

de raadsheren was per 1 mei 2015 met pensioen gegaan; de beschikking, waarin werd geoordeeld dat van wanbeleid sprake was en waarbij bestuurders en commissarissen werden veroordeeld om de onderzoekskosten te voldoen, werd gedaan op 2 november 2015. De Hoge Raad kon aan de hand van de feiten vaststellen dat de betreffende raadsheer niet als rechter bij de vaststelling van de volledige tekst van de beschikking betrokken kon zijn geweest. De zaak moet helemaal opnieuw worden berecht. De Hoge Raad overwoog voorts ambtshalve ten aanzien van het verhaal van de onderzoekskosten: van verhaal van kosten op bestuurders en commissarissen kan pas sprake zijn als deze functionarissen persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van het gevoerde beleid of gang van zaken; dat was door de Ondernemingskamer onvoldoende gemotiveerd ten aanzien van de rechtspersonen waar de onderzoeken onder andere hadden plaatsgevonden (ECLI:HR:NL:2016:2607 met betrekking tot bestuurders en ECLI:HR:NL:2016:2614 met betrekking tot commissarissen).

RUBRIEKEN

ONDERNEMING EN CONSUMENT

Hoe kun je voedings-/gezondheidsclaims gebruiken voor levensmiddelen? 16-0146

Auteur: mr. A.A.H.M. van der Wijst,
Bogaerts & Groenen Advocaten, Boxtel

Inleiding

De Consumentenbond onderzocht 10 merken volkoren knäckebröd. De conclusie was dat 6 van de 10 merken het knäckebröd 'volkoren' noemt terwijl het maar voor een deel volkoren is¹. Misleiding? Bij het maken van reclame voor voeding helpt het wanneer je een positieve eigenschap van het voedsel kunt noemen. Wat mag wel, wat mag niet?

Waar wordt reclame voor levensmiddelen aan getoetst?

De belangrijkste bron met regels waar reclame voor levensmiddelen aan moet voldoen is Verordening (EG) Nr. 1924/2006 van 20 december 2006², later gewijzigd bij Verordening (EU) Nr. 1047/2012 van 8 november 2012³. De Verordening is van toepassing op alle voedings- en gezondheidsclaims die in commerciële mededelingen worden gedaan. Deze verordening is ook van toepassing op handelsmerken en andere merknamen die als voedings- of gezondheidsclaims kunnen worden opgevat. De Verordening beoogt om algemene beginselen voor alle claims inzake levensmiddelen vast te stellen om op die manier "een hoog beschermingsniveau voor de consument te waarborgen, de consument de informatie te verstrekken die hij nodig heeft om geïnformeerde keuzes te kunnen maken, en gelijke concurrentievoorwaarden voor de levensmiddelenindustrie te scheppen". De Europese Commissie heeft richtsnoeren gepubliceerd voor de toepassing van Verordening 1924/2006⁴ (hierna ook: Claimsverordening).

Bij reclame voor levensmiddelen is de gedachte dat een consument bewuste keuzes maakt bij de aankoop van levensmiddelen. Wanneer levensmiddelen met claims worden aangeprezen kan bij de consument de indruk ontstaan dat zij in nutritioneel, fysiologisch of een ander met de gezondheid verband houdend opzicht, beter

zijn dan de andere producten. Een claim is een boodschap of aanduiding die niet verplicht is en waarmee wordt gesteld, of de indruk wordt gewekt dat een levensmiddel bepaalde eigenschappen heeft⁵. De Claimsverordening beoogt te voorkomen dat in reclame, waaronder etikettering ook valt, allerlei claims worden gedaan met betrekking tot stoffen waarvan de heilzame werking nog niet is bewezen. De Claimsverordening wil ervoor zorgen dat de stoffen waarvoor een claim wordt gedaan, een bewezen heilzaam nutritioneel of fysiologisch effect hebben. Daarom werkt de Claimsverordening met een lijst van toegestane claims. Degene die een claim gebruikt in reclame moet deze wetenschappelijk kunnen onderbouwen. De claims moeten zodanig zijn geformuleerd en op het etiket zijn weergegeven dat de consument de algehele voedingskwaliteit kan beoordelen.

