

13

Reclame Code Commissie (College van Beroep) 7 november 2011, nr. 2011/00727

(mrs. J.M. Vrakking, voorzitter, C.A.A.M. Barge-Coebergh, L.J. Haagsman en J.M.F.M. Waaijer, leden en mr. L. Lagerweij, plaatsvervangend lid en secretaris)
m.nt. EHH

(art. 6, 8, 2, 7 en 10 Nederlandse Reclame Code)

(Prescan/Vereniging tegen de Kwakzalverij)

Reclame-uiting in de krant NRC over de Total Body Scan van Prescan misleidend. Beoordeling aard van het bewijs, geen peer-review bewijs noodzakelijk. Mededeling "Dankzij Total Body Scan weet ik dat ik gezond ben" te absoluut. Maatstaf voor beoordeling consument? Het NRC-publiek geen aanlei-

-
- 11 HvJ 14 januari 2010, IER 2010/42, m.nt. Geerts, p. 312 (*Wetbewerbscentrale/Plus*). Zie ook Visser *NJB* 2011/787, *Kroniek van de intellectuele eigendom*, p. 978.
 - 12 HvJ 14 september 2010, IER 2010/85, m.nt. De Wit en Vlaar, p. 573, *BIE* 2010/408, m.nt. AAQ (*Lego*).
 - 13 Rb. van Koophandel, Brussel 5 december 2011 (*Lego/Ice-Watch*).
 - 14 P.G.F.A. Geerts en R. Steennot, 'De implementatie van de Richtlijn oneerlijke Handelspraktijken in België en Nederland', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2011, p. 782.
 - 15 Symposium M.H. Bregstein Stichting, *Oneerlijke handelspraktijken en intellectuele eigendom: verschuivende grenzen?* Zie IEF 10618 en B9 10500.

ding voor uitgangspunt van méér dan gemiddelde geïnformeerde omzichtige en oplettende consument, want uiting richt zich op algemeen publiek. Uiting appelleert niet zonder te rechtvaardigen reden aan gevoelens van angst (art. 6 NRC).

Prescan Nederland BV
Gevestigd de Hengelo (Ov).
appellante
Advocaat (in hoger beroep) Mr. W.J.H. Leppink te Rotterdam
tegen
Vereniging tegen de Kwakzalverij
gevestigd te Amsterdam
Geïntimeerde

Mbt de beslissing van de Reclame Code Commissie van 30 augustus 2011, dossier 2011/00727
(Mr. M. van Walraven, voorzitter, en mr. C.S. Avendano Canto, drs. I. Lasschuijt, J. Leydes en T.G. H. de Rooij, leden)
Advocaat voor Prescan in eerste instantie: Mr. Y.K. Scheijde te Amsterdam

De bestreden reclame-uiting van Prescan

Het betreft een advertentie van 'Prescan medische check-up mri/ct scans' in het NRC Handelsblad van 22 juli 2011, waarin de Prescan Total Body Scan® wordt aangeprezen. Hierin zegt ex-profwieler en ploegleider Hennie Kuiper: "Bij Prescan vertelde men mij dat er bij 1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt. Dankzij de Total Body Scan van Prescan weet ik dat ik gezond ben.."

De klacht van Vereniging tegen de Kwakzalverij

In de advertentie wordt drempelvrij radiologisch onderzoek aangeboden. Adverteerder verstrekt hierbij onheldere informatie, speelt in op gevoelens van angst voor kanker en zaait met het gebruik van de term 'tumor' verwarring. Bij de bewering dat bij 1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt, wordt niet vermeld dat daarbij ook goedaardige tumoren zoals vetbulten, vleesboompjes en goedaardige cysten worden meegerekend. De gemiddelde lezer zal bij 'tumor' aan kanker denken en onnodig gealarmeerd raken. Van een vroege radiologische opsporing van een kwaadaardige afwijking valt in de meeste gevallen geen gezondheidswinst te verwachten. Ook over de kosten, de ongemakken van de nadere analyse van irrelevante bevindingen, het risico van overbehandeling en de gevaren van onnodige stralenbelasting wordt door adverteerder niet gesproken. Klager acht de advertentie in strijd met de artikelen 6, 8.2 en 10 van de Nederlandse Reclame Code (NRC).

Het verweer

Het verweer wordt als volgt samengevat.

