

Handelspraktijken

Rb. Rotterdam 23 mei 2013

(*mr. M. Schoneveld, mr. A. van Gijzen en prof. mr. J.G.J. Rinkes*)

ECLI:NL:RBROT:2013:CA0879

(*Goltex Vertriebs GmbH & Co KG/Autoriteit Consument & Markt*)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *oneerlijke handelspraktijken*
- *dagtochten met verkoopdemonstraties*
- *gemiddelde consument*
- *bijzonder kwetsbare groep consumenten*

2. Eiseres is een Duitse onderneming die in de door verweerder onderzochte periode, tijdens verkoopdemonstraties, gezondheidsproducten verkocht aan Nederlandse consumenten. Deze verkoopdemonstraties werden in het kader van dagtochten onder de naam ITC Reisclub (handelsnaam van de firma Goltex) georganiseerd. Consumenten ontvingen per post een aan hen persoonlijk geadresseerde brief met folders, waarin zij werden uitgenodigd om deel te nemen aan een dagtocht. De consument kon zich door middel van een antwoordkaart aanmelden. De dagtochten voerden voor het merendeel naar (horeca)locaties in Nederland, waar de verkoopdemonstraties plaatsvonden.

3. Naar aanleiding van diverse signalen en klachten die verweerder heeft ontvangen over deze dagtochten is verweerder in april 2009 een onderzoek gestart naar dagtochten die onder deze naam werden georganiseerd.

4. Toezichthouders van verweerder hebben in de periode april 2009 tot en met 17 juli 2009 meerdere keren deelgenomen aan de bedoelde dagtochten. Tevens hebben zij in de periode daarna onaangekondigd bedrijfsbezoeken gebracht aan de verkopers die de producten tijdens de verkoopdemonstraties verkochten (de verkopers). Ook hebben medewerkers van de afdeling Toezicht van verweerder in de onderzoeksperiode diverse consumenten telefonisch benaderd en bevraagd over hun ervaringen met de dagtochten. Daarnaast hebben de toezichthouders in de onderzoeksperiode enkele informatieverzoeken ingediend bij het Duitse Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (het Duitse Bundesamt). De daarin gevraagde informatie is vervolgens door het Duitse Bundesamt verstrekt. Op 26 april 2010 heeft het hoofd van de Afdeling Toezicht van verweerder een rapport opgemaakt tegen onder meer eiseres. Het rapport is op 28 april 2010 verzonden aan eiseres. Een Duitse vertaling van dit rapport is op 20 juli 2010 aan eiseres verzonden.

5. Op basis van het rapport stelt verweerder zich op het standpunt dat (in elk geval) in de periode 13 maart 2009 tot en met 1 juli 2009 de uitnodigingen voor de dagtochten op een aantal punten niet voldeden aan de wetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. Verweerder stelt dat in de uitnodigingen:

- de bedrieglijke indruk werd gewekt dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen, terwijl er in feite geen sprake is van een prijs (overtreding van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) in samenhang met artikel 6:193i, aanhef en onder h, van het Burgerlijke Wetboek (BW));
- misleidende dan wel onjuiste informatie werd verstrekt over de motieven van de handelspraktijk en over de prijs, de prijsberekening of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel (overtreding artikel 8.8 Whc in samenhang met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder c en d, van het BW);
- een product of dienst ten onrechte als gratis, voor niets of kosteloos werd omschreven (overtreding artikel 8.8 Whc in samenhang met artikel 6:193g, aanhef en onder t, van het BW).

Verweerder rekent deze overtredingen toe aan eiseres. Verweerder constateert dat Goltex Reizen de onderneming is die de uitnodigingen heeft verzorgd en verzonden, maar dat Goltex Reizen daarmee heeft gehandeld ten behoeve van eiseres. Verweerder merkt eiseres aan als handelaar als bedoeld in artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder b, van het BW en Goltex Reizen als de onderneming die ten behoeve van haar heeft gehandeld. Verweerder heeft bij het primaire besluit aan eiseres boetes opgelegd van in totaal € 300 000. Deze boetes heeft verweerder bij het bestreden besluit gehandhaafd.

