

Vzgr Rb Breda, 24 oktober 2006, Engelse Sweepstake

RECLAMERECHT - IPR

Toepasselijk recht – Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad

Nederlands recht toepasselijk op “Engelse” Sweepstake

Met partijen acht de rechtbank gelet op de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad Nederlands recht toepasselijk.

Richtlijn-conforme uitleg Nederlands recht

- Uitleg conform Misleidende reclame richtlijn

Daarbij gaat het in de eerste plaats om art. 6:194 BW, welk artikel mede de omzetting in Nederlandse wetgeving van relevante bepalingen van Richtlijn nr. 1984/450/EG jo. nr. 97/55/EG betreffende misleidende reclame omvat. Art. 6:194 BW dient te worden uitgelegd in het licht van die richtlijn, zoals die mede blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

- Geen rechtstreekse werking Oneerlijke Handelspraktijken-richtlijn

In de enuntiatieve opsomming in Bijlage I van Richtlijn nr. 2005/29/EG van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd wordt onder nummer 31 de litigieuze sweepstake vermeld. Anders dan OFT meent kan bij die uitleg die Richtlijn echter nog niet worden betrokken omdat zij nog niet in Nederlandse wettelijke bepalingen is omgezet en richtlijnen als zodanig zonder omzetting niet tegen particulieren -waaronder ook rechtspersonen als Best Sales worden begrepen -kunnen worden ingeroepen. Daarbij is nog van belang dat Richtlijn nr. 2005/29/EG, in elk geval wat betreft de kwalificering van sweepstakes als oneerlijk, ook niet kan worden beschouwd als codificatie van de door de beslissingen van het Hof van Justitie ontstane jurisprudentie op het terrein van misleidende reclame. Dat blijkt uit de considerans van de Richtlijn, met name uit de alinea's (17) en (18).

Geen misleiding omtrent ontbreken aankoopverplichting

Kritisch doorlezen, dat van de gemiddelde ontvanger van een niet officieel ogende mailing, van de ‘terms and conditions’ waarin expliciet is vermeld ‘No purchase necessary’ maakt dit duidelijk

De voorzieningenrechter is van oordeel dat na eerste lezing van de mailings inderdaad de indruk kan ontstaan dat het voor opeising van de prijs noodzakelijk is om een bestelling te plaatsen. Van een gemiddeld oplettende ontvanger van dergelijke mailings mag echter worden verwacht dat hij de tekst daarvan nog eens kritisch doorleest alvorens daadwerkelijk een bestelling te plaatsen. Dit geldt temeer omdat het de gemiddelde consument door de opmaak, veel verschillende lettertypes en kleuren door elkaar, duidelijk zal zijn dat er geen sprake is van een officiële uitstraling zoals bij een prijsstoekenning mag worden verwacht. Voldoende aan-

nemelijk is dat het de geadresseerde na lezing van de bijgevoegde 'Terms and conditions', de anders dan OFT stelt duidelijk leesbaar zijn, waarin expliciet is vermeld 'No purchase necessary' duidelijk moet zijn dat het niet noodzakelijk is een bestelling te plaatsen om de prijs te kunnen opeisen. Bij kritische beschouwing van het terug te zenden formulier om de prijs op te eisen valt aan de zijkant te lezen 'no purchase necessary', terwijl bij nadere beschouwing kan worden opgemerkt dat tussen het formulier waarmee de prijs moet worden opgevraagd en de bestelbon een stippelijijn met schaarmpjes is geplaatst, waaruit blijkt dat het niet noodzakelijk is tevens de bestelbon te retourneren. Gelet op de mededelingen dat een aankoop niet noodzakelijk is, is aannemelijk dat door de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument de op de stippelijijntjes met scharen geplaatste tekst 'for increased security please return the whole page', niet zo zal worden opgevat dat zonder bestelling de prijs niet kan worden opgevraagd.

