

College van Beroep RCC, 29 maart 2010, Artiesten v Heineken

RECLAMERECHT

“Wet” in Nederlandse Reclame-Code omvat ook toetsing rechtmatigheid individuele rechtsverhouding

- Dat het begrip "de wet" in de zin van artikel 2 NRC beperkt zou moeten worden uitgelegd, in die zin dat de uiting slechts aan bepaalde wetten of wetsbepalingen, meer in het bijzonder aan bepalingen die niet individuele rechtsverhoudingen betreffen, zou kunnen worden getoetst, vindt in zijn algemeenheid geen grondslag in de NRC.

De Commissie en het College zijn bevoegd om zich - indien dit aan de orde is- van geval tot geval uit te laten over de vraag of een reclame-uiting al dan niet in overeenstemming is met enige wet. In het verleden is al meermalen van deze bevoegdheid gebruik gemaakt.

Enkele inbreuk op recht nog geen strijd met Nederlandse Reclame-Code

- De enkele omstandigheid dat door middel van een reclame-uiting inbreuk wordt gemaakt op enig (ander) wettelijk gewaarborgd recht van de klager, doet de uiting zelf nog niet in strijd zijn met de normen waaraan een reclame-uiting moet voldoen en brengt nog niet mee dat de Commissie en het College de uiting als zodanig reeds niet in overeenstemming met de wet als in art. 2 NRC bedoeld dienen te achten.

Dat bijvoorbeeld in een civiele procedure kan worden opgetreden uit hoofde van een merkrecht of auteursrecht tegen een reclame-uiting door middel waarvan inbreuk op dat recht wordt gemaakt, is op zichzelf niet toereikend om de reclame-uiting als zodanig in strijd te achten met art. 2 NRC op de grond dat deze niet in overeenstemming is met merkenrechtelijke bepalingen of de Auteurswet. Datzelfde geldt als in een civiele procedure kan worden opgetreden uit hoofde van onrechtmatige daad; die enkele omstandigheid doet de uiting niet in strijd zijn met art. 2 NRC op de grond dat de reclame-uiting zelf niet in overeenstemming is met art. 6:162 BW.

- De omstandigheid dat door middel van de uiting inbreuk wordt gemaakt op een wettelijk recht van

de klager als hiervoor bedoeld of dat het bezigen van de uiting jegens de klager onrechtmatig is, zal wel een meer of minder zwaarwegende factor kunnen vormen die wordt betrokken bij de beoordeling of de reclame-uiting overigens in strijd is met de in een wet of in de desbetreffende reclamecodes neergelegde normen waaraan een uiting moet voldoen.

Zo zal de omstandigheid dat de civielrechtelijk ongeoorloofde wijze waarop in de reclame-uiting gebruik wordt gemaakt van het merk of het portret van de klager van belang kunnen zijn voor de beantwoording door de Commissie en het College van bijvoorbeeld de vraag of de reclame-uiting tegenover het in aanmerking komende publiek misleidend is als bedoeld in art. 8 NRC.

- Dat betekent dat de Commissie en het College aan die stellingen onvoldoende gewicht kunnen toekennen indien de juistheid daarvan niet onmiskenbaar is gebleken.

Merkrecht

- Merkinbreuk niet onmiskenbaar gebleken

Volgens grief 5 en de mondelinge toelichting daarop is het gebruik van de in die grief genoemde merken door Heineken in strijd met artikel 2.20 lid 1 onder d BVIE juncto artikel 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn, omdat naar de mening van appellanten -kort gezegd- door dat gebruik, zonder geldige reden, door Heineken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van die merken. Gelet op hetgeen appellanten ter zake naar voren hebben gebracht en hetgeen Heineken daartegenover heeft aangevoerd, kan niet met voldoende mate van zekerheid worden geoordeeld dat genoemde bepalingen zijn overtreden.

Portretrecht

- Het is niet onmiskenbaar duidelijk in hoeverre Heineken al dan niet expliciet toestemming van de artiesten, die in hun hoedanigheid van publieke figuren zijn afgebeeld, nodig had, alvorens hun afbeeldingen in de gewraakte uiting op te nemen.

In haar verweer heeft Heineken erop gewezen dat foto's van concerten en artiesten, ook van die van de appellende artiesten, alom beschikbaar zijn gesteld op het internet en elders, juist met het oog op publiciteit. Naar Heineken heeft meegedeeld, wordt het beeldmateriaal voor de muziekagenda in opdracht van Heineken geselecteerd door een professioneel, daarin gespecialiseerd bureau, NL Unlimited, en verkrijgt dit bedrijf beelden op verschillende manieren. Zo worden door de muziekpodia bijvoorbeeld beelden van flyers gemaald met het doel deze in het kader van publiciteit verder te gebruiken. In dit verband is hetgeen appellanten hebben aangevoerd, dat de afbeeldingen van de artiesten niet door of vanwege de platenmaatschappijen of het management van de artiesten zijn verspreid, niet voldoende overtuigend om te kunnen aannemen dat (Heineken ervan moest uitgaan dat) de artiesten voor het gewraakte gebruik geen toestemming hebben gegeven en zij daar-

om een redelijk commercieel of persoonlijkheidsbelang hebben dat zich tegen de onderhavige publicatie verzet.

