



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

RCC (CB) (zaaknr. 2009/00346, LJN BM0768: Swinglevend)

Kabel, J.

Publication date

2010

Document Version

Final published version

Published in

Intellectuele Eigendom & Reclamerecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Kabel, J. (2010). RCC (CB) (zaaknr. 2009/00346, LJN BM0768: Swinglevend). 19. Case note on: RCC, 16/07/09 *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht*, 26(1), 130-146.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

IER 2010, 19: Swinglevend

Instantie:	Reclame Code Commissie (College van Beroep)	Datum:	16 juli 2009
Magistraten:	mrs. J. P.H. van Driel van Wageningen, voorzitter en N.Y. F. Krijnen, E. Schuchart en J.M.F.M. Waaijer, leden en L. Lagerweij, plaatsvervangend lid en secretaris	Zaaknr:	2009/00346
Conclusie:	-	LJN:	BM0768
Noot:	J. Kabel	Roepnaam:	Swinglevend

Wetgeving: Warenwetart. 20 lid 2onder a; Geneesmiddelenwetart. 1 lid 1onder b; Geneesmiddelenwetart. 84; Nederlandse reclame codeart. 2; Nederlandse reclame codeart. 8.5; Nederlandse reclame codeart. 11.1

Samenvatting

Naar boven



Reclame en sluikreclame voor voedingssupplementen. Strijd met art. 20 lid 2 onder a Warenwet (verbod van medische claims voor levensmiddelen), art. 1 lid 1 onder b en 84 Geneesmiddelenwet (definitie geneesmiddel en verbod van reclame voor ongeregistreerde geneesmiddelen) en daardoor strijd met art. 2 NRC (reclame in strijd met de wet); alsmede strijd met het gebod dat reclame als zodanig herkenbaar moet zijn (art. 8.5. NRC en 11.1 NRC).

Partij(en)

Naar boven

I. In het appel van:

1. *Pharma Nord ApS*, gevestigd te Velje (Denemarken)
advocaat: mr. R Dijkstra, advocaat
2. *Partner Medien Service Klempau GmbH*, gevestigd te Hamburg (Duitsland)
adv.: mr. S.M. Wertwijn, advocaat

appellanten,

geïntimeerde:

de stichting Keuringsraad Aanprijzing Gezondheidsproducten (KAG), gevestigd te Amsterdam

adv.: mr. E.H. Hoogenraad

tegen

- II. In het incidenteel appel van: *de stichting KAG*, gevestigd te Amsterdam, appellante in incidenteel appel, geïntimeerde in incidenteel appel: *Pharma Nord ApS*, gevestigd te Velje (Denemarken), inzake: de beslissing van de Reclame Code Commissie van 16 juli 2009.

Uitspraak

Naar boven

De procedure

Namens appellante sub 1 (hierna: Pharma Nord) is , tijdig in beroep gekomen van de aan deze uitspraak gehechte beslissing van de Reclame Code Commissie (hierna: de Commissie).

Namens appellante sub 2 (hierna: Partner Medien) is, tijdig in beroep gekomen van de aangehechte beslissing van de Commissie.

Namens geïntimeerde (hierna: de Keuringsraad) heeft op het appelschrift gereageerd en tevens incidenteel beroep ingesteld.

Pharma Nord heeft op het incidenteel appel gereageerd bij brief van 13 oktober 2009 van mr. Dijkstra voornoemd en zijn kantoorgenoot mr. RM.R van Leeuwen.

Het College van Beroep (hierna: het College) heeft de zaak behandeld in zijn vergadering van 22 oktober 2009.

Namens Pharma Nord verscheen drs. E.G. Overeem, bijgestaan door mr. Dijkstra en mr. Van Leeuwen voornoemd. Laatstgenoemden hebben het appelschrift en de reactie op het incidenteel beroep nader toegelicht aan de hand van overgelegde pleitnotities.

Namens Partner Medien verscheen mr. Wertwijn voornoemd, die het appelschrift heeft toegelicht en pleitaantekeningen heeft overgelegd.

Namens de Keuringsraad verscheen drs. V. Bouwmeester, bijgestaan door mr. Hoogenraad voornoemd, die werd vergezeld door haar kantoorgenote mr. K. Braber.

Mr. Hoogenraad heeft het standpunt van de Keuringsraad als geïntimeerde in appel en appellante in incidenteel appel aan de hand van overgelegde pleitnotities nader toegelicht.

I. Principaal appel

De grieven van Pharma Nord

Deze kunnen als volgt worden samengevat.

1. De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat de advertenties voor Prelox, BioActive Magnesium en Bio-Glucosamine in strijd zijn met art. 20 lid 2 onder a van de Warenwet en art. 1 lid 1 onder b jo. 84 van de Geneesmiddelenwet en daardoor met art. 2 van de Nederlandse Reclame Code (NRC). Deze producten zijn in de bestreden uitingen niet aangevend als geneesmiddel in de zin van art. 1 lid 2 van richtlijn 2001/83/EG. Hierin is (onder a) bepaald dat sprake is van een geneesmiddel indien het product wordt aangevend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten bij de mens. Uit de advertenties blijkt duidelijk dat de aangeprezen producten voedingssupplementen betreffen; de producten worden dus niet aangevend als geneesmiddelen. Krachtens richtlijn 2002/46/EG mag in etikettering, presentatie en reclame aan voedingssupplementen niet de eigenschap worden toegeschreven dat zij ziekten bij de mens voorkomen, behandelen of genezen, noch mogen daarin op dergelijke eigenschappen toespelingen worden gemaakt. De bestreden advertenties gaan niet over ziekten, laat staan over het voorkomen, behandelen of genezen daarvan. De enkele positieve verandering van de fysieke gezondheidstoestand is niet voldoende om te concluderen dat sprake is van strijd met de genoemde artikelen van de Warenwet en de Geneesmiddelenwet en met art. 2 NRC.
2. De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat de advertentie voor Evelle in strijd is met art. 20 lid 2 onder a van de Warenwet en art. 2 NRC. Uit het oordeel van de Commissie dat het product niet is aangevend als een geneesmiddel in de zin van de Geneesmiddelenwet volgt dat ook geen sprake kan zijn van strijd met art. 20 lid 2 onder a Warenwet. Aan het voedingssupplement Evelle wordt niet de eigenschap toegeschreven dat ziekten bij de mens worden voorkomen, behandeld of genezen.
- 3.a. De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat het artikel 'Slaapmiddelen niet meer vergoed' en het ernaast geplaatste kader als een reclame-uiting voor Bio-Melatonine Complex van Pharma Nord dienen te worden beschouwd. Er is geen relevante samenhang tussen het artikel en de advertentie, omdat in het redactionele artikel geen bepaalde, nader genoemde ingrediënten worden behandeld die in de advertentie voor Bio-Melatonine voorkomen. Voorts komt de verwijzing naar 12 cent kosten per dag in meer advertenties in Swing levend voor, en zijn het redactionele artikel en de advertentie door kleurstelling, een scheidslijn en de vermelding 'advertentie' boven de advertentie voor Bio-Melatonine duidelijk van elkaar gescheiden.
- 3b. Het is onjuist Pharma Nord mede verantwoordelijk te houden voor de plaatsing van de advertentie voor Bio-Melatonine onder het redactionele artikel. Partner Medien is als zelfstandig uitgever als enige verantwoordelijk voor de opmaak, presentatie en inhoud van het blad Swinglevend.
- 3c. Omdat geen samenhang bestaat tussen het redactionele artikel 'Slaapmiddelen niet meer vergoed' en de advertentie voor Bio-Melatonine Complex, gaat het oordeel van de Commissie niet op dat Bio-Melatonine Complex wordt aangeprezen als alternatief voor op recept verkrijgbare slaapmiddelen, en dat aan het aangeprezen product dezelfde eigenschappen worden toegeschreven als aan deze medicijnen. Van strijd met art. 20 lid 2 onder a Warenwet en art. 1 lid 1 onder b jo. 84 Geneesmiddelenwet en daardoor met art. 2 NRC is geen sprake.
- 3d. Nu voldoende scheiding bestaat tussen het artikel en de advertentie heeft de Commissie ten onrechte geoordeeld dat sprake is van onvoldoende als zodanig herkenbare, misleidende en oneerlijke reclame.
4. Een openbare aanbeveling dient achterwege te worden gelaten, nu Pharma Nord aan eerdere aanbevelingen van de Commissie en het College gehoor heeft gegeven, zodat geen sprake is van een herhalingskracht. Bovendien had het op de weg van de Keuringsraad gelegen te overleggen met Pharma Nord over de bezwaren tegen de inhoud van Swinglevend in plaats van rauwelijks de onderhavige klacht in te dienen.

De grieven van Partner Medien

1. De Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat het artikel 'Slaapmiddelen niet meer vergoed' als reclame voor Bio-Melatonine Complex van Pharma Nord dient te worden aangemerkt. Ook het oordeel dat in het artikel aan Bio-Melatonine Complex dezelfde werking wordt toegeschreven als aan op recept verkrijgbare slaapmiddelen is onjuist. Er is geen sprake van reclame in de zin van art. 1 NRC, en zeker niet

van misleidende reclame als bedoeld in art. 8.5 NRC jo. punt 10 van de bij art. 8.5 behorende bijlage 1, oneerlijke reclame als bedoeld in art. 7 NRC of onherkenbare reclame als bedoeld in art. 11.1 NRC.

2. Ten aanzien van de artikelen 'Energie om van het leven te genieten' en 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer' heeft de Commissie terecht geoordeeld dat geen sprake is van reclame voor het product Bio Quinon Q10 van Pharma Nord, zoals door de Keuringsraad in de klacht was gesteld. Het oordeel van de Commissie dat wel sprake is van reclame voor voedingssupplementen met het ingrediënt Q 10 vormt een door de Keuringsraad niet aangevoerde uitbreiding van de klacht en is bovendien onjuist. De artikelen zijn louter informatief van aard, gebaseerd op de (positieve) ervaringen van de twee geïnterviewden met het co-enzym Q10, dat bovendien in veel meer producten dan alleen in voedingssupplementen voorkomt. Er is geen sprake van strijd met de wet, misleidende of oneerlijke reclame, of als zodanig onherkenbare reclame.

Het antwoord in appel

De Keuringsraad handhaaft, kort samengevat, zijn standpunt dat de voedingsmiddelen Prelox, BioActive Magnesium en Bio-Glucosamine door de wijze van aanprijzing en presentatie in de advertenties, waarbij gebruik wordt gemaakt van medische claims en/of toespelingen daarop, als geneesmiddelen moeten worden aangemerkt in de zin van art. 1 lid 1 sub b van de Geneesmiddelenwet. De advertenties voor deze producten zijn in strijd met art. 84 van de Geneesmiddelenwet, waarin reclame voor geneesmiddelen waarvoor geen handelsvergunning is verleend is verboden. De bovengenoemde advertenties alsmede de advertentie voor Evelle zijn bovendien in strijd met art. 20 lid 2 sub a van de Warenwet, omdat in deze advertenties wordt gesuggereerd dat de betreffende producten ziekten als erectiestoornissen, RSI en gewrichtsproblemen en een verminderde elasticiteit van de huid voorkomen, behandelen of genezen, of in de advertenties toespelingen op zodanige eigenschappen worden gemaakt.

Voorts handhaaft de Keuringsraad kort samengevat het standpunt dat het artikel 'Slaapmiddelen niet meer vergoed' als niet toelaatbare reclame voor Bio Melatonine Complex moet worden beschouwd.