De quote dat bij 1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt is gebaseerd op een uitspraak van Dr. Med. G. Klass, chefarts radiologie van het Matthias Spital te Rheine (Duitsland), die deze uitspraak heeft gedaan naar aanleiding van zijn ervaringen, intern onderzoek en tussentijdse resultaten van recent lopend onderzoek van het Medisch Spectrum

Twente onder leiding van Dr. M. Guichelaar. Adverteerder heeft een verklaring van Dr. Klass en een overzicht van de tussentijdse onderzoeksresultaten van dr. Guichelaar overgelegd.

In het getal van 1 op 50 zijn geen onschuldige tumoren meegerekend, maar uitsluitend ernstige tumoren die behandeling en/of controle behoeven. Een vroege ontdekking van tumoren leidt tot een grotere kans op genezing.

Er is geen sprake van onjuiste, misleidende of dubbelzinnige informatie en de uiting appelleert derhalve niet onrechtvaardig aan gevoelens van angst. Met de uitspraak dat in 1 op de 50 gevallen een tumor wordt aangetroffen wordt niet op quasiwetenschappelijke of misleidende wijze iets gesuggereerd wat niet waargemaakt kan worden. De uiting is niet in strijd met de artikelen 6, 8.2 en 10 of enig ander artikel van de NRC.

De mondelinge behandeling

Het standpunt van klager is – onder meer aan de hand van pleitaantekeningen – nader toegelicht. Hierbij is benadrukt dat de klacht ook is gericht tegen de mededeling "Dankzij de Total Body Scan van Prescan weet ik dat ik gezond ben", omdat lang niet alle aandoeningen op een scan zichtbaar zijn. De essentie van de klacht is, aldus klager, dat de mededelingen in de bestreden uiting moeten kunnen worden onderbouwd met controleerbare wetenschappelijke onderzoeken, wat niet het geval is.

Het standpunt van adverteerder is gehandhaafd en nader toegelicht. Door de heer Van Heel is daaraan toegevoegd dat weliswaar geen 100% garantie dat iemand gezond is kan worden gegeven, maar dat de Total Body Scan meer inhoudt dan alleen een (MRI-)scan, zoals klager veronderstelt. Op basis van de anamnese wordt bepaald welke screening wordt uitgevoerd. Naast een MRI-scan en een echo kan aanvullend onderzoek worden uitgevoerd, zoals bijvoorbeeld onderzoek van bloed en ontlasting en een huidscan (= visueel onderzoek).

Het oordeel van de Commissie d.d. 30 augustus 2011

Mr. M. van Walraven, voorzitter, en mr. C.S. Avendano Canto, drs. I. Lasschuijt, J. Leydes en T.G. H. de Rooij, leden)

1) Gebleken is dat in de uiting met de term 'tumor' wordt bedoeld op ernstige tumoren die behandeling en/of controle behoeven. Deze term heeft derhalve, anders dan klager stelt, geen betrekking op goedaardige tumoren zoals vetbulten, vleesboompjes en goedaardige cysten. Daarom kan niet worden geoordeeld dat in de uiting door het gebruik van de term 'tumor' bij de gemiddelde consument verwarring wordt gezaaid.

2) Ter onderbouwing van de mededeling dat bij de Total Body Scan van Prescan bij 1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt, heeft adverteerder verwezen naar 'een uitspraak van Dr. Med. G. Klass, die deze uitspraak heeft gedaan naar aanleiding van zijn ervaringen, intern onderzoek en tussentijdse resultaten van recent lopend onderzoek van

het Medisch Spectrum Twente onder leiding van Dr. M. Guichelaar'. Naar het oordeel van de Commissie heeft adverteerder tegenover de gemotiveerde betwisting door klaagster niet aannemelijk kunnen maken dat hierbij sprake is van een voldoende controleerbare wetenschappelijke onderbouwing van het aantal van 1 op de 50. Adverteerder heeft erkend dat de mededeling van Dr. Klass is gebaseerd op ervaringscijfers en dat de tussentijdse cijfers van het onderzoek in het Medisch Spectrum Twente een (tussentijds) nevenresultaat betreffen van een lopend onderzoek dat niet in de eerste plaats is gericht op het ontdekken van tumoren. Genoemde resultaten rechtvaardigen naar het oordeel van de Commissie niet de stelligheid waarmee in de bestreden advertentie het aantal van 1 op de 50 wordt genoemd.