Geen onmiskenbaar ongeoorloofd aanhaken

• [Niet kan worden geoordeeld dat Heineken onmiskenbaar onrechtmatig of onfatsoenlijk aanhaakt bij de investeringen, prestaties en goodwill van Mojo door in de context van de onderhavige muziekagenda, waarin een groot aantal optredens en evenementen staan vermeld, ook te verwijzen naar door Mojo georganiseerde evenementen.](#)

Hieraan doet niet af dat Mojo haar investeringen probeert terug te verdienen en haar risico's probeert af te dekken door onder meer het sluiten van sponsorovereenkomsten, waarbij aan sponsors het recht wordt verleend om in reclame de door Mojo georganiseerde evenementen te vermelden.

Vindplaatsen: IER 2010, nr. 61, p. 416, m.nt. de Cock Buning

College van Beroep RCC, 29 maart 2010

(W.A.M. van Schendel, P.L. Blok, E.H. Glasius, N.A.M. van Herten en H.P. Kuijpers)

COLLEGE VAN BEROEP

Dossier 2009/00626 CvB

Beslissing van het College van Beroep

In het appel van:

1. De leden van de (muziek-)groepen U2, Fleetwood Mac, UB40 en Placebo en de zanger Eros Ramazzotti, allen zonder bekende woon- of verblijfplaats in Nederland,
2. Not Us Ltd., zonder bekende vestigingsplaats in Nederland,
3. Mojo Concerts B.V., gevestigd te Delft, appellanten.

Geïntimeerden:

1. Heineken Nederland B.V.,
 2. Heineken International B.V.,
- beide gevestigd te Amsterdam en mede kantoorhoudende te Zoeterwoude.

Inzake : de beslissing van de Reclame Code Commissie van 28 oktober 2009 in dossier 2009/00626.

1. De procedure

Namens appellanten (hierna ook: "de artiesten", "Not Us" en Mojo") is mr. M. Bunders, advocaat, tijdig in beroep gekomen van de aan deze uitspraak gehechte beslissing van de Reclame Code Commissie (hierna: de Commissie).

Namens geïntimeerden (hierna ook: Heineken) heeft mr. E.H. Hoogenraad, advocaat, op het appelschrift gereageerd.

Bij brieven van 20 november 2009 en 8 januari 2010 heeft mr. Bunders producties overgelegd.

Het College van Beroep (hierna: het College) heeft de zaak behandeld in zijn vergadering van 18 januari 2010.

Namens appellanten is verschenen mr. R Brouwers, bijgestaan door mr. Bunders voornoemd, die vergezeld was van een kantoorgenoot.

Namens geïntimeerden zijn verschenen R van Griensven, mr. RT.G.J. Neijenhof en D. Vos, bijgestaan door mr. Hoogenraad voornoemd en haar kantoorgenoot mr. M. Haak.

2. De grieven

Ter inleiding op de grieven stellen appellanten - samengevat- het volgende.

De Commissie heeft miskend dat iedere pagina van de muziekagenda op www.heineken.nl als geheel een reclame-uiting is.

Er zijn door of met toestemming van de artiesten geen "press kits" met hun afbeeldingen verspreid. Indien dat al gebeurd zou zijn, is het Heineken niet toegestaan om die afbeeldingen in haar reclame te gebruiken.

De grieven kunnen als volgt worden samengevat.

Grievens 1 tot en met 4.

De stellingen van appellanten zijn in de beslissing van de Commissie onjuist weergegeven.

Ad grief 1.

Alleen het bezwaar tegen het publiceren van de foto's van de artiesten is gebaseerd op de door de Auteurswet beschermde belangen van de artiesten. Het gaat om de artikelen 20 en 21 Auteurswet. Wat betreft het bezwaar tegen het publiceren van de namen en optredens van de artiesten, hebben de artiesten zich beroepen op onrechtmatig gebruik in de zin van artikel 6:162 BW, althans op het fatsoen. Dit geldt subsidiair ook voor het gebruik van de afbeeldingen van de artiesten. Daarnaast is sprake van misleidende reclame.

Ad grief 2.

Het beroep op artikel 21 Auteurswet is uitsluitend gedaan in verband met het gebruik van de afbeeldingen van de artiesten. Wat betreft dit gebruik hebben de artiesten zich ook beroepen op artikel 20 Auteurswet.