Gemiddelde Engelse consument bekend met sweepstakes

Van gemiddelde Engelse consument, die gewend is aan dergelijke mailings, mag meer oplettendheid worden verwacht dan van consument die met dit fenomeen niet bekend is

Vooralsnog is aannemelijk dat de gemiddelde Engelse consument een aanzienlijk aantal van dergelijke mailings ongevraagd krijgt toegezonden en dus kan worden aangemerkt als een consument die gewend is aan dergelijke mailings. Uit de antwoorden op de door OFT overgelegde vragenformulieren op de vraag hoeveel mailings van Best Of/Oliveal zijn ontvangen blijkt immers dat de inzenders vrijwel allen meerdere, soms vele, mailings hebben ontvangen. De voorzieningenrechter is vooralsnog van oordeel dat van een Engelse consument, omdat deze kennelijk gewend is zeer vaak dergelijke mailings te ontvangen, meer oplettendheid mag worden verwacht dan van een consument die niet of nauwelijks bekend is met dit fenomeen.

PROCESRECHT

Office of Fair Trading ontvankelijk

Office of Fair Trading is, conform art. 3:305c lid 1 BW als openbaar lichaam met zetel buiten Nederland geplaatst op de lijst, bedoeld in art. 4 lid 3 Richtlijn nr. 98/27IEG.

De voorzieningenrechter stelt vast dat OFT in haar vorderingen jegens Best Sales kan worden ontvangen. OFT is, conform art. 3:305c lid 1 BW als openbaar lichaam met zetel buiten Nederland geplaatst op de lijst, bedoeld in art. 4 lid 3 Richtlijn nr. 98/27IEG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen (PbEG L IGG). Voorts heeft OFT, conform het bepaalde in art. 3:305a lid 2 BW aangetoond dat zij in voldoende mate heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met Best Sales te bereiken en is de

voorzieningenrechter van oordeel dat de bij de vorderingen betrokken belangen van Engelse consumenten zich voor bundeling lenen.

Vindplaatsen: IER 2007, nr. 17, p. 57, m.nt. Kabel

Vzgr Rb Breda, 24 oktober 2006

(M.M. Steenbeek)

(...)

De rechtspersoon naar buitenlands recht Office of Fair Trading, gevestigd te Londen, Engeland, eiseres,

adv.: mr. E. Verweij te Leiden,

proc.: mr. E.E.M. Wagemakers,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Best Sales B.V., gevestigd te Oosterhout,

gedaagde,

adv.: mr. L.S. Kerkman te Amsterdam.

proc.: mr. NT. ter Haar Romeny,

1. De procedure

(...)

2. Het geschil

2.1. OFT vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad om:

1. gedaagde te bevelen om onmiddellijk, althans binnen 24 uur na betekening van dit vonnis, het verzenden aan inwoners van het Verenigd Koninkrijk van:

(i) mailings, reclame-uitingen en/of commerciële communicatie zoals zijn overgelegd als productie 5; en

(ii) mailings, reclame-uitingen en/of commerciële communicatie die op soortgelijke wijze als de sub I (i) van dit petitum bedoelde mailings c.q. reclame-uitingen misleidend zijn, en;

(iii) mailings, reclame-uitingen en/of commerciële communicatie houdende mededelingen die stellen of suggereren dat:

(a) de geadresseerde een (geld)prijs heeft gewonnen terwijl dat in werkelijkheid niet heeft plaatsgevonden noch zal plaatsvinden; en/of

(b) de geadresseerde een geldprijs en/ of een andere prijs zal ontvangen, terwijl in werkelijkheid de geadresseerde de mogelijkheid heeft om mee te spelen in een loterij c.q. prijstrekking; en/of

(c) een snelle reactie van de geadresseerde is vereist teneinde de (geld) prijs veilig te stellen; en/of

(d) het bestellen van een of meerdere producten een voorwaarde is voor het in ontvangst kunnen nemen van de (geld)prijs; en/of