Gelet op het vorenstaande gaat de uiting gepaard met onjuiste informatie als bedoeld in artikel 8.2 aanhef NRC.

3) De mededeling "Dankzij de Total Body Scan van Prescan weet ik dat ik gezond ben.." is naar het oordeel van de Commissie te absoluut. Als erkend is immers komen vast te staan dat het mogelijk is dat aandoeningen bij een Total Body Scan, ook als die uit meer bestaat dan alleen een MRI-scan, niet (kunnen) worden ontdekt.

De bestreden uiting is op dit punt dubbelzinnig ten aanzien van de resultaten die van het gebruik van het product kunnen worden verwacht als bedoeld in artikel 8.2 aanhef en onder b NRC.

4) Omdat de uiting, gelet op hetgeen onder 2) en onder 3) is overwogen, de gemiddelde consument ertoe kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, is de uiting misleidend als bedoeld in artikel 8.2 (aanhef) NRC en daardoor oneerlijk in de zin van artikel 7 NRC.

5) Het vorenstaande betekent niet zonder meer dat de uiting ook in strijd is met artikel 6 NRC. Weliswaar kan de uiting angstige gevoelens oproepen, maar gelet op het aangeboden product, preventief onderzoek door middel van de Total Body Scan, kan niet worden geoordeeld dat de wijze waarop in de uiting de aandacht op het product wordt gevestigd zonder te rechtvaardigen redenen appelleert aan gevoelens van angst.

De Commissie acht de uiting evenmin in strijd met artikel 10 NRC.

De beslissing van de Reclame Code Commissie van 30 augustus 2011

Gelet op hetgeen onder 2) en 3) is overwogen, acht de Commissie de reclame-uiting in strijd met artikel 7 NRC. Zij beveelt adverteerder niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken. Voor het overige wijst de Commissie de klacht af.

Het College van Beroep

De grieven

Het College vat deze als volgt samen.

Grief 1

Ten onrechte heeft de Commissie geoordeeld dat de mededeling in de uiting dat bij 1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt onvoldoende rechtvaardiging vindt in het aanwezige feitenmateriaal. Deze mededeling was een prognose op basis van een volledig, representatief en zorgvuldig onderzoek onder 985 Prescan cliënten die bij wijze van steekproef waren geselecteerd. In de praktijk blijken dergelijke prognoses vrijwel altijd overeen te stemmen met het eindresultaat. Prescan heeft Newcom Research & Consultancy B.V. (hierna: Newcom) verzocht een onafhankelijke analyse te verrichten van de door haar, Prescan, verzamelde en onderzochte data. Uit het rapport van Newcom blijkt dat bij 2,0 procent van de 985 Prescan cliënten daadwerkelijk een ernstige tumor is geconstateerd door middel van een MRI- en CT-onderzoek. De resultaten van het onderzoek kunnen worden toegepast op het gehele Prescan klantenbestand, nu het aantal van 985 personen voldoende hoog is, de steekproef in procenten voldoende groot is en de opbouw van de steekproef overeenkomt met het totale klantenbestand. Uit een analyse door ViewTure B.V. blijkt dat het onderzoek van Newcom op wetenschappelijk aanvaardbare wijze heeft plaatsgevonden. Indien huid- en darmonderzoeken worden meegenomen, bedraagt het aantal ontdekte ernstige tumoren 2,4 procent van alle cliënten.

Grief 2

Ten onrechte heeft de Commissie geoordeeld dat de mededeling van Hennie Kuiper "Dankzij de Total Body Scan van Prescan weet ik dat ik gezond ben" misleidend is omdat deze te absoluut is. De consument tot wie de advertentie zich richt (de lezer van NRC Handelsblad) zal niet zijn misleid. Deze consument wijkt af van de gemiddelde Nederlandse consument, want is vaak hoger opgeleid en heeft een hoog welstandniveau. Deze consument zal de mededeling van Hennie Kuiper niet als absoluut ervaren, maar begrijpen dat er aandoeningen zijn die niet met een Total Body Scan worden ontdekt. Ook zal deze consument zich, gelet op de kosten van het onderzoek, nader informeren op de website van Prescan. Daaruit blijkt dat sprake is van maatwerk en dat hierbij verschillende onderzoeken mogelijk zijn, alsmede wat de beperkingen zijn. Voorafgaand aan het onderzoek wordt de cliënt uitgebreid door Prescan geïnformeerd.