Voedingsclaim

Een voedingsclaim is *“een claim die stelt, de indruk wekt of impliceert dat een levensmiddel bepaalde heilzame voedings-eigenschappen heeft met betrekking tot energetische waarde of nutriënten”*⁶. Voorbeelden zijn: ‘light’, ‘vezelrijk’, ‘rijk aan omega-3 vetzuren’, ‘suikervrij’ of ‘zoutloos’.

Een voedingsclaim is toegestaan wanneer:

- a. deze voldoet aan de algemene beginselen voor claims en dus:
 - i. niet onjuist, dubbelzinnig of misleidend is;
 - ii. niet leidt tot twijfel omtrent de veiligheid en/of de geschiktheid uit voedingsoogpunt van andere levensmiddelen;
 - iii. niet de excessieve consumptie van een levensmiddel stimuleert of vergoelijkt;
 - iv. niet stelt, suggereert of impliceert dat een evenwichtige, gevarieerde voeding in het algemeen geen toereikende hoeveelheid nutriënten kan bieden;
 - v. niet zinspeelt op veranderingen in lichaamsfuncties die de consument vrees kunnen inboezemen.
- b. deze is vermeld op de Europese lijst van goedgekeurde voedingsclaims⁷.

Gezondheidsclaim

Een gezondheidsclaim is *“een claim die stelt, de indruk wekt of impliceert dat er een verband bestaat tussen een levensmiddelen-categorie, een levensmiddel of een bestanddeel daarvan en de gezondheid”*⁸. Voorbeelden zijn

‘calcium is goed voor de kalkhuishouding’, ‘vitamine C ondersteunt de afweer van je lichaam’ en ‘cholesterolverlagend’.

Een gezondheidsclaim is toegestaan wanneer (naast a + b als hiervoor genoemd):

- c. in de presentatie en de reclame de volgende informatie wordt aangebracht:
 - i. een vermelding waarin wordt gewezen op het belang van een gevarieerde, evenwichtige voeding en een gezonde levensstijl;
 - ii. de benodigde hoeveelheid van het levensmiddel en het vereiste consumptiepatroon om het geclaimde heilzame effect te bereiken;
 - iii. indien van toepassing, een vermelding voor mensen die het gebruik van het levensmiddel dienen te vermijden, en
 - iv. een passende waarschuwing voor producten die bij overmatig gebruik een gezondheidsrisico kunnen inhouden.
- d. het niet betreft drank met een alcoholgehalte van meer dan 1,2 volumeprocent.

De onder c genoemde informatie moet bij verkoop op afstand voor de consument beschikbaar zijn voordat de aankoop plaatsvindt⁹. In geval van verkoop op afstand zal het etiket vaak beperkt of niet toegankelijk zijn. De verkoper moet er dan voor zorgen dat de verplichte informatie is opgenomen in de presentatie op de website. Uit een recent CBS onderzoek blijkt dat inmiddels bijna een op de vijf Nederlanders online levensmiddelen aankopen¹⁰.

Een gezondheidsclaim mag niet worden gebruikt wanneer de claim de indruk wekt dat het niet nuttigen van het levensmiddel de gezondheid kan schade, wanneer de claim zinspeelt op de snelheid of de mate van gewichtsverlies, of wanneer de claim verwijst naar aanbevelingen van individuele artsen of beroepsbeoefenaren.

Het gebruik van niet-toegestane gezondheidsclaims (niet opgenomen in een van de lijsten van toegestane gezondheidsclaims) en toegestane gezondheidsclaims (opgenomen in een van de lijsten van toegestane gezondheidsclaims) waarvan het gebruik niet in overeenstemming met de Claimsverordening is, is verboden.

Vergelijkende reclame

Wanneer in reclame levensmiddelen door

middel van claims worden vergeleken dan mag dat alleen wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan¹¹:

1. de levensmiddelen die worden vergeleken moeten van dezelfde categorie zijn en er moet daarbij een reeks van levensmiddelen van die categorie in de vergelijking worden betrokken. Het verschil in de hoeveelheid van een nutriënt en/of de energetische waarde moet worden vermeld en de vergelijking moet betrekking hebben op dezelfde hoeveelheid levensmiddel.
2. de samenstelling van het betrokken levensmiddel moet worden vergeleken met die van een reeks levensmiddelen van dezelfde categorie, met inbegrip van levensmiddelen van andere merken, die niet zodanig samengesteld zijn dat zij van een claim kunnen worden voorzien.

Met deze formulering wordt nadere uitleg gegeven aan de term 'vergelijkende reclame' in richtlijn 2006/114/EEG¹².

