

# 39. Eerlijke handel duurt het langst

## Een overzicht van de doorwerking van de meest recente Europese regelgevingsontwikkelingen ten behoeve van eerlijke handelspraktijken

JOOST HOUDIJK EN BARBARA MUTSAERS

Bij de marketing van consumentenproducten, dienen handelaren rekening te houden met de regels op het gebied van oneerlijke handelspraktijken (OH). Recent heeft de Europese Commissie op dit terrein nog richtsnoeren gepubliceerd. In deze bijdrage zetten wij dan ook graag de laatste ontwikkelingen op een rij, met speciale aandacht voor de navolgende onderdelen van oneerlijke handelspraktijken (die hoofdzakelijk betrekking hebben op misleidende informatie): (i) tweevoudige kwaliteit, (ii) producten die ziekten, gebreken en misvormingen kunnen genezen, (iii) duurzaamheid en milieuclaims, en (iv) gebruikersbeoordelingen, *social media* en *influencers*.

In paragraaf 2 geven wij een korte toelichting op de Europese basis van het Nederlandse consumentenbeschermingsrecht en de rol van (de bestrijding van) oneerlijke handelspraktijken daarin, alsook de eind 2021 gepubliceerde Europese richtsnoeren. In paragraaf 3 gaan wij in op de verhouding van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken tot overige (sectorspecifieke) EU-wetgeving. Paragraaf 4 behandelt de OH-wetgeving in Nederland, om in paragraaf 5 in te zoomen op de hiervoor onder (i) t/m (iv) genoemde (marketing)praktijken en de belangrijkste uitgangspunten die handelaren daarbij op grond van de nieuwe richtsnoeren in acht zouden moeten nemen. Dit om de goede toepassing van de regels op het gebied van oneerlijke handelspraktijken te waarborgen.

### 1. Consumentenbeschermingsrecht en oneerlijke handelspraktijken in Nederland: de Europese basis

De regulering van oneerlijke handelspraktijken in Nederland kent een Europese basis: *EU-Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt* (de richtlijn)<sup>1</sup> vormt de overkoepelende wetgeving van de Europese Unie inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. De richtlijn is van toepassing op alle handelspraktijken die vóór, gedurende en na een transactie tussen ondernemingen en consumenten plaatsvinden. In

2019 is de richtlijn gemoderniseerd om de Europese regelgeving beter te laten aansluiten op de vergaande digitalisering en om een betere handhaving te garanderen.<sup>2</sup>

De richtlijn is inmiddels op meerdere plekken in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd, met name in Boek 6 BW, afdeling 3a: Oneerlijke Handelspraktijken (art. 193a t/m 193j).<sup>3</sup> Bij de interpretatie van de Nederlandse wetgeving spelen de achterliggende EU-richtlijnen en andere Europese interpretatieregeling logischerwijs een belangrijke rol. Eind 2021 heeft de Europese Commissie nadere richtsnoeren gepubliceerd met uitlegging en toepassing van de richtlijn (de OH-Richtsnoeren).<sup>4</sup>

Deze richtsnoeren zijn bedoeld om alle belanghebbende partijen als consumenten, bedrijven, autoriteiten van de lidstaten (met inbegrip van nationale rechters) en beoefene-

<sup>1</sup> Zie Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (...), *PbEU* 2005, L 149 van 11 juni 2005, p. 22.

<sup>2</sup> Zie 'Omnibusrichtlijn': Richtlijn (EU) nr. 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* L 328 van 18 december 2019, p. 7.

<sup>3</sup> Daarnaast is de implementatie van de richtlijn onder meer nog te vinden in Boeken 3 (art. 305d), 6 (art. 194) en 7 (art. 7:7) BW, in de Wet Handhaving Consumentenbescherming, de Colportagewet, de Gaswet, de Elektriciteitswet van 1998 en de Wet op de vaste boekenprijs.

<sup>4</sup> Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEU* C 526 van 29 december 2021, p. 1. Deze richtsnoeren bouwen voort op en komen in plaats van de versie van de richtsnoeren uit 2016 (Werkdocument van de diensten van de Commissie, SWD(2016) 163 final).

naars van juridische beroepen in de hele EU meer bewust te maken van de richtlijn. Reden genoeg om nog eens op een aantal zaken in te zoomen.

## 2. De verhouding van de richtlijn tot overige (sectorspecifieke) EU-wetgeving

De richtlijn vormt een aanvulling op overige EU-wetgeving die specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken regelt. De richtlijn fungeert derhalve als een vangnet.<sup>5</sup> Een bepaling van sectorspecifieke of andere EU-wetgeving heeft voorrang op de richtlijn indien aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:

- de bepaling vormt EU-wetgeving;
- de bepaling regelt een specifiek aspect van de handelspraktijken; en
- er is een tegenstrijdigheid tussen de twee bepalingen of de inhoud van de andere EU-wetgeving heeft overlappingen met de inhoud van de desbetreffende bepaling van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, bijvoorbeeld doordat deze de praktijken waar het om gaat op meer gedetailleerde wijze regelt en/of doordat deze geldt voor een specifieke sector.<sup>6</sup>