6. Eiseres heeft in beroep – kort gezegd – aangevoerd, dat zij niet als overtreder kan worden aangemerkt, dat sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs, en dat geen sprake is of kan zijn van handelen in strijd met de Nederlandse wettelijke bepalingen aangaande oneerlijke handelspraktijken.

(...)

Onrechtmatig verkregen bewijs

10. Eiseres stelt dat sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs. Twee werknemers van verweerder hebben anoniem en zonder zich voorafgaand tegenover de uitvoerende personen van de dagtochten te legitimeren, aan de dagtochten deelgenomen. Eiseres stelt dat dit niet is verricht in het kader van het toezicht, maar in het kader van opsporing met het oog op het opleggen van een sanctie. Bij deelname aan de verkoopdemonstraties hebben de toezichthouders aldaar gesprekken gevoerd met de verantwoordelijke personen. De toezichthouders hadden hen de cautie moeten geven (en zich daarvoor dienen te legitimeren) voorafgaand aan het verhoor, hetgeen niet is geschied. Door het ‘under cover’ informatie inwinnen hebben de toezichthouders gehandeld in strijd met artikel 6 en 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). De toezichthouders hebben bedrijfsruimtes van eiseres (zijnde de bus en de afgehuurde conferentiecentra) betreden zonder voorafgaande machtiging van de

rechter-commissaris en dat is te beschouwen als inmen-ging in de 'woning' van eiseres als bedoeld in artikel 8 van het EVRM, waardoor het binnentreden onrechtmatig is. Voorts is er sprake van een inbreuk op artikel 6 van het EVRM, omdat misleiding van de verdachte in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Om misleiding te voorkomen zijn transparante opsporingsmethoden vereist en de toezichthouders van verweerder hadden geen rechtmatige grondslag om een dergelijke opsporingsmethode te gebruiken. Het door de toezichthouders tijdens de dagtochten verzamelde bewijs is dan ook onrechtmatig verkregen en mag niet als grondslag voor boeteoplegging worden gebruikt.

11. De rechtbank overweegt dat uit de stukken blijkt dat toezichthoudende ambtenaren van verweerder op 20 april 2009, 29 mei 2009 en 1 juli 2009 hebben deelgenomen aan een dagtocht van ITC Reisclub. Bij elk van deze dagtochten was de deelname van deze ambtenaren anoniem in die zin dat noch vooraf noch tijdens de dagtocht kenbaar is gemaakt dat deze twee deelnemers werkzaam waren bij verweerder. De ambtenaren zijn voorafgaand aan de datum van de dagtocht bij ITC Reisclub aangemeld via de aanmeldingsbon die vastzat aan de uitnodigingsbrief van ITC. In haar schriftelijke uitnodigingen bood ITC de genodigden uitdrukkelijk de mogelijkheid andere personen deel te laten nemen aan de dagtocht. Op de antwoordkaart kon de geadresseerde aangeven hoeveel plaatsen voor de dagtocht hij wilde boeken. Uit het verslag van de ambtshandeling die de deelnemende ambtenaren na afloop hebben opgemaakt, blijkt dat het doel van het bijwonen van de dagtochten en verkoopdemonstraties was om met eigen ogen waar te kunnen nemen hoe deze bijeenkomsten verliepen (ook wel 'mysteryshopping' genoemd). De verslagen van ambtshandeling maken onderdeel uit van het rapportdossier.

11.1. Wat betreft de rechtmatigheid van anonieme informatievergaring door de toezichthouder is de rechtbank – onder verwijzing naar de uitspraak van 7 juni 2007 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB, ECLI:NL:CBB:2007:BA7443) – van oordeel dat verweerder in het onderhavige geval geen rechtsregel heeft overtreden door in het kader van haar taakverrichting anoniem deel te nemen aan de dagtochten en bijbehorende verkoopdemonstraties. Tevens bestaat er geen aanleiding voor de conclusie dat verweerder bij het hanteren van de in dit geval gekozen methode van mysteryshopping niet in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, heeft gehandeld.