Tenslotte licht de Keuringsraad toe het eens te zijn met het oordeel van de Commissie dat de artikelen 'Energie om van het leven te genieten' en 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer' moeten worden aangemerkt als reclame voor voedingssupplementen met het ingrediënt Q 10, welke reclame in strijd is met de art. 2, 7 en art. 11.1 NRC.

II. Incidenteel appel

De grieven in incidenteel appel

De Keuringsraad is het niet eens met het oordeel van de Commissie, dat de verwijzing naar het advies van 'een deskundige' in de advertentie voor Prelox niet in strijd is met art. 12 aanhef en onder c van de Europese verordening inzake voedings- en gezondheidsclaims (EG nr. 1924/2006). Met de aanduiding 'individuele arts of beroepsbeoefenaar' in art. 12 van genoemde Verordening wordt bedoeld op één enkel persoon, ter onderscheiding van een overkoepelende organisatie of groep van artsen/beroepsbeoefenaren. Het gaat erom dat de consument gezag toekent aan de aanbeveling van een individuele arts of beroepsbeoefenaar. Daarbij is niet relevant of deze bij naam wordt genoemd. Door de verwijzing naar 'een deskundige' in de advertentie voor Prelox wordt gesuggereerd dat sprake is van een aanbeveling door een arts of beroepsbeoefenaar.

Het antwoord in incidenteel appel

Pharma Nord conformeert zich, kort samengevat, aan het oordeel van de Commissie dat het in art. 12 van de Verordening neergelegde verbod betrekking heeft op een aanbeveling van een met name genoemde, individuele arts of beroepsbeoefenaar op het gebied van de gezondheidszorg. In de advertentie voor Prelox is daarvan geen sprake.

De mondelinge behandeling

Partijen hebben hun standpunten nader toegelicht.

Daarbij is namens Pharma Nord benadrukt, dat voor de interpretatie van 'geneesmiddel' zoveel mogelijk dient te worden aangesloten bij de definitie in richtlijn 2001/83. Derhalve moet beoordeeld worden of een product wordt aangediend als hebbend therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten van de mens. De toevoeging in de Warenwet van 'toespelingen op dergelijke eigenschappen' dient beperkt te worden uitgelegd. De bestreden advertenties hebben geen betrekking op ziekten.

Namens Partner Medien is aangevoerd dat indien de beslissing van de Commissie ten aanzien van de artikelen 'Energie om van te leven' en 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer' als een ambtshalve uitbreiding van de klacht door de Commissie moet worden beschouwd, deze kwestie dient te worden terugverwezen naar de Commissie, omdat Partner Medien nog niet in de gelegenheid is geweest zich hiertegen te verweren.

Het oordeel van het College

I. Principaal appel

- I.1. Ten aanzien van de verschillende grieven overweegt het College het volgende.
- I.2. Pharma Nord heeft aangevoerd dat de advertenties voor Prelox, BioActive Magnesium en Bio-Glucosamine geen betrekking hebben op ziekten, ook niet op het voorkomen, behandelen of genezen daarvan. Deze grief treft geen doel. In verschillende woordenboeken (Van Dale online, Koenen) wordt 'ziekte' omschreven als een storing in de werking van een of meer van de organen. Het College deelt het oordeel van de Commissie dat de in de advertenties behandelde erectiestoornissen (Prelox), RSI-symptomen en RSI (BioActive Magnesium) en niet soepele handen, pols en vingers (Bio-Glucosamine) verwijzen naar ziekten en door de gemiddelde consument als zodanig zullen worden opgevat. Nu aan de aangeprezen producten in de desbetreffende advertenties eigenschappen worden toegeschreven inzake het voorkomen, behandelen of genezen van de respectievelijke ziekten of toespelingen op zodanige eigenschappen worden gemaakt, heeft Pharma Nord gehandeld in strijd met art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet.
- I.3. Pharma Nord heeft aangevoerd dat in de advertenties wordt vermeld dat de producten Prelox, BioActive Magnesium en Bio-Glucosamine voedingsmiddelen zijn. De producten zijn niet aangediend als geneesmiddel, omdat de advertenties geen betrekking hebben op ziekten bij de mens. Het College deelt het oordeel van de Commissie dat de aangeprezen producten Prelox, BioActive Magnesium en Bio-Glucosamine

in werkelijkheid voedingsmiddelen zijn, maar door de wijze van aandiening in de advertenties dienen te worden aangemerkt als geneesmiddelen in de zin van art. 1 lid 1 aanhef en onder b van de Geneesmiddelenwet, nu de producten worden gepresenteerd als zijnde geschikt voor het genezen of voorkomen van ziekten, zoals onder 1.2 is overwogen. Reclame voor een geneesmiddel waarvoor geen handelsvergunning is verleend, is verboden op grond van art. 84 van de Geneesmiddelenwet. Nu ten aanzien van de producten Prelox, BioActive Magnesium en Bio-Glucosamine een dergelijke vergunning ontbreekt, heeft Pharma Nord in strijd met de Geneesmiddelenwet gehandeld.

- I.4. Het College deelt het oordeel van de Commissie dat de advertenties voor Prelox, BioActive Magnesium en Bio-Glucosamine niet in overeenstemming zijn met de Warenwet en de Geneesmiddelenwet, en daardoor in strijd zijn met het bepaalde in art. 2 NRC.
- I.5. Met betrekking tot de advertentie voor Evelle heeft Pharma Nord aangevoerd dat deze niet in strijd met art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet is, omdat een niet-elastische huid geen ziekte is in de zin van genoemd art. van de Warenwet.
- I.6. De grieven van zowel Pharma Nord als Partner Medien betreffende het artikel 'Slaapmiddelen niet meer vergoed' zijn in de eerste plaats gericht tegen het oordeel van de Commissie dat dit artikel met het daarbij geplaatste kader als reclame voor Bio-Melatonine Complex van Pharma Nord dient te worden aangemerkt, en voorts tegen het oordeel dat deze reclame-uiting in strijd met de wet is, misleidend, oneerlijk en onvoldoende herkenbaar als reclame. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.
- I.7. Het College deelt het oordeel van de Commissie dat de gemiddelde lezer zal menen dat met het in het onderhavige artikel bedoelde natuurlijke alternatief voor slaapmiddelen BioMelatonine Complex van Pharma Nord wordt bedoeld, waarvoor direct onder het artikel een advertentie is geplaatst. De gemiddelde lezer zal een onmiskenbare samenhang zien tussen het artikel, het eraan geplaatste kader en de advertentie voor Bio-Melatonine Complex omdat zij een volledige linker- en rechterpagina vullen die geheel zijn gewijd aan het onderwerp slaapproblemen, deze visueel één geheel vormen en zowel het artikel, het kader als de advertentie eindigen met de woorden '12 cent per dag'. Dat de verwijzing naar 12 cent kosten per dag in meer advertenties in Swinglevend voorkomt neemt niet weg dat in het onderhavige geval door deze herhaalde vermelding '12 cent per dag' de indruk wordt versterkt dat met het in het artikel en het kader bedoelde alternatief in feite BioMelatonine Complex wordt bedoeld. Gelet hierop dienen het artikel en het kader als een reclame-uiting voor Bio-Melatonine Complex van Pharma Nord te worden beschouwd.
- I.8. Het College ziet in hetgeen door Pharma Nord en Partner Medien in appel is aangevoerd geen aanleiding af te wijken van het oordeel van de Commissie dat in het artikel aan BioMelatonine Complex dezelfde werking wordt toegeschreven als aan op recept verkrijgbare slaapmiddelen, welke claim niet is toegestaan op grond van art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet en art. 84 van de Geneesmiddelenwet. Voorts deelt het College het oordeel van de Commissie dat het onderhavige artikel door de redactionele opmaak ervan niet voldoende als reclame herkenbaar is, waardoor de reclame-uiting misleidend is in de zin van art. 8.5 NRC jo. punt 10 van de bij art. 8.5 behorende bijlage 1 en oneerlijk in de zin van art. 7 NRC, en waardoor tevens art. 11.1 NRC is geschonden.
- I.9. Het College deelt het oordeel van de Commissie dat zowel Partner Medien als Pharma Nord verantwoordelijk moet worden gehouden voor de schendingen van de onder 1.8 genoemde artikelen gelet op de geconstateerde samenhang tussen de tekst van het artikel en het product Bio-Melatonine Complex van Pharma Nord waarvoor reclame wordt gemaakt.
- I.10. Met betrekking tot de artikelen 'Energie om van het leven te genieten' en 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer' heeft Partner Medien aangevoerd, dat de Commissie deze artikelen ten onrechte als reclame voor voedingssupplementen met het ingrediënt Q10 heeft beschouwd.
Het College stelt voorop geen aanleiding te zien tot terugverwijzing van dit onderdeel naar de Commissie, nu Partner Medien voldoende in de gelegenheid is geweest haar standpunt in dezen naar voren te brengen.
De bestreden artikelen zijn naar het oordeel van het College niet louter informatief van aard, maar hebben een zodanig wervend karakter voor de stof Q10, dat de artikelen moeten worden beschouwd als reclame voor voedingssupplementen met het ingrediënt Q10. Onder verwijzing naar hetgeen is overwogen onder 1.8. deelt het College het oordeel van de Commissie dat de artikelen door de redactionele opmaak daarvan onvoldoende als reclame herkenbaar zijn, waardoor de artikelen 7 en 11.1 NRC zijn geschonden. Nu aan Q10 de eigenschap wordt toegeschreven dat het verkoudheid, spierklachten, ontstoken slijmvliezen en aambeien voorkomt of geneest, bevatten de reclame-uitingen een claim die in strijd is met art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet. Met de Commissie is het College van oordeel dat Partner Medien hierdoor heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in art. 2 NRC.
- I.11. Het College is van oordeel dat door de Commissie terecht is besloten de uitspraak ten aanzien van Pharma Nord onder de aandacht van een breed publiek te brengen, als bedoeld in art. 17 lid 1 onder h jo. art. 18 lid 4 van het Reglement betreffende de Reclame Code Commissie en het College van Beroep. De Commissie heeft Pharma Nord al eerder naar aanleiding van medische claims in haar reclame-uitingen in Swinglevend aanbevolen niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. Dat Pharma Nord met betrekking tot de toen aan de orde zijnde reclame-uitingen gehoor heeft gegeven aan de aanbevelingen neemt niet weg, dat Pharma Nord nu weer op soortgelijke wijze reclame heeft gemaakt door in de onderhavige reclame-uitingen in Swinglevend opnieuw dergelijke niet toegelaten medische claims op te nemen. Het argument van Pharma Nord dat een openbare aanbeveling niet redelijk is nu de Keuringsraad niet voorafgaand aan het indienen van de klacht contact met Pharma Nord heeft opgenomen over de inhoud van de klacht treft geen doel. Een dergelijk contact is geen voorwaarde voor het kunnen indienen van een klacht tegen een reclame-uiting en de behandeling van de klacht door de Commissie. De beslissing van de Commissie de uitspraak ten aanzien van Pharma Nord onder de aandacht van een breed publiek te brengen wordt bevestigd.

