouwen*-arrest van het EHRM nauwgezet toe. Het is niet aan de RCC om een politieke partij te beperken in zijn vrijheid om een politieke mening te verkondigen, zolang de wijze waarop dat gebeurt binnen de grenzen van het toelaatbare blijft, zoals vastgelegd in art. 10 EVRM. Ook niet als deze mening door velen verwerpelijk wordt geacht. Het is eveneens niet aan de Voorzitter om te oordelen of de televisiespot inhoudelijk in strijd is met het Wetboek van Strafrecht. De Voorzitter citeert uit het *Sekmadienis*-arrest, waarin duidelijk is geworden dat de vrijheid van meningsuiting het recht impliceert denkbeelden te verkondigen die als zodanig beledigend zijn.¹⁹⁵ De klacht wordt afgewezen (directe Voorzittersafwijzing).

Social Media

Op het randje van de start van het kroniekjaar heeft de RCC duidelijkheid geschept over de toepassing van de Reclamecode Social Media in situaties waarin een blogger of vlogger een product op eigen initiatief aanprijst.¹⁹⁶ In de *Happy Healthy kokosolie*-uitspraak (reeds besproken in de vorige kroniek) beantwoordt de RCC eerst de voorvraag of sprake is van reclame in de zin van art. 1 NRC. Als de blogger/vlogger niet handelt door of namens een adverteerder, dan is geen sprake van reclame. De reclamecodes zijn niet van toepassing. Sindsdien is deze uitspraak leidend. In de zaak over een vlog waarin een vijfjarige jongen verschillende snoepjes aanprijst, borduurt de RCC voort op deze lijn.¹⁹⁷ De vlog is geen 'reclame' in de zin van art. 1 NRC, omdat de jongen de snoepjes op eigen initiatief aanprijst, zonder tussenkomst van de merken waarover hij spreekt. De RCC acht zich daarom onbevoegd om de uiting te beoordelen.

3. *Literatuur*

- Mr. drs. S. Arayess, 'Claimcultuur: over levensmiddelenrecht en merken', *BMM Bulletin* 2017/2, p. 39-43, (bekroond met de Wim Mak Award 2018).
- Mr. Dr. B.B. Duivenvoorde, *Kroniek oneerlijke handelspraktijken 2016-2017*, TvC 2018-1, p. 28-34.

¹⁹⁵ RCC 20 maart 2018, dossier 2018/00213 (*PVV TVC belediging Islam*).

¹⁹⁶ RCC 22 december 2017, dossier 2017/00767, IER 2019/1 [REDACTIE NUMMER INVULLEN?], m.nt. E.H. Hoogenraad (*Happyhealthy kokosolie*).

¹⁹⁷ RCC 29 mei 2018, dossier 2018/00214 (*Snoeptest*).