Het antwoord in appel

De grieven zijn gemotiveerd weersproken. Op het verweer zal hierna, voor zoveel nodig, worden ingegaan.

De mondelinge behandeling

Mr. Leppink heeft het beroep van Prescan nader toegelicht. De aan de zijde van VtdK verschenen personen hebben vervolgens het standpunt van VtdK toegelicht.

Het oordeel van het College

Grief 1

1. Ten aanzien van grief 1 staat in de eerste plaats de vraag centraal of Prescan voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat met de Total Body Scan bij '1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt'. Prescan heeft in eerste aanleg gesteld dat deze mededeling was gebaseerd op een prognose van de uitkomsten van een onderzoek door Newcom. De Commissie kon nog niet over dit rapport beschikken en heeft, kort gezegd, gezien het destijds aanwezige feitenmateriaal de claim '1 op de 50' te stellig geacht. Prescan heeft in beroep het op 12 september 2011 gedateerde rapport van Newcom overgelegd, alsmede een beoordeling van dit rapport door ViewTure B.V. Het College zal beoordelen of dit feitenmateriaal alsnog het gebruik van bedoelde claim in voldoende mate kan rechtvaardigen.

2. Anders dan VtdK, ziet het College geen aanleiding het rapport van Newcom buiten beschouwing te laten nu het niet is onderworpen aan 'peer review'. Uit artikel 15 van de Nederlandse Reclame Code (NRC), waarin voor een adverteerder de verplichting is opgenomen om de juistheid of de eerlijkheid van de reclame aannemelijk te maken indien deze gemotiveerd wordt aangevochten, volgt niet dat Prescan zich in de onderhavige zaak uitsluitend op een onderzoek kan beroepen dat peer reviewed is. Ook overigens gaat het College voorbij aan de bezwaren die VtdK tegen het rapport van Newcom aanvoert, nu Prescan voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat:

- 985 personen zijn onderzocht die in de periode van april 2010 tot en met april 2011 een Total Body Scan hebben ondergaan
- deze personen willekeurig (bij wijze van steekproef) zijn geselecteerd uit een bestand van 2.800 bodyscans die Prescan in Duitsland heeft uitgevoerd
- er zowel een kwantitatief als een kwalitatief onderzoek heeft plaatsgevonden
- bij het kwantitatieve onderzoek is gelet op de representativiteit van de onderzoeksresultaten
- door de Total Body Scan bij 26 klanten (2,6%) door middel van de MRI-scan en de CT scan een verdenking op een kwaadaardige tumor is gesignaleerd
- bij deze 26 klantrelaties in het kader van het kwalitatieve onderzoek een telefonisch interview is afgenomen, waaruit bleek dat uiteindelijk bij 20 klanten (2,0%) sprake is van een ernstige tumor volgens een constatering door een medisch specialist buiten Prescan
- in dit geval met telefonische interviews voldoende relevante informatie kon worden verkregen.

3. De aangetroffen verdenkingen van tumoren staan gespecificeerd in een bijlage bij het rapport van Newcom. ViewTure B.V. heeft, kort samengevat, geconcludeerd dat het onderzoek voldoet aan de eisen die de wetenschap aan statistieken stelt, alsmede dat op basis van het onderzoek van Newcom kan worden vastgesteld dat er bij 2,0% van de onderzochte personen een (ernstige) tumor is gevonden. Het College is op grond van het voorgaande van oordeel dat Prescan in beroep voldoende heeft onderbouwd dat met de

door haar uitgevoerde Total Body Scan bij 1 op de 50 klanten een ernstige tumor wordt ontdekt.