II. Incidenteel appel

- II.1. In de advertentie voor Prelox staat dat de betrokkene 'op aanraden van een deskundige' Prelox ging gebruiken. Anders dan de Commissie is het College van oordeel dat door deze verwijzing naar het advies van een deskundige is gehandeld in strijd met art. 12 aanhef en onder c van de Europese verordening inzake voedings- en gezondheidsclaims (EG nr. 1924/2006), waar staat dat het verboden is om te verwijzen naar 'aanbevelingen van individuele artsen of beroepsbeoefenaren op het gebied van de volksgezondheid'. Door de verwijzing naar 'een deskundige' in de advertentie voor Prelox wordt de suggestie gewekt dat sprake is van een advies van een ter zake deskundige beroepsbeoefenaar, aan welk advies door de gemiddelde consument gezag wordt toegekend. Daarbij is niet van belang of (in enige mate) duidelijk is van welke specifieke beroepsbeoefenaar het advies afkomstig is. De toevoeging 'individuele' aan de aanduidingen 'artsen of beroepsbeoefenaren' in art. 12 onder c van de Verordening dient naar het oordeel van het College ter onderscheiding van een enkele arts of beroepsbeoefenaar van de eveneens in art. 12 onder c genoemde 'verenigingen'.

- II.2. Gelet op het vorenstaande is de verwijzing naar 'een deskundige' in de advertentie voor Prelox in strijd met de wet en derhalve met art. 2 NRC.

De beslissing

Het College vernietigt de beslissing van de Commissie, voor zover de Commissie de reclame-uiting voor Prelox niet in strijd met art. 12 aanhef en onder c van de Verordening EG nr. 1924/2006 en derhalve in strijd met art. 2 NRC heeft bevonden, en wijst dit onderdeel van de klacht alsnog toe. Pharma Nord wordt aanbevolen niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken.

Voor het overige bevestigt het College de beslissing van de Commissie, voor zover daartegen beroep is ingesteld.

Gewezen door mr. J.M. Vrakking, voorzitter, E.H. Glasius, mr. P.J. Jansen, J. Rademaker en prof. mr. P.R. Rodrigues, leden. Secr. mr. S.L. Brons. Amsterdam, 17 november 2009.

Beslissing van de Reclame Code Commissie

in de zaak van: de stichting Keuringsraad Aanprijzing Gezondheidsproducten KAG), gevestigd te Amsterdam, klager,
tegen: 1. Pharma Nord ApS, gevestigd te Velje, Denemarken,
2. Partner Medien Service Klempau GmbH, gevestigd te Hamburg (Duitsland) verweerders.

De procedure

Klager, verder te noemen de Keuringsraad, heeft bij brief van 13 mei 2009 van mr. E.H. Hoogenraad, advocaat, bezwaar gemaakt tegen de hierna te noemen uitingen.

Verweerder sub 1, verder te noemen Pharma Nord, heeft bij brief van 27 mei 2009 van mr. E. M. Polak, advocaat, verweer gevoerd.

Verweerder sub 2, verder te noemen Partner Medien, heeft bij brief van 28 mei 2009 van J. Sachs, Rechtsanwalt, verweer gevoerd. Bij brief van 16 juni 2009 heeft J. Sachs namens Partner Medien het verweer nader toegelicht.

De Keuringsraad heeft ten aanzien van Pharma Nord gerepliceerd bij brief van 12 juni 2009 van mr. Hoogenraad voornoemd.

De Keuringsraad heeft ten aanzien van Partner Medien gerepliceerd bij brief van 23 juni 2009 van mr. Hoogenraad voornoemd.

Pharma Nord heeft gedupliceerd bij brief van 24 juni 2009 van mr. Polak voornoemd. Partner Medien heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot dupliek.

De Reclame Code Commissie (hierna: de Commissie) heeft de klacht behandeld in haar vergadering van 30 juni 2009.

Namens de Keuringsraad verscheen de heer V. Bouwmeester, vergezeld van onder meer mr. Hoogenraad voornoemd. Laatstgenoemde heeft de klacht nader toegelicht aan de hand van overgelegde pleitnotities.

Namens Pharma Nord verscheen drs. E.G. Overeem, vergezeld van onder meer mr. E. M. Polak. Laatstgenoemde heeft het verweer nader toegelicht. Daarbij zijn diverse producten getoond die het ingrediënt Q10 bevatten.

Namens Partner Medien is niemand ter vergadering verschenen.

De bestreden reclame-uiting

Het betreft de uitgave nr. 1–2009 van het huis-aan-huisblad Swing levend dat wordt uitgegeven door Partner Medien. Aan deze beslissing is een kopie van de pagina's gehecht waartegen de klacht is gericht. Het betreft, kort gezegd:

- pagina 2: de advertentie voor Prelox,
- pagina 17: de advertentie voor BioActive Magnesium,
- pagina 25: de advertentie voor Evelle,
- pagina's 26 en 27: het artikel met de titel 'Energie om van het leven te genieten',
- pagina's 28 en 29: het artikel met de titel 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer',
- pagina 33: de advertentie voor Bio-Glucosamine, en
- pagina's 34 en 35: het artikel met de aanhef 'slaapmiddelen niet meer vergoed'.

De klacht

De Commissie vat de klacht als volgt samen.

De gewraakte advertenties van Pharma Nord zijn in strijd met art. 2 van de Nederlandse Reclame Code (NRC) wegens onverenigbaarheid met de vigerende wet- en regelgeving, te weten art. 20 lid 2 sub a Warenwet respectievelijk art. 1 lid 1 sub b Geneesmiddelenwet en art. 84 Geneesmiddelenwet, aangezien sprake is van medische claims. Voorts handelt Pharma Nord in strijd met art. 12 Verordening (EG) nr. 1924/2006, omdat in de reclame-uiting voor Prelox wordt verwezen naar aanbevelingen van een individuele arts of beroepsbeoefenaar op het gebied van de volksgezondheid. Ten aanzien van de gewraakte 'redactionele' artikelen is volgens de Keuringsraad eveneens sprake van reclame-uitingen voor producten van Pharma Nord. Nu voor de consumenten niet duidelijk is dat het om reclame-uitingen gaat, is de reclame in strijd met art. 7 juncto art. 8.5 in verbinding met bijlage 1 sub 10 NRC, alsmede in strijd met art. 11 NRC. Subsidiair stelt de Keuringsraad dat de gewraakte advertenties en 'redactionele' artikelen misleidend zijn, omdat deze uitingen onduidelijk of dubbelzinnig zijn met betrekking tot de van het gebruik te verwachten resultaten.

Op de verdere inhoud van de klacht en de grondslagen daarvan wordt hierna, voor zoveel nodig, ingegaan.

Het verweer van Pharma Nord

De Commissie vat het verweer van Pharma Nord als volgt samen. De advertenties voor Prelox en Evelle worden al geplaatst in Swinglevend vanaf de uitgave nr. 3 van 2007 respectievelijk de uitgave nr. 1 van 2008. In de procedure die tot de beslissing van de Commissie van 25 juni 2008 (dossiernr. 08.0129) heeft geleid, staat dat de Keuringsraad toen geen klacht tegen deze advertenties heeft ingediend. In de advertentie voor Prelox wordt niet verwezen naar een aanbeveling van een individuele arts of beroepsbeoefenaar op het gebied van de gezondheidszorg. Er is immers geen sprake van een bij naam genoemde arts/beroepsbeoefenaar. De consument zal daardoor aan het in de advertentie bedoelde advies van 'een deskundige' geen gezag toekennen, zoals vereist ingevolge art. 12 van Verordening (EG) nr. 1924/2006.

In de advertentie voor BioActive Magnesium staat niet dat dit product RSI bestrijdt. De woorden 'lusteloos' en 'prikkelbaar' zijn toegelaten op grond van de indicatieve lijst bij de Code Aanprijzing Gezondheidsproducten (CAG). In de advertentie voor het product Bio Glucosamine staat geen medische claim. De redactionele artikelen zullen door de lezer/consumenten niet betrokken worden op producten van Pharma Nord en zijn daarom geen reclame voor Pharma Nord.

Pharma Nord is om die reden niet verantwoordelijk voor de inhoud van de redactionele artikelen.

Het verweer van Partner Medien

De Commissie vat het verweer van Partner Medien als volgt samen. Partner Medien is niet verantwoordelijk voor de inhoud van de advertenties. De advertenties in Swinglevend worden duidelijk gescheiden van de redactionele artikelen, zodat de lezer (de gemiddelde consument) onderscheid tussen beide kan maken. Er wordt geen reclame voor geneesmiddelen gemaakt. De gebruikte claims zijn toegestaan op grond van de Europese verordening inzake voedings- en gezondheidsclaims (EG nr. 1924/2006). In de redactionele artikelen staan geen duidelijke verwijzingen naar producten van Pharma Nord. Van Partner Medien kan als uitgever niet worden gevergd dat zij controleert of de advertenties in Swinglevend correct zijn.

De repliek

De Commissie vat de repliek ten opzichte van Pharma Nord als volgt samen. Het feit dat niet eerder een specifieke klacht is ingediend tegen de advertenties voor Prelox en Evelle staat er niet aan in de weg dat nu alsnog een klacht tegen die advertenties wordt ingediend. De Keuringsraad blijft bij zijn standpunt dat de advertenties voor Prelox, BioActive Magnesium, Bio Glucosamine en Evelle in strijd met de wet verboden medische claims bevatten. De Keuringsraad acht Pharma Nord mede verantwoordelijk voor de inhoud van de gewraakte redactionele artikelen, aangezien het voor de consument zonder veel moeite mogelijk is om te achterhalen dat die artikelen in feite reclame zijn voor de producten Bio Melatonine en Bio Ouinon 010 van Pharma Nord.

De Commissie vat de repliek ten opzichte van Partner Medien als volgt samen. Het onderdeel van de klacht dat betrekking heeft op Partner Medien betreft uitsluitend de volgende redactionele artikelen: 'Slaapmiddelen niet meer vergoed', 'Energie om van het leven te genieten' en 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer'. Partner Medien is als zelfstandige uitgever verantwoordelijk voor de inhoud van deze artikelen.

Ogenschijnlijk betreft het redactionele artikelen, maar in feite bevatten zij reclame voor de producten Bio Melatonine en Bio Ouinon 010 van Pharma Nord zonder dat dit duidelijk uit de inhoud van de artikelen blijkt. Voorts bevatten de artikelen een aantal verboden medische claims.

Mijn vermoeidheid verdween:
Energie om van het leven te genieten

Mevrouw Stoenbergen weet het heel zeker, het zijn die bruine capsules met coenzym Q10 die haar van haar vermoeidheid hebben bevrijd. 'Ik voel me tegenwoordig weer heerlijk. Fit en kan veel meer aan dan voorheen. Lekker een stuk fietsen met mijn man! Privo, en daarna ben ik binnen de kortste keren weer uitgerust!'

U gebruikt de capsules nu ongeveer 40 tot 60 dagen. Het resultaat is dat u nu veel meer energie, zijn vakkundigheid en plezier heeft. Het is niet verwonderlijk dat u nu veel meer kunt doen en dat u nu veel meer plezier heeft in het leven. Het is niet verwonderlijk dat u nu veel meer kunt doen en dat u nu veel meer plezier heeft in het leven.

Niet meer futloos, geen verkoudheden, heerlijk gewoon.

Nieuw richtsnoer: Maak cholesterolmedicijnen veiliger met Q10-supplementen

De dupliek van Pharma Nord

Pharma Nord blijft bij haar standpunt dat de gewraakte advertenties geen verboden medische claims bevatten. De in het redactionele artikel 'Energie om van het leven te genieten' afgebeelde bruine capsules zijn niet kenmerkend voor Bio Ouinon 010 van Pharma Nord. Sinds ongeveer een jaar zijn de capsules van Bio Ouinon 010 veel lichter van kleur en is er ook een nieuwe variant die tweekleurig is. Vrijwel alle 010 producten die te koop zijn, zijn op oliebasis.