(e) de geadresseerde eerder over de gewonnen (geld)prijs zal kunnen beschikken indien de geadresseerde een of meerdere producten bestelt, te staken en gestaakt te houden op straffe van een dwangsom van € 1.000.000 te voldoen per verzonden mailing c.q. reclame-uiting,

II. Best Sales te bevelen om onmiddellijk, althans binnen 48 uur na betekening van dit vonnis, een door een registeraccountant gecertificeerde lijst van adressen en namen van alle (in de periode van mei 2004 tot en met de dag van dit vonnis) geadresseerden in het Verenigd

Koninkrijk aan OFT, althans aan een door OFT aan te wijzen onafhankelijke derde te overhandigen;

III. Best Sales te bevelen om onmiddellijk, althans binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis, alle geadresseerden (als bedoeld in het gevorderde sub II van het petitum) op kosten van Best Sales een brief te zenden met de navolgende inhoud:

"Addressee

Ref: rectification pursuant to court order.

Dear Sir/Madam,

We have been sending you mailings in the name of 'Best Of' and 'Oliveal' in which it was stated and/or guaranteed or of which at least the wording gave you the impression that you had won a large sum of money or another prize, that you could collect by returning a form enclosed in the mailings. It was also stated, or at least the impression was given, that placing an order from the enclosed catalogue was required to secure your prize or at least placing an order would give you the advantage of receiving the prize you had won as promptly as possible. However, you had not won a large sum of money or any other prize yet nor would the prize be sent to you (sooner) by placing an order with us.

Upon request of the Office of Fair Trading the Court of Breda in The Netherlands has judged these mailings and statements to be misleading. Best Sales has therefore acted in contravention with the law (regarding misleading advertisements) and has ordered Best Sales inter alia to (i) cease dispatch of these misleading advertisements and (ii) to send this letter to all addressees of the mailings.

We apologise for having misled you with our mailings"

IV. Best Sales te bevelen om onmiddellijk, althans binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis, op kosten van Best Sales een beëdigde vertaling in de Engelse taal van dit vonnis op te laten maken en deze vertaling openbaar te maken door integrale publicatie daarvan in twee door OFT aan te wijzen dag- of weekbladen in het Verenigd Koninkrijk, althans door integrale publicatie daarvan in The Daily Mail en The Sun, in een normaal lettertype, lettergrootte en omvang;

V Best Sales te bevelen om binnen tien dagen na betekening van dit vonnis ter controle aan de raadsman van OFT kopieën van de sub IV van het petitum bedoelde publicaties te zenden;

VI Best Sales te veroordelen om binnen tien dagen na betekening van dit vonnis aan de raadsman van OFT schriftelijk mede te delen de namen en adressen van de huidige aandeelhouders van Best Sales - zulks gestaafd met kopieën van het volledige en tot die dag bijgewerkte aandeelhoudersregister -de aandeelhouders van die aandeelhouders, enz. tot de gegevens te herleiden zijn tot natuurlijke personen;

VII OFT toe te staan dit vonnis integraal te publiceren op haar website;

VIII Best Sales te veroordelen om aan OFT een dwangsom van € 10 000 te voldoen per dag of dagdeel dat Best Sales in gebreke blijft aan het sub II tot en met VI van het petitum te voldoen;

IX Best Sales te veroordelen in de kosten van deze procedure.

2.2. Best Sales voert verweer.

3. De feiten

3.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen van partijen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

a. OFT, een orgaan, door de Engelse overheid belast met het toezicht op de naleving van het consumentenrecht, heeft van Engelse consumenten klachten ontvangen ten aanzien van door hen ontvangen mailings van Best Sales, waarin aan de geadresseerde wordt medegedeeld dat hij/zij een prijs heeft gewonnen.

b. OFT heeft als productie 5a (I) tot en met 5a (IV) en 5b (1) tot en met 5b (III) een zevental door Best Sales aan inwoners van het Verenigd Koninkrijk gezonden mailings overgelegd.