Vaak is het wel zo dat de specifieke eisen die in andere EU-wetgeving zijn vastgelegd, een uitbreiding zijn van de algemene eisen van de richtlijn. De wisselwerking met sectorspecifieke regels is reeds aan de orde gekomen in een aantal arresten. In de zaak *Mezina*<sup>7</sup> ging het bijvoorbeeld om gezondheidsclaims voor natuurlijke voedingssupplementen. Verordening (EG) nr. 1924/2006<sup>8</sup> (de Claimsverordening) is van toepassing op voedings- en gezondheidsclaims die in commerciële mededelingen worden gedaan, hetzij in de etikettering en presentatie van levensmiddelen, hetzij in de daarvoor gemaakte reclame, indien het gaat om levensmiddelen die bestemd zijn om als zodanig aan de eindverbruiker te worden geleverd. Het Europese Hof van Justitie oordeelde in die zaak dat in geval van strijdigheid tussen de bepalingen van de Claimsverordening en de richtlijn, de eerstgenoemde prevaleert en dat die bepalingen van toepassing zijn op oneerlijke handelspraktijken met betrekking tot gezondheidsclaims in de zin van die verordening.

5 Zie onder andere art. 3 lid 4 en overweging 10 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

6 Dit volgt uit art. 3 lid 4 en overweging 10 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de gevoegde zaken C-54/17 en C-55/17, *Wind Tre*, punten 60 en 61, alsook de Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, par. 1.2.1.

7 HvJ EU 10 september 2020, zaak C-363/19 (*Konsumentombudsmannen/ Mezina AB*), ECLI:EU:C:2020:693.

8 Verordening (EG) nr. 1924/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 inzake voedings- en gezondheidsclaims voor levensmiddelen, *PbEU* L 404 van 30 december 2006, p. 9.

## 3. Werking en inhoud van OH-regelgeving in Nederland

De op Europese leest geschoeide consumentenbeschermingsregelgeving in Nederland is van groot belang voor bedrijven die goederen of diensten aanbieden op de Nederlandse markt, omdat zij de bewegingsvrijheid van handelaren inkadert in hun interacties met consumenten. De bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken verbieden handelaren oneerlijke handelspraktijken toe te passen bij de promotie, verkoop en levering van producten en diensten aan consumenten. De OH-regelgeving is van toepassing op handelspraktijken van handelaren jegens consumenten vóór, gedurende en na totstandkoming van een commerciële transactie. Naleving van de regels kan niet alleen privaatrechtelijk maar ook publiekrechtelijk worden gehandhaafd (zie hierover ook par. 5).<sup>9</sup>

Het begrip ‘handelaar’ is breed en de ‘OH-verantwoordelijkheden’ strekken zich ook uit tot personen die in naam van of voor rekenschap van een handelaar optreden.<sup>10</sup> Uit het arrest *Kamenova* blijkt dat een persoon pas kan ontsnappen aan de kwalificatie ‘handelaar’ indien het gaat om incidentele, ongeorganiseerde en onprofessionele (consumenten)verkoop.<sup>11</sup>

Ook het begrip ‘handelspraktijk’ moet ruim worden opgevat. Het gaat hier om iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.<sup>12</sup> Het hoeft hier overigens geen systematische handelspraktijk te betreffen. Ook een eenmalige gedraging kan al een (oneerlijke) handelspraktijk opleveren.<sup>13</sup>

### Naleving van de regels kan niet alleen privaatrechtelijk, maar ook publiekrechtelijk worden gehandhaafd

Er zijn verschillende categorieën oneerlijke handelspraktijken.

#### Handelspraktijken die op de zwarte lijst van oneerlijke handelspraktijken staan

- Deze handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend en daarmee niet toegestaan. De volledige zwarte lijst is opgenomen in artikel 6:193 BW en bevat

9 Zie Loos, *Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)*, *NtEr* 2019,5-6, p. 138-139.

10 OH-Richtsnoeren, par. 2.2.

11 HvJ EU 4 oktober 2018, zaak C-105/17 (*Komisia za zashita na potrebitelite/ Evelina Kamenova*), ECLI:EU:C:2018:808, r.o. 38.

12 Art. 2 sub b Richtlijn 2005/29/EG.

13 HvJ EU 16 april 2015, zaak C-388/13 (*Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*), ECLI:EU:C:2015:225, de ‘UPC-zaak’, r.o. 36.

onder andere het bedrieglijk beweren dat een product slechts gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn of een kwaliteitslabel aanbrenge zonder daarvoor de vereiste toestemming te hebben.

- Bij dit soort gedragingen hoeft er niet te worden aange- toond dat de praktijk daadwerkelijk invloed had of kon hebben op het besluit van een consument.