De mondelinge behandeling

De Keuringsraad heeft de klacht bij monde van mr. Hoogenraad doen toelichten mede aan de hand van de overgelegde pleitnotities. Mr. Polak voornoemd heeft het verweer van Pharma Nord nader toegelicht.

Het oordeel van de Commissie

Ten aanzien van de advertentie voor Prelox

1. De Keuringsraad heeft bezwaar gemaakt tegen de volgende tekstgedeelten van deze advertentie: 'Wetenschappelijk onderzoek naar de reacties van gebruikers van Prelox liet zien dat de groep deelnemende mannen dankzij het preparaat een intensiever liefdesleven evoert.'

- 65% kreeg vaker een ochtenderectie
- 78% merkte dat de erecties langer duurden.

Het supplement dat tijdens het onderzoek werd gebruikt, Prelox, bevatte pycnogenol extract en de aminozuren L-arginine en L-aurine, waarvan bekend is dat zij de doorbloeding van het mannelijk orgaan sterk laten toenemen om zo een erectie mogelijk te maken. (...)

De 32-jarige Peter Thelin had de moed al bijna opgegeven toen iemand hem de gouden tip gaf omtrent een nieuw voedingssupplement. (...)

Het was daarom niet zo vreemd dat hij op aanraden van een deskundige Prelox ging gebruiken om zijn erectie te herstellen. 'Op dat moment wist ik helemaal niets over dat supplement, maar al snel ontdekte ik dat er natuurlijke stoffen in zitten die het krijgen van een erectie kunnen normaliseren. En bovendien zijn ze gezond voor het hele lichaam', vertelt hij. (...)

Hij heeft geen last meer van het ongemakkelijke gevoel en de onzekerheid die een haperend seksueel vermogen kunnen opleveren. 'Op dit moment ben ik alleenstaand, maar ik voel me weer volledig man. Ik heb nu soms ochtenderecties bij het opstaan, iets dat in geen jaren meer was voorgekomen.'

2. De Keuringsraad stelt in de eerste plaats dat de advertentie voor Prelox medische claims bevat, omdat aan dit product eigenschappen worden toegeschreven inzake het voorkomen, behandelen en/of genezen van erectiestoornissen. Deze stelling treft doel. Pharma Nord beweert immers ten aanzien van Prelox dat dit product een positief effect heeft bij een erectiestoornis, in die zin dat het gebruik van Prelox ertoe kan leiden dat erectiestoornissen verminderen of verdwijnen. Aldus leidt het gebruik van Prelox volgens de advertentie tot een positieve verandering van de fysieke gezondheidstoestand. Naar het oordeel van de Commissie is een dergelijke claim niet toegestaan op grond van art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet . Ingevolge deze bepaling is het verboden eet- of drinkwaar aan te prijzen met gebruikmaking van vermeldingen of voorstellingen, die aan de waar eigenschappen toeschrijven inzake het voorkomen, behandelen of genezen van een ziekte of die toespelingen maken op zodanige eigenschappen. Pharma Nord heeft in strijd met deze verbodsbepaling gehandeld.
3. Op grond van dezelfde overwegingen is de Commissie van oordeel dat Prelox op zodanige wijze wordt aanbevolen, dat dit product dient te worden aangemerkt als een geneesmiddel in de zin van art. 1 lid 1 aanhef en onder b van de Geneesmiddelenwet . Op grond van art. 84 van de Geneesmiddelenwet is het verboden om reclame te maken voor geneesmiddelen waarvoor geen handelsvergunning is verleend. Niet in geschil is dat ten aanzien van Prelox een dergelijke vergunning ontbreekt. Nu de advertentie voor Prelox niet in overeenstemming is met de Warenwet respectievelijk de Geneesmiddelenwet , heeft Pharma Nord art. 2 van de Nederlandse Reclame Code geschonden.
4. Volgens de Keuringsraad heeft Pharma Nord door in de advertentie voor Prelox te verwijzen naar het advies van 'een deskundige' gehandeld in strijd met art. 12 aanhef en onder c van de Europese verordening inzake voedings- en gezondheidsclaims (EG nr. 1924/2006), waar staat dat het verboden is om te verwijzen naar 'aanbevelingen van individuele artsen of beroepsbeoefenaren op het gebied van de volksgezondheid'. Pharma Nord betwist dat zij dit verbod heeft overtreden. Partijen beroepen zich in dit verband over en weer op een eigen interpretatie van art. 12 aanhef en onder c van genoemde Verordening, met dien verstande dat volgens beiden beslissend is of de gemiddelde consument gezag toekent aan de aanbeveling van de individuele arts of beroepsbeoefenaar. Ook de Commissie gaat van dit laatste uit. Naar het oordeel van de Commissie dient bij de uitleg van dit art. voorts bijzondere betekenis te worden toegekend aan het woord 'individuele', dat kennelijk is bedoeld om een nadere invulling te geven aan het hier bedoelde verbod. In het algemeen dient aan het woord 'individueel', zowel in de Nederlandse taal als aan de varianten in andere talen, een betekenis worden toegekend die erop neerkomt dat het gaat om een specifieke persoon, waarbij in enige mate aanwijsbaar is welke persoon het betreft. Toegepast op art. 12 aanhef en onder c van genoemde Verordening dient daarom naar het oordeel van de Commissie in enige mate duidelijk te zijn van welke specifieke arts of beroepsbeoefenaar de aanbeveling of het advies afkomstig is, dit mede omdat aan het oordeel van een herkenbare persoon meer gezag toekomt dan aan het oordeel van een willekeurige onbekende. Gelet hierop dient de verwijzing naar het advies van 'een deskundige', onvoldoende specifiek te worden geacht om te vallen onder de reikwijdte van het verbod van art. 12 aanhef en onder c van genoemde Verordening. Dit onderdeel van de klacht wordt afgewezen.

Ten aanzien van de advertentie voor BioActive Magnesium

5. De Keuringsraad heeft bezwaar gemaakt tegen de volgende tekstgedeelten van deze advertentie, die deels uit de volgende testimonial bestaat: 'Ik ging BioActive Magnesium gebruiken omdat mijn lange en ingespannen werken tot gespannen spieren in mijn armen, nek en schouders leidde, ook wel RSI-symptomen genoemd', vertelt Annette van der Krogt. 'Na verloop van tijd merkte ze bovendien dat ook haar benen meer ontspanden. 'Toen ik een tijdje stopte met BioActive Magnesium, kwam dat nare gevoel in mijn benen weer terug. Voor mij was dat reden genoeg om het supplement weer te gaan gebruiken! (...) Ik wist niet dat magnesium een dergelijke invloed op de spieren heeft. Daarna werd de RSI aanzienlijk minder, en bovendien werden mijn beenspieren ontspanden.' In de tekst naast de testimonial staat over BioActive Magnesium onder meer: 'Het helpt snel bij lusteloosheid, prikkelbaarheid en stress-situaties.'
6. De Keuringsraad stelt met betrekking tot de testimonial dat deze medische claims bevat. De Commissie onderschrijft dit. In de testimonial staat immers dat BioActive Magnesium helpt bij repetitive strain injury (RSI) symptomen en bij RSI, in die zin dat bij gebruik van dit product 'de RSI aanzienlijk minder' wordt. Anders dan Pharma Nord is de Commissie van oordeel dat aldus sprake is van een directe medische claim dat BioActive Magnesium de ziekte RSI kan genezen. Daarnaast staat in de advertentie dat dit product de beenspieren doet ontspanden waardoor blijkens de context van het artikel een naar gevoel in de benen verdwijnt. Aldus leidt het gebruik van BioActive Magnesium volgens de testimonial ook in zoverre tot een positieve verandering van de fysieke gezondheidstoestand. Naar het oordeel van de Commissie zijn de hier bedoelde claims niet toegestaan op grond van art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet en art. 84 van de Geneesmiddelenwet. Hetgeen in deze beslissing in de onderdelen 2) en 3) is vermeld, is van overeenkomstige toepassing.
7. Ten aanzien van de tekst naast de testimonial (de productadvertentie) heeft Pharma Nord onweersproken gesteld dat de woorden 'lusteloos' en 'prikkelbaar' zijn toegelaten volgens de indicatieve lijst bij de CAG. De Keuringsraad maakt echter bezwaar tegen het gebruik van het achtervoegsel 'heid' bij bedoelde woorden, omdat de woorden 'lusteloosheid' en 'prikkelbaarheid' niet zijn toegelaten volgens genoemde lijst, die volgens de Keuringsraad een uitwerking is van de art. 19 en art. 20 van de Warenwet. De Commissie overweegt naar aanleiding hiervan dat zij niet bevoegd is om uitingen aan de CAG te toetsen, nu die code weliswaar op de Warenwet is gebaseerd, maar niet een wettelijke (uitvoerings)regeling betreft als bedoeld in art. 2 NRC, terwijl de CAG voorts geen deel uitmaakt van de Nederlandse Reclame Code. Getoetst aan de Warenwet en de Geneesmiddelenwet , is de Commissie van oordeel dat de wijze waarop de woorden 'lusteloosheid' en 'prikkelbaarheid' in de advertentie voor BioActive Magnesium worden gebruikt, niet een verboden medische claim inhouden. Er wordt immers in de productadvertentie slechts gezegd dat lusteloosheid en prikkelbaarheid een gevolg kunnen zijn van een tekort aan magnesium in de voeding. Ook overigens in de advertentie worden deze gevoelens specifiek aan een tekort aan magnesium en niet aan een ziekte gekoppeld. Niet betwist is dat een tekort aan magnesium tot lusteloosheid en prikkelbaarheid kan leiden, zodat de tekst van de advertentie in zoverre ook niet als misleidend kan worden beschouwd. Het hier bedoelde onderdeel van de klacht kan derhalve niet slagen.

Ten aanzien van het artikel 'Slaapmiddelen niet meer vergoed'