Ad grief 3.

De artiesten hebben uitsluitend gesteld dat zij een redelijk persoonlijkheidsbelang (en dus niet ook een commercieel belang) hebben om zich tegen vermelding en/of afbeelding in de reclame van Heineken te verzetten teneinde de ongewenste (kans op) vereenzelviging met de reclame van Heineken te voorkomen. Vanwege hun verzilverbare populariteit hebben de artiesten zich daarnaast op hun redelijk commercieel belang beroepen.

Ad grief 4.

De artiesten hebben uitsluitend in verband met hun persoonlijkheidsbelang (om niet ongewenst met reclame van Heineken te (kunnen) worden vereenzelvigd) gesteld dat zij om die reden uiterst zorgvuldig omgaan met de commerciële exploitatie van onder meer hun naam en afbeelding door middel van reclame.

Grief 5.

Ten onrechte heeft de Commissie overwogen "dat klagers hebben nagelaten hun klacht ter zake van de schending van de merkrechten van klagers Mojo en Not US verder te onderbouwen", althans die klacht zal hierna verder worden onderbouwd. Mojo is onder meer in de Benelux houder van de inschrijving van de merken "North Sea Jazz Festival", "A Camping Flight to Lowlands Paradise", "Lowlands Paradise" en "Lowlands".

Not Us is onder meer in de Benelux houder van de inschrijving van het merk "U2".

Het gebruik in de gewraakte reclame van bovengenoemde merken is in strijd met artikel 2.20 lid 1 onder d BVIE juncto artikel 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn, omdat er sprake is van het gebruik van deze merken anders dan ter onderscheiding van de producten van Heineken, terwijl door het gebruik van de merken door Heineken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van de merken.

Grief 6.

Hetgeen de Commissie heeft overwogen onder 3 is onjuist. De Commissie heeft miskend dat de onderhavige foto's in opdracht van de artiesten zelf, althans in opdracht van een ander maar ten behoeve van de artiesten zijn gemaakt en dat op grond van artikel 20 Auteurswet voor iedere openbaarmaking van dergelijke in opdracht gemaakte afbeeldingen (portretten) altijd de toestemming van de geportretteerde vereist is. De artiesten hebben nooit aan Heineken toestemming verleend om hun afbeeldingen openbaar te maken in de onderhavige reclame. Reeds daarom is het gebruik door Heineken van de afbeeldingen jegens de artiesten ingevolge artikel 20 Auteurswet onrechtmatig, althans in strijd met het fatsoen. Verder hebben noch appellanten noch platenmaatschappijen waar de artiesten onder contract staan ooit "press kits" met de afbeeldingen van de artiesten verspreid.

Grief 7

Ten onrechte heeft de Commissie onder 4 -samengevat- overwogen dat Heineken de foto's heeft gebruikt op een wijze die overeenstemt met het doel waarvoor zij zijn verspreid, te weten in verband met een optreden van de desbetreffende artiest en dat de artiesten geen redelijk respectievelijk bijzonder belang hebben om zich tegen publicatie van de foto's in verband met de muziekagenda respectievelijk de vermelding van hun naam te verzetten. Er zijn nooit "press kits" met foto's van de artiesten verspreid in verband met hun optredens. Wel degelijk kunnen de artiesten zich tegen het gebruik van hun afbeeldingen verzetten, en wel op grond van de artikelen 20 en 21 van de Auteurswet.

Grief 8

Ten onrechte heeft de Commissie onder 4 overwogen: "Dat die publicatie plaatsvindt op een website die niet los kan worden gezien van de aanprijzing van alcoholische drank, doet aan het voorgaande niet af". In dit verband heeft de Commissie miskend dat iedere pagina van de muziekagenda als geheel een reclame-uiting is. Ook de overweging onder 4 dat "de artiesten geen bezwaar hebben tegen de publicatie van hun foto's op de website van Grolsch" is onjuist, omdat op die website geen foto's van de artiesten of andere artiesten voorkomen.

Grief 9

Hetgeen de Commissie heeft overwogen onder 5 is onjuist, aangezien het door de Commissie geconstateerde verschil met de zaak van de Camel-concertagenda er niet is. Ook de artiesten die thans klager zijn, hebben

niet expliciet of impliciet ingestemd met publicatie van hun namen en foto's in de gewraakte reclame.

Grief 10

Ten onrechte heeft de Commissie geen acht geslagen op de door Mojo aangevoerde grond dat Heineken onrechtmatig althans onfatsoenlijk heeft aangehaakt bij de investeringen, prestaties en goodwill van Mojo als organisator van de betreffende evenementen.

Grief 11

Ten onrechte heeft de Commissie onder 6 geoordeeld "dat het enkele feit dat de website is ingericht in de huisstijl van Heineken en ook onmiskenbaar aan het gelijkkluidende merk is gerelateerd, in het onderhavige geval nog niet meebrengt dat de consument zal menen dat alle op die website genoemde artiesten en evenementen door Heineken worden gesponsord".