Klagen over reclame voor levensmiddelen

Een consument heeft een laagdrempelige manier om te klagen over reclame voor levensmiddelen: bij de Reclame Code Commissie (RCC). Klagen kan zelfs anoniem en is voor consumenten kosteloos. Als vorm van zelfregulering is de stichting Reclame Code opgericht. De uitspraken van de Reclame Code Commissie (of het College van Beroep) worden vrijwillig nageleefd. De uitspraken worden gepubliceerd en de impact is vaak groot. Om die reden hebben uitspraken van de RCC gewicht. Er is ook een compliance afdeling die nagaat of een uitspraak wordt nageleefd. Daarnaast kunnen belanghebbenden (waaronder concurrenten) bij de civiele rechter vorderingen instellen op basis van onrechtmatige daad. Misleidende reclame en oneerlijke handelspraktijken kunnen daar de grondslag voor bieden.

Reclamecode Voor Voedingsmiddelen

Reclame voor levensmiddelen wordt getoetst aan de Reclamecode Voor Voedingsmiddelen (RVV) 2015¹³. Deze reclamecode bepaalt dat op een reclame-uiting voor een voedingsmiddel naast de bepalingen van deze code de bestaande wet- en regelgeving op het gebied van etikettering, voedingswaardeaanduidingen en voedings- en gezondheidsclaims van toepassing zijn.

Daarbij wordt nadrukkelijk verwezen naar eerder genoemde Europese regelgeving.

De reclamecode geeft verder aan dat in plaats van de bewoordingen waarmee de claim in de eerder genoemde Europese verordeningen officieel als goedgekeurde claim is omschreven, in reclame-uitingen ook andere bewoordingen mogen worden gebruikt, mits deze voldoen aan de volgende twee eisen (cumulatief):

- a. de bewoording reflecteert de aan de goedgekeurde gezondheidsclaim ten grondslag liggende gezondheidsrelatie;
- b. de bewoording voor de consument begrijpelijk is.

De stichting Bewoording Gezondheidsclaims heeft een toetsingskader ontwikkeld, bestaande uit een richtsnoerdocument¹⁴ en een indicatieve lijst met voorbeeldbewoordingen. Het richtsnoerdocument en de indicatieve lijst kunnen worden geraadpleegd via de website van de RCC.

Zo wordt in het richtsnoerdocument het voorbeeld genoemd van 'superfood'. Het richtsnoer document stelt over superfood: *'dit is een te algemene term om te kunnen worden beoordeeld. Het kan verwijzen naar verschillende eigenschappen van het levensmiddel. Het is te algemeen om als nutritioneel- of gezondheidseffect te worden uitgelegd. Wanneer het duidelijk in een nutritionele context of in de context van een gezondheidseffect wordt gebruikt, dient dit gevolgd te worden door een specifieke, toegestane gezondheidsclaim'*.

Uitspraak RCC Dextro Energy¹⁵

Als voorbeeld een klacht over de radio-reclame met de tekst: *"Dextro Energy en de banaan. Ze zeggen dat een banaan je snel energie geeft. Maar hoe kan dat? De kortste weg is toch recht? Daarom neem ik Dextro Energy. Dat komt direct in je bloed en gaat snel naar je hoofd. Dextro Energy, sneller naar je hoofd."* De klacht over deze radio-reclame werd aldus samengevat: *"Deze radioreclame houdt de claim in dat het product Dextro Energy beter is dan een banaan. Dextro Energy bestaat voor 90% uit suiker. Daarnaast bevat het onder meer wat aroma, antiklontermiddel en vitamine C. Een banaan bevat essentiële vitamines en mineralen zoals magnesium, kalium, mangaan, koper, ijzer, zink, calcium, vitamine B6, B9, A, K en E. Klaagster kan zich dan ook niet voorstellen dat adverteer-*

der mag claimen dat een banaan minder goed is dan "hun suikerklontje".

De Commissie vult de klacht aan in die zin dat geconcludeerd zou kunnen worden dat sprake is van een gezondheidsclaim in de zin van de Claimsverordening, "in die zin dat dat door die tekst wordt gesuggereerd dat er een verband bestaat tussen het levensmiddel Dextro Energy en de gezondheid, namelijk dat men van Dextro Energy snel energie krijgt, en wel sneller dan van een banaan".