e. Voornoemde mailings verschillen uiterlijk en inhoudelijk, maar hebben de navolgende overeenkomende kenmerken:

1. Best Sales verzendt de mailings 10 grote aantallen - ongevraagd individueel met naam en adres en met persoonlijke aanspreektitel aan personen in het Verenigd Koninkrijk;

2. de geadresseerde wordt in stellige bewoordingen medegedeeld dat hij/zij een grote prijs of cheque heeft gewonnen, hetgeen op meerdere wijzen en plaatsen wordt aangegeven met gebruikmaking van grote, vetgedrukte, handgeschreven en/of onderstreepte letters en opvallende kleuren;

3. alle mailings gaan vergezeld van een brochure waarin producten van Best Sales te koop worden aangeboden, een te retourneren formulier om de prijs op te eisen, met daaronder een bestellijst waarop een bestelling voor een product is voorgedrukt en een voorbedrukte antwoordvelop.

4. De voorwaarden ('terms and conditions') zijn bijgevoegd.

d. Uit de terms and conditions blijkt dat alle mailings in 2005-2006 zijn verzonden, te weten: game TC 102 met een prijs van 10 000 met deadline 31-03-05 (prod. Sa III) game TC 102 met een prijs van 10 000 met deadline 31-03-05 (prod. Sb II) game TC 102 met een prijs van 10 000 met deadline 31-03-05 (prod. Sb III) game TC 105 met een prijs van 10 000 met deadline 30-11-05 (prod. Sa I) game TC 108 met een prijs van 5900 met deadline 31-05-06 (prod. Sa IV) game TC 109 met een prijs van 11 500 met deadline 31-12-06 (prod. Sa II) game TC 110 met een prijs van 11 500 met deadline 31-12-06 (prod. Sb I)

e. OFT heeft Best Sales op 12 april 2005 benaderd en verzocht een 'Undertaking' te ondertekenen, die een eenzijdige belofte behelst dat zij voortaan in overeenstemming met de regels uit de Richtlijn nr. 841 850/EG en de daarop volgende wijzigingen, zullen handelen.

f. De heren Jansen en Van Gils, destijds werkzaam voor Best Sales, hebben de Undertakings in 2005 op persoonlijke titel ondertekend, maar Best Sales weigert de Undertaking te ondertekenen.

4. De beoordeling

4.1. De voorzieningenrechter stelt vast dat OFT in haar vorderingen jegens Best Sales kan worden ontvangen. OFT is, conform art. 3:305c lid 1 BW als openbaar lichaam met zetel buiten Nederland geplaatst op de lijst, bedoeld in art. 4 lid 3 Richtlijn nr. 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van consumentenbelangen (PbEG L IGG). Voorts heeft OFT, conform het bepaalde in art. 3:305a lid 2 BW aangetoond dat zij in voldoende mate heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met Best Sales te bereiken en is de voorzieningenrechter van oordeel dat de bij de vorderingen betrokken belangen van Engelse consumenten zich voor bundeling lenen.

4.2. OFT grondt haar vorderingen op de stelling dat Best Sales onrechtmatig handelt in de zin van art. 6:194 BW en als bedoeld in de Europese richtlijnen nr. 84/450/EG, nr. 97/SS/EG en nr. 2005/29/EG. Hiertoe voert OFT aan dat de consument door Best Sales niet of in onvoldoende mate wordt gewezen op de risico's en de werkelijke situatie, zodat de consument, met de beloofde prijs in het vooruitzicht, ertoe wordt bewogen om een of meerdere producten te bestellen, waardoor de consument wordt beïnvloed in zijn economisch gedrag en de collectieve belangen van de staatsburgers van het Verenigd Koninkrijk worden geschaad.