Iedere gewraakte pagina dient te worden aangemerkt als een afzonderlijke reclame-uiting en het gaat derhalve niet slechts om "een website die is ingericht ... etc."

De Commissie heeft ook miskend dat het bij de gewraakte reclame gaat om een beperkte selectie van het totale aanbod aan evenementen.

Er zijn ook pagina's waarop uitsluitend een bepaald evenement wordt besproken.

De consument krijgt de indruk, althans kan dan de indruk krijgen dat Heineken sponsor is van het betreffende evenement, althans het recht heeft verkregen om haar merk en product op enige wijze te verbinden aan het evenement c.q. de betreffende artiest.

Grief 12

Ten onrechte heeft de Commissie onder 7 -samengevat- overwogen dat de gemiddelde consument niet zal menen dat Heineken alle op de website genoemde artiesten en evenementen sponsort en dat iedere onzekerheid op dit punt wordt weggenomen door de tekst: "In deze agenda worden zowel Heineken als niet door Heineken gesponsorde events getoond".

Bovendien is ten onrechte overwogen dat Heineken aannemelijk zou hebben gemaakt dat deze tekst al op de website stond toen de klacht werd ingediend; tot (hooguit) een paar dagen voor de behandeling bij de Commissie ontbrak een dergelijke mededeling op de pagina waarop het evenement zelf wordt besproken, zodat de indruk wordt gewekt dat in ieder geval dat evenement door Heineken wordt gesponsord.

Grief 13

Ten onrechte heeft de Commissie onder 7 -samengevat- van belang geacht dat Heineken heeft gewezen op diverse andere websites waarop op vergelijkbare wijze evenementen worden aangekondigd en overwogen dat er sprake is van een gangbare handelspraktijk waarbij in de eigen huisstijl van de aanbieder informatie over optredens van artiesten en muziek-evenementen wordt aangeboden, zonder dat er sprake is van een specifieke zakelijke relatie van de aanbieder met de artiesten en dat de gemiddelde consument moet worden geacht van deze praktijk op de hoogte te zijn. Wat anderen doen of mogen, betekent nog niet dat wat Heineken doet, mag. Voorts gaat de vergelijking met andere websites - vrijwel alle pure nieuwssites- niet op. Anders dan de pagina's van deze sites, moeten de pagina's van de mu-

ziekagenda ieder voor zich worden beschouwd als reclame-uitingen, en wel voor het bierproduct en biermerk van Heineken, waarbij de aantrekkingskracht van die reclame wordt vergroot door het gebruik van de namen, merken, optredens en evenementen van appellanten. Belangrijk is ook dat de door de Commissie onder meer genoemde website van Radio 538 slechts door Radio 538 zelf georganiseerde of gesponsorde evenementen vermeldt, of evenementen waarvoor een barter overeenkomst is gesloten, waarbij Radio 538 de toestemming heeft bedongen om de naam en/of afbeelding van de artiest en het betreffende evenement op de website te vermelden.

Grief 14

Ten onrechte heeft de Commissie onder 8 -kort samengevat- overwogen dat er in deze zaak een belangrijk verschil bestaat met de klacht die heeft geleid tot de beslissing van 3 december 1996 in dossier 916/96.9310 inzake de Camel concertagenda. Ten eerste doet zich wel degelijk de situatie voor dat Heineken haar naam op zodanige wijze aan de niet door haar gesponsorde evenementen van appellanten verbindt, dat het gemiddelde publiek zal (kunnen) menen dat er een relatie bestaat tussen Heineken en de artiesten en/of organisator (Mojo) van die evenementen. Voorts werd (ook) in de Camel-concertagenda een beperkt (selectief) aantal evenementen genoemd, waardoor het publiek de indruk zou kunnen krijgen dat Camel de wel genoemde concerten sponsort dan wel anderszins belang heeft bij die concerten. Tenslotte heeft de Commissie miskend dat in vele van de reclame-uitingen van Heineken, zelfs minder evenementen voorkomen dan in de Camel-concertagenda.

Grief 15

Ten onrechte heeft de Commissie onder 9 -samengevat- overwogen dat het Heineken vrij staat deze optredens en evenementen op haar muziekagenda te noemen en dat niet kan worden gezegd dat de gemiddelde consument wordt misleid over de aard van de aangeboden dienst te weten het bieden van een algemene muziekagenda waarbij zowel niet als wel door Heineken gesponsorde evenementen worden genoemd. De Commissie had -samengevat- dienen te oordelen dat Heineken op ontoelaatbare wijze aanhaakt bij de bekendheid en de optredens van de artiesten en door Mojo georganiseerde evenementen en dat Heineken informatie verstrekt die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden ten aanzien van de hoedanigheid, kenmerken en rechten van Heineken.