#### Misleidende of agressieve praktijken die het besluit over een transactie van de gemiddelde consument kunnen verstoren

- Deze categorie omvat handelspraktijken die gepaard gaan met onjuiste informatie, het achterhouden van essentiële informatie, of intimidatie, dwang, lichamelijk geweld of ongepaste beïnvloeding.<sup>14</sup> Deze praktijken zijn dus slechts onrechtmatig voor zover ze het besluit van de gemiddelde consument kunnen beïnvloeden.
- Er is, in tegenstelling tot de zwarte lijst, geen lijst die alle mogelijke misleidende gedragingen definieert. Uitgangspunt is de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende, gewone consument.<sup>15</sup>
- Waar het een duidelijk herkenbare groep consumenten betreft, die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn, moet worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep.<sup>16</sup>
- Het begrip ‘besluit over een transactie’ moet ruim worden opgevat en betreft niet slechts het besluit tot koop, maar kan ook gaan over, bijvoorbeeld, het besluit om de winkel binnen te gaan.<sup>17</sup>
- ‘Misleiding’ omvat ook misleidende omissies. Een misleidende omissie is iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

#### Praktijken in strijd met de professionele toewijding die het besluit over een transactie van de gemiddelde consument kunnen verstoren

Deze bepaling is een vangnet voor overige gedragingen die niet onder een van de andere bepalingen vallen. Zij ziet toe op de normatieve waarden die op het specifieke gebied van bedrijfsactiviteiten gelden. De uitleg van deze regel verschilt dus per sector.<sup>18</sup> Het is voor handelaren dan ook belangrijk om op de hoogte te zijn van de in de desbetreffende sector geldende gedragsnormen.

In deze bijdrage spitsen wij ons met name toe op de OH-regels betreffende misleiding.

#### 4. Handhaving van OH-regelgeving in Nederland

De handhaving van de OH-regels kan in Nederland, net zoals in de andere EU-lidstaten, plaatsvinden langs zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke weg.<sup>19</sup> Zo kunnen individuele consumenten op grond van een onrechtmatige daad schadevergoeding vorderen, maar ook een verbod of rectificatie van een onjuiste of misleidende publicatie. Ook individuele concurrenten kunnen deze acties ondernemen jegens een handelaar.<sup>20</sup> Zij kunnen immers klanten verliezen aan een collega-handelaar die zich aan oneerlijke handelspraktijken schuldig maakt of heeft gemaakt. Zij kunnen in bepaalde gevallen een vordering tot winstafgifte instellen. Ook een vordering tot *recall* (terugroepen uit de handelskanalen van bijvoorbeeld misleidende geëtiketteerde producten) kan in bepaalde gevallen worden ingesteld.<sup>21</sup> Naast een actie uit onrechtmatige daad kan een gedupeerde consument ook gebruikmaken van contractuele remedies. Denk aan een vordering tot nakoming of acties tot vernietiging van de overeenkomst gebaseerd op dwaling en/of bedrog. Consumenten kunnen als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk aangegane rechtshandelingen vernietigen (art. 6:193j lid 3 BW). Ook organisaties van consumenten, concurrenten of van andere personen kunnen zich op grond van artikel 3:305 lid 1 sub c BW sterk maken voor de naleving van deze regelgeving. Denk bijvoorbeeld aan de *Consumentenbond* of brancheorganisaties. Artikel 3:305a BW kan dienen voor verbods- en rectificatievorderingen (op strafe van een dwangsom). Voorts laat het artikel een *recall*-vordering toe, alsook vorderingen strekkende tot een verklaring voor recht.<sup>22</sup> Een verklaring voor recht houdt in dat bij vonnis een bindende waardering wordt gegeven van de rechtsverhouding zoals die tussen partijen is. Zo zou er bijvoorbeeld in een bepaald geval gevorderd kunnen worden dat de rechter voor recht verklaart dat een bepaalde handeling van een partij kwalificeert als een oneerlijke handelspraktijk en dat die partij onrechtmatig handelt.

Publieke handhaving gebeurt door de *Autoriteit Consument en Markt* (ACM) en kent dientengevolge een meer algemeen belang-karakter. Handelaren lopen bij niet-naleving van de OH-normen dus niet alleen het risico dat consumenten of

14 OH-Richtsoeren, par. 2.8, 2.9, 2.10.

15 HvJ EU 16 juli 1998, zaak C-210/96 (*Gut Springenheide GmbH en Rudolf Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*), ECLI:EU:C:1998:369, r.o. 31.

16 Art. 5 lid 3 Richtlijn 2005/29/EG.

17 HvJ EU 19 december 2013, zaak C-281/12 (*Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. Coop. Arl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*), ECLI:EU:C:2013:859, r.o. 35, 36 en 38.

18 De OH-Richtsoeren, par. 2.7.

19 Waar de inrichting van de handhaving eerst aan de EU-lidstaten zelf werd overgelaten, stelt de moderniseringsrichtlijn specifieke regels op voor privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving. Zie M.B.M. Loos, ‘Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)’ (*NtEr 2019,5-6*) p. 138-139.

20 Aldus onder meer HvJ EU 23 april 2009, *NJ 2009/373*, m.nt. M.R. Mok (VTB/Total). De bevoegdheid tot actie van individuele concurrenten valt te baseren op art. 6:162 BW in samenhang met art. 3:296 BW wat een verbod betreft, en in samenhang met art. 6:167 BW wat een rectificatie betreft.