4.2.1. OFT stelt dat de geadresseerden, die bestaan uit oudere, laagopgeleide personen, na lezing van de mailing van Best Sales in de veronderstelling verkeren dat zij de geldprijs al hebben gewonnen en het enige dat zij hoeven te doen om de geldprijs in ontvangst te kunnen nemen, is tijdig reageren door retournering van een daartoe bijgevoegd formulier, waaronder een bestelformulier is afgedrukt voor producten uit de brochure. Daarbij wordt in de mailings op verschillende manieren de indruk gewekt dat het voor de ontvangst, dan wel de versnelde ontvangst van de prijs noodzakelijk is om een bestelling te plaatsen. Op alle formulieren is immers aangegeven: 'for increased security, please return the whole page'. OFT betoogt dat de bijgesloten terms and conditions veelal op een aparte bijlage in kleine letters en/of onoverzichtelijk zijn weergegeven, zodat de inhoud daarvan onvoldoende duidelijk is.

4.2.2. OFT licht toe dat het misleidende karakter van de mailings van Best Sales met name is gelegen in het feit dat deze de mededeling inhouden of suggereren dat:

a. de geadresseerde een grote (geld)prijs heeft gewonnen en de garantie dat deze door de ontvanger zal worden ontvangen, terwijl vrijwel geen van de ontvangers de (geld) prijs ontvangt of zal ontvangen; en/of

b. de geadresseerde een geldprijs en/of een andere prijs zal ontvangen, terwijl in werkelijkheid de geadresseerde slechts meespeelt in een loterij c.q. prijstrekking waarvan de prijstrekking al heeft plaatsgevonden, en waarbij slechts een (of enkele) geadresseerde(n) van alle geadresseerden van dezelfde mailing mogelijk een prijs heeft gewonnen; en/of

c. het een officieel bericht betreft, met name omdat aangegeven wordt dat de trekking van de prijs heeft plaatsgevonden en wel onder toezicht van een onafhan-

kelijk toezichthouder en/of dat de toekenning van de prijs aan de geadresseerde is bevestigd door een onafhankelijke toezichthouder; een snelle reactie van de geadresseerde is vereist teneinde de (geld)prijs veilig te stellen, terwijl er van veiligstellen geen sprake kan zijn omdat de prijs nog niet is gewonnen; en/of e. het bestellen van een of meerdere producten een voorwaarde is voor het in ontvangst kunnen nemen van de (geld)prijs, terwijl de bestelling van de producten in principe los staat van de ontvangst van de (geld)prijs; en/of

f. de geadresseerde eerder over de gewonnen (geld)prijs zal kunnen beschikken indien de geadresseerde een of meerdere producten bestelt, terwijl de (geld)prijs zelfs na bestelling van producten niet worden ontvangen.

4.3. Best Sales betwist dat zij onrechtmatig handelt en voert hiertoe aan dat sweepstakeacties in het Verenigd Koninkrijk niet wettelijk zijn verboden en dat in Engeland van oudsher veelvuldig gebruik wordt gemaakt van sweepstake-acties, zodat de Engelse consument daarom bij uitstek bekend is met sweepstakes en vergelijkbare vormen van direct marketing. Best Sales licht toe dat zij om die reden vanaf 2004 bij de marketing van haar producten in het Verenigd Koninkrijk gebruikmaakt van sweepstakes, waarbij de trekking van winnende nummers reeds vooraf (dat wil zeggen voor verzending van de mailing) heeft plaatsgevonden, deelname mogelijk is zonder koopverplichting en de consument in verband met deelname geen betaling hoeft te verrichten. Best Sales stelt dat zij daadwerkelijk overgaat tot uitkering van één hoofdprijs per 'draw' en heeft ter onderbouwing brieven verzonden aan twee prijswinnaars overgelegd. Volgens Best Sales is het de gemiddelde, normaal geïnformeerde en redelijk oplettende Engelse consument door het totaalbeeld van de mailings aanstonds duidelijk dat het hier gaat om een sweepstake waarbij het winnen van een prijs allerminst gegarandeerd is, omdat het taalgebruik in de mailing zeer overdreven is, verschillende lettertypen en grafische effecten door elkaar heen worden gebruikt, daarnaast felle kleuren, stickers en afbeeldingen worden gebruikt en de mailing wordt verzonden in de ook in Nederland bekende (soms goudkleurige) enveloppe voorzien van vele namaakstempels. Bovendien bevatten alle mailings een niet voor enig misverstand vatbare weergave van 'the terms and conditions', waarin onder meer is vermeld 'No purchase necessary'. Anders dan OFT stelt zijn deze terms and conditions afgedrukt in een normaal lettertype en goed leesbaar.