Grief 16

Ten onrechte heeft de Commissie onder 10 onder meer overwogen dat het feit dat Heineken een door Mojo uitgeschreven tender van Grolsch heeft verloren, niet eraan in de weg staat dat Heineken de evenementen van Mojo op haar website aankondigt op de wijze zoals zij dat heeft gedaan.

De Commissie heeft miskend dat Heineken in het kader van de door Mojo uitgeschreven tender heeft onderkend, zo niet erkend dat zij voor een muziekagenda met de evenementen van Mojo en de artiesten met de look & feel van Heineken, de toestemming van Mojo en de

artiesten behoeft en ook bereid was om daarvoor een vergoeding te betalen. Door na het verliezen van de tender toch gewoon uitvoering te geven aan haar plannen, zijn de gewraakte reclame-uitingen reeds daarom in strijd met het fatsoen. Verder wordt er wel degelijk afbreuk gedaan aan de rechten die Mojo aan derden heeft verleend en kan verlenen, al was het maar in verband met de exclusieve rechten die in het kader van de tender aan Grolsch zijn verleend.

3. Het antwoord in appel

De grieven zijn gemotiveerd weersproken.

4. De mondelinge behandeling

Partijen hebben hun standpunten mondeling toegelicht

5. Het oordeel van het College

5.1. Het College stelt voorop dat de uitingen waarover is geklaagd en die als bijlagen 1 tot en met 5 bij de klacht zijn overgelegd, niet als op zich zelf staande reclameuitingen moeten worden aangemerkt, maar als onderdelen van één reclame-uiting van Heineken, te weten de muziekagenda op de website www.heineken.nl. Het College overweegt daartoe dat men, teneinde kennis te kunnen nemen van de bestreden uitingen, de website www.heineken.nl dient te bezoeken en door middel van aanklikken diverse stappen dient te nemen, zoals bijvoorbeeld "muziekagenda", "dag", "week" en/of "maand". Voor de gemiddelde bezoeker van de website zal duidelijk zijn dat de verschillende pagina's van de muziekagenda met elkaar samenhangen.

5.2.1. Door Heineken is in hoger beroep het verweer gevoerd dat de reikwijdte van artikel 2 van de Nederlandse Reclame Code (NRC), waar het betreft het begrip "de wet", beperkt zou zijn. Naar de mening van Heineken valt hieronder niet de rechtsvraag of een merkhouders of auteursrechtelijke een aan hem toekomend verbodsrecht tegen een individuele derde kan inroepen en wordt met "in overeenstemming met de wet" in de zin van artikel 2 NRC bedoeld op wettelijke normen die in het algemeen gelden voor de consument of de markt en die duidelijke regels (rechtsplichten) opleggen. Een beoordeling van een individuele rechtsverhouding tussen concrete partijen kan -zo heeft Heineken gesteld- alleen worden gegeven met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, welke niet aanstonds uit een reclame-uiting blijken en de Commissie behoort in haar oordeel over een reclame niet afhankelijk te zijn van buiten de uiting gelegen feiten of omstandigheden. Naar de mening van Heineken valt onder "de wet" in de zin van artikel 2 NRC niet de wetgeving die slechts een bevoegdheid of persoonlijk recht toekent in individuele gevallen, zoals bijvoorbeeld het merkenrecht, het auteursrecht en de onrechtmatige daad. Heineken heeft haar verweer ook gebaseerd op een economische reden; zij heeft gesteld dat de reclamebranche de organisatie van de Stichting Reclame Code financieel in stand houdt en dat adverterend Nederland niet heeft bedoeld en ook niet wenselijk zal vinden dat de financiële bijdragen worden besteed aan individuele rechtsverhoudingen.

5.2.2. Artikel 2 NRC luidt: "Reclame dient in overeenstemming te zijn met de wet, de waarheid, de goede

smaak en het fatsoen" en in de toelichting bij artikel 2 wordt een aantal voorbeelden genoemd van bepalingen die onder artikel 2 vallen. Dat het begrip "de wet" in de zin van artikel 2 NRC beperkt zou moeten worden uitgelegd, in die zin dat de uiting slechts aan bepaalde wetten of wetsbepalingen, meer in het bijzonder aan bepalingen die niet individuele rechtsverhoudingen betreffen, zou kunnen worden getoetst, vindt in zijn algemeenheid geen grondslag in de NRC.

De Commissie en het College zijn bevoegd om zich - indien dit aan de orde is- van geval tot geval uit te laten over de vraag of een reclame-uiting al dan niet in overeenstemming is met enige wet. In het verleden is al meermaals van deze bevoegdheid gebruik gemaakt.