21 Zie daartoe HR 23 februari 1990, *NJ 1990/664* m.nt. DWFV (Hameco/SKF).

22 Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer, Wolters Kluwer, druk 2: 2016, hoofdstuk 7.

concurrenten schadevergoeding, prijsverminderingen of de beëindiging van de overeenkomst vorderen, maar ook dat zij door de ACM worden beboet. De ACM heeft op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) bevoegdheden om de OH-normen te handhaven.<sup>23</sup> Zij kan een overtreder een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete opleggen.<sup>24</sup> Een boete kan oplopen tot € 900.000 per overtreding, of 1% van de omzet van de betrokken onderneming als dat meer is.<sup>25</sup>

## 5. Nadere wenken uit de OH-Richtsoeren voor bepaalde categorieën van handelscommunicatie

### Marketing van producten van tweevoudige kwaliteit

Goederen worden soms in verschillende lidstaten onder dezelfde merknaam of hetzelfde handelsmerk als identiek aangeboden, terwijl zij qua inhoud, samenstelling of kwaliteit in de afzonderlijke EU-landen verschillen. Een dergelijk praktijk wordt ook wel aangeduid als ‘tweevoudige kwaliteit’ en komt vaak voor bij levensmiddelen. Denk bijvoorbeeld aan *Fanta* die in Spanje een diepere oranje kleur heeft en anders smaakt dan de *Fanta* in Nederland. Dit komt doordat *Coca-Cola*, de producent, rekening houdt met de voorkeur van consumenten in verschillende landen.<sup>26</sup> Een ander voorbeeld is een reep chocola van hetzelfde merk, waarvan het cacao gehalte in de ene lidstaat significant hoger is dan in de andere lidstaat.

Bedrijven zijn in beginsel vrij goederen met verschillende samenstelling of kenmerken in de handel te brengen en te verkopen, mits ze de EU-wetgeving ten volle in acht nemen (of het nu om de veiligheid van producten, de etikettering of andere horizontale of sectorale wetgeving gaat). Echter, de marketing van een goed in één lidstaat als zijnde identiek aan een goed dat in andere lidstaten wordt gemarket, terwijl de samenstelling of kenmerken van dat goed aanzienlijk verschilt, die de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen die hij anders niet had genomen, wordt als misleidend gezien, tenzij dergelijke marketing gerechtvaardigd is op grond van legitieme en objectieve factoren.<sup>27</sup> Marketing is overigens een breed begrip dat de presentatie van de goederen op de verpakking ervan, de reclame ervoor en aanbiedingen en de verkoop van de goederen aan consumenten omvat.<sup>28</sup>

Bij de gerechtvaardigde uitzonderingen kan men denken aan (i) nationale regels; deze kunnen immers voorzien in speci-

fieke voorschriften met betrekking tot de samenstelling van bepaalde levensmiddelen die in sommige landen worden verkocht, die in andere lidstaten niet bestaan, (ii) geografische en/of seizoensgebonden beschikbaarheid van grondstoffen; deze kunnen leiden tot objectieve verschillen in de inkoop van grondstoffen, die gevolgen hebben voor de samenstelling en/of smaak van producten, en (iii) vrijwillige strategieën die handelaren hebben; denk bijvoorbeeld aan nieuwe recepten, die technisch of economisch gezien niet gelijktijdig in alle markten kunnen worden ingevoerd.<sup>29</sup> Dit zijn slechts voorbeelden en is dan ook geen limitatief overzicht.<sup>30</sup> Er kunnen andere objectieve factoren zijn.

### Ter voorkoming van misverstanden, het verbod op misleidende praktijken inzake ‘tweevoudige kwaliteit’ is niet beperkt tot levensmiddelen

Uit de OH-Richtsoeren van de Europese Commissie zijn onder meer de volgende aandachtspunten in dit kader te distilleren (het betreft een niet-uitputtend overzicht<sup>31</sup>):

- De gegrondheid van elke rechtvaardiging die door handelaren voor de differentiatie van goederen wordt aangevoerd, moet van geval tot geval worden beoordeeld. Handelaren moeten de geldigheid van de uitzondering aantonen. Een handelaar die de nationale versie van producten afstemt op de lokale voorkeuren van de consument, moet met name het bestaan van consumentenvoorkeuren kunnen aantonen (bijv. door middel van economisch of marktonderzoek), alsook dat met de productdifferentiatie daadwerkelijk op die voorkeuren wordt ingespeeld.
- Als handelaren hun goederen differentiëren op grond van legitieme en objectieve factoren, moeten zij de consument daarvan op de hoogte brengen.<sup>32</sup> Handelaren kunnen zelf de methode voor het verstrekken van dergelijke informatie bepalen. Dit kan op het etiket,<sup>33</sup> maar alternatieven kunnen de voorkeur hebben. Denk bijvoorbeeld aan productwebsites (die eenvoudig en rechtstreeks toegankelijk moeten zijn, bijvoorbeeld door het scannen van een QR-code op de verpakking) of productreclame.<sup>34</sup> De informatie moet in ieder geval eenvoudig en rechtstreeks toegankelijk zijn voor de ge-

29 Id.

30 Overweging 53 van Richtlijn (EU) nr. 2019/2161.

31 Voor een volledig overzicht van de verboden gedragingen verwijzen wij graag naar de inhoud van de richtlijn en naar de OH-Richtsoeren.

32 Dit wordt benadrukt in overweging 53 van Richtlijn (EU) nr. 2019/2161.

33 Advies Raad van State inzake het voorstel van wet tot Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet handhaving consumentenbescherming en de Prijzenwet in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) nr. 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 (...), (Implementatiewet richtlijn modernisering consumentenbescherming), *Stcr.* 2021, 44859.