De adverteerder heeft nader mogen reageren op deze aanvulling van de klacht door de commissie. De adverteerder geeft aan dat er geen sprake is van een gezondheidsclaim omdat daar alleen sprake van kan zijn wanneer tot uitdrukking wordt gebracht dat er een verband bestaat tussen een levensmiddel of een van zijn bestanddelen en de gezondheid. De in de uiting gebruikte uitspraken brengen geen enkel effect op de gezondheid tot uitdrukking. Vervolgens oordeelt de commissie dat de uiting wel degelijk verband houdt met gezondheid doordat de uiting impliceert dat er een verband bestaat tussen het levensmiddel Dextro Energy en de snelle toevoer van energie naar het hoofd. De commissie verwijst daarbij naar een uitspraak¹⁶ van het Europese Hof van Justitie. De commissie oordeelt dat sprake is van een niet-toegelaten gezondheidsclaim en dus dat de uiting strijdig is met de Reclamecode. De adverteerder heeft de radio commercial niet meer gebruikt. De commissie overweegt nog dat zij niet bevoegd is om adverteerder te sommeren om de radioreclame niet meer uit te zenden, op straffe van een boete, zoals door klaagster is verzocht.

Onderzoek naar gezondheidsclaims

De Claimsverordening beschermt de door innoverende ondernemers gedane investeringen voor het verzamelen van de informatie en gegevens ten behoeve van een aanvraag krachtens deze verordening¹⁷. De Claimsverordening bepaalt dat de wetenschappelijke gegevens en de andere informatie die de aanvraag bevat gedurende een periode van zeven jaar vanaf de afgifte van de vergunning niet door latere aanvragers mogen worden gebruikt. Dit betekent dat gedurende deze periode de aanvrager de wetenschappelijke onderbouwing van claims geheim kan houden en in deze periode exclusief kan profiteren van de resultaten van het wetenschappelijk onderzoek.

Slot

Voedings- en gezondheidsclaims kunnen een positieve invloed hebben bij de marketing van levensmiddelen. Het gebruik van dergelijke claims is aan regels gebonden maar biedt binnen die regels ruimte om levensmiddelen positief en onderscheidend te positioneren. Zowel consumenten als concurrenten / belangenorganisaties hebben laagdrempelige mogelijkheden om te klagen over het onrechtmatig gebruik van voedings- en gezondheidsclaims. Acties van consumentenorganisaties zoals bijvoorbeeld Foodwatch kunnen veel aandacht op producten vestigen. Zoals de verkiezing voor het Gouden Windei voor de meest misleidende reclame. Dit jaar won Healthy People Blauwe bosbes en framboos. Dit vruchtensap bestaat vooral appel- en druivensap en bevat slechts 12% bosbes en 1% framboos. Misleidend? Daarnaast bevat het vruchtensap vijf en een half suikerklontje per glas (meer dan coca cola). Misleidend?

Noten:

1. Consumentengids december 2016, pag. 38 – 41
2. Verordening (EG) Nr. 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen
3. Verordening (EU) Nr. 1047/2012 van de commissie van 8 november 2012 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1924/2006 wat betreft de lijst van voedingsclaims
4. https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/labelling_nutrition_claim_reg-2006-124_guidance_en.pdf
5. artikel 2 lid 2 sub 1 Verordening (EG) Nr. 1924/2006
6. artikel 2 lid 2 sub 4 Verordening (EG) Nr. 1924/2006
7. http://ec.europa.eu/food/safety/labelling_nutrition/claims/register/public/?event=register.home
8. artikel 2 lid 2 sub 5 Verordening (EG) Nr. 1924/2006
9. artikel 14 van Verordening (EU) nr. 1169/2011
10. CBS, 24-11-2016, <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/47/bijna-een-op-vijf-koopt-levensmiddelen-online>
11. artikel 9 Verordening (EG) Nr. 1924/2006
12. Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame
13. <https://www.reclamecode.nl/nrc/pagina.asp?paginaID=277%20&deel=2>
14. https://www.reclamecode.nl/bijlagen/Richtnoer_document%20ClaimsVO%20versie%20januari%202016.pdf
15. RCC, 3 november 2016, Dextro Energy, <https://www.reclamecode.nl/webuitspraak.asp?ID=165091&acCode>
16. arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 september 2012, nummer C544/10 (Deutsches Weintor/Land Rheinland Pfalz)
17. Overweging 31 Verordening (EG) Nr. 1924/2006