11.2. In het verweerschrift merkt verweerder op dat zij ten aanzien van de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen een andere visie heeft dan de Bezwaaradviescommissie (BAC) in haar advies. De BAC beschouwt de deelname aan de dagtochten en het betreden van de bus en de horecagelegenheden als het uitoefenen van de betredingsbevoegdheid ex artikel 5:15 van de Awb. Verweerder stelt in het verweerschrift dat het bij voor het publiek toegankelijke gelegenheden, temeer als er sprake is van toegang op uitnodiging, naar haar oordeel niet nodig is dat de toezichthouder gebruikmaakt van zijn bevoegdheid

tot het betreden van plaatsen. Verweerder stelt dat in deze zaak de betrokken toezichthouders door de inschrijving op de uitnodiging tot deelname aan de dagtocht reeds waren verzekerd van toegang tot de bus en de horecagelegenheden. De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen hebben de toezichthouders daarom niet hoeven te benutten. De rechtbank verenigt zich met verweerders betoog in deze. Van handelen in strijd met het EVRM is hierbij geen sprake.

11.3. Met betrekking tot de cautieplicht overweegt de rechtbank dat het recht om te zwijgen eerst ontstaat op het moment dat de onderzoeksambtenaren in het kader van het onderzoek een redelijk vermoeden hebben dat een bepaalde natuurlijke persoon of rechtspersoon een overtreding heeft begaan. Op het moment van de deelname aan de dagtochten was van een dergelijk vermoeden nog geen sprake. Uit de opgemaakte verslagen van ambtshandelingen blijkt ook dat het doel van het bijwonen van de dagtochten was het 'met eigen ogen waarnemen' hoe de dagtochten/bijeenkomsten verliepen. Overigens ontkent verweerder dat er tijdens het bijwonen van de dagtochten/verkoopdemonstraties gesprekken met de verantwoordelijke personen zijn gevoerd. Er was geen sprake van een verhoor waarvoor de cautieplicht geldt. Uit de verslagen van ambtshandelingen inzake de dagtochten is de rechtbank ook niet gebleken dat dergelijke gesprekken hebben plaatsgevonden.

11.4. De rechtbank is gelet op het voorgaande dan ook van oordeel dat er geen sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs.

Maximale harmonisatie van de Richtlijn OHP en artikel 3:2 van de Awb

12. Eiseres voert aan dat het niet verenigbaar is met het karakter van maximale harmonisatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (Richtlijn OHP) dat de handelspraktijken van eiseres in Nederland zijn aangemerkt als in strijd met de Nederlandse wetgeving aangaande oneerlijke handelspraktijken, terwijl volgens eiseres precies dezelfde handelspraktijken van eiseres in Duitsland nooit als strijdig met de Duitse wetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken zijn beoordeeld. Verweerder heeft nagelaten bij de Duitse consumententoezichthouder te informeren naar de handelspraktijken van eiseres en heeft daarmee – in strijd met artikel 3.2 van de Awb – niet de nodige kennis omtrent de relevante feiten ter voorbereiding van het bestreden besluit vergaard.

13. De rechtbank stelt vast dat verweerder een beoordeling heeft gegeven van de handelwijze van eiseres in het kader van dagtochten die in een bepaalde periode voor Nederlandse consumenten in Nederland zijn georganiseerd. Verweerder heeft dit gedaan vanuit haar wettelijke verantwoordelijkheid om toe te zien op de naleving van de Nederlandse consumentenwetgeving in Nederland en zo nodig handhavend op te treden. Ten aanzien van de uitnodigingen voor de hiervoor bedoelde dagtochten heeft verweerder een drietal overtredingen van artikel 8.8 van de Whc vastgesteld. Dat, zoals eiseres stelt, ten aanzien van haar door toezichthoudende instanties in