34 Overweging Richtlijn (EU) nr. 2019/2161.

23 Zie art. 2.2. en 8.8 jo. Bijlage Whc.

24 Zie art. 2.9 Whc.

25 Het boetepercentage over de omzet kan 10 zijn bij bepaalde categorieën zeer zware oneerlijke handelspraktijken. Zie art. 2.15 Whc.

26 Zie <https://www.cocacolanederland.nl/onze-merken-en-verhalen/fanta/fanta-facts>

27 Art. 6 lid 2 punt c van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

28 OH-Richtsoeren, par. 2.8.5.

middelste consument, met inbegrip van kwetsbare consumenten.<sup>35</sup>

- Handelaars moeten bewijzen kunnen aandragen over de rechtvaardiging van differentiatie.<sup>36</sup>

In het verleden heeft de Europese Commissie een mededeling betreffende de toepassing van de (oorspronkelijke) Richtlijn oneerlijke handelspraktijken op kwesties in verband met tweevoudige kwaliteit van levensmiddelen gepubliceerd.<sup>37</sup> Die mededeling is door de OH-Richtsoeren vervangen en tenietgedaan.<sup>38</sup> De levensmiddelenwetgeving van de EU is wel tegelijkertijd van toepassing met de richtlijn en kan dus ook relevant zijn bij gevallen van tweevoudige kwaliteit. Informatie die overeenkomstig de Voedselinformatieverordening<sup>39</sup> moet worden verstrekt is bijvoorbeeld ‘essentiële’ informatie in de zin van de richtlijn. De omissie van deze informatie kan, na een beoordeling per geval, als misleidend worden beschouwd, voor zover die omissie van invloed kan zijn op het besluit over een transactie van de gemiddelde consument.<sup>40</sup>

Ter voorkoming van misverstanden, het verbod op misleidende praktijken inzake tweevoudige kwaliteit is niet beperkt tot levensmiddelen. Het ziet ook op andere goederen. Vanwege bezorgdheid over soortgelijke praktijken in verband met andere consumentengoederen, verricht de Europese Commissie vanaf 2021 een onderzoek op de gebieden schoonmaakproducten, reinigingsmiddelen en cosmetica.<sup>41</sup>

### Producten die ziekten, gebreken en misvormingen kunnen genezen

Het bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen, is een handelspraktijk die onder alle omstandigheden als oneerlijk wordt beschouwd. Dit verbod heeft betrekking op situaties waarin een handelaar beweert dat zijn goed of dienst bepaalde lichamelijke

of psychologische aandoeningen beter kan maken of kan genezen. Een handelspraktijk die men helaas veel (online) zag tijdens de COVID-19-pandemie. Zo werden producten (online) aangeboden en verkocht door handelaars, waarbij beweerd werd dat die een besmetting zouden voorkomen of genezen, echter zonder (dat men verwees naar) degelijk wetenschappelijk bewijs. Reden voor de Europese Commissie en nationale instanties om destijds een gemeenschappelijk standpunt te publiceren inzake het stoppen van oneerlijke handelspraktijken op online platforms in de context van de uitbraak van het coronavirus in de EU.<sup>42</sup> Echter, ook buiten de COVID-pandemie komt de bedrieglijke handelspraktijk geregeld voor. Ter illustratie wijzen wij op het geval waar het ging om een massagestoel waarbij werd beweerd dat deze een genezend effect op de gezondheid van de mens zou hebben (onder meer de genezing van aandoeningen aan de ruggengraat en de bloedsomloop). De consumentenautoriteit van een andere Europese lidstaat oordeelde in die kwestie dat die bewering onder voornoemd verbod viel.<sup>43</sup> Het verbod ziet overigens niet alleen op goederen, maar ook op diensten, zoals schoonheidsbehandelingen. Zo wordt voor de toepassing van deze wetgeving onder ‘product’ een ‘goed of dienst’ verstaan.<sup>44</sup> Laat u dus niet verwarren door de in deze wetgeving gebruikte term ‘product’.

Uit de OH-Richtsoeren volgt verder dat handelaars die het verbod willen vermijden, elke feitelijke bewering van dit soort met wetenschappelijk bewijs moeten kunnen staven. Kan men dat niet, dan loopt men een risico. Dit ondervond een onlinehandelaar aan den lijve. Hij prees op zijn website een aantal producten aan, waaronder kleding en cosmetica, door te beweren dat deze diverse positieve effecten op de gezondheid hadden (bijv. vermindering van pijn, verbetering van de slaap en vermindering van rimpels). Hij kon zijn beweringen echter niet staven met passende bewijzen, waardoor de nationale autoriteit in Litouwen dit als een misleidende en verboden handelspraktijk kwalificeerde.<sup>45</sup>

Beweringen in dit kader kunnen overigens tevens, gedeeltelijk, vallen onder specifieke EU-wetgeving.<sup>46</sup> De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken laat de EU-regels voor de gezondheidseigenschappen van producten onverlet. Voor-

35 Bij kwetsbare consumenten kan men denken aan consumenten die vanwege hun mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid als kwetsbaar kunnen worden aangemerkt. Dat betreft echter een niet-limitatieve lijst van kenmerken die een consument kwetsbaar kunnen maken. Zie overweging 19 en art. 5 lid 3 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

36 OH-Richtsoeren, par. 2.8.5.

37 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de EU-wetgeving inzake levensmiddelen- en consumentenbescherming op kwesties in verband met tweevoudige kwaliteit van producten. Het specifieke geval van levensmiddelen, *PbEU C 327* van 29 september 2017, p. 1. Deze eerdere mededeling van de Commissie wordt door de huidige richtsoeren vervangen en tenietgedaan.