4. Met het laatste is nog niet gezegd dat de uiting niet misleidend is. Het is immers de vraag of uit de uiting voldoende blijkt dat Prescan met de verhouding van 1 op de 50 specifiek aan haar eigen klantenbestand refereert en niet aan een doorsnee van de Nederlandse bevolking. Het College is van oordeel dat ook deze kwestie onderdeel is van de klacht, nu volgens VtdK de uiting misleidend is wegens de verwijzing naar de verhouding 1 op de 50. Bij de vraag of in dit verband sprake is van misleiding, dient te worden uitgegaan van de 'gewone' gemiddelde consument. Voor een maatstaf die uitgaat van een meer dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, zoals Prescan betoogt, is geen plaats. De uiting richt zich immers op een algemeen publiek en niet op een specifieke groep consumenten. Het enkele feit dat de reclame-uiting in de NRC Handelsblad is geplaatst, is onvoldoende om hier anders over te oordelen. Hetzelfde geldt voor het feit dat, zoals Prescan stelt, vooral een vaak hoger opgeleid en financieel relatief draagkrachtig publiek besluit tot het ondergaan van een Total Body Scan.

5. Van belang is dat het rapport van Newcom uitsluitend betrekking heeft op klanten van Prescan en de uitkomsten daarvan, naar niet in geschil is, kunnen afwijken van de resultaten van een Total Body Scan bij een doorsnee van de Nederlandse bevolking. VtdK stelt bovendien dat tijdens de behandeling in eerste aanleg namens Prescan is verklaard dat de helft van haar klanten reeds klachten heeft, hetgeen van invloed is op de aantallen gevonden (verdenkingen van) ernstige tumoren. Het College acht het ook aannemelijk dat juist personen die aanwijzingen hebben voor een ernstige ziekte geïnteresseerd zullen zijn in de Total Body Scan en deze scan eerder zullen ondergaan dan andere personen. Op grond van het voorgaande dient daarom ervan te worden uitgegaan dat het percentage met de Total Body Scan gevonden tumoren bij Prescan-klanten waarschijnlijk wezenlijk hoger zal zijn dan bij een onderzoek onder een doorsnee van de Nederlandse bevolking.

6. Uit de uiting blijkt naar het oordeel van het College niet althans volstrekt onvoldoende dat de verhouding 1 op 50 slechts geldt indien wordt uitgegaan van een specifiek klantenbestand met – waarschijnlijk – een relatief grote incidentie van ernstige tumoren. De gemiddelde consument, die deze nuance zal ontgaan, zal daarom menen dat in het algemeen voor de gehele Nederlandse bevolking een kans van 1 op de 50 bestaat dat met de Total Body Scan een ernstige tumor wordt ontdekt. Hetgeen in deze procedure is gesteld en gebleken kan een dergelijke conclusie niet rechtvaardigen. Aldus schetst de uiting jegens de gemiddelde consument een onjuist beeld van de incidentie van ernstige tumoren onder de Nederlandse bevolking, en daarmee tevens van het percentage gevallen waarin met behulp van de Total Body Scan onder de Nederlandse bevolking een ernstige tumor kan worden ontdekt. Het College is op grond van het voorgaande, zij het op andere gronden dan de Commissie, van oordeel dat de uiting in strijd is met artikel 7

Nederlandse Reclame Code. Grief 1 kan derhalve niet tot een andere beslissing leiden.

Grief 2

7. Vooropgesteld wordt dat ook in beroep niet in geschil is dat met de Total Body Scan niet alle aandoeningen kunnen worden ontdekt, zelfs niet indien de meest complete variant van deze scan wordt gekozen. Het College onderschrijft het oordeel van de Commissie dat de in de uiting aan Hennie Kuiper toegeschreven mededeling "Dankzij de Total Body Scan van Prescan weet ik dat ik gezond ben" onder deze omstandigheden te absoluut is.

8. Anders dan Prescan, acht het College het voor de gemiddelde consument onvoldoende duidelijk dat Prescan in de reclame-uiting niet bedoelt te stellen dat met de Total Body Scan alle aandoeningen kunnen worden ontdekt. In de uiting staat immers zonder voorbehoud en met zoveel woorden dat men dankzij de Total Body Scan van Prescan kan weten of men gezond is. De redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument zal dan ook veronderstellen dat men na het ondergaan van de Total Body Scan op dat punt zekerheid heeft en aldus een onjuiste verwachting hebben over het resultaat van deze scan. Voor een maatstaf, die uitgaat van een meer dan gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, is ook in dit verband geen plaats.

9. De misleiding die het gevolg is van het voorgaande wordt niet weggenomen door de nadere informatie die men over de Total Body Scan kan verkrijgen. Het lag op de weg van Prescan om de consument reeds in de reclame-uiting juist voor te lichten over de mogelijkheden van de Total Body Scan en de daarvan te verwachten resultaten. Grief 2 treft derhalve evenmin doel.