Duitsland nooit overtredingen van de Duitse wetgeving ter implementatie van de Richtlijn OHP zijn vastgesteld, maakt niet dat daaruit in zijn algemeenheid kan worden afgeleid dat haar handelwijze in Duitsland dus steeds conform de Duitse wetgeving is geweest. Dit nog afgezien van het feit dat die wetgeving pas relatief kort van kracht is en blijkens het arrest van 14 januari 2010 van het Hof van Justitie EU (HvJ EU) in zaak C-304/08 (r.o. 17) begin 2010 de Richtlijn OHP nog niet was omgezet in Duits recht. Ook kan uit de omstandigheid dat in Duitsland ten aanzien van eiseres geen overtredingen zijn geconstateerd, niet worden afgeleid dat haar handelwijze om die reden ook in Nederland steeds conform de Nederlandse wetgeving is geweest. Een dergelijk standpunt is ook niet verdedigbaar met een beroep op volledige harmonisatie waarop de Richtlijn OHP is gebaseerd.

13.1. Met betrekking tot de gestelde strijd met artikel 3.2 van de Awb verenigt de rechtbank zich met verweerders betoog dat voor het onderzoek naar de gedragingen van eiseres in Nederland niet relevant is hoe de activiteiten van eiseres in Duitsland door de Duitse consumenttoezichthouder zijn beoordeeld. Verweerder was gericht op het verzamelen van informatie over de gedragingen van eiseres in relatie tot de dagtochten in Nederland, en de klachten van Nederlandse consumenten hierover, teneinde deze te kunnen beoordelen in het licht van de Nederlandse wetgeving. Deze informatie was in Nederland voorhanden, en is dan ook hier vergaard. Voor zover verweerder bepaalde in Duitsland beschikbare informatie nodig had over de Duitse bedrijven die betrokken waren bij de ITC-dagtochten in Nederland, heeft verweerder die informatie ingewonnen bij haar Duitse zusterorganisatie, het Bundesamt. Verweerder heeft derhalve de voor het voorbereiden van haar besluit benodigde informatie over de relevante feiten verzameld.

Overtreding artikel 6:193, eerste lid, aanhef en onder c en d, van het BW

14. Allereerst is voor de toepassing van deze bepaling van belang, hoe het begrip ‘gemiddelde consument’ moet worden ingevuld. Partijen zijn hierover verdeeld.

15. De Nederlandse bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken zijn gebaseerd op de Richtlijn OHP. Voor de uitleg van het begrip ‘gemiddelde consument’ dient te worden aangesloten bij de rechtspraak van het HvJ EU. Het HvJ EU verstaat onder ‘gemiddelde consument’ de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren. Naast deze maatstaf voorziet de wetgeving in extra bescherming voor specifieke groepen consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor de gehanteerde handelspraktijk of het aangeboden product. Dit is neergelegd in artikel 6:193a, tweede lid, van het BW:

‘2. In deze afdeling wordt mede verstaan onder gemiddelde consument: het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep wegens hun geestelijke of li-

chamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product.’

