

(“Moderniseringsrichtlijn”).<sup>140</sup> Deze richtlijn is inmiddels vastgesteld en gepubliceerd.<sup>141</sup> Lidstaten hebben tot 18 december 2021 de tijd om de nationale wetgeving aan te passen aan de nieuwe regels. De belangrijkste wijzigingen op een rijtje:

- Lidstaten krijgen de mogelijkheid om nationale wetgeving te introduceren op het gebied van verkoopexcursies en ongevraagde verkoopbezoeken. De volledige harmonisatie wordt voor deze onderwerpen dus beperkt.
- *Dual quality*-marketing wordt onder omstandigheden een verboden (misleidende) handelspraktijk. Bij *dual quality*-marketing 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 in werkelijkheid significant anders zijn. Deze praktijk wordt met name als probleem ervaren in de “nieuwe” EU-lidstaten in Midden- en Oost-Europa. Merkproducten zouden in die lidstaten regelmatig van lagere kwaliteit zijn dan in West-Europa.
- Er komen nieuwe regels op het gebied van online handelspraktijken. Zo moeten online platforms (zoals Marktplaats) gaan aangeven of de verkoper “handelaar” is of niet. Ook komen er regels op het gebied van online zoekresultaten en het online plaatsen van consumentenreviews.
- Consumenten krijgen in de hele EU privaatrechtelijke sancties tot hun beschikking. Op zijn minst moeten consumenten ofwel aanspraak kunnen maken op prijsvermindering, ofwel op beëindiging van de overeenkomst. Daarnaast moeten consumenten schadevergoeding kunnen vorderen. In Nederland hebben consumenten al de mogelijkheid om bij een oneerlijke handelspraktijk de betreffende overeenkomst te vernietigen en om schadevergoeding te eisen.
- De EU komt met uitgebreidere regels op het gebied van publiekrechtelijke handhaving. Spannend wordt het vooral bij zogenoemde *widespread infringements* (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. Aanvankelijk zouden lidstaten ook buiten de genoemde *widespread infringements* omzetgerelateerde boetes moeten gaan opleggen, maar dat voorstel is komen te vervallen.

## XI. Reclamerecht

*Ebba H. Hoogenraad, Bram Duivenvoorde en Lianne Steenbergen*<sup>139</sup>

### 1. Wetgeving

#### *Europese Unie*

Herziening Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken  
Over de herziening van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken hebben wij in de vorige kroniek al bericht, des tijds op basis van het voorstel van de Europese Commissie voor de Richtlijn Modernisering Consumentenrechten

<sup>138</sup> Verordening (EU) 596/14 van 16 april 2014.

<sup>139</sup> Hoogenraad & Haak advocaten. Bram Duivenvoorde is per 1 maart 2020 universitair docent bij de Universiteit Utrecht. Enkele passages in dit kroniekdeel zijn eerder gepubliceerd in B.B. Duivenvoorde, ‘Kroniek oneerlijke handelspraktijken 2018-2019’, TvC 2020-1, p. 23-27.

<sup>140</sup> ‘Van de brug af gezien – Kroniek over 2018’, IER 2019/8, p. 124-125.

<sup>141</sup> Richtlijn 2019/2161, PbEU 2019, L 328/7.

Voor een uitgebreide bespreking van de wijzigingen verwijzen wij naar eerdere publicaties.<sup>142</sup>

#### Andere wijzigingen Moderniseringsrichtlijn

De Moderniseringsrichtlijn brengt ook een voor de reclamepraktijk belangrijke wijziging in de Richtlijn Prijsaanduiding Producten (RI 98/6).<sup>143</sup> Bij prijsverlaging moet straks steeds de oude prijs van vóór de verlaging worden vermeld. Bijvoorbeeld “Nu slechts EUR 19,95 (was EUR 23,95)”. De oude prijs moet minstens 30 dagen voorafgaand aan de prijsverlaging hebben gegolden.

Verder wordt het personaliseren van prijzen via de Richtlijn Consumentenrechten (2011/83) aan regels gebonden.<sup>144</sup> Prijspersonalisatie is toegestaan, maar webshops moeten hun klanten duidelijk informeren wanneer dit gebeurt. Deze nieuwe regel geldt alleen voor het aanpassen van de prijs aan de hand van het profiel van de consument en niet voor het hanteren van flexibele prijzen die afhangen van de actuele vraag in de markt.

#### Nationaal

##### CvdM

De focus van het Commissariaat voor de Media (CvdM) lag in het kroniekjaar met name op de Nederlandse mediaconsument.<sup>145</sup> De Nederlandse mediasector ziet zich anno 2019 geconfronteerd met veel ontwikkelingen, onder meer door de invloed van grote spelers als Google/YouTube, Netflix en Facebook/Whatsapp. Het CvdM vindt het daarom belangrijk om ervoor te blijven zorgen dat de Nederlandse mediaconsument geïnformeerd blijft door middel van een onafhankelijk, toegankelijk en pluriform media-aanbod.<sup>146</sup>

##### ACM

Net buiten het kroniekjaar – in februari 2020 – publiceerde de ACM haar leidraad ‘Bescherming van de online consument’.<sup>147</sup> In de leidraad brengt de ACM in kaart hoe zij algemene consumentenregels toepast op online praktijken. De ACM zal de leidraad gebruiken als basis voor haar handhavingsbeleid. De belangrijkste punten voor bedrijven zijn dat: prijzen (inclusief alle kosten) tijdens het bestelproces helder worden weergegeven; duidelijk gecommuniceerd wordt als het aanbod gepersonaliseerd is; schaarste-aanduidingen waar moeten zijn; standaardinstellingen niet in het nadeel van de consument ingesteld zijn; zoekresultaten afgesteld zijn op het belang van de

zoekende consument; online reviews en likes een afspiegeling zijn van de werkelijkheid en dus niet gemanipuleerd mogen worden, en kosten en winkansen van lootboxes in online games duidelijk worden weergegeven.