38 OH-Richtsoeren, par. 2.8.5.

39 Verordening (EU) nr. 1169/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten, (...), *PbEU L 304* van 22 november 2011, p. 18.

40 OH-Richtsoeren, par. 2.8.5.

41 De resolutie van het Europees Parlement van 13 september 2018 over tweevoudige kwaliteit van producten op de interne markt, *PbEU C 433* van 23 december 2019, p. 191, heeft bijvoorbeeld betrekking op differentiatiepraktijken die ook non-foodproducten betreffen, met inbegrip van reinigingsmiddelen, cosmetica, toiletartikelen en babyverzorgingsproducten, te raadplegen op [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

42 Gemeenschappelijk standpunt SCB-instanties, *Stopping scams and tackling unfair business practices on online platforms in the context of the Coronavirus outbreak in the EU*, 20 maart 2020. Te raadplegen op [ec.europa.eu/info](http://ec.europa.eu/info)

43 Besluit van de voorzitter van het Bureau voor mededinging en consumentenbescherming, Ref. RPZ 2/2012 ZdroWita van 13 maart 2012.

44 De volledige definitie van productie is blijkens art. 2 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ‘een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen’. In art. 6:193a BW is ook opgenomen dat in afdeling 3a van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek wordt verstaan onder ‘product’ een ‘goed, elektriciteit daaronder begrepen, of dienst’.

45 25-17, Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (Vilnius), 4.7.2011.

46 Denk daarbij aan art. 7 lid 3 van de Voedselinformatieverordening, de Claimsverordening, art. 7 van Verordening (EU) nr. 2017/745 betreffende medische hulpmiddelen, art. 7 van Verordening (EU) nr. 2017/746 betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitrodiagnostiek en Richtlijn 2001/83/EG betreffende geneesmiddelen.



noemd verbod geldt dus in aanvulling op de bestaande EU-regels voor beweringen op het gebied van gezondheid. Handelaren moeten de regels uit de specifieke wetgeving dus niet uit het oog verliezen.

### Duurzaamheid en milieucclaims

Misleidende duurzaamheidsclaims staan tegenwoordig steeds hoger op de agenda van handhavingsinstanties en beleidsmakers en komen meer en meer aan de orde in de literatuur.<sup>47</sup> Onder de OH-regelgeving kunnen groene claims misleidend en daarmee onrechtmatig zijn.<sup>48</sup> De nieuwe OH-Richtsnoeren van de Europese Commissie benadrukken dit uitgangspunt nog maar eens.

## Ook een eenmalige gedraging kan al een (oneerlijke) handelspraktijk opleveren

Handelaren moeten ervoor zorgen dat duurzaamheidsclaims op waarheid berusten, niet gepaard gaan met onjuiste informatie en op duidelijke, specifieke, ondubbelzinnige en correcte wijze worden gepresenteerd.<sup>49</sup> Daarmee wordt misleiding voorkomen. In de praktijk betekent dit voor handelaren dat zij hun claims moeten kunnen bewijzen in geval de claim wordt betwist.<sup>50</sup>

Uit de OH-Richtsnoeren zijn onder meer de volgende aandachtspunten voor handelaren te distilleren (een niet-uitputtend overzicht<sup>51</sup>):

- Pas op met vage en algemene verklaringen betreffende milieuvoordelen ('klimaatvriendelijk' of 'groen') als daarvoor geen fatsoenlijke onderbouwing wordt gegeven of als er niet wordt aangegeven op welk aspect van het product de claim betrekking heeft.
- Groene claims kunnen namelijk misleidend zijn indien zij bestaan uit vage en algemene beweringen over milieueffecten. Er is een kleinere kans dat dergelijke claims misleidend zijn als ze worden aangevuld met duidelijke specificaties of toelichtingen over het milieueffect van het product, bijvoorbeeld door de claim te beperken tot specifieke milieuvoordelen.
- Zorg ervoor dat claims met enige regelmaat opnieuw worden beoordeeld en geactualiseerd.

- Zorg ervoor dat milieucclaims betrekking hebben op aspecten die significant zijn wat betreft het milieueffect van het product.<sup>52</sup>
- De bewijslast voor de milieucclaim ligt bij de handelaar.

Artikel 6:193 BW bevat (op basis van de richtlijn) een lijst met handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend is, zoals een vertrouwens-, kwaliteits- of ander soortgelijk label aanbrengen zonder daarvoor de vereiste toestemming te hebben gekregen.