5.2.3. In deze zaak hebben klagers hun klachten onder meer erop gegrond dat de gewraakte uitingen tegenover hen onrechtmatig zijn en daarbij in het bijzonder zich erop beroepen dat door in de uitingen gebruik te maken van merken van Mojo en Not Us, respectievelijk van de namen, prestaties en afbeeldingen van de artiesten, de uitingen in strijd zijn met aan klagers toekomende merk- en auteursrechten en de uitingen daarom in strijd zijn met art. 6:162 BW, dan wel de Auteurswet of bepalingen van de BVIE en de Merkenrichtlijn - en dus de uitingen als in strijd met de Auteurswet, merkenrechtelijke bepalingen of art. 6:162 BW in strijd zijn met art. 2 NRC.

In dit verband wordt het volgende vooropgesteld.

5.2.4. Indien een reclame-uiting niet in overeenstemming is met een wettelijk voorschrift dat met het oog op de belangen van degene die van de uiting kennis neemt of kan nemen inhoudt of ertoe strekt de (specifieke) normen te waarborgen waaraan een reclame-uiting moet voldoen - zoals de eerlijkheid, behoorlijkheid of waarheidsgetrouwheid van de reclame-uiting -, zal de uiting om die reden in strijd zijn met art. 2 NRC. Dat geldt bijvoorbeeld voor misleidende reclame (art. 6:194 BW).

5.2.5. De enkele omstandigheid dat door middel van een reclame-uiting inbreuk wordt gemaakt op enig (ander) wettelijk gewaarborgd recht van de klager, doet de uiting zelf nog niet in strijd zijn met de normen waaraan een reclame-uiting moet voldoen en brengt nog niet mee dat de Commissie en het College de uiting als zodanig reeds niet in overeenstemming met de wet als in art. 2 NRC bedoeld dienen te achten. Dat bijvoorbeeld in een civiele procedure kan worden opgetreden uit hoofde van een merkrecht of auteursrecht tegen een reclame-uiting door middel waarvan inbreuk op dat recht wordt gemaakt, is op zichzelf niet toereikend om de reclame-uiting als zodanig in strijd te achten met art. 2 NRC op de grond dat deze niet in overeenstemming is met merkenrechtelijke bepalingen of de Auteurswet. Datzelfde geldt als in een civiele procedure kan worden opgetreden uit hoofde van onrechtmatige daad; die enkele omstandigheid doet de uiting niet in strijd zijn met art. 2 NRC op de grond dat de reclame-uiting zelf niet in overeenstemming is met art. 6:162 BW.

5.2.6. De omstandigheid dat door middel van de uiting inbreuk wordt gemaakt op een wettelijk recht van de klager als hiervoor bedoeld of dat het bezigen van de

uiting jegens de klager onrechtmatig is, zal wel een meer of minder zwaarwegende factor kunnen vormen die wordt betrokken bij de beoordeling of de reclame-uiting overigens in strijd is met de in een wet of in de desbetreffende reclamecodes neergelegde normen waaraan een uiting moet voldoen. Zo zal de omstandigheid dat de civielrechtelijk ongeoorloofde wijze waarop in de reclame-uiting gebruik wordt gemaakt van het merk of het portret van de klager van belang kunnen zijn voor de beantwoording door de Commissie en het College van bijvoorbeeld de vraag of de reclame-uiting tegenover het in aanmerking komende publiek misleidend is als bedoeld in art. 8 NRC.

De onderhavige procedure leent zich niet voor de beslissing op civielrechtelijke vorderingen. Het voorgaande brengt mee dat de Commissie en het College aan de aannemelijkheid van de door klager in verband met de reclame-uiting gestelde overtreding van merkenrechtelijke bepalingen of van de Auteurswet of van de gestelde onrechtmatigheid zware eisen mogen worden gesteld. Dat betekent dat de Commissie en het College aan die stellingen onvoldoende gewicht kunnen toekennen indien de juistheid daarvan niet onmiskenbaar is gebleken.

5.3. Met betrekking tot de verschillende grieven overweegt het College het volgende.

5.4. De grieven 1 tot en met 4 richten zich tegen de weergave door de Commissie van de stellingen van appellanten in eerste aanleg.

Mede nu Heineken in hoger beroep niet heeft weersproken dat de stellingen van appellanten zouden moeten worden gelezen zoals weergegeven in de grieven 1 tot en met 4, neemt het College die lezing tot uitgangspunt voor zijn oordeel.

5.5. Volgens grief 5 en de mondelinge toelichting daarop is het gebruik van de in die grief genoemde merken door Heineken in strijd met artikel 2.20 lid 1 onder d BVIE juncto artikel 5 lid 5 van de Merkenrichtlijn, omdat naar de mening van appellanten -kort gezegd- door dat gebruik, zonder geldige reden, door Heineken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van die merken. Gelet op hetgeen appellanten ter zake naar voren hebben gebracht en hetgeen Heineken daartegenover heeft aangevoerd, kan niet met voldoende mate van zekerheid worden geoordeeld dat genoemde bepalingen zijn overtreden.