##### NVWA

De NVWA heeft in het kroniekjaar onverminderd in de (politieke) belangstelling gestaan. Focus is op voedselveiligheid en onder meer het voorkomen van misleiding. Internethandel heeft de aandacht en afspraken zijn gemaakt met marktpartijen als bol.com om snel handelend op te treden als de voedselveiligheid in het gedrang komt. De NVWA heeft inmiddels voor bedrijven een handboek additieven voor levensmiddelenfabrikanten gepubliceerd.<sup>148</sup> En kort na het verstrijken van dit kroniekjaar is in februari 2020 ook verschenen het handboek Etikettering van levensmiddelen.<sup>149</sup>

##### VWS

In november 2019 heeft de staatssecretaris van VWS besloten dat Nutri-Score het nieuwe voedselkeuzelogo voor Nederland wordt. Na uitgebreid consumentenonderzoek en het polsen van alle stakeholders (o.a. industrie, diëtisten, Voedingscentrum, ngo's) is Nutri-Score als beste uit de bus gekomen. Medio 2021 zal dit vrijwillige logo worden ingevoerd op verpakkingen van levensmiddelen. Via een rood/geel/groen kleurensysteem kan de consument een gezond(ere) keuze bepalen. Dit alles vloeit voort uit de afspraken van het Nationaal Preventieakkoord met als doel obesitas terug te dringen.

#### Zelfregulering

In de kroniek van 2018 is al kort ingegaan op vier nieuwe c.q. gewijzigde reclamecodes die van kracht zijn geworden in 2019. Het gaat om de Code Aanprijzing Gezondheidsproducten (CAG), Code Publieksreclame Geneesmiddelen (CPG) en de Code Medische Hulpmiddelen (CMH) die alle sinds 1 februari 2019 van kracht zijn.<sup>150</sup> Verder is van belang de wijziging van de Reclamecode voor Voedingsmiddelen (RVV): reclame gericht op kinderen bij gebruik van *licensed media characters* (kinderidolen) op verpakkingen is aan banden gelegd.<sup>151</sup>

De Toelichting op de Reclamecode Social Media & Influencer Marketing (RSM) is in 2019 gewijzigd. De RSM maakt sinds 2014 onderdeel uit van de Nederlandse Reclame Code. Social media heeft zich de laatste jaren snel ontwikkeld en de invloed van influencer marketing is alsmaar toegenomen. Om de RSM beter te laten aan-

142 B.B. Duivenvoorde, ‘The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?’, *European Consumer and Market Law Review* 2019, p. 219-228. Zie ook, in verkorte vorm: B.B. Duivenvoorde, ‘Kroniek oneerlijke handelspraktijken 2018-2019’, *TvC* 2020-1, p. 23-27.

143 Zie voor de wijzigingen art. 2 Moderniseringsrichtlijn.

144 Zie art. 4 lid 4 Moderniseringsrichtlijn.

145 <https://www.cvdM.nl/sites/default/files/Documenten/Toezichtbrief-2019.pdf>.

146 <https://www.cvdM.nl/sites/default/files/Documenten/Toezichtbrief-2019.pdf>.

147 <https://www.acm.nl/nl/publicaties/consument-beter-beschermd-tegen-online-misleiding>.

148 <https://www.nvwa.nl/onderwerpen/additieven-in-levensmiddelen/documenten/consument/eten-drinken-roken/additieven-in-levensmiddelen/publicaties/handboek-additieven-voor-levensmiddelenfabrikanten>.

149 <https://www.nvwa.nl/documenten/consument/eten-drinken-roken/etikettering/publicaties/handboek-etikettering-van-levensmiddelen>.

150 <https://www.reclamecode.nl/news/nieuwe-en-gewijzigde-reclamecodes-per-1-februari-2019>.