De ACM heeft in een (iets) eerder stadium zelf ook al richtsnoeren uitgevaardigd over de toepassing van de OH-normen op duurzaamheidsclaims in Nederland.<sup>53</sup> Met de Leidraad geeft de ACM vijf vuistregels die bedrijven helpen om te werken met eerlijke duurzaamheidsclaims:

- maak duidelijk welk duurzaamheidsvoordeel het product heeft;
- onderbouw duurzaamheidsclaims met feiten en houd ze actueel;
- vergelijkingen met andere producten, diensten of bedrijven moeten eerlijk zijn;
- wees eerlijk en concreet over de duurzaamheidsinspanningen van uw bedrijf;
- zorg dat visuele claims en keurmerken behulpzaam zijn voor consumenten en niet verwarrend.

De uitgangspunten van de ACM- en de EC-richtsnoeren zitten op dezelfde lijn. Van grote verschillen is geen sprake; beide documenten vullen elkaar eerder aan.

De hierboven beschreven uitgangspunten en handvatten vormen belangrijke richtpunten voor ondernemingen bij de koppeling van duurzaamheidsclaims aan hun producten en diensten.

### Gebruikersbeoordelingen, sociale media en influencers

Veel onlineplatforms en ook individuele handelaren bieden consumenten de mogelijkheid andere consumenten te informeren over hun ervaringen met verschillende producten of handelaren. Mogelijkheden om beoordelingen achter te laten zijn vaak beschikbaar bij online marktplaatsen, zoekmachines, gespecialiseerde websites voor reisbeoordelingen, vergelijkingsinstrumenten en sociale netwerken.<sup>54</sup> Uit verschillende studies blijkt dat beoordelingen belangrijk zijn voor de aankoopbesluiten van consumenten. Het is daarom belangrijk dat de handelaren die toegang bieden tot beoordelingen van consumenten redelijke en evenredige stappen nemen om ervoor te zorgen dat deze de ervaring van echte klanten met het desbetreffende product weer spiegelen. Het begrip 'beoordelingen' moet breed worden

47 Zie bijv. Terry, Consumenten correct informeren over ecologische duurzaamheid: een uitdaging en een must?, *TvC* 2021, p. 256-259.

48 Zie ook Verbruggen, Klimaatrechtspraak, consumentenrecht en misleidende milieucclaims, *TvC* 2021-4, p. 186-188.

49 OH-Richtsnoeren, par. 4.1.1.3.

50 Id., par. 4.1.1.2 en 4.1.1.5.

51 Indien ondernemingen een volledig overzicht wensen te hebben van de verboden gedragingen, dan verwijzen wij graag naar de inhoud van Richtlijn 2005/29/EG inz. oneerlijke handelspraktijken en naar de OH-Richtsnoeren.

52 Zie ook College van Beroep Stichting Reclame Code, 20 oktober 2019, dossier 2019/00308 (Milieucclaims Shell).

53 De *Leidraad Duurzaamheidsclaims* van januari 2021, te raadplegen op [www.acm.nl](http://www.acm.nl)

54 OH-Richtsnoeren, par. 4.2.4.

uitgelegd en dient praktijken met betrekking tot rangschikkingen te omvatten.<sup>55</sup>

Op sociale mediaplatforms vinden steeds meer handelspraktijken plaats die op grond van het EU-consumentenrecht problematisch kunnen zijn.<sup>56</sup> Hier valt ook *influencermarketing* onder, waarbij het voor consumenten, ten opzichte van de meeste andere vormen van online reclame, nóg lastiger is om de commerciële aard van de inhoud te identificeren. Zelfs als de *influencer disclaimers* gebruikt om te wijzen op de aanwezigheid van commerciële communicatie, kan de gemiddelde consument, met name kinderen en jongeren, aannemen dat de gepresenteerde inhoud ten minste voor een deel een persoonlijke, niet-commerciële aanbeveling is in plaats van rechtstreekse en duidelijk identificeerbare reclame.<sup>57</sup>

Hieronder geven wij een (niet-uitputtend!) overzicht van de belangrijkste OH-uitgangspunten voor gebruikersbeoordelingen, sociale media en de inzet van *influencers*.

### Gebruikersbeoordelingen

Handelaren moeten maatregelen nemen om te controleren of beoordelingen afkomstig zijn van consumenten die het product daadwerkelijk hebben gebruikt of aangekocht én informatie verstrekken over hoe de beoordelingen in algemene zin worden verwerkt.<sup>58</sup>

Het is verboden om te beweren dat beoordelingen van producten zijn ingediend door consumenten die het product hebben gekocht of gebruikt zonder redelijke en proportionele stappen te nemen om na te gaan of de beoordeling daadwerkelijk van dergelijke consumenten afkomstig is.<sup>59</sup> Het kan dus nodig zijn om maatregelen te nemen zoals registratievereisten van beoordelaars.