4.4. Met partijen acht de rechtbank gelet op de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad Nederlands recht toepasselijk. Daarbij gaat het in de eerste plaats om art. 6:194 BBW, welk artikel mede de omzetting in Nederlandse wetgeving van relevante bepalingen van Richtlijn nr. 1984/450/EG jo. nr. 97/55/EG betreffende misleidende reclame omvat. Art. 6:194 BW dient te worden uitgelegd in het licht van die richtlijn, zoals die mede blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In de enuntiatieve opsomming in Bijlage I van Richtlijn nr. 2005/29/EG van handelspraktijken die onder alle om-

standigheden als oneerlijk worden beschouwd wordt onder nummer 31 de litigieuze sweepstake vermeld. Anders dan OFT meent kan bij die uitleg die Richtlijn echter nog niet worden betrokken omdat zij nog niet in Nederlandse wettelijke bepalingen is omgezet en richtlijnen als zodanig zonder omzetting niet tegen particulieren -waaronder ook rechtspersonen als Best Sales worden begrepen -kunnen worden ingeroepen. Daarbij is nog van belang dat Richtlijn nr. 2005/29/EG, in elk geval wat betreft de kwalificering van sweepstakes als oneerlijk, ook niet kan worden beschouwd als codificatie van de door de beslissingen van het Hof van Justitie ontstane jurisprudentie op het terrein van misleidende reclame. Dat blijkt uit de considerans van de Richtlijn, met name uit de alinea's (17) en (18).

4.5. Uitleg van art. 6:194 BW, waarin is bepaald dat hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, onrechtmatig handelt, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is, conform de Richtlijn nr. 84/450/EG leidt in het onderhavige geval tot de toets of de onderhavige mailings aan te merken als een vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economisch gedrag kan beïnvloeden. Meer concreet staat ter beoordeling of de inhoud van de mailing misleidend is in die zin dat de geadresseerde door de misleiding tot aankoop van een product wordt bewogen.

4.5.1. **Beïnvloeding economisch gedrag door misleidend karakter.**

Beschouwing van de onderhavige mailings van Best Sales wijst uit dat het reclamemateriaal betreft dat duidelijk in grote oplage is aangemaakt, verzonden is in een enveloppe met daarop kleurige tekst en stempels, die meerdere documenten, een antwoordersveloppe en een catalogus met producten bevat. De documenten vermelden in felle kleuren en verschillende lettertypes en met overdreven bewoordingen dat de geadresseerde een geldprijs heeft gewonnen. De geadresseerde wordt uitgenodigd om een formulier te retourneren om de geldprijs op te eisen. Op dit formulier wordt aan de zijkant in verticaal geplaatste tekst in een klein lettertype verwezen naar de 'terms and conditions' en is tevens vermeld 'No purchase necessary'. Onderaan dit formulier is een bestelbon afgedrukt die reeds is ingevuld met een bestelling van 1 product. Het retourformulier om de prijs op te eisen en de bestelbon zijn onder elkaar afgedrukt en van elkaar gescheiden door een stippellijn met aan weerszijden een schaarstijp. In het midden van de stippellijn is vermeld: 'For increased security, please return the whole page!' Iedere mailing bevat tevens 'the terms and conditions', die ongeveer gelijkkluidend zijn. Als voorbeeld worden hierna the terms and conditions van prod. 5a I weergegeven:

Terms & conditions-game TC 105-250112521-IDENTIFICATION SLIP FOR THE £[10.000,00 PRIZE] OPERATION -A winning claim number bela-

ding to the Game TC 105 has been pre-selected by an independent Supervisor prior to mailing on a list of numbers assigned to selected recipients. In this draw which could appear under various forms and names there is a cash prize of £ 10.000,00. The sole First prize winner is the person whose number matches with the one drawn by the Independent Supervisor. The draw is open to each person over the age of 18 years. Entries from employees, subsidiaries, agents or suppliers will not be permitted. The documents required to participate have to be returned before the deadline of 30/11/2005. No purchase is necessary. This game comprises a main prize and additional prize awards. The prizes at stake are: a bank cheque for £ 10.000,00 (ten thousand Pounds) and as many prize awards as there are participants i.e. a £ 1 (one Pound) commercial value voucher cheque numbered 255 448 714 valid exclusively on all 'Best Of (...)' catalogues until 28/02/2006. Every recipient has been awarded a registered claim number. This claim number enables the recipient to participate if he/she returns the required documents within the deadline. By returning the required documents participants agree to be bound by these terms and conditions. For this operations, each participant has to send back the 'Identification Slip for the £ 10.000,00 Prize' valid as a separate entry document along with the 'Personal Identity Sticker' affixed on it in the reply envelope provided before the 30/11/2005 to 'BEST OF (...)' ref. 2501 12521 – GNO/GNO/134911/BEODD- P.O. BOX 66-HOUNSLOW-TW5 9 RT. (.. .) If the prize winner participated within the time-limit he/she will be told in writing by recorded delivery within 28 days after the closing date of the draw. The winner will only receive the prize when he/she claims the prize personally within 90 days after the closing date of the draw otherwise he/she will forfeit all his/her rights. Then he/she could be sent the cheque within 48 hours as soon as his/her answer confirming in writing his/her acceptance of the price is received. The details of the winner will be sent to anyone sending a written request to 'BEST OF (...)' ref. 250112521-GNOI GNOI134911BEODD -PO. BOX 66HOUNSLOW- TW59 RT once at least 28 days have passed after the closing date of the draw. The winner may be required to take part in post-event publicity. If the prize is not claimed by the winner or claimed after the 90 days period has expired it will remain the property of 'BEST OF (...)' . All or part of the sum may however be re-drawn between the original participants or donated to Charity at the option of 'BEST OF (...)' in its absolute discretion. The terms and conditions of this game are printed within the game documentation and can also be obtained for free on written request to 'BEST OF (...)' re[. 250112521-GNOIGN011349111 BEODD -P.O. BOX 66-HOUNSLOW-TW5 9 RI: 'BEST OF (...)' Company is not responsible for printing errors or such other mistakes. '

De voorzieningenrechter is van oordeel dat na eerste lezing van de mailings inderdaad de indruk kan ontstaan dat het voor opeising van de prijs noodzakelijk is

om een bestelling te plaatsen. Van een gemiddeld oplettende ontvanger van dergelijke mailings mag echter worden verwacht dat hij de tekst daarvan nog eens kritisch doorleest alvorens daadwerkelijk een bestelling te plaatsen. Dit geldt temeer omdat het de gemiddelde consument door de opmaak, veel verschillende lettertypes en kleuren door elkaar, duidelijk zal zijn dat er geen sprake is van een officiële uitstraling zoals bij een prijstoekenning mag worden verwacht. Voldoende aannemelijk is dat het de geadresseerde na lezing van de bijgevoegde 'Terms and conditions', de anders dan OFT stelt duidelijk leesbaar zijn, waarin expliciet is vermeld 'No purchase necessary' duidelijk moet zijn dat het niet noodzakelijk is een bestelling te plaatsen om de prijs te kunnen opeisen. Bij kritische beschouwing van het terug te zenden formulier om de prijs op te eisen valt aan de zijkant te lezen 'no purchase necessary', terwijl bij nadere beschouwing kan worden opgemerkt dat tussen het formulier waarmee de prijs moet worden opgevraagd en de bestelbon een stippellijn met schaaftjes is geplaatst, waaruit blijkt dat het niet noodzakelijk is tevens de bestelbon te retourneren. Gelet op de mededelingen dat een aankoop niet noodzakelijk is, is aannemelijk dat door de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument de op de stippellijntjes met scharen geplaatste tekst 'for increased security please return the whole page', niet zo zal worden opgevat dat zonder bestelling de prijs niet kan worden opgevraagd.