151 <https://www.reclamecode.nl/news/nieuwe-en-gewijzigde-reclamecodes-per-1-februari-2019>.

sluiten op deze ontwikkelingen is de toelichting bij de RSM geüpdatet. De toelichting bevat veel praktische voorbeelden voor adverteerders en influencers van hoe op transparante en betrouwbare wijze online reclame kan worden gemaakt.<sup>152</sup>

## 2. Rechtspraak

### Unierechter

De opvallendste ontwikkeling op Europees gebied is dat de Hoge Raad kortgeleden in een procedure tussen Waternet en een Amsterdamse consument prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Europees Hof van Justitie.<sup>153</sup> Die vragen betreffen punt 29 van de zwarte lijst bij de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Volgens deze bepaling is het onder alle omstandigheden verboden voor een handelaar om te vragen om betaling of terugzending van ongevraagd aan de consument toegezonden producten.<sup>154</sup> Overtreedt Waternet die regel door water te leveren aan nieuwe huishoudens, ook wanneer die nog geen (expliciete) overeenkomst zijn aangegaan met Waternet? Drinkwater is in Nederlandse huizen beschikbaar, ook wanneer de consument (na een woning te betrekken) niet expliciet om de levering van drinkwater vraagt. Daardoor kan de consument (in ieder geval: onder omstandigheden) drinkwater afnemen zonder dat hij een expliciete overeenkomst aangaat met het drinkwaterbedrijf. Wel moet de consument een actieve handeling verrichten om water af te nemen (namelijk: de kraan open draaien). Ook heeft de consument geen keuze tussen verschillende aanbieders per regio en is de gemiddelde Nederlandse consument ervan op de hoogte dat aan de levering van drinkwater kosten zijn verbonden. Is onder die omstandigheden sprake van ongevraagde levering in de zin van punt 29 van de zwarte lijst? Advocaat-Generaal Drijber vindt van niet;<sup>155</sup> de Hoge Raad stelt desalniettemin prejudiciële vragen.

Verder gaf het Europees Hof uitleg over agressieve handelspraktijken in *Orange Polska*. Deze uitspraak gaat over de ondertekening van een mobiele telefooncontract in bijzijn van de koerier die de telefoon bezorgt. De consument kreeg bij het online bestellen van het abonnement wél inzicht in de modelovereenkomst, maar niet in de overeenkomst die toegespitst was op zijn specifieke geval.<sup>156</sup> De definitieve documenten ontving de consument van de koerier. Bij ondertekening moest de consument verklaren dat hij kennis had genomen van de inhoud van de documenten en de inhoud aanvaardde. Is dat een agressieve handelspraktijk?

<sup>152</sup> <https://www.reclamecode.nl/news/reclamecode-social-media-influencer-marketing-vernieuwd>.

<sup>153</sup> HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730 (*Waternet*). De prejudiciële vragen betreffen ook art. 9 Richtlijn koop op afstand en art. 27 Richtlijn consumentenrechten.

<sup>154</sup> Zie punt 29 van Bijlage 1 bij Richtlijn OHP en art. 6:193i sub f BW.

<sup>155</sup> Zie ECLI:NL:PHR:2019:739.

<sup>156</sup> HvJ EU 12 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:480 (*Orange Polska*).

Niet onder alle omstandigheden, zo luidt het antwoord van het Europees Hof op de prejudiciële vraag gesteld door de Poolse rechter. Alleen de op de zwarte lijst geplaatste praktijken zijn onder alle omstandigheden oneerlijk. Voor alle andere gevallen moet de nationale rechter per geval nagaan of sprake is van een oneerlijke handelspraktijk – bijvoorbeeld (zoals in dit geval) of sprake is van ongepaste beïnvloeding.

Van ongepaste beïnvloeding is volgens art. 2 sub j Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken sprake wanneer de handelaar zijn machtspositie ten aanzien van de consument uitbuit om pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen aanzienlijk beperkt. Is daarvan sprake in het onderhavige geval?

Het enkele feit dat de consument géén toegang heeft tot alle informatie betekent nog niet dat sprake is van ongepaste beïnvloeding. Dat is pas zo wanneer de handelaar of de koerier dusdanige pressie toepast op de consument dat zijn keuzevrijheid aanzienlijk wordt beperkt. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de handelaar of koerier vermeldt dat vertraging in de ondertekening van de overeenkomst tot gevolg heeft dat het contract slechts afgesloten kan worden onder minder gunstige voorwaarden. Andere omstandigheden die kunnen leiden tot ongepaste beïnvloeding zijn bijvoorbeeld dat de consument contractuele boeten moet betalen of dat (wanneer sprake is van een verlenging van een overeenkomst) de handelaar tot ondertekening van de verrichting van zijn diensten opschort.<sup>157</sup>

### Nationale overheidsrechter

#### Bier met tequila

Mexicaanse tequilaboeren waren niet te spreken over de aanduiding “tequila” op Desperados producten van Heineken. Desperados bevat aroma’s (0,14%) waarvan 75% tequila is. In het eindproduct zit dus in totaal slechts 0,1% tequila. De tequilaboeren stellen dat Heineken onrechtmatig profiteert van de beschermde geografische aanduiding tequila, omdat tequila geen essentieel kenmerk is van Desperados. Het Hof van Justitie beoordeelt deze kwestie aan de hand van het *Champagner Sorbet*-arrest.<sup>158</sup> Uit dit arrest volgt dat de hoeveelheid van een ingrediënt weliswaar belangrijk is, maar niet bepalend. De Rechtbank Amsterdam oordeelt dat geen sprake is van commercieel gebruik dat erop gericht is om te profiteren van de reputatie van de geografische aanduiding (tequila). Ook is geen sprake van misleidende reclame. Het is voor de gemiddelde consument duidelijk dat tequila een smaakmaker is en dat het percentage in het bier minimaal is. Relevant is volgens de rechtbank dat de achterzijde vermeldt: “bier gearomatiseerd met tequila” en in de ingrediëntenlijst “aroma (75% tequila)”.