Het is verboden om valse beoordelingen of aanbevelingen te plaatsen of hiertoe opdracht te geven of om alleen positieve beoordelingen beschikbaar te maken en negatieve beoordelingen te verwijderen.<sup>60</sup>

### Sociale media

Via sociale media vinden steeds meer, mogelijk problematische, handelspraktijken plaats. Deze bestaan bijvoorbeeld uit verborgen reclame en ‘gratis’ diensten die grote hoeveelheden persoonsgegevens verwerken in ruil voor toegang. Bovendien zijn veel gebruikers van sociale media kinderen en jongeren, die extra kwetsbaar kunnen zijn voor oneerlijke handelspraktijken.<sup>61</sup>

Op sociale media moet duidelijk worden vermeld wat commerciële communicatie is; verborgen reclame is dus verboden.<sup>62</sup> Gerichte reclamepraktijken die kinderen als

doelgroep hebben, mogen niet rechtstreeks aanzetten tot het kopen van de geadverteerde producten.<sup>63</sup>

### Influencermarketing

*Influencers* moeten worden beschouwd als handelaar, dan wel als persoon die optreedt in naam van of voor rekening van een handelaar. De praktijken van *influencers* vallen dus ook onder de richtlijn en kunnen aan zowel de *influencer* als aan de handelaar worden toegerekend, zelfs als het merk geen redactionele controle had over de ingehuurde *influencer*.<sup>64</sup>

Bij *influencermarketing* kan een niet-duidelijke vermelding van het commerciële element in de (communicatie)inhoud of praktijk neerkomen op een misleidende praktijk.<sup>65</sup> Als een *influencer* een persoonlijke vertrouwensband opbouwt met zijn publiek kunnen zijn praktijken, met name als het publiek uit kwetsbare consumenten zoals kinderen en jongeren bestaat, ook op ongepaste beïnvloeding neerkomen.<sup>66</sup> De inzet van *influencers* door bedrijven staat dus wel degelijk onder toezicht vanuit het consumentenbeschermingsrecht, al zal dit domein in de komende jaren ongetwijfeld een verdere vlucht nemen (zowel wat betreft de inzet van *influencers* als de controle daarop vanuit het consumentenbeschermingsrecht).

### Overige opmerkingen

De ACM heeft ook op het vlak van (onder meer) online reviews, sociale media en het gebruik van *influencers* eigen leidraden uitgebracht, en ook hierin is zij de Europese Commissie te snel af geweest. Het gaat om de *Leidraad Bescherming van de online consument. Grenzen aan online beïnvloeding* uit 2020.<sup>67</sup> En verder om de *Richtlijnen online reviews: doen en laten. Voor bedrijven en marketingdienstverleners*,<sup>68</sup> respectievelijk de *Richtlijnen online reviews: doen en laten. Voor reviewwebsites*.<sup>69</sup> Deze documenten dateren al uit 2017. Ook daarin lijken zich geen tegenstrijdigheden voor te doen tussen de uitgangspunten van de Europese Commissie en de ACM; zij vullen elkaar eerder aan.

## 6. Conclusie

Bovenstaand overzicht laat zien dat het voor handelaren van groot belang is om rekening te houden met de regels op het gebied van oneerlijke handelspraktijken en dat zij zich dus niet alleen moeten blindstaren op sectorspecifieke regelgeving, maar ook de algemene regels op consumentenbeschermingsgebied in het oog moeten houden.

55 Id.

56 Id., par. 4.2.5.

57 Id., par. 4.2.6.

58 Id., par. 4.2.4.

59 Id.

60 Id.

61 Id., par. 4.2.5.

62 Dit vloeit voort uit art. 7 lid 2 van en Bijlage I punt 22 bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

63 OH-Richtsnoeren, par. 4.2.5.

64 Id., par. 4.2.6.

65 Zie ook zaak C-371/20, Peek & Cloppenburg, van 2 september 2021, r.o. 41 en 42.

66 OH-Richtsnoeren, par. 4.2.6.

67 Te raadplegen op [www.acm.nl](http://www.acm.nl)

68 Id.

69 Id.

Deze aanbeveling lijkt voor de hand te liggen, maar is cruciaal voor het functioneren van een zo eerlijk mogelijke ‘markt’ voor de consument.

**Over de auteurs**

**Mr. dr. J.C.A. Houdijk**  
 Counsel en advocaat bij *AKD Benelux Lawyers* en gespecialiseerd in het Europees en mededingingsrecht.

**Mr. B.W.M. Mutsaers**  
 Advocaat en Industry Leader Food & Life Sciences bij *AKD Benelux Lawyers* en redacteur van *WAAR&WET*.

# Cursusaanbod Overheidsambtenaren




	<p><b>3-daagse Opleiding Openbare Orde &amp; Veiligheid</b></p> <p>Start: 14 juni 2022 Amersfoort</p>		<p><b>BOA Masterclass Handhavingsarrangement</b></p> <p>Stappenplan handhavingsarrangement conform landelijke normen.</p> <p>30 juni 2022   Veenendaal</p>	
<p><b>Lunchwebinar: Gelijke kansen bij gebiedsontwikkeling na Didam</b></p> <p>30 mei 2022   Online</p>		<p><b>3-daagse Cursus Staatssteunrecht</b></p> <p>Praktijkvoorbeelden, de laatste ontwikkelingen en diverse actualiteiten.</p> <p>Start: 22 juni 2022 Amersfoort</p>		<p><b>Aanbod Overheidsjuristen</b></p> <p>Diverse cursussen en masterclasses met thema's binnen het bestuursrecht.</p> <p>Actueel aanbod vindt u online</p>

Bekijk ons hele aanbod op [sdujuridischeopleidingen.nl/overheid](https://sdujuridischeopleidingen.nl/overheid)