4.5.2. De gemiddelde consument

Blijkens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EG dient de nationale rechter bij de beoordeling of een mededeling misleidend kan zijn, uit te gaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. Volgens OFT blijkt uit de ingevulde enquêteformulieren duidelijk dat de mailings van Best Sales gericht waren op oudere personen die daarnaast laag opgeleid zijn en dient voormeld begrip met het oog op de bijzondere omstandigheden van deze doelgroep te worden geïnterpreteerd. Best Sales heeft echter betwist dat zij haar mailings verzendt aan nauwkeurige beperkte groepen en gesteld dat zij de mailings in grote aantallen heeft verzonden aan personen boven de 18 jaar en dat de adressen afkomstig zijn van zogenaamde randomlijsten die zij heeft aangekocht. In het midden kan blijven of bedoelde maatstaf zou moeten worden aangepast reeds omdat uitsluitend of in hoofdzaak oudere, minder goed opgeleide personen zouden zijn benaderd omdat niet, althans onvoldoende aannemelijk is geworden dat Best Sales dat heeft gedaan. De enkele omstandigheid dat de klachten die OFT heeft ontvangen alle of in meerderheid afkomstig zijn van oudere personen levert daarvoor onvoldoende bewijs.

4.5.3. In het onderhavige geval bestaat het publiek waartoe de mededeling zich richt uit onderdanen van het Verenigd Koninkrijk. Vooralsnog is aannemelijk dat de gemiddelde Engelse consument een aanzienlijk aantal van dergelijke mailings ongevraagd krijgt toegesonden en dus kan worden aangemerkt als een consument die gewend is aan dergelijke mailings. Uit

de antwoorden op de door OFT overgelegde vragen-formulieren op de vraag hoeveel mailings van Best Of/Oliveal zijn ontvangen blijkt immers dat de inzenders vrijwel allen meerdere, soms vele, mailings hebben ontvangen. De voorzieningenrechter is voortsnog van oordeel dat van een Engelse consument, omdat deze kennelijk gewend is zeer vaak dergelijke mailings te ontvangen, meer oplettendheid mag worden verwacht dan van een consument die niet of nauwelijks bekend is met dit fenomeen.

4.6. Op grond van al hetgeen hiervoor is overwogen komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat na kritische lezing van de mailings verzonden door Best Sales, hetgeen van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone Engelse consument verwacht mag worden, in ieder geval voldoende duidelijk moet zijn dat de bestelling van een product niet nodig is om de prijs op te eisen. Dit wordt in de terms and conditions duidelijk omschreven als 'No purchase is necessary', terwijl op het te retourneren formulier verticaal aan een zijde een verwijzing naar de terms and conditions staat afgedrukt met de zin 'no purchase necessary'. Daaruit volgt dat de mailings van Best Sales naar de thans (nog) geldende maatstaven niet zijn aan te merken als reclame die de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economisch gedrag kan beïnvloeden.

De vorderingen komen daarom niet voor toewijzing in aanmerking.

4.7. OFT dient als de in het ongelijk te stellen partij te worden verwezen in de kosten van het geding gevallen aan de zijde van Best Sales.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1 weigert de gevorderde voorzieningen;

5.2 veroordeelt OFT in de kosten van deze procedure aan de zijde van Best Sales, tot op heden begroot op €1.064, waaronder begrepen een bedrag van €816 aan salaris;

5.3 verklaart dit vonnis wat voormelde kostenveroordeeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.