<sup>157</sup> R.o. 46-48.

<sup>158</sup> HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:991 (*CIVC/Aldi*).

### Vergelijkende reclame

Energiedrankproducenten Monster en Bang hielden elkaar dit kroniekjaar flink bezig. Bang gebruikte naast verschillende misleidende vermeldingen op haar energiedrankjes ook verboden gezondheidsclaims en medische claims. De voorzieningenrechter concludeert dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk en ongeoorloofde vergelijkende reclame. Een EU-wijd verbod volgt met de motivering dat regels met betrekking tot misleidende reclame en oneerlijke handelspraktijken in de Europese Unie zijn geharmoniseerd. Aandacht verdient dat blijkens het vonnis Monster onvoldoende heeft gemotiveerd dat zij als concurrent een rechtstreeks beroep kan doen op de Claimsverordening, de VIC-Verordening en de Geneesmiddelenwet.<sup>159</sup> Dit aspect zal ongetwijfeld in de toekomst weer aan de orde komen.

Met Moederdag stunte Lidl met een gezichtscreme. In de uiting werd een citaat van de krant *The Sun* gebruikt: ‘... bevat vergelijkbare ingrediënten als in de *La Prairie Cellular Radiance Cream*, die bijna € 550,- kost!’<sup>160</sup> Door de citaten uit kranten te gebruiken maakt Lidl de uitingen tot de hare. De creme van Lidl bevat weliswaar veel vergelijkbare ingrediënten, maar Lidl kan de claim volgens de voorzieningenrechter niet hard maken. Een rectificatie met (ruim geformuleerd) verbod tot het plegen van merkinbreuk volgt.

KPN's ‘Beter netwerk’-campagne kenmerkt zich door het aanstekelijke achtergrondliedje met de tekst ‘*Anything you can do, I can do better*’.<sup>161</sup> De uiting is niet onrechtmatig tegenover T-Mobile, zo oordeelt de voorzieningenrechter. KPN zou niet claimen dat haar netwerk beter is dan dat van concurrenten, maar verkondigen dat haar huidige netwerk beter is dan haar eigen, oude netwerk. En het liedje? Dat zou slechts een in de reclame gebruikelijke overdrijving zijn. Het lijkt erop dat KPN de voorzieningenrechter wat muzikaal zand in de ogen heeft gestrooid.

### RCC

#### Reclame of informatie?

Reclame of informatie? Of: reclame voor een denkbeeld? Met het oog op de nieuwe Europese richtlijn voor het betalingsverkeer (PSD2) lanceert *De Nederlandsche Bank* een voorlichtingscampagne waarin de nieuwe bankiermogelijkheden worden toegelicht.<sup>162</sup> Zowel de RCC als het CvB bestempelen de uiting als reclame in de zin van art. 1 NRC. De uiting bevat niet enkel feitelijke mededelingen,

maar ook een aanprijzing van een denkbeeld door DNB. Namelijk het denkbeeld dat men zich geen zorgen hoeft te maken over de nieuwe mogelijkheden van PSD2, omdat men zelf kan beslissen of men hiervan gebruik wil maken.

Het *Ministerie van VWS* krijgt te maken met een soortgelijke situatie.<sup>163</sup> Een radiospot over het nieuwe donorregister wordt aangemerkt als reclame. De neutrale toon en het ontbreken van (actieve) werving overtuigt het CvB niet van het tegendeel. Het denkbeeld ‘dat het wenselijk is dat men zich verdiept in de informatie over orgaandonatie, om zo een geïnformeerde keuze te kunnen maken’ maakt dat sprake is van reclame. Nu de inschrijvingbutton direct op de homepage prijkt, terwijl daar nog geen uitleg wordt gegeven over het begrip ‘overlijden’, is de uiting misleidend.

#### Algemene misleiding

Talloos zijn natuurlijk de RCC-uitspraken over misleiding. In deze kroniek eerst een paar voorbeelden van uitspraken om de ‘aha-Erlebnis’ op te roepen over verschillende (algemene) aspecten die misleidend kunnen zijn. En daarna richt de focus zich op in dit kroniekjaar belangrijke uitspraken over misleiding op het gebied van *food* in relatie tot duurzaamheid en milieu.

Twee grote doeken met de tekst “*All the Rembrandts*” sieren tijdens het Rembrandtjaar enige tijd de gevel van het Rijksmuseum. Klager maakt bezwaar omdat het kennelijk (slechts) blijkt te gaan over alle Rembrandts uit de eigen Rijksmuseum-collectie.