Ten eerste verschillen partijen van mening over de vraag of sprake is van "gebruik, zonder geldige reden"; Heineken stelt -kort gezegd- dat de merken worden genoemd teneinde het publiek een volledige muziekagenda te bieden, terwijl er volgens appellanten voor Heineken niet een zodanige noodzaak bestaat om de merken in haar reclame te gebruiken, dat van Heineken in redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij zich van dat gebruik onthoudt. Voorts is niet komen vast te staan dat door het gebruik van de bewuste merken door Heineken in de muziekagenda op www.heineken.nl ongerechtvaardigd voordeel zou worden getrokken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van die merken.

5.6. Met betrekking tot de grieven 6, 7 en 9 geldt het volgende.

Door middel van de grieven 6 en 7, waarin wordt aangevoerd dat de artiesten nooit toestemming hebben verleend aan Heineken om hun afbeeldingen openbaar te maken in de onderhavige reclame en dat er nooit "press kits" met de afbeeldingen van de artiesten zijn verspreid, hebben appellanten zich beroepen op de artikelen 20 en 21 Auteurswet.

Appellanten hebben gesteld dat alle door Heineken in de gewraakte uitingen gebruikte afbeeldingen van de artiesten in opdracht van de artiesten zelf, althans in opdracht van een ander, maar ten behoeve van de artiesten zijn gemaakt, en dat op grond van artikel 20 Auteurswet voor iedere openbaarmaking van dergelijke in opdracht gemaakte afbeeldingen de toestemming van de geportretteerde is vereist, terwijl zodanige toestemming niet is verleend.

Artikel 20 Auteurswet luidt -voor zover hier van belang- als volgt:

"1. Tenzij anders is overeengekomen is degene, wien het auteursrecht op een portret toekomt, niet bevoegd dit openbaar te maken zonder toestemming van den geportretteerde of, gedurende tien jaren na diens overlijden, van diens nabestaanden".

Aangezien deze verbodsbepaling is gericht tot de auteursrechthebbende en niet is gebleken dat Heineken als zodanig kan worden aangemerkt, kan het beroep op artikel 20 Auteurswet in het kader van de beoordeling van de onderhavige reclame-uiting reeds om die reden niet slagen.

Voorts hebben appellanten, onder verwijzing naar artikel 21 Auteurswet, althans met een beroep op strijdigheid met het fatsoen, betoogd dat, nu toestemming om de afbeeldingen op de onderhavige wijze openbaar te maken ontbreekt, zij een redelijk belang hebben zich te verzetten tegen publicatie van hun naam, afbeeldingen en prestaties. Zij beroepen zich in dit verband op persoonlijkheids- en commerciële belangen op grond waarvan zij dienen te worden beschermd tegen de ongewenste (kans op) vereenzelving met reclame-uitingen van Heineken.

Gelet op hetgeen onder 5.2 is vooropgesteld en gelet op de terughoudendheid die wordt betracht bij beantwoording van de vraag of een reclame-uiting in strijd is met het fatsoen in verband met het subjectieve karakter van dat criterium, geldt het volgende.

Het is niet onmiskenbaar duidelijk in hoeverre Heineken al dan niet expliciet toestemming van de artiesten, die in hun hoedanigheid van publieke figuren zijn afgebeeld, nodig had, alvorens hun afbeeldingen in de gewraakte uiting op te nemen. In haar verweer heeft Heineken erop gewezen dat foto's van concerten en artiesten, ook van die van de appellerende artiesten, alom beschikbaar zijn gesteld op het internet en elders, juist met het oog op publiciteit. Naar Heineken heeft meegedeeld, wordt het beeldmateriaal voor de muziekagenda in opdracht van Heineken geselecteerd door een professioneel, daarin gespecialiseerd bureau, NL Unlimited, en verkrijgt dit bedrijf beelden op verschillende manieren. Zo worden door de muziekpodia

bijvoorbeeld beelden van flyers gemaald met het doel deze in het kader van publiciteit verder te gebruiken. In dit verband is hetgeen appellanten hebben aangevoerd, dat de afbeeldingen van de artiesten niet door of vanwege de platenmaatschappijen of het management van de artiesten zijn verspreid, niet voldoende overtuigend om te kunnen aannemen dat (Heineken ervan moest uitgaan dat) de artiesten voor het gewraakte gebruik geen toestemming hebben gegeven en zij daarom een redelijk commercieel of persoonlijkheidsbelang hebben dat zich tegen de onderhavige publicatie verzet.