Conclusie

10. De grieven treffen geen doel.

De beslissing

Bevestigt de beslissing van de Commissie deels met wijziging van gronden en voor zover in beroep.

Noot

1. Prescan maakt reclame voor haar Total Body Scan, een medische check-up met behulp van MRI/CT-scans. De advertentie is geplaatst in de NRC op 22 juli 2011. In de advertentie zegt oud-profwieler en ploegleider Henny Kuiper: "Bij Prescan vertelde men mij dat er bij 1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt. Dankzij de Total Body Scan van Prescan weet ik dat ik gezond ben". De Vereniging tegen de Kwakzalverij komt hiertegen in het geweer.

2. Zowel de Reclame Code Commissie (RCC) als het College van Beroep (CvB) komen tot het oordeel dat de uitingen misleidend zijn, zij het op verschillende gronden. Aandacht verdient twee aspecten die in hoger beroep nog speelden: de kwaliteit van het door adverteerder aan te le-

veren bewijs, en welke maatstaf bij misleiding van de gemiddelde consument moet worden gehanteerd als een advertentie uitsluitend in de NRC wordt geplaatst.

Bewijs

3. In eerste instantie was het onderzoeksrapport (nog) niet overgelegd en oordeelde de RCC terecht dat adverteerder niet aan haar bewijsplicht had voldaan: de claim dat bij 1 op de 50 mensen een tumor wordt ontdekt vindt onvoldoende rechtvaardiging in het aanwezige feitenmateriaal. In hoger beroep is het onderzoek alsnog overgelegd, tezamen met verklaringen van deskundigen over de wetenschappelijk aanvaardbare wijze en deugdelijkheid van het onderzoek en de onderzoekopzet. De Vereniging tegen de Kwakzalverij meent dat het onderzoek geen deugdelijk bewijs vormt omdat het niet is onderworpen aan 'peer review'. Terecht oordeelt het CvB dat die eis niet volgt uit art. 15 Nederlandse Reclame Code (NRC). Dat bepaalt dat de adverteerder de juistheid of de eerlijkheid van de reclame aannemelijk moet maken indien deze gemotiveerd wordt aangevochten. De wijze waarop is daarin niet vastgelegd. Het gaat hier om de tamelijk feitelijke vaststelling of na het uitvoeren van de MRI/CT-scan al dan niet een tumor wordt geconstateerd.

4. Uit de opsomming van het CvB valt op te maken welke elementen een rol spelen voor haar beoordeling over de deugdelijkheid van de onderbouwing van het bewijs bij de zelfregulering: voldoende grootte van de testgroep, selectie door middel van een steekproef, kwantitatief onderzoek, gevolgd door kwalitatief onderzoek, representativiteit van het kwantitatieve onderzoek (r.o. 5.2). En een overtuigende verklaring van deskundigen dat het onderzoek voldoet aan de eisen die de wetenschap aan statistieken stelt. Het rapport is daarmee deugdelijk ter onderbouwing van de claim.

Maatstaf ter beoordeling van de misleide consument

5. Feitelijk staat vast dat de claim '1 op de 50 mensen waar de tumor wordt ontdekt' betrekking heeft op het eigen klantenbestand van Prescan, en niet op een doorsnee van de Nederlandse bevolking. Prescan beroept zich bij het CvB op het principiële argument dat als maatstaf in dit geval de *meer dan* gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument moet worden genomen. De gebruikers van de Total Body Scan zijn merendeels hoogopgeleiden. De kosten van het onderzoek bedragen normaal gesproken € 1000. En de advertentie is geplaatst in de NRC, waarvan de doelgroep naar eigen zeggen van NRC hoogopgeleide personen zijn, kritisch, ambitieus, koopkrachtig en zakelijke beslissers.

6. Het CvB overweegt dat de uiting 'zich richt op een algemeen publiek en niet op een specifieke groep consumenten' (r.o. 5.4). Adverteerders in de NRC en een klantenbestand van vaak hoger opgeleiden en financieel relatief

draagkrachtig publiek maakt volgens het CvB niet dat sprake is van een specifieke groep consumenten.