Het College vindt ‘*All the Rembrandts*’ een absolute mededeling. Ook als de gemiddelde consument begrijpt dat het praktisch onmogelijk is om alle Rembrandts van over de hele wereld te verzamelen en op één plek tentoon te stellen, zal de consument denken dat hij meer zal zien dan alleen de eigen collectie. Essentiële informatie ontbreekt in de uiting en de toelichting op de website is onvoldoende. De metershoge gevelposter biedt genoeg ruimte voor een disclaimer.<sup>164</sup>

Snikheet was het in de zomer van 2019. Lidl biedt in een huis-aan-huis folder een zwembad aan voor 50% van de prijs. Als klager het zwembad wil kopen is het uitverkocht. De RCC zet op een rijtje: deze aanbieding kwalificeert als een bijzonder aanbod. Hiervoor geldt dat de adverteerder ervoor moet zorgen dat een redelijke voorraad aanwezig is, die in verhouding staat tot het aanbod en de daarvoor gevoerde reclame. De bewijslast ligt bij de adverteerder. Nu Lidl niet aannemelijk heeft kunnen maken dat er voldoende voorraad was, concludeert de RCC dat sprake is van een ‘lokkertje’ in de zin van art. 8.5 jo. bijlage 1 onder 5 NRC. Deze bepaling staat op de zwarte lijst, waardoor de uiting per definitie misleidend wordt bevonden.<sup>165</sup> De oplossing: het aanbod doen inclusief een

159 Rb. Amsterdam (vzr.) 9 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3386 (*Monster Energy/Bang c.s.*). Later hebben partijen nog een kort geding gevoerd over de uitleg die Monster aan het vonnis had gegeven in het kader van de rectificatie. Zie: Rb. Gelderland (vzr.) 5 september 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:4417 (*Bang c.s./Monster Energy*).

160 Rb. Amsterdam (vzr.) 31 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3868 (*La Prairie/Lidl*).

161 Rb. Den Haag (vzr.) 8 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7120 (*T-Mobile c.s./KPN c.s.*).

162 CvB 6 augustus 2019, dossier 2019/00181-CVB (*DNB “U bestlist”*).

163 CvB 22 augustus 2019, dossier 2019/00341-CVB (*Nieuwe donorregister*).

164 CvB 20 juni 2019, dossier 2019/00250-CVB (*All the Rembrandts*).

165 RCC 23 augustus 2019, dossier 2019/00466 (*Lidl Bestway zwembad*).

waarschuwing aan de consument (bijvoorbeeld 'op = op', of 'beperkte voorraad'). Ook dan moet overigens een redelijke voorraad aanwezig zijn, rekening houdend met het product, de gevoerde reclame en de prijs.

Een juridische tweetrapsraket speelt bij een reclame van Samsung. Het betreft een promotioneel kansspel waarbij een Samsung Galaxy Fold telefoon gewonnen kan worden. Later blijkt dat het toestel waarmee Samsung uitdrukkelijk heeft geadverteerd (nog) niet leverbaar is en dus *de facto* niet gewonnen kan worden. De RCC oordeelt dat Samsung hiermee in strijd handelt met art. 5 lid 1 Gedragscode promotionele kansspelen. De oproep om deel te nemen aan het promotionele kansspel is misleidend, omdat valse verwachtingen zijn gewekt bij de deelnemers.<sup>166</sup>

#### Algemene misleiding: levensmiddelen

Foodwatch heeft eind vorig kroniekjaar op grote schaal actie ondernomen tegen in haar ogen misleidend gebruik van de claim 'zonder toegevoegde suiker'.<sup>167</sup> De Voorzitter van de RCC heeft in uitgebreid gemotiveerde beslissingen een nieuwe trend gezet. De claim mag gebruikt worden als i) aannemelijk wordt gemaakt dat het suikerhoudende ingrediënt niet vanwege de zoetkracht is toegevoegd en ii) het vervangende ingrediënt het suikergehalte niet aanzienlijk verhoogt. De HiPP Kinderkoek met appel-zaak is de meest recente ontwikkeling op dit gebied.<sup>168</sup> Ondanks de grote stijging van het suikergehalte door de toevoeging van appelconcentraat mag HiPP adverteren met de claim 'zonder toegevoegde suikers'. De reden hiervoor? HiPP heeft aangetoond dat het appelconcentraat is toegevoegd *voor de structuur*. Bovendien heet het koekje 'met appel', waardoor het kennelijk is toegestaan om dusdanig veel appelconcentraat (18%) toe te voegen om de appelsmaak te creëren. Het lijkt erop dat het tweede vereiste (minimale verhoging van suiker) bij deze combinatie van omstandigheden *de facto* vervalt als de adverteerder maar voldoende aannemelijk kan maken dat het suikerhoudende ingrediënt niet is toegevoegd vanwege de zoetkracht.

Een smaakvermelding is een gebruikelijke praktijk om aan te geven dat een niet-natuurlijk aroma gebruikt is om een bepaalde smaak te geven aan een product. Zo hebben Doritos een nacho cheese *smaak* en zo *smaakt* de gele Optimel vla naar vanille. Foodwatch meent dat de naam Optimel Vla Vanille misleidend is, want de consument zou verwachten dat het product echte vanille bevat. Op de zijkant van het pak staat dat het product een smaak van vanille heeft. En uit de ingrediëntenlijst kan worden opgemaakt dat het product vanillearoma bevat. Het pak heeft weliswaar gele kleurvlakken, maar bevat geen afbeeldingen van vanillestokjes of vanillebloesem. Desondanks oordeelt het College dat het voor de consu-

ment onvoldoende duidelijk is dat het om vanillesmaak gaat. Maar het product mag wel vanillevla (blijven) heten, zolang maar op duidelijke wijze wordt aangegeven dat de vla een vanillesmaak heeft. Bij voorkeur moet dit vermeld worden op de voorzijde, maar mits voldoende duidelijk kan de smaakvermelding vermoedelijk ook elders op de verpakking.<sup>169</sup>