Niet is komen vast te staan dat door het gebruik in de context van de onderhavige muziekagenda, waarin tal van evenementen en optredens van diverse artiesten zijn vermeld, en derhalve in het kader van publiciteit, van foto's van onder anderen de appellanten onder 1 overigens de grenzen van het toelaatbare zijn overschreden.

Meer in het bijzonder is niet komen vast te staan dat in dit geval foto's zijn gebruikt, ten aanzien waarvan -in de geest van de ter vergadering door appellanten genoemde disclaimers op de websites van U2, Fleetwood Mac, US 40 en Placebo's bepaald dat deze uitsluitend met uitdrukkelijke toestemming van de artiesten zouden mogen worden gereproduceerd, openbaar gemaakt en/of verspreid, anders dan voor eigen niet-commercieel gebruik. Dat de muziekagenda zich op de website www.heineken.nl bevindt en derhalve onmiskenbaar associaties oproept met het biermerk Heineken, leidt niet tot een ander oordeel.

Grief 9 kan evenmin slagen.

Wat betreft het gebruik van de foto's van de artiesten is het College -zoals hierboven overwogen- van oordeel dat niet gezegd kan worden dat dit gebruik ontoelaatbaar is. Voorts acht het College noch het feit dat, noch de wijze waarop Heineken de namen van de artiesten -in de context van de onderhavige muziekagenda- heeft genoemd ontoelaatbaar; zonder deze namen te gebruiken zou het onmogelijk zijn het publiek ook te informeren over de optredens van de betreffende artiesten.

5.7. Naar aanleiding van grief 8, waarin staat dat de Commissie zou hebben miskend dat iedere pagina van de muziekagenda een reclame-uiting is, verwijst het College naar zijn overweging onder 5.1. Voor het overige heeft Heineken in hoger beroep niet weersproken dat op de website van Grolsch geen foto's van de appellanten onder 1 of van andere artiesten voorkomen, zodat grief 8 in zoverre gegrond is. Tot vernietiging van de beslissing van de Commissie kan dit niet leiden.

5.8. Niet kan worden geoordeeld dat Heineken onmiskenbaar onrechtmatig of onfatsoenlijk aanhaakt bij de investeringen, prestaties en goodwill van Mojo door in de context van de onderhavige muziekagenda, waarin een groot aantal optredens en evenementen staan vermeld, ook te verwijzen naar door Mojo georganiseerde evenementen. Hieraan doet niet af dat Mojo haar investeringen probeert terug te verdienen en haar risico's probeert af te dekken door onder meer het sluiten van sponsorovereenkomsten, waarbij aan sponsors het recht

wordt verleend om in reclame de door Mojo georganiseerde evenementen te vermelden.

5.9. De grieven 11 tot en met 15 lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Naar het oordeel van het College wordt in de gewraakte, als één reclame-uiting te beschouwen, uiting niet gesuggereerd dat Heineken sponsor zou zijn van alle in die uiting genoemde evenementen en artiesten, althans het recht heeft verkregen om haar merk en product op enige wijze te verbinden aan die evenementen of artiesten. Ten eerste is in de uiting duidelijk leesbaar en bij herhaling vermeld: "In deze agenda worden zowel Heineken als niet-Heineken gesponsorde events getoond". Voorts acht het College aannemelijk dat de gemiddelde consument die de muziekagenda raadpleegt, deze agenda zal opvatten als een door of in opdracht van Heineken samengesteld overzicht van optredens en evenementen, zonder dat er noodzakelijk sprake is van sponsoring van die optredens en evenementen door Heineken dan wel van door Heineken verkregen rechten om haar merk en product te verbinden aan die optredens en evenementen. Niet kan worden geoordeeld dat de omvang van het overzicht zo beperkt is, dat de consument wel zal denken dat Heineken belang heeft bij de vermelde optredens en evenementen als zodanig.

Dat in geval van andere websites waarop op vergelijkbare wijze evenementen worden aangekondigd wel sprake zou zijn van bijvoorbeeld sponsoring, leidt niet tot een ander oordeel.

5.10. Grief 16 kan niet slagen.

Dat Heineken -naar namens appellanten ter vergadering aan het College is meegedeeld- in het kader van de door Mojo uitgeschreven tender aan Mojo zou hebben voorgesteld dat zij het recht krijgt om een agenda met evenementen van Mojo te ontwikkelen in de look & feel van Heineken, betekent nog niet dat zij van Mojo de toestemming behoefde om de thans gewraakte muziekagenda op haar website te plaatsen.

Gelet op het bovenstaande wordt als volgt beslist.

6. De beslissing

Het College bevestigt de beslissing van de Commissie. Gewezen door mr. W.A.M. van Schendel, voorzitter, P.L. Blok, E.H. Glasius, mr. N.A.M. van Hertem en mr. H.P. Kuijpers, leden.