16. Verweerder stelt dat oudere consumenten kunnen worden aangemerkt als een categorie consumenten die wegens leeftijd bijzonder vatbaar zijn voor bepaalde handelspraktijken of producten, en daarom in aanmerking komen voor de extra bescherming die de wetgeving aangaande oneerlijke handelspraktijken biedt. Verweerder meent dat de wijze waarop de dagtochten in de uitnodigingen worden aangeprezen, de reisbestemmingen en het vervoermiddel, de omstandigheid dat de dagtochten met verkoopdemonstraties overdag plaatsvonden op doorde-weekse dagen, de aanbieder van de dagtochten redelijkerwijze kon voorzien dat in het bijzonder oudere, niet meer werkzame, consumenten zich aangetrokken zouden voelen tot dergelijke dagtochten. Verweerder stelt daarbij vast dat het assortiment producten dat door eiseres tijdens de verkoopdemonstraties werd aangeboden, waaronder bijvoorbeeld kuren en crèmes die zouden helpen tegen ouderdomskwalen, nauw aansluit bij een oudere doelgroep. Door de wijze waarop de uitnodigingen waren geformuleerd en de nadruk die daarin werd gelegd op de lage kosten van deelname aan de dagtocht en het grote aantal prijzen en cadeaus dat in het vooruitzicht werd gesteld, kon – aldus verweerder – redelijkerwijze worden voorzien dat binnen de groep ouderen met name minder draagkrachtige consumenten zich aangesproken voelden. Uit de stukken komt tevens het beeld naar voren dat met name ouderen die als gevolg van verminderde mobiliteit of anderszins een kleiner sociaal netwerk hebben zich aangetrokken voelden tot de ITC-dagtochten. Verweerder specificeert in het onderhavige geval de gemiddelde consument op basis hiervan als ‘het gemiddelde lid van de groep ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of over een kleiner sociaal netwerk beschikken’.

17. Eiseres stelt dat verweerder ten onrechte uitgaat van een doelgerichte strategie van eiseres ten opzichte van ouderen. Verweerder heeft niet gedefinieerd wie onderdeel uitmaakt van de groep ouderen. Zij heeft geen leeftijd verbonden aan deze groep noch andere objectieve criteria aangegeven die ervoor kunnen zorgen dat eiseres een normatief kader heeft waaraan de handelspraktijk getoetst kan worden. De vraag wie bij de groep ouderen hoort kent slechts één wettelijk antwoord: de grens tussen jong en oud ligt bij de wettelijke AOW-leeftijd. De gemiddelde leeftijd van de daadwerkelijke deelnemers bedraagt ten tijde van de periode waarin de vermeende overtredingen zouden zijn gepleegd 62,77 jaar, terwijl de uitgenodigde personen gemiddeld nog iets jonger waren, namelijk 62,04 jaren. Het gaat om een gemiddelde leeftijd zodat er tijdens de dagtochten een gemengd publiek qua leeftijd aanwezig is. Er valt derhalve niet anders te concluderen dan dat de deelnemers geen ouderen zijn en dat zij als gevolg daarvan geen extra bescherming betreffende onderhavige handelspraktijken genieten. Voorts merkt eiseres op dat zij de uitnodigingen die zij op de Duitse markt gebruikt door R&S zowel heeft laten vertalen in het Nederlands als heeft laten aansluiten bij de Nederlandse cultuur. De uitnodigingen zijn op geen enkele manier op ouderen gericht, maar bedoeld voor alle consumenten. De reisbe-

stemmingen zijn mooie bestemmingen die voor alle consumenten interessant zijn. Het vervoermiddel (bus) is geen vervoermiddel dat uitsluitend of in het bijzonder door ouderen wordt gebruikt. Dat de dagtochten overdag en doordeweeks plaatsvinden is geen criterium voor de vaststelling dat de dagtochten op ouderen gericht zouden zijn. Er zijn heel veel mensen die vrij zijn hun tijd in te delen en mensen die een dag vrij nemen voor de dagtocht. Tevens is het assortiment producten niet gericht op ouderen, maar op een breed publiek. Verweerder concludeert ten onrechte dat binnen de groep ouderen met name minder draagkrachtige consumenten zich aangesproken voelen. Lage prijzen betekenen niet per se dat de onderneming zich richt op minder vermogende consumenten. In de reclame is het gangbare praktijk om potentiële consumenten aan te trekken door middel van lage instapkosten en cadeaus.

18. Het geheel van reclame, uitnodiging, planning, aangeboden producten en dagtocht zelf, in samenhang bezien, is de rechtbank met verweerder van oordeel dat eiseres redelijkerwijs kon voorzien dat dit met name ouderen trekt die minder draagkrachtig zijn en/of over een kleiner sociaal netwerk beschikken. Dat dit geheel ook mogelijk een andere doelgroep zou kunnen aanspreken, zoals feitelijk door eiseres is aangevoerd, doet daar niet aan af.