11. Ten aanzien van dit artikel hebben Pharma Nord en Partner Medien aangevoerd dat het om een redactioneel artikel gaat, dat geen reclame-uiting is. De Keuringsraad stelt echter dat het artikel reclame is voor het product Bio-Melotanine Complex van Pharma Nord. Volgens de Keuringsraad is er een duidelijke samenhang tussen het artikel en de direct daaronder geplaatste advertentie voor Bio-Melotanine Complex.
12. Ten aanzien van deze kwestie is in de eerste plaats relevant hetgeen de Commissie in eerdere uitspraken heeft overwogen aangaande de vraag of bepaalde redactionele artikelen in Swinglevend als reclame-uiting van Pharma Nord moeten worden beschouwd, respectievelijk hetgeen het College van Beroep in het hoger beroep tegen die uitspraken heeft geoordeeld. In haar beslissing van 14 september 2004 (dossiernummer 04.0303) heeft de Commissie geoordeeld dat Pharma Nord niet verantwoordelijk is voor redactionele uitingen in Swinglevend met betrekking tot bepaalde voedingssupplementen, indien geen sprake is van een verband tussen de teksten over voedingssupplementen en de producten waarvoor in de uitdrukkelijk als zodanig aangemerkte advertenties van Pharma Nord reclame wordt gemaakt. Het College heeft deze uitspraak bevestigd. Deze beslissing van het College bouwt voort op eerdere uitspraken, waarvan hier met name de beslissing van 9 juli 2004 van het College van Beroep van belang is (dossiernummer 1307/03.0264 1/11). In die beslissing heeft het College, voor zover hier van belang, geoordeeld dat als er in een artikel wordt gesproken over een bepaald voedingssupplement, daarmee niet zonder meer gegeven is dat er een relevante samenhang is met een 12 pagina's verderop staande advertentie voor een product van Pharma Nord, waarin dat voedingssupplement is verwerkt. De Commissie formuleert op grond van bovenstaande beslissingen in deze zaak als maatstaf, dat het onderhavige artikel slechts dan als reclame voor Bio-Melotanine Complex kan worden aangemerkt, indien de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone lezer zal menen dat met het daarin bedoelde natuurlijke alternatief voor slaapmiddelen Bio-Melotanine Complex wordt bedoeld. De Commissie merkt daarbij op dat dit een andere maatstaf is dan in de zaak van Het Nationaal Reumafonds tegen PK Benelux/Pharma Care (bekend onder dossiernr. 2009/00034). De vergelijking door de Keuringsraad met die zaak gaat mank, nu in die zaak slechts één product op de markt was waarin de aangeprezen voedingsstof was verwerkt. In het onderhavige geval is niet gebleken van zo'n exclusiviteit.
13. In het gewraakte artikel wordt in de eerste plaats ingegaan op het feit dat vanaf 1 januari 2009 slaap- en kalmeringsmiddelen niet meer worden vergoed via de basisverzekering en welke gevolgen dit heeft. In zoverre is geen sprake van een aanprijzing van een specifiek product. In het tweede onderdeel van het artikel, met de titel 'Andere mogelijkheden', staat onder meer: 'Voor wie op eigen kracht alternatieven zoekt voor slaapmiddelen, zonder direct een beroep te willen doen op de huisarts, is veel informatie beschikbaar, bijvoorbeeld bij de apotheek en de betere drogisterij. Zij kunnen u vertellen over vrij verkrijgbare en aantoonbaar effectieve middelen om slaapproblemen te bestrijden. Steeds meer mensen blijken namelijk in staat hun slaapproblemen onder controle te krijgen met behulp van natuurlijke, niet verslavende hulpstoffen, waarvan ook geen bijwerkingen bekend zijn om de eenvoudige reden dat ze van nature in het lichaam thuishoren. En de kosten van deze middelen liggen veelal lager dan die van slaapmedicijnen. Zo is er al een natuurlijk alternatief voor 12 cent per dag.' Deze prijs wordt ook genoemd in een afzonderlijk kader met de titel: 'Basisregels voor beter slapen', waar staat: 'Ook uw vakdrosgist kan u veel informatie verstrekken en helpen met natuurlijke alternatieven, die relatief goedkoop zijn (12 cent per nacht).' Direct onder de tekst van het artikel en het genoemde kader staat een advertentie voor Bio-Melotanine Complex. Deze advertentie eindigt met de woorden: '120 tabletten voor € 13,95 (12 cent per dag)'.
14. Naar het oordeel van de Commissie zal de gemiddelde lezer een onmiskenbare samenhang zien tussen het artikel en de advertentie voor Bio-Melotanine Complex. Naast het feit dat zij begripsmatig hetzelfde onderwerp hebben (kort gezegd: slaapproblemen), is van belang dat zij visueel één geheel vormen doordat de advertentie direct onder het artikel en het kader staat. De visuele samenhang valt des te meer op, nu het artikel, het kader en de advertentie samen een volledige linker- en een rechterpagina bestrijken, waardoor deze pagina's volledig aan het onderwerp slaapproblemen zijn gewijd. Voorts valt op dat het artikel, het kader en de advertentie alle eindigen met de woorden '12 cent per dag', hetgeen de indruk versterkt dat met het in het artikel bedoelde alternatief in feite Bio-Melotanine Complex wordt bedoeld.
15. Naar het oordeel van de Commissie zal de consument op grond van deze samenhang menen dat met het in het artikel en het kader bedoelde natuurlijke alternatief voor slaapmiddelen in feite Bio-Melotanine Complex wordt bedoeld. Daarmee is gegeven dat het artikel en het kader als een reclame-uiting voor Bio-Melotanine Complex dienen te worden beschouwd. Dat ook een andere product (BioActive Magnesium) waarvoor in Swinglevend reclame wordt gemaakt 12 cent per dag kost, leidt niet tot een ander oordeel. Dit impliceert dat Bio-Melotanine Complex in feite wordt aangeprezen als een natuurlijk en aantoonbaar effectief alternatief voor op recept verkrijgbare slaapmiddelen. Aan Bio-Melotanine Complex wordt derhalve dezelfde werking als aan deze medicijnen toegedicht. Naar het oordeel van de Commissie is een dergelijke claim niet toegestaan op grond van art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet en art. 84 van de Geneesmiddelenwet. Hetgeen in deze beslissing in de onderdelen 2) en 3) is vermeld, is van overeenkomstige toepassing. Gelet op de redactioneel ogende opmaak van de onderhavige reclame is deze bovendien niet als zodanig herkenbaar en daardoor misleidend in de zin van art. 8.5 NRC in verbinding met punt 10 van de bij art. 8.5 behorende bijlage 1 NRC. Dit impliceert dat de reclame-uiting tevens oneerlijk is in de zin van art. ? NRC. Voorts volgt uit de overweging dat de reclame onvoldoende herkenbaar is dat Partner Medien art. 11.1 NRC heeft geschonden. Anders dan ten aanzien van de hiervoor genoemde advertenties is voor deze reclame-uiting in de eerste plaats Partner Medien verantwoordelijk. Nu sprake is van een duidelijk verband tussen de tekst van het artikel en het product Bio-Melotanine Complex van Pharma Nord waarvoor in deze editie van Swinglevend reclame wordt gemaakt, acht de Commissie naast Partner Medien Pharma Nord mede verantwoordelijk voor de schending van de genoemde artikelen.

Ten aanzien van de artikelen 'Energie om van het leven te genieten en 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer'

16. Ten slotte resteren de klachten tegen de artikelen met de titels 'Energie om van het leven te genieten' en 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer'. Ten aanzien van deze artikelen heeft de Keuringsraad gesteld dat zij reclame bevatten voor Bio Ouinon 010 van Pharma Nord. Pharma Nord en Partner Medien betwisten dat het om reclame gaat en stellen dat het in beide gevallen om zuiver redactionele artikelen gaat. Bij de beoordeling van deze kwestie gaat het om de vraag of de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument zal menen dat met het in de artikelen besproken voedingssupplement 010 in feite specifiek Bio Ouinon 010 van Pharma Nord wordt bedoeld. Naar het oordeel van de Commissie is dit niet het geval. Anders dan ten aanzien van Bio-Melotanine Complex staat voor Bio Ouinon 010 geen advertentie in de onderhavige uitgave van Swinglevend. Voorts is van belang dat niet in geschil is dat ook andere fabrikanten voedingsmiddelen verkopen met als bestanddeel 010, zodat een consument niet noodzakelijk Bio Ouinon 010 koopt indien hij naar aanleiding van de hier bedoelde artikelen om een product met 010 vraagt. Voorts is in dit kader van belang dat uit de door Pharma Nord overgelegde stukken blijkt dat die andere fabrikanten eveneens gebruik maken van de vermelding '010' in de productnaam. Het enkele feit dat in de Swinglevend (vrijwel) uitsluitend advertenties van Pharma Nord staan, leidt niet tot een ander oordeel, nu dit onvoldoende aanleiding geeft om aan te nemen dat de consument reeds op grond

daarvan specifiek om het product van Pharma Nord zal vragen indien hij een product met 010 wenst te kopen. Hetzelfde geldt voor de afgebeelde tabletten in het artikel 'Energie om van het leven te genieten' en de verwijzing naar gelatinecapsules die olie bevatten in het artikel 'Cholesterol omlaag en geen bijwerkingen meer'. Naar het oordeel van de Commissie is niet aannemelijk geworden dat de afgebeelde tabletten respectievelijk de verwijzing naar de gelatinecapsules met olie door de consument specifiek met het product Bio Ouinon 010 van Pharma Nord zullen worden geassocieerd, mede omdat laatstgenoemde onweersproken heeft gesteld dat ook andere fabrikanten tabletten met een bruine kleur in de vorm van gelatinecapsules met olie verkopen. Dat de tabletten in ongeveer dezelfde opstelling zijn gefotografeerd als in een eerdere reclame-uiting voor Bio Ouinon 010, zal de consument ongetwijfeld ontgaan.

17. Het voorgaande neemt niet weg dat de teksten op de pagina's 26, 27, 28 en 29 wel een duidelijk wervend karakter hebben voor de stof 010. In deze artikelen wordt immers uitgebreid ingegaan op de voordelen van de stof. Zo wordt onder meer gesteld dat 010:
- weerstandverhogend is waardoor verkoudheid wordt voorkomen,
 - spierklachten verhelpt,
 - werkt bij ontstoken slijmvliezen, en
 - aambeien doet verdwijnen.
- Gelet hierop moeten de beide artikelen worden aangemerkt als reclame voor voedingssupplementen met het ingrediënt 010. Dat die voedingssupplementen onder verschillende merknamen worden verkocht, laat onverlet dat hier sprake is van reclame (vgl. RCC 14 september 2004, dossiernr: 04.0303, bekrachtigd door het College van Beroep).
18. Gelet op de redactioneel ogende opmaak van de onderhavige reclame, is deze niet als zodanig herkenbaar en daardoor misleidend in de zin van art. 8.5 NRC in verbinding met punt 10 van de bij art. 8.5 behorende bijlage 1 NRC. Dit impliceert dat de reclame-uiting oneerlijk is in de zin van art. 7 NRC. Tevens volgt uit deze overweging dat de reclame onvoldoende herkenbaar is, waardoor art. 11.1 NRC is geschonden. Blijkens het voorgaande wordt aan 010 bovendien de eigenschap toegeschreven dat het verkoudheid, spierklachten, ontstoken slijmvliezen en aambeien voorkomt of geneest. Naar het oordeel van de Commissie is deze claim in strijd met art. 20 lid 2 aanhef en onder a van de Warenwet . Hetgeen in deze beslissing in onderdeel 2) is vermeld, is van overeenkomstige toepassing, waardoor is gehandeld in strijd met art. 2 NRC. 010 kan worden beschouwd als een eet- of drinkbaar in de zin van de Warenwet , nu deze stof is bestemd om door de mens te worden geconsumeerd (vgl. art. 2 Verordening (EG) nr. 178/2002). Van strijd met de Geneesmiddelenwet is geen sprake, aangezien het geen reclame voor een eindproduct betreft. Nu een duidelijk verband tussen de tekst van de artikelen en een product van Pharma Nord ontbreekt, is uitsluitend Partner Medien verantwoordelijk voor het hier genoemde handelen.
19. Aangezien de Commissie Pharma Nord al eerder naar aanleiding van medische claims in reclame-uitingen in Swing levend heeft aanbevolen om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken en Pharma Nord ook nu weer in diverse reclame-uitingen dergelijke verboden claims heeft gemaakt, heeft de Commissie, mede gelet op het daartoe strekkende verzoek van de Keuringsraad, besloten deze uitspraak onder de aandacht van een breed publiek te brengen, als bedoeld in art. 17 lid 1 onder h jo. art. 18 lid 4 van het Reglement betreffende de Reclame Code Commissie en het College van Beroep.

De beslissing

Op grond van hetgeen onder 2), 3), 6), 9) en 10) is vermeld, acht de Commissie de daar bedoelde reclame-uitingen in strijd met het bepaalde in art. 2 NRC. De Commissie beveelt Pharma Nord aan om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken.