Ook in de 'Volkoren'-zaken is weer gebleken dat het strikt houden aan de Europese etiketteringsregels geen garantie biedt dat je product niet misleidend wordt bevonden.<sup>170</sup> Wat is het geval? Foodwatch heeft een tiental klachten ingediend over 'volkoren'-producten, waarvan de voorkant van de verpakking zou suggereren dat het product volledig gemaakt zou zijn van volkorenmeel. In werkelijkheid blijkt dat de producten ook een (groot) deel tarwemeel bevatten (hetgeen overigens – toen nog – in lijn was met de voorschriften over gebruik van de term 'volkoren' uit het Warenwetbesluit Meel en brood).<sup>171</sup> De Voorzitter concludeert dat de productverpakkingen misleidend zijn, nu enige nuancering op de voorzijde ontbreekt. Ook de ingrediëntenlijst met de juiste declaratie van het aandeel volkorenmeel kan de misleiding niet wegnemen. Vrijwel alle fabrikanten hebben aangegeven hun receptuur te wijzigen of de verpakkingen aan te passen. Voortaan dus échte volkorenproducten in het schap.

#### Duurzaamheid en milieu

Duurzaamheid is inmiddels geen trend meer te noemen, het vormt al jaren een vast onderdeel van de reclamepraktijk en van deze kroniek. Ook dit jaar heeft het CvB weer een aantal belangrijke uitspraken gewezen. Al vroeg in het kroniekjaar behandelde zij de zaken tegen *Jumbo*<sup>172</sup> en *Albert Heijn*,<sup>173</sup> waarin de invulling van het duurzaamheidsbegrip ter discussie staat. Klaagster stelt zich op het standpunt dat duurzaamheid onmogelijk mens, dier én milieu kan omvatten. Dierenwelzijn is per definitie slecht voor het milieu. De RCC wijst de klacht af en oordeelt volgens vaste lijn in de uitspraken dat 'duurzaam' een parapubegrip is. In de uiting zelf moet duidelijk gemaakt worden in welk opzicht (*people, planet of profit*) het product of de dienst duurzaam is. In het huidige maatschappelijke verkeer en spraakgebruik wordt het begrip "duurzaam" (nog) niet uitsluitend gebruikt in relatie tot het milieu. Zo ziet ook het CvB dit. Vooralsnog is er geen reden om aan te nemen dat de gemiddelde consument 'duurzaam' opvat als een milieuclaim. Maar het is niet uitgesloten dat de maatschappelijke invulling van het

<sup>166</sup> RCC 12 november 2019, dossier 2019/00641 (*Samsung Galaxy Fold*).

<sup>167</sup> RCC 12 december 2018, dossier 2018/00621 (*AH knijpfruit Appel & Peer*).

<sup>168</sup> RCC 5 maart 2019, dossier 2018/00620/I (*HiPP Kinderkoek*).

<sup>169</sup> CvB 16 mei 2019, dossier 2018/00701-CvB (*Optimel vla Vanille*).

<sup>170</sup> RCC 19 september 2019, dossier 2019/00345; 2019/00346 en 2019/00353 (*Volkoren-uitspraken*).

<sup>171</sup> Zie art. 16 Warenwetbesluit Meel en brood (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0009669/2017-10-01>) en het ontwerpbesluit tot wijziging van dat besluit (<https://www.raadvanstate.nl/@118506/w13-19-0351-iii/>).

<sup>172</sup> CvB 6 februari 2019, 2018/00802-CvB (*Jumbo Beter Leven Keurmerk*).

<sup>173</sup> CvB 6 februari 2019, dossier 2018/00826-CvB (*Metro Duurzame Super-tocht*).

duurzaamheidsbegrip op termijn zal veranderen. Misschien zelfs wel eerder dan we nu denken.

Een duurzaamheidsboodschap kan op verschillende manieren verkondigd worden. Om greenwashing te voorkomen moet de adverteerder zijn claims goed kunnen onderbouwen. Dit gaat mis bij de cafetariaformule *Kwalitaria*. De uiting 'Op weg naar 100% duurzaamheid' wordt té absoluut bevonden door het CvB. Mede omdat *Kwalitaria* er niet in slaagt om aan te tonen hoe en op welke termijn zij 100% duurzaamheid beoogt te gaan bereiken.<sup>174</sup>

Veel publiciteit kreeg de procedure die EPOA (European Palm Oil Alliance) met succes aanspande tegen *The Flower Farm* wegens de verpakking en reclamecampagne van haar 'smeerboter zonder palmolie'. Op de verpakking staat de tekst EAT PLANTS, NOT PALM PLEASE. Volgens *The Flower Farm* is palmolie fout omdat daarvoor hele oerwouden worden ontbost. Die boodschap is misleidend. Het miskent namelijk dat alle in Nederland gebruikte palmolie in margarine volledig duurzaam is (RSPO-gecertificeerd). Daarvoor wordt geen oerwoud ontbost. Het is op zich toegestaan om, ook met heftige beelden van brandend oerwoud en dolende orang-oetans, een oproep te doen om geen palmolie te gebruiken. Maar volgens het CvB maakt *The Flower Farm* de consument afkerig van andere margarine met palmolie. Dat is misleidend. De verpakking moet worden aangepast en de reclamecampagnes gestaakt. Wel mag sheaboter duurzaam worden genoemd (want duurzaam in relatie tot het milieu).<sup>175</sup>