Misleidend

19. Verweerder stelt dat de uitnodigingen verwijzen naar toeristische dagtochten of dagtochten met een speciaal thema, terwijl het in de praktijk hoofdzakelijk ging om het bijwonen van verkoopdemonstraties. Hierdoor wordt de gemiddelde consument misleid. De enkele verwijzing naar verkoopdemonstraties zoals 'promotie van nieuwigheden' is onvoldoende om aannemelijk te maken dat de gemiddelde consument als hier aan de orde daaruit zou afleiden dat de dagtocht met name uit verkoopdemonstraties zou bestaan. Door de presentatie van de uitnodigingen kan volgens verweerder de gemiddelde consument worden bewogen tot deelname aan de dagtocht. Dat een deel van de deelnemers vaste klanten zouden zijn, doet hier niet aan af; dat het motief van de dagtocht uit de uitnodigingen moet blijken, is onafhankelijk van het feit dat een deel van de ontvangers al op de hoogte was van dat motief. Ten aanzien van de prijs stelt verweerder dat er sprake is van een overtreding, omdat in de formulering van de uitnodigingen de indruk wordt gewekt dat de geadresseerde in het bijzonder is geselecteerd en dat die selectie betekent dat speciaal aan hem/haar een fikse korting op de prijs van de dagtocht wordt gegeven bij inschrijving voor deelname aan de in de uitnodiging beschreven dagtocht. De hier aan de orde zijnde gemiddelde consument wordt volgens verweerder misleid doordat hij door deze manier van communicatie tot deelname aan de ITC-dagtochten (kan) worden bewogen. Het persoonlijk aangeboden voordeel is de reden dat die aangeboden korting misleidend is; het feit dat het aangeboden prijsvoordeel feitelijk juist zou zijn – zoals door eiseres wordt gesteld – is hierbij niet relevant, aldus verweerder.

20. Eiseres stelt dat de bepaling van de doelgroep onjuist is. De deelnemers zijn vaste klanten die precies weten dat er verkoopdemonstraties plaatsvinden. Maar ook mensen die door deze vaste klanten uitgenodigd zijn kunnen in de uitnodigingen duidelijk lezen dat er verkoopdemonstraties plaatsvinden. Daarom is de vaststelling in het besluit dat het doel van de dagtochten – de verkoopdemonstraties – niet in de uitnodigingen staat vermeld, onjuist. Op de originele uitnodigingen – dus niet op de in het dossier van verweerder opgenomen kopieën – kan men met hoofdletters lezen dat bij de dagtochten verkoopdemonstraties worden gehouden. De vermelding van verkoopdemonstraties staat zowel op de uitnodiging zelf als op de aanmeldstrook. De in het besluit genoemde meldingen van consumenten zijn niet representatief. Dergelijke klachten zijn bij eiseres niet bekend en dergelijke meldingen kunnen niet worden beschouwd als voldoende bewijs. Hetzelfde moet gelden voor de genoemde verklaring van een verkoper. Bij verweerder is bekend dat eiseres en R&S niet meer samenwerken, zodat het niet verbazingwekkend is dat R&S dergelijke verklaringen afgeeft. Ook kunnen deze verklaringen niet beschouwd worden als objectief bewijs. Voor zover verweerder stelt dat de thema's van de dagtochten niet goed worden uitgevoerd, stelt eiseres dat zij ter voorbereiding van de dagtochten telkens al het materiaal dat en de decoratie die met het bijzondere thema van elke dagtocht werd bepaald, geleverd heeft aan R&S in Nederland. Ook werden de horecacentra steeds verzocht om passende maaltijden te bereiden. Eiseres heeft derhalve alles wat in haar macht lag gedaan om aan de door de uitnodigingen gewekte verwachtingen te voldoen. Mocht in afzonderlijke gevallen het materiaal en de decoratie door R&S niet volledig zijn gebruikt, dan kan dit gebrek niet aan eiseres worden verweten. R&S is verantwoordelijk voor de uitvoering van de dagtochten. De prijs van € 1,90 in plaats van € 19,90 per dagtocht is niet misleidend. Prijzen van € 1,90 maar ook van € 19,90 zullen een consument bewegen zich aan te melden. Consumenten werven met een voordelige prijs is geen overtreding van de wet OHP, aldus eiseres.