7. Dit lijkt niet het juiste toetsingscriterium. Het lijkt erop dat het CvB 'algemeen publiek' en 'de gemiddelde consument op wie de handelspraktijk gericht is/die zij bereikt' door elkaar husselt. Begrijp ik de grief van Prescan goed dan doet appellante een beroep op het feit dat in dit specifieke geval de gemiddelde consument een hoog opgeleide consument is.

8. Welke soort gemiddelde consument moet worden gekozen als maatstaf hangt af van tot wie de uiting zich richt/wie de uiting bereikt. Dat kan zowel een doorsnee consument zijn (het algemene publiek), als een makkelijk te misleiden consument, als een heel ervaren en deskundige consument. En vele gradaties daartussenin.

9. In rechterlijke uitspraken zijn talloze voorbeelden te vinden van 'gemiddelde consument' die juist deskundig wordt geacht, onder andere bij reclames voor financiële complexe producten.¹

10. Het CvB motiveert haar oordeel dat de advertentie gericht is op het algemene publiek. Uit de context valt op te maken dat daarmee bedoeld wordt het doorsnee publiek. De juiste route zou evenwel zijn geweest als het CvB de vraag had beantwoord *wat voor soort publiek, gemiddeld genomen, de advertentie leest*. Als het zo is dat uitsluitend in de NRC is geadverteerd, dan kan het CvB vervolgens in de schoenen van een NRC-lezer gaan staan en beoordelen of al dan niet van misleiding sprake is. Mijns inziens zou inderdaad gezegd kunnen worden dat NRC-publiek een specifieke kennis heeft en advertenties kritisch leest en de context begrijpt. Letterlijk genomen staat niet vermeld dat de 1 op de 50 gevallen uit het klantenbestand komt, maar de gemiddelde kritisch nadenkende NRC-lezer zal de advertentie wel zo kunnen begrijpen. Een andersluidende uitkomst is echter ook goed mogelijk.

11. Het CvB motiveert haar afwijzing van deze grief echter met het argument dat geen sprake is van *een groep consumenten*. Het lijkt erop dat het CvB meent dat een andere dan doorsnee consument slechts als uitgangspunt mag worden genomen wanneer sprake is van een groep. Daar geeft de Richtlijn OHP, noch de wet mijns inziens aanleiding toe.

12. Art. 7 en de toelichting bij art. 7 NRC beoogt de neerslag te zijn van art. 6:193 b BW en daarmee van art. 5 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. In de Richtlijn OPH zijn drie verschillende doelgroepen te onderscheiden:

- a. Art. 5 lid 2 onder b spreekt over *de gemiddelde consument die de handelspraktijk bereikt of op wie zij gericht is*.
- b. De zin vervolgt met: *'of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep'*.
- c. Art. 5 lid 3 bespreekt de situatie dat de handelspraktijk op zich een breder publiek bereikt, maar op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het econo-

misch gedrag van slechts *een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijk*. Dan moet de handelspraktijk worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die 'zwakkere' groep.

13. Deze zelfde driedeling is in art. 6:193a jo. 6:193b BW neergelegd doordat in de definitie van 'de gemiddelde consument' wordt vermeld dat hier **mede** onder wordt verstaan het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt **of** het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product (art. 6:193a lid 2 BW).

14. In de Nederlandse Reclame Code is die driedeling iets minder duidelijk geformuleerd, maar nog steeds terug te vinden. Art. 7 spreekt over 'het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is'.

15. Bij de toelichting van art. 7 staat vermeld: "**Indien** reclame op een bepaalde groep consumenten gericht is, zal de reclame het economische gedrag van het gemiddeld lid van die groep moeten verstoren (...)." De formulering maakt niet klip-en-klaar duidelijk dat dit een alternatieve situatie betreft, maar zo is het wel te lezen. En ongetwijfeld ook zo bedoeld. De Nederlandse Reclame Code beoogt de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken immers één-op-één te implementeren.

16. Hoe het CvB tot de conclusie is gekomen dat de adverteerder zich richt op een algemeen publiek (niet zijnde een NRC-publiek) wordt niet duidelijk. In ieder geval is de nu gegeven reden dat Prescan zich niet op een specifieke groep consumenten richt niet redengevend gezien de alternatieve varianten.

EHH

¹ HvJEG 16 juli 1998, zaak C-210/96, Gut Springenheide, NJ 2000, 374 m.nt. [DWFV] onder nr. 375; NTER 1998, 10, m.nt. H.A.G. Temmink.