#### Alcohol

Het verschil in (alcohol)regelgeving tussen Duitsland en Nederland wordt duidelijk in de zaak over de Duitse *Warsteiner Premium Alkoholfrei Pilsener*.<sup>176</sup> De klager maakt bezwaar tegen het gebruik van 'alkoholfrei' op het etiket. Het bier bevat namelijk 0,5 volumeprocent alcohol. Hoewel dit in lijn is met de Duitse regelgeving (max. 0,5%) geldt in Nederland de regel dat bier 'alcoholvrij' mag heten als het ten hoogste 0,1 volumeprocent alcohol bevat. *Warsteiner* beroept zich op de beginselen van wederzijdse erkenning en vrij verkeer van goederen, het product is namelijk rechtmatig als 'Alkoholfrei' op de Duitse markt gebracht. De Voorzitter erkent dit, maar komt desondanks tot de conclusie dat het etiket misleidend is. De gemiddelde consument verwacht bij het zien van het woord "alcoholvrij" dat het product geheel vrij is van alcohol. De vermelding "Alc.<0,5%vol" is onvoldoende specifiek waardoor niet duidelijk is dat het bier alcohol bevat en geen 0.0-bier is. *Warsteiner* heeft niet voldaan aan de eis dat voedselinformatie niet misleidend mag zijn (art. 7 Verordening (EU) nr. 1169/2011).

174 CvB 4 juli 2019, dossier 2019/00209-CVB, IER 2019/32 m.nt. E.H. Hoogenraad (*Kwalitaria 4.0: op weg naar 100% duurzaamheid*).

175 CvB 17 december 2019, dossier 2019/00648 (EPOA/*The Flower Farm*).

176 RCC 9 juli 2019, dossier 2019/00152 (*Warsteiner Premium Alkoholfrei*).

Een aanprijzing voor Flitspopper-bier kenmerkt zich door een kleurrijke vormgeving en het gebruik van woorden die afkomstig zijn uit het boek *De GVR* van Roald Dahl:

"MET FLITSPOPPER REIS JE NAAR EEN WERELD WAAR GROTE VRIENDELIJKE REUZEN DWALEN, SNOSKOMMERS GROEIEN EN HOPSTAKELS KWETTEREN. (...)".

De naam "Flitspopper" en de termen uit *De GVR* zullen weliswaar tot de verbeelding van kinderen spreken. Maar dit maakt nog niet dat de uiting voor bier "specifiek gericht is op kinderen" in de zin van art. 10 Reclamecode voor Alcohol. De fantasietaal kan ook niet worden gekwalificeerd als "jongerentaal" in de zin van hetzelfde artikel. De klacht wordt op beide punten afgewezen.<sup>177</sup>

#### Goede smaak en fatsoen

Dit kroniekjaar zijn veel maatschappelijke thema's langsgelopen bij de RCC. Zo ook de problematiek van ongevallen bij het spoor. ProRail probeert meer bewustzijn onder jongeren te creëren door verhalen van slachtoffers te delen en daarbij (nagemaakte) ernstig gehavende kledingstukken te tonen.<sup>178</sup> De confronterende uitingen brengen nare herinneringen naar boven bij zowel nabestaanden, spoorwegpersoneel als hulpverleners. Het stijgende aantal dodelijke slachtoffers en het beoogde doel maken dat ProRail voor deze 'harde' vorm van adverteren heeft gekozen. De RCC volgt de lijn uit de ALS-uitspraken, waarbij gekeken wordt naar de boodschap, het doel en de wijze waarop het is uitgewerkt.<sup>179</sup> Zij acht het inherent aan het onderwerp dat de uiting als onprettig wordt ervaren. De uiting is niet in strijd met de goede smaak en fatsoen, maar de RCC merkt wel op dat de afstemming met het spoorwegpersoneel en nabestaanden beter had gekund. In de zomer van 2019 introduceert New York Pizza met veel bombarie haar nieuwe pizzabodem gemaakt van bloemkool door middel van een YouTube-video en abri's.<sup>180</sup> De video – die doet denken aan een reclame voor een telefonische sekslijn – is het gesprek van de dag en bushokjes hangen vol met posters met daarop een naakte vrouw met twee bloemkolen voor haar borsten. Door onder meer de achtergrondmuziek en overdreven zwoele stem is het overduidelijk dat de video een parodie betreft. Dit blijkt niet uit de abri. Daar wordt de vrouw als lustobject neergezet. De abri is wél in strijd met de goede smaak en fatsoen, de YouTube-video niet.