Motieven handelspraktijk

21. De rechtbank stelt vast dat de uitnodigingen ('neem introducties mee') ruimte bieden voor deelname door anderen dan de vaste deelnemers. De uitnodigingen roepen door hun presentatie, zowel visueel als tekstueel, een beeld op van een leuk dagje uit met een touringcarbus naar een mooie bestemming (met muziek en gratis eten). Hierdoor kan de gemiddelde consument van de groep ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben, worden bewogen tot deelname aan de dagtocht.

Blijkens het feitelijke verloop, dat verweerder heeft vastgesteld op basis van de meldingen, de verklaringen van de verkoper en de constatering tijdens de dagtochten, bestaat de hoofdactiviteit tijdens de dagtochten echter uit verkoopdemonstraties. De rechtbank acht de verwijzingen naar de verkoopdemonstraties die op de uitnodigingen staan, volstrekt onvoldoende om het karakter van de ITC-dagtocht duidelijk te maken. In bijvoorbeeld de uitnodiging, waarnaar in het primaire besluit wordt verwezen (en waarvan een kopie is opgenomen in de tekst),

staat het hoofddoel – de verkoopdemonstraties – in kleine letters en links onderaan. Ook de verwijzingen zoals ‘merkartikelen reclameshow’ en ‘de dag omvat verschillende presentaties’ zijn niet in de hoofdtekst van de uitnodiging opgenomen, maar op de voor de beoordeling van de uitnodigingen als geheel minder relevante plaatsen, zoals in de aanmeldstrook en de bijgevoegde folders. Naar het oordeel van de rechtbank heeft eiseres door de algemene presentatie in de uitnodigingen informatie verstrekt die de gemiddelde consument als hier aan de orde misleidt of kan misleiden ten aanzien van de motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces.

Prijs

22. De rechtbank overweegt dat het werven van consumenten met een voordelige prijs op zich geen overtreding is van de onderhavige bepaling. Naar het oordeel van de rechtbank maakt het persoonlijk aanbieden van het voordeel evenmin dat de aangeboden korting reeds daarom misleidend is. Ten aanzien van de prijs van de dagtocht, die werd aangeprezen als gereduceerd van € 19,90 naar € 1,90, overweegt de rechtbank dat uit het feit dat de consumenten persoonlijk worden aangeschreven met de mededeling dat zij speciaal zijn geselecteerd en vandaag een fikse korting krijgen, juist de gemiddelde consument als hier aan de orde door deze manier van communicatie tot deelname aan de ITC-dagtochten kan worden bewogen. Dit kan worden gekwalificeerd als misleiding ten aanzien van de motieven voor de handelspraktijk, waarvoor verweerder reeds een overtreding heeft vastgesteld. De rechtbank is van oordeel dat verweerders motivering van de overtreding van artikel 6:193, eerste lid, aanhef en onder d, van het BW afzonderlijk – zoals hiervoor onder 19 weergegeven – onvoldoende toereikend is om vast te stellen dat de onderhavige consument wordt misleid ten aanzien van de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend, of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel.

Overtreding 6:193g, aanhef en onder t, van het BW

23. Verweerder stelt dat bij producten die in de uitnodigingen als ‘gratis’ werden aangeduid een asterisk verwees naar de aanduiding ‘voor nieuwe clubleden’, terwijl in de uitnodigingen onduidelijk was wat ‘nieuwe clubleden’ waren en hoe men ‘nieuw clublid’ kon worden. In de praktijk bleek dat te gaan om deelnemers die tijdens de ITC-dagtocht een duurder product aanschafden, hetgeen is bevestigd door verkopers en door consumenten. Hieruit volgt – aldus verweerder – dat consumenten meer dan de onvermijdelijke kosten moesten maken om deze ‘gratis’ producten te verkrijgen. Verweerder stelt op die grond vast dat sprake is van een misleidende handelspraktijk als bedoeld in artikel 6:193g, aanhef en onder t, van het BW.