Op grond van hetgeen onder 15) is vermeld, acht de Commissie de daar bedoelde reclame-uiting in strijd met het bepaalde in de artikelen 2, 7 en 11.1 NRC. De Commissie beveelt Pharma Nord en Partner Medien aan om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken.

Op grond van hetgeen onder 18) is vermeld, acht de Commissie de daar bedoelde reclame-uiting in strijd met het bepaalde in de artikelen 2, 7 en 11.1 NRC . De Commissie beveelt Partner Medien aan om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken.

De Commissie wijst de klacht voor het overige af.

De Commissie heeft ten aanzien van Pharma Nord besloten de uitspraak onder de aandacht van een breed publiek te brengen, als bovenvermeld.

Noot

Naar boven

Auteur: J. Kabel

Partijen

1. Partijen in deze procedure zijn een Deense fabrikant van voedingssupplementen (Pharma Nord), een Duitse mediadienstverlener (Partner Medien Service) en een Nederlandse semi-publieke toezichthouder (de Stichting Keuringsraad Aanprijzing Gezondheidsproducten, KAG).
2. Pharma Nord is een bedrijf dat is opgericht in 1981 in het Deense Vejle door Eli Wallin en Sven Moesgaard. Wallin en Moesgaard dreven een groothandel in voedingssupplementen en besloten dat zij het zelf beter konden. Zij richten zich — naar eigen woorden op de website van Pharma Nord — op de biologische beschikbaarheid van dit soort producten, dat wil zeggen op het vermogen van een product om de actieve stoffen ook daadwerkelijk in het lichaam vrij te maken. Vandaar het voorvoegsel van de productlijn: Bio - Pharma Nord verkoopt haar producten in 45 landen en heeft ruim 250 werknemers. Het bedrijf heeft diverse registraties als geneesmiddel in een aantal landen. In Nederland worden de producten als voedingssupplement verkocht.
3. Volgens de website www.degezondstewebwinkel.nl worden dit soort producten of ingrediënten van de Pharma Nord lijn regelmatig besproken in het kwartaalblad Swinglevend. Dat kwartaalblad wordt uitgegeven door PARTNER Medien Service te Hamburg. Voorheen was Insight Media de uitgever en daarna House of Trends. Die wisseling duidt niet op onafhankelijke en in het onderwerp geïnteresseerde uitgevers. Insight Media doet thans aan weblog ontwikkeling en ondersteuning van het gebruik van media bij educatie. House of Trends is uit de lucht, althans zijn website is onder reconstructie volgens Google. Dit soort mediadienstverleners levert mediadiensten aan bedrijven. Ik citeer uit de website van het huidige mediabedrijf: 'Für Sie. Für Ihren Titel. Für Ihren Vertriebs-Erfolg. In Kooperation mit den Partner-Unternehmen MZV, Zenit und Profidata nutzen Sie ein flexibles und dynamisches Leistungsportfolio, welches exakt auf Ihre Bedürfnisse zugeschnitten ist. Das macht die Zusammenarbeit mit PARTNER so kunden- und l'sungsorientiert, so marktnah, so erfolgreich und in der Summe für Sie so genial einfach. (...) Dabei stellt der Nationalvertrieb PARTNER Medienservices das Bindeglied zwischen Verlag und Handel dar.' Het colophon van dat blad vermeldt: 'Swinglevend. Het tijdschrift dat het leven prettiger maakt. Hoofdredactie: M. Damkjaer. Aan dit nummer werkten mee: B. Falck, A. Beck. Vormgeving en realisatie: Partner Medien Service, Klempau. Uitgever/Adv. exploitatie: Partner Medien Service GmbH. (...) De uitgever is niet verantwoordelijk voor de inhoud van de geplaatste

- advertenties.' Het blad wordt gratis verspreid; advertenties voor Pharma Nord overheersen. De mededelingen over de voedingssupplementen zijn deels vervaardigd in als zodanig aangeduide advertenties, deels in artikelen en testimonials. De constructie van Swinglevend doet denken aan die van zgn. *sponsored magazines*, d.w.z. uitgaven die in opdracht van derden, een bedrijf, instelling of organisatie worden gemaakt en waarbij niet de doelgroep het uitgangspunt is van de redactionele inhoud maar de marketing en/of communicatiedoelstelling van de opdrachtgever. Bij die uitgaven is het voor andere partijen dan de opdrachtgever alleen mogelijk om daarin te adverteren voor zover die advertenties het promotiedoel van de opdrachtgever niet schaden. Het doel van deze magazines is niet primair het behalen van winst op de uitgave zelf, maar het promoten van de belangen van de opdrachtgever/sponsor. Meestal worden *sponsored magazines* dan ook gratis verspreid (zie voor deze omschrijving de weblog van customermedia).
4. De Keuringsraad voor de Aanprijzing van Gezondheidsproducten (KAG) houdt zich aan de hand van de Code voor de Aanprijzing van Gezondheidsproducten (CAG) bezig met het *preventieve* toezicht op reclame-uitingen voor gezondheidsproducten. Naast gewone reclame toetst KAG ook uitingen waarbij geen sprake meer is van volledige redactionele onafhankelijkheid. Die toetsing is niet beperkt tot reclame-uitingen die ter beoordeling worden voorgelegd. De KAG kan, zoals in dit geval is gebeurd, ook repressief een klacht indienen bij de Reclame Code Commissie over mededelingen die haar niet voor publicatie zijn voorgelegd.
 5. Dat het preventieve toezicht aan een particuliere Stichting is toevertrouwd is het gevolg van een parlementaire discussie bij de behandeling van de Wet op de geneesmiddelenvoorziening in de jaren vijftig van de vorige eeuw. Een preventieve controle werd wel wenselijk geacht, maar zou, neergelegd in wetgeving, afstuiten op art. 7 Grondwet. Art. 30 van de wet dat een dergelijke controle mogelijk maakte werd uitgezonderd van de inwerkingtreding van de wet, nadat de overheid de bestaande stichting KOAG had uitgenodigd haar preventieve keuring voort te zetten en daarop een bevestiging had ontvangen (zie *Praktijkboek Reclamerecht*, XIII, nr. 2). De stichting KAG valt daarom m.i. te kwalificeren als een semi-publieke toezichthouder.

Producten

6. Volgens de meest recente gegevens die ik heb kunnen vinden (over 2006 op de website van de Nederlandse Branche Vereniging voor Natuur- en gezondheidsproducten) gaat het bij de productsoort die hier aan de orde is om een niet onaanzienlijke markt met een omzet van € 330 miljoen. Meer dan 36% van de Nederlandse bevolking gebruikt dit soort producten.
7. In deze procedure gaat het om mededelingen over Prelox (indicatie: erectiestoornissen), Bioactive Magnesium (indicatie: RSI), Bio-Glucosamine (indicatie: niet soepele gewrichten), Evelle (indicatie: niet-elastische huid), Bio Melatonine Complex (indicatie: slaapproblemen) en over het ingrediënt Q10 (indicatie: verkoudheid, spierklachten, ontstoken slijmvliezen, aambeien). De juridische kwalificatie van deze producten is niet helder. Zij worden door Pharma Nord als voedingssupplement aangeduid.
8. Het Warenwetbesluit voedingssupplementen definieert een voedingssupplement in navolging van Richtlijn 2004/46/EG als 'een product dat een geconcentreerde bron vormt van één of meer microvoedingsstoffen of van andere stoffen met een voedingskundig of fysiologisch effect en verhandeld wordt in voor inname bestemde kleine eenheidshoeveelheden.'
9. Tegelijkertijd zijn een aantal van de producten van Pharma Nord geregistreerd als geneesmiddel door het College ter Beoordeling van Geneesmiddelen (het CBG). Zo is Glucosamine van Pharma Nord onder registratienummer RVG 32464 opgenomen als een geneesmiddel dat uitsluitend bij apotheker en drogist verkrijgbaar is. Volgens de bijsluiters vermindert Glucosamine de pijn en verbetert het de beweeglijkheid van aangetaste gewrichten bij personen met milde tot matige artrose van de knie. Voor dat geregistreerde geneesmiddel is een handelsvergunning verkregen en mag publieksreclame worden gemaakt. Reclame voor ongeregistreerde geneesmiddelen waarvoor geen handelsvergunning is verleend, is ingevolge art. 84 lid 1 van de Geneesmiddelenwet verboden.
10. De Code Aanprijzing Gezondheidsproducten (CAG) op welks naleving KAG toezicht houdt kwalificeert voedingssupplementen samen met uitwendig toe te passen producten die qua aanprijzing en/of verschijningsvorm een verwantschap met geneesmiddelen hebben, als 'gezondheidsproducten'. Gezondheidsproducten zijn ingevolge de CAG 'producten in een farmaceutische vorm en met een farmaceutisch uiterlijk of waarvoor een aan gezondheid gerelateerde primaire functie wordt geclaimd, zonder dat ze daardoor een geneesmiddel worden. Gezondheidsproducten zijn niet bestemd te worden gebruikt als geneesmiddel en vallen in principe onder de Warenwet.' KAG heeft een indicatieve lijst gezondheidsaanprijzingen ontwikkeld op basis waarvan de grens tussen toegestane gezondheidsclaims en verboden medische claims min of meer kan worden bepaald.

Veroordeelde mededelingen

11. De veroordeelde onderdelen van de mededelingen over de producten en bijbehorende ingrediënten van Pharma Nord zijn, kort samengevat de volgende: geen last meer van haperend sexueel vermogen (Prelox), RSI aanzienlijk minder (BioActive Magnesium), verbetering pijnklachten in gewrichten (Bio-Glucosamine), vermindert rimpels en verbetert elasticiteit van de huid (Evelle), suggestie dat het product dezelfde werking heeft als een op recept verkrijgbaar slaapmiddel (BioMelatonine Complex), spierklachten, ontstoken slijmvliezen en aambeien verleden tijd (Q10). Deze mededelingen komen voor in advertenties en in redactionele artikelen.
12. Volgens KAG zijn de mededelingen in beide gevallen te beschouwen als strijdig met de Warenwet, de Geneesmiddelenwet en met Verordening 1924/2006 (EG) inzake Voedings- en Gezondheidsclaims voor Levensmiddelen (hierna de Verordening) en daarom in strijd met art. 2 van de Nederlandse Reclamecode (NRC) dat reclame in strijd met de wet verbiedt. De mededelingen in de artikelen zijn bovendien, volgens KAG, misleidend in de zin van art. 7 jo. art. 8 lid 2 van de NRC en in strijd met het beginsel dat reclame als zodanig herkenbaar moet zijn en gescheiden van de redactionele inhoud van een medium (art. 7 jo. art. 8 lid 5 en bijlage 1 onder 10 van de NRC alsmede art. 11 NRC). De klachten over misleiding met betrekking tot de inhoud van de mededeling (art. 7 jo. art. 8 lid 2 NRC) zijn afgewezen. De overige klachten zijn op een enkel onbelangrijk punt na toegewezen door de Reclame Code Commissie en die toewijzing is bevestigd door het College van Beroep. Er zijn al soortgelijke klachten toegewezen vanaf 1997. Deze toewijzingen komen er eigenlijk op neer dat het tijdschrift in zijn huidige vorm niet langer zou mogen bestaan. Dat het niettemin in ongeveer dezelfde vorm als meer dan dertien jaar in Nederland bestaat, zal ik proberen hieronder te verklaren.