Teksten als '*For real men only*' en '*(...) Meat is for men, vegetables are for cows*' prijken op het etiket van Remia's Black Jack Smokey BBQsaus.<sup>181</sup> Hoewel de klaagster inziet dat de uiting humoristisch bedoeld is, meent zij dat de ui-

177 RCC 22 oktober 2019, dossier 2019/00585 (*Flitspopper*).

178 RCC 16 mei 2019, dossier 2019/00243 (*ProRail Victim Fashion*).

179 CvB 2 maart 2012, dossier 2011/01065A (*Stichting ALS Nederland*).

180 RCC 20 augustus 2019, dossier 2019/00452 (*New York Pizza bloemkoolbodem*).

181 CvB 29 oktober 2019, dossier 2019/00479-CVB (*Remia Black Jack Smokey BBQ*).

ting niet in de tijdsgeest past. Het etiket zou discriminerend zijn tegenover de LGBTQ+ gemeenschap, vegetariërs en veganisten en in strijd zijn met de goede smaak en fatsoen. Van discriminatie kan geen sprake zijn volgens het CvB. De uiting leidt niet tot ongelijke behandeling van man of vrouw of op grond van geaardheid. De uiting is wellicht wat absurd, maar duidelijk humoristisch bedoeld. Het CvB oordeelt dat de uiting de grenzen van het toelaatbare niet te buiten gaat. Dit had zomaar anders kunnen aflopen voor Remia.

#### Social Media

In de voorafgaande jaren is verhoudingsgewijs slechts sporadisch geklaagd over de herkenbaarheid van een relatie tussen een influencer en een adverteerder. Maar sinds de Stichting Reclame Code een succesvolle campagne #Ad, herken de reclame op internet heeft gelanceerd, weten de klagers de Stichting Reclame Code te vinden bij influencer marketing die buiten de lijntjes kleurt.

Zo werd met succes geklaagd over een drie minuten durend filmpje op Facebook waarin Jan Roos zijn kritiek uit op het Preventieakkoord en verkondigt dat Nederland te veel betutteld wordt door de overheid: 'Stop de betutteling, nee-derland.nl'.<sup>182</sup> Alle geïnterviewden zijn negatief over de overheidsbetutteling ten aanzien van onder meer roken en sigarettenverpakkingen. Wat Jan Roos niet vertelt is dat hij €42.000 heeft ontvangen van de Vereniging Nederlandse Sigaretten- & Kerftabakfabrikanten (VSK) voor het maken van deze video. Dit maakt de video een reclame-uiting voor de standpunten van VSK. Reclame op internet moet duidelijk herkenbaar zijn (art. 3 sub a RSM) en indien een vergoeding in geld is betaald, moet dat uitdrukkelijk in de uiting vermeld worden (art. 3 sub b RSM). De RCC overweegt dat het publiek de (eenzijdige) boodschap op waarde kan schatten als zij weet dat de tabaksindustrie het filmpje gesponsord heeft.

### 3. Literatuur

- B.B. Duivenvoorde, 'The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?', *European Consumer and Market Law Review* 2019, p. 219-228.
- B.B. Duivenvoorde, 'Kroniek oneerlijke handelspraktijken 2018-2019', *TvC* 2020-1, p. 23-27.
- M. de Cock Buning, 'Social media influencers: liever door de hond of door de kat gebeten? Een analyse van de nieuwe Europese regelgeving voor influencer-marketing', *IER* 2019, p. 247-260.
- A. Hoelen en M. Mojabi, 'Grenzen aan digitale beïnvloeding. Verslag van de najaarsvergadering van de Vereniging voor Reclamerecht, gehouden op 3 oktober 2019', *Mediaforum* 2019, p. 206-210.
- E.H. Hoogenraad en M. de Cock Buning, 'SRC's #AD influencer-campagne: mooi – maar kan het nóg wat vlotter met de vlogger?', *IER* 2019, p. 245-246.
- C.E. de Jager en A.J. Verheij, 'Wanneer is een voedsel-etiket misleidend?', *TvC* 2019, p. 257-264.
- C. Riefa en L. Clausen, 'Towards fairness in digital influencers' marketing practices', *European Consumer and Market Law Review* 2019, p. 64-74.
- I.E. van der Wal, 'Op de voorkant de leugen, op de achterkant de waarheid? Over de Nederlandse uitwerking van het Teekanne-arrest', *IER* 2019, p. 202-206.
- Fiona Vening, 'Praktisch, snel en toegankelijk, Zelfregulering via de Stichting Reclame Code', *WAARE&WET*, december 2019, p. 4-7.
- Marjolein van Oostrum en Lonneke Jongmans, 'Belofte van een product, zelfregulering en wetgeving beschermen de consument bij cosmeticareclame', *WAARE&WET*, december 2019, p. 8-12.
- E.H. Hoogenraad, 'Teekanne, de moeder aller food law-zaken en haar voetsporen in de zelfregulering', *WAARE&WET*, december 2019, p. 13-17.
- Christine Grit, 'Kindermarketing voor de tere kinderkziel', *WAARE&WET*, december 2019, p.18-24.
- Janine Galjaard, 'Zelfregulering biedt duidelijkheid en ruimte', *WAARE&WET*, december 2019, p. 25-27.

<sup>182</sup> RCC 16 oktober 2019, dossier 2019/00571 (*Nee-derland.nl, Stop de betutteling*).