24. Eiseres voert aan dat de als gratis aangeduide producten op de uitnodigingen voorzien waren van een asterisk. Deze vorm van reclame is correct volgens het Duitse, communautaire en het Nederlandse recht. De asterisk

verwijst naar de tekst ‘voor nieuwe clubleden’; dit is een vertaling van het Duitse ‘Kunde’, welke vertaling door R&S is aangeleverd en waarop eiseres te goeder trouw heeft vertrouwd. Uit de uitnodiging blijkt duidelijk dat met ‘clublid’, ‘klant’ is bedoeld. Sinds 2003 zijn slechts vaste klanten uitgenodigd, die met de werkwijze van de dagtochten bekend waren. De uitnodigingen waren niet openbaar, maar gericht op een besloten kring. Er is een hotline (telefoonnummer) aangegeven waar deelnemers kunnen informeren naar de voorwaarden van een lidmaatschap, als zij bijvoorbeeld voor de eerste keer meegaan op uitnodiging van een vaste klant. ‘Clublid’ kon men worden door producten van eiseres aan te schaffen, waarvoor een minimumbedrag van € 49 geldt voor een product. Eiseres stelt dat de kosten voor de bustocht (€ 1,90) alsmede de kosten voor de maaltijd (€ 10) onvermijdelijk zijn. Als men een hele dag onderweg is, zijn kosten die duidelijk minder dan € 20 bedragen, als geringe kosten aan te merken.

25. De rechtbank overweegt dat het in het onderhavige geval niet gaat om het gebruik van een asterisk in de uitnodiging op zich, maar om de verwijzing naar de tekst ‘voor nieuwe clubleden’. Dat het in dit geval feitelijk niet om een lidmaatschap van een vereniging ging, dat iedereen ‘nieuw’ was – ook deelnemers die al eerder een clubpas hadden verkregen – en dat niet alle aankopen tot ‘lidmaatschap’ konden leiden, blijkt op geen enkele manier uit de (tekst van de) uitnodigingen. De feitelijke gang van zaken, waarbij men kennelijk bij deelname aan iedere ITC-dagtocht opnieuw ‘nieuw clublid’ kan en moet worden door aanschaf van een product met een bepaalde prijs blijkt pas tijdens de ITC-dagtocht zelf. De stelling van eiseres dat men door aanschaf van een product van € 49 nieuw clublid zou kunnen worden, is in dit verband niet relevant. Dat doet namelijk niet af aan de misleiding van de consument door de uitnodiging die ontstaat omdat bij hem de indruk wordt gewekt dat hij clublid kan worden en dan een geschenk zal ontvangen zonder te weten welke voorwaarden daarvoor gelden. Bovendien is het argument onjuist, omdat men zelfs bij aanschaf van een product van € 49 geen lid wordt van een club. Dat R&S de vertalingen heeft verzorgd, wat daar ook van zij, ontslaat eiseres niet van haar verantwoordelijkheid voor regellafing. Een toelichting die achteraf of zelfs tijdens de dagtocht wordt gegeven bij de aanduiding ‘nieuwe clubleden’ kan de verwachting van consumenten op basis van de uitnodiging niet wijzigen en derhalve ook niet het misleidende karakter repareren. De rechtbank stelt dan ook vast dat verweerder terecht tot overtreding heeft geconcludeerd.

Overtreding artikel 6:193i, aanhef en onder h, van het BW

26. Verweerder stelt dat eiseres in de periode van 13 maart 2009 tot en met 5 juni 2009 aan consumenten persoonlijk geadresseerde uitnodigingen voor dagtochten heeft gestuurd waarin werd vermeld dat de betreffende