Eerdere uitspraken

13. De KAG voert de strijd tegen Pharma Nord als gezegd al meer dan dertien jaar en naar het lijkt zonder al te veel resultaat. Al eerder werd die strijd door de Consumentenbond gevoerd (Pres. Rb. Amsterdam 7 december 1995, *Mediaforum* 1996-2, p. B35 inzake Consumentenbond tegen Insight Media en Pharma Nord). Bij arrest van 2 april 1998, *Mediaforum* 1998-5, p. 158-161 inzake Pharma Nord & House of Trends tegen KAG gebood Hof Amsterdam Pharma Nord en House of Trends — de toenmalige uitgever van Swinglevend — om zich 'te onthouden van openbare mededelingen over de waren, voedingssupplementen van Pharma Nord, voor zover die mededelingen bestaan uit het (doen) verspreiden van een huis aan huis blad of tijdschrift waarvan de inhoud in belangrijke mate bestaat uit
 - a. redactionele artikelen, waaronder testimonials over werkzame bestanddelen van die voedingssupplementen en
 - b. advertenties van Pharma Nord voor haar desbetreffende waren, terwij

- i. deze mate van mededelen misleidend is doordat niet duidelijk wordt aangegeven dat dit blad of tijdschrift reclame is, of,
 - ii. deze wijze van mededelen de voedingssupplementen van Pharma Nord of bestanddelen daarvan worden aangeprezen met gebruikmaking van vermeldingen of voorstellingen die aan die supplementen of bestanddelen eigenschappen toeschrijven inzake het voorkomen, behandelen of genezen van een ziekte van de mens, of die toespelingen maken op zodanige eigenschappen',
- alles op straffe van een dwangsom van f 100.000 per overtreding.
14. De bladformule die nu door het College is beoordeeld, verschilt m.i. niet wezenlijk van die welke het Hof twaalf jaar geleden voor zich had. In de tussentijd zijn er nog tenminste vier uitspraken van RCC en CvB geweest over de bladformule van Swinglevend, te weten CvB 27 november 2003, doss. 03.0055, CvB 9 juli 2004, doss. 03.264, CvB 12 december 2004, doss. 04.0303 en RCC 25 juni 2008, doss. 08.0129. De uitspraken hebben tot een lichte wijziging van de bladformule geleid, in die zin dat de advertenties niet meer in de nabijheid van de bijbehorende artikelen staan.

Gronden voor de toewijzing

15. Men zou verwachten dat klachten over deze producten hoofdzakelijk betrekking zouden hebben op veronderstelde misleiding. Een aanpak van de claims op die grond en de bijbehorende discussie zou m.i. het veronderstelde probleem met deze producten helder over het voetlicht kunnen brengen. Dat is echter niet het geval. De klachten worden toegewezen op gronden waarvan men de zinnigheid voor de gebruiker van die producten en voor het grote publiek in de praktijk ten zeerste kan betwijfelen. Dat de zgn. redactionele artikelen in een gratis huis aan huis verspreid blad met de kenmerken zoals boven beschreven door de consument al dan niet als reclame zullen worden gezien, lijkt mij voor de vraag of de consument de juistheid van de desbetreffende mededelingen al dan niet in twijfel zal trekken, niet zo relevant. Voorts zullen de subtiële onderscheidingen tussen verboden medische claims en gezondheidsclaims al evenzeer verspild zijn aan de gemiddelde consument. Want, lezer, zeg eens eerlijk: ziet U echt het verschil tussen een toegestane ('goed voor de prostaatfunctie', 'goed voor een normale prostaat') en een verboden claim ('voor een gezonde prostaat')? De belangrijkste grond voor toewijzing zou moeten zijn dat de producten niet de werking hebben die de adverteerder en de redactie daaraan toeschrijven. Zo was het vroeger ook bij het verbod van (misleidende) medische claims. Ik zal dat uitleggen. En het zou mooi zijn, wanneer in het dan waarschijnlijk laatste nummer van het blad een rectificatie in die zin zou moeten worden opgenomen. Maar nogmaals, dat is allemaal niet het geval. De klachten worden afgedaan op het verbod van sluikreclame, op het verbod aan levensmiddelen geneeskrachtige werking toe te schrijven en op het verbod reclame te maken voor ongeregistreerde geneesmiddelen. M.i. maakt een openbare aanbeveling waarin deze gronden worden genoemd, weinig indruk op het grote publiek. Bovendien vallen er nog wel wat vraagtekens te zetten bij de wijze waarop tot het oordeel over verboden sluikreclame, over verboden medische claims en over het verbod van reclame voor deze ongeregistreerde geneesmiddelen is gekomen.

Kwalificatie als sluikreclame

16. KAG heeft eerder geprobeerd het hele blad als reclame voor adverteerder Pharma Nord te bestempelen. Die benadering is geaccepteerd door Hof Amsterdam, in de eerder genoemde uitspraak t.a.v. het maartnummer van het blad uit 1997. Het Hof bevestigde op dat punt het vonnis waarvan beroep en impliciet eerdere uitspraken van de RCC en het CvB van 27 mei 1997, resp. 9 juli 1997.
17. De acceptatie door het Hof was gebaseerd op de volgende kenmerken van het blad. Het is geheel gewijd aan voedingssupplementen, de testimonials en de andere artikelen bespreken de werkzame ingrediënten van de voedingssupplementen waarvoor Pharma Nord in het blad adverteert en het blad bevat uitsluitend advertenties van Pharma Nord voor die voedingssupplementen. Het Hof ziet daarin een naadloze aansluiting van artikelen en testimonials aan de advertenties. In de uitspraak die leidde tot CvB 9 juli 2004, doss. 03.264 wordt die koers echter gedeeltelijk verlaten. Het College acht Pharma Nord niet verantwoordelijk voor de mededelingen in de artikelen, indien er geen verband is tussen de teksten over voedingssupplementen en de producten van de adverteerder. Dat verband ontbreekt wanneer de advertenties niet in de buurt van het artikel staan, wanneer de artikelen geen producten noemen van Pharma Nord, maar alleen de ingrediënten van die producten die ook voorkomen in producten van concurrenten en wanneer er ook advertenties van derden in het blad voorkomen. In de uitspraak van het College die hier aan de orde is, wordt de ingrediënten-aanpak weer verlaten en geoordeeld dat de artikelen waarin het ingrediënt Q10 wordt besproken beschouwd moeten worden als reclame voor voedingssupplementen met het ingrediënt Q10 waarvoor de uitgever verantwoordelijk is.
18. De maatstaf die in alle uitspraken wordt aangelegd is die van de waarneming door (bekende) gemiddelde consument. Er wordt niet onderzocht hoe de bladformule financieel in elkaar steekt, maar er wordt op dat punt genoeg genomen met de mededeling dat Pharma Nord niet heeft betaald voor de artikelen. Daarmee is niet gezegd dat de adverteerder geen bijdrage heeft geleverd aan het tot stand komen van de desbetreffende artikelen. De inhoud kan aangeleverd zijn door de adverteerder en de combinatie van wervende 'redactionele' artikelen in ruil voor het plaatsen van betaalde advertenties is geen ongebruikelijke sponsorvorm (bartering). De gevolgde afstandelijke benadering van deze marketingmethode betekent intussen wel dat lichte wijzigingen in de bladformule steeds weer opnieuw aanleiding kunnen geven tot andere oordelen en dat elke uiting in het blad afzonderlijk moet worden onderzocht op de vraag hoe de gemiddelde consument die uiting opvat. Die benadering leidt gemakkelijk tot executieproblemen, omdat steeds weer opnieuw moet worden vastgesteld of de uitgever dan wel de adverteerder over de schreef gaat. Er wordt in deze gevallen ook niet gevraagd naar een redactiestatuut. M.i. zou een meer institutionele benadering (onderzoek naar de wijze van financiering, naar organisatorische waarborgen voor de redactionele onafhankelijkheid, en in het algemeen naar het verdienmodel van de uitgever) meer opleveren.
19. Overigens is er voor het probleem van sluikreclame een eenvoudige oplossing te bedenken voor Pharma Nord door een echt *sponsored magazine* aan te bieden, d.w.z. door in het colophon duidelijk te vermelden dat dit een uitgave is die in samenwerking met Pharma Nord tot stand is gekomen. Wat zou daar op tegen kunnen zijn? Voor sluikreclame in persmedia geldt nu eenmaal niet het verfijnde arsenaal aan sluikreclameregels dat wij voor reclame in audiovisuele media kennen. Waar het bij persmedia om gaat is dat het ingevolge de zwarte lijst van art. 6:193g sub k BW is verboden redactionele inhoud in de media, waarvoor de adverteerder heeft betaald, te gebruiken om reclame te maken voor een product, zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk door de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt.

Het verbod van medische claims voor levensmiddelen

20. Het is ingevolge art. 20 lid 2 sub a Warenwet verboden medische claims voor levensmiddelen te gebruiken. Medische claims zijn ingevolge dat artikel aanprijzingen voor eet- of drinkwaren 'met gebruikmaking van vermeldingen of voorstellingen, die aan de waar eigenschappen toeschrijven inzake het voorkomen, behandelen of genezen van een *ziekte* (cursivering K.) van de mens, of die toespelingen maken op zodanige eigenschappen'. 'Haring in het land, dokter, aan de kant', 'An apple a day, keeps the doctor away', dat zijn claims die we tegenwoordig eigenlijk maar beter kunnen vergeten.
21. Dat is niet altijd zo geweest. Vóór de inwerkingtreding van de huidige regeling in 1988 bestond er slechts de mogelijkheid medische claims voor levensmiddelen te toetsen aan het misleidingsverbod van art. 20 van het Algemeen Aanduidingenbesluit (Warenwet), *Staatsblad* 1981, 621. Volgens de toelichting verbood deze bepaling onder meer aanduidingen waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de waar geschikt is of bestemd is ter

genezing, leniging of voorkoming van enige aandoening, ziekte, ziekteverschijnsel, pijn, verwonding of gebrek bij de mens. Zonder medisch advies zouden zodanige aanduidingen namelijk altijd onvolledig en dus misleidend zijn, aldus de toelichting. Dat houdt in theorie de mogelijkheid open van tegenbewijs en van het bestaan van niet-misleidende medische claims voor levensmiddelen (zie aldus J.J.C. Kabel, *Uw bakker, Uw Dokter!, Gezondheidsclaims bij levensmiddelen*, een uitgave van het Instituut voor Informatierecht, Amsterdam juli 1996, p. 33). De achterliggende ratio van het verbod was dat medische claims voor eet- en drinkwaren de gezondheid van de mens in gevaar kunnen brengen, omdat zij een evenwichtig voedingspatroon kunnen doorbreken. Dat soort absolute misleidingsverboden is tegenwoordig Europeesrechtelijk niet meer in de mode, omdat er altijd minder ver gaande maatregelen kunnen worden getroffen om misleiding tegen te gaan, zoals een omkering van de bewijslast. Zie in verband met de ontoelaatbaarheid van een absoluut verbod van gezondheidsclaims wegens veronderstelde misleiding onder meer HvJEG 23 januari 2003, C-221/00 (Commissie tegen Oostenrijk).

22. Met de implementatie van de Etiketteringsrichtlijn is in de Warenwet echter, onafhankelijk van veronderstelde misleiding, een absoluut verbod van medische claims ingevoerd. Voor dat absolute verbod geldt overigens dezelfde ratio als voor het voorheen bestaande verbod (zie TK 1981–1982, 17 495, nr. 3, op. 49). Medische claims knopen aan bij een situatie waarin de gezondheid reeds is aangetast en zij bevatten de suggestie dat daarin door het gebruik van de waar verbetering kan worden gebracht. Zij mogen worden gevoerd voor een geregistreerd geneesmiddel, maar niet voor een levensmiddel, gezondheidsproducten als voedingssupplementen daaronder begrepen. Het is dus van belang te weten wanneer een product een geneesmiddel is en wanneer niet. Ik kom daar straks op terug.
23. Ik wijs er nog eens op dat in ieder geval een van de producten van Pharma Nord, te weten Glucosamine Pharma Nord, als niet-receptplichtig geneesmiddel is geregistreerd en dat betekent dat de reclame voor dat product onderworpen is aan de algemene regels voor publieksreclame uit de artikelen 84–90 Geneesmiddelenwet. Op grond van die artikelen zijn medische claims (uiteraard zou ik zeggen) niet verboden. Volgens de bijsluiters vermindert Glucosamine de pijn en verbetert het de beweeglijkheid van aangetaste gewrichten bij personen met milde tot matige artrose van de knie. Voor dat geregistreerde geneesmiddel is een handelsvergunning verkregen en mogen deze claims dus publiekelijk worden gevoerd. Ik begrijp niet goed waarom dat niet aan de orde is gesteld in deze zaak.
24. De grens tussen toelaatbare gezondheidsclaims en ontoelaatbare medische claims bij levensmiddelen is niet gemakkelijk vast te stellen. Het moet bij medische claims in ieder geval gaan om een ziekte. Dat volgt uit de definitie van de artikelen 19 en 20 Warenwet. Claims voor levensmiddelen die uitdrukkelijk een ziekte noemen zullen doorgaans verboden zijn. De vraag wat een ziekte is, is dus relevant. Het antwoord op die vraag kan mede worden gevonden in de rechtspraak omtrent het begrip geneesmiddel en die vraag behandel ik hierna.
25. Claims die liggen in de sfeer van bevordering of instandhouding van de gezondheid zullen van de andere kant doorgaans zijn toegelaten. Hulpmiddel bij het vaststellen van de grens is de indicatieve lijst gezondheidsaanprijzingen van de KAG. Die lijst maakt het er niet altijd gemakkelijk op om een grens te trekken, maar is wel het belangrijkste hulpmiddel ten dezen. Zij is als gezegd niet gebaseerd op de vraag of een claim misleidend is. Dat is fraai te illustreren aan het oordeel over de claim voor de anti-verouderingstablet Evelle als zou die rimpels verminderen en de elasticiteit van de huid verbeteren. Die claim wordt beschouwd als een medische en dus verboden claim, terwijl tegelijkertijd wordt geoordeeld dat het product wel geschikt over de aangeprezen werking en de claim dus niet misleidend is (zie het slot van Overweging 10 van de uitspraak van de RCC). Ik zou menen (als emeritus!) dat veroudering niet als een ziekte kan worden beschouwd. Het College gaat aan die vraag voorbij door alleen naar het positieve effect van het product te kijken en niet naar de vraag of aan de waar eigenschappen worden toegeschreven inzake het voorkomen, behandelen of genezen van een *ziekte* (cursivering K.) van de mens, of die toespelingen maken op zodanige eigenschappen. Met RCC gaat het College er dan van uit dat Evelle volgens de aanprijzing een specifiek effect op het lichaam heeft in die zin dat het gebruik van Evelle leidt tot een positieve verandering van de huid. Ik vind dat wat al te gemakkelijk. En wat ik tevens te gemakkelijk vind, is dat daardoor alweer niet aan de orde is waar het om zou moeten gaan: een kritisch onderzoek naar de wetenschappelijke onderbouwing van de beweringen.

Verboden reclame voor ongeregistreerde geneesmiddelen

26. Indien voedingssupplementen als een geneesmiddel moeten worden beschouwd, worden zij onderworpen aan een vergunningstelsel en vallen zij in een doorgaans strenger regime dan dat voor voedingssupplementen. Zulks brengt mogelijk belemmeringen van het vrije goederenverkeer met zich mee. Recente rechtspraak van het HvJEG omtrent Duitse kwalificaties van voedingssupplementen en levensmiddelen als geneesmiddelen, leert daaromtrent het volgende. Het gaat de Duitse toezichtinstanties er om dat sommige voedingssupplementen bij een bepaalde te lage of te hoge dosering schadelijk zouden kunnen zijn voor de gezondheid van de mens. Een middel om die schadelijkheid onder controle te houden is om die voedingssupplementen in het bereik van het strenger gereguleerde geneesmiddelenrecht te trekken. Daartoe is het uiteraard nodig dat die supplementen beantwoorden aan de definitie van een geneesmiddel. Zoals wellicht bekend kan een product op twee verschillende manieren beantwoorden aan die definitie: een product kan een geneesmiddel zijn naar *toediening*, lees naar werking en naar *aandiening*, lees naar vorm, presentatie of aanprijzing. Ik verwijs hier naar de definitie van een geneesmiddel in art. 1 lid 1 onder b. van de Geneesmiddelenwet als: 'een substantie of een samenstel van substanties die bestemd is om te worden toegediend of aangewend voor dan wel op enigerlei wijze wordt gepresenteerd als zijnde geschikt voor: 1°. het genezen of voorkomen van een ziekte, gebrek, wond of pijn bij de mens, 2°. het stellen van een geneeskundige diagnose bij de mens, of 3°. het herstellen, verbeteren of anderszins wijzigen van fysiologische functies bij de mens door een farmacologisch, immunologisch of metabolisch effect te bewerkstelligen;'
27. Het verschil tussen toediening en aandiening is als volgt. Aandiening heeft betrekking op de presentatie van een geneesmiddel (vorm, verklaringen van artsen, soort claims, e.d.). Dat ruime criterium dient ertoe de consumenten te beschermen tegen producten die niet de werkzaamheid hebben welke zij ervan mogen verwachten. Toediening heeft betrekking op de werking van een geneesmiddel. Dat criterium beoogt die producten te omvatten waarvan de farmacologische eigenschappen wetenschappelijk zijn vastgesteld en die daadwerkelijk zijn bestemd om een medische diagnose te stellen of om fysiologische functies te herstellen, te verbeteren of te wijzigen (zie o.a. het straks nog te bespreken arrest van het HvJEG inzake Commissie tegen Duitsland, punt 61).
28. Let er op dat de definitie van een geneesmiddel naast het begrip ziekte ook spreekt van gebrek, wond of pijn en in dat opzicht ruimer is dan het begrip medische claim. Dat verschil komt er dus op neer dat men het begrip medische claim in de zin van de Warenwet niet mag uitleggen als een claim op grond waarvan het aldus aangeprezen product ook gebreken, wonden of pijn kan voorkomen en genezen.
29. Het HvJEG heeft de Duitse aanpak van voedingssupplementen in drie arresten beoordeeld: HvJEG 15 november 2007, C-319/05 (Commissie tegen Duitsland inzake een knoflookpreparaat), 15 januari 2009, C-140/07 (Hecht Pharma tegen Lüneburg inzake Red Rice) en 30 april 2009, C-27/08 (BIOS tegen Saarland inzake een wierookproduct). In Hecht Pharma tegen Lüneburg oordeelde het Hof dat een product niet als een geneesmiddel *naar werking* kan worden aangemerkt wanneer het, gelet op de dosering en bij normaal gebruik, niet kan leiden tot noemenswaardig herstel of noemenswaardige verbetering of wijziging van fysiologische functies bij de mens (punt 42). In Commissie tegen Duitsland stelt de Commissie, daarin bijgevalen door het Hof, dat zij aangaande de gestipuleerde farmacologische effecten niet betwist dat het betrokken product arteriosclerose kan

helpen voorkomen, maar dat dit effect ook kan worden verkregen door de dagelijkse inname van 4 gram verse knoflook. Daaruit volgt dat wanneer een product waarvan wordt gesteld dat het een geneesmiddel is, geen andere effecten heeft dan een gewoon levensmiddel, de farmacologische eigenschappen van dit product niet volstaan om daaraan de hoedanigheid van geneesmiddel toe te kennen. Een product dat op het organisme geen ander effect heeft dan een levensmiddel, heeft niet de drempel gepasseerd waarboven het als geneesmiddel naar werking moet worden aangemerkt. Met andere woorden, stoffen die het organisme niet echt beïnvloeden en de omstandigheden waarin het functioneert eigenlijk niet wijzigen, kunnen niet worden gelijkgesteld met geneesmiddelen (punt 18).

30. En tenslotte heeft het Hof al veel eerder in zijn arrest van 21 maart 1991, C-369/88 (Delattre, punt 41) overwogen dat de kwalificatie van een product als geneesmiddel *naar aandiening* van geval tot geval aan de hand van de specifieke kenmerken van dit product dient te geschieden. Een product kan als een geneesmiddel naar aandiening worden beschouwd, aldus het Hof, wanneer het door zijn vorm en verpakking voldoende op een geneesmiddel lijkt, en in het bijzonder wanneer op de verpakking en de bijsluiter gewag wordt gemaakt van onderzoek in farmaceutische laboratoria, van door artsen ontwikkelde methodes of stoffen of ook van verklaringen van artsen over de kwaliteiten van het product.
31. In de uitspraak van het College wordt nu m.i. te gemakkelijk omgesprongen met bovenstaande kwalificaties. Het kan niet zo zijn dat een verboden medische claim voor een levensmiddel dat middel automatisch kwalificeert als een geneesmiddel waarvoor geen reclame mag worden gemaakt, wanneer het niet geregistreerd is. Toch is dat wat strijk en zet gebeurt t.a.v. de beoordeelde producten. Het zou zinniger zijn de desbetreffende producten te onderzoeken op hun werking of op genoemde criteria voor de aandiening van een product als geneesmiddel, omdat daardoor de classificaties van die producten als geneesmiddel, dan wel als levensmiddel (of voedingssupplement) helder zijn.
32. Ik word daarin bijgevallen door Europa. In Pharma Hecht citeert het Hof in dat verband nog eens preambule (7) bij de laatste versie van de Geneesmiddelenrichtlijn (2004/27/EG): 'Met name wegens de wetenschappelijke en technische vooruitgang moeten de definities en de werkingssfeer van richtlijn 2001/83/EG worden verduidelijkt, teneinde te waarborgen dat de kwaliteit, de veiligheid en de werkzaamheid van geneesmiddelen voor menselijk gebruik van een hoog niveau zijn. Om rekening te houden met de opkomst van nieuwe behandelingen en het toenemend aantal producten dat zich bevindt in het grensgebied tussen de geneesmiddelensector en andere sectoren, dient de definitie van 'geneesmiddel' te worden gewijzigd, teneinde iedere twijfel omtrent de toepasbare wetgeving uit te sluiten ingeval een product weliswaar volledig onder de definitie van geneesmiddel valt, maar mogelijk ook binnen de definitie van andere gereguleerde producten valt. In deze definitie moet worden aangegeven welk soort effect het geneesmiddel uitoefent op fysiologische functies. (...) In dergelijke gevallen moet, gezien de kenmerken ervan, de geneesmiddelenwetgeving van toepassing zijn. Ook dient, opnieuw duidelijkheidshalve, bij twijfel over de vraag of een bepaald product onder de definitie van geneesmiddel valt, terwijl dat product mogelijk tevens onder de definitie van andere gereguleerde producten valt, ter wille van de rechtszekerheid uitdrukkelijk te worden gestipuleerd aan welke bepalingen dat product dient te voldoen. Indien een product duidelijk onder de definitie van andere productcategorieën valt, met name voeding, voedingssupplementen, medische hulpmiddelen, biociden of cosmetische producten, is deze richtlijn niet van toepassing.'

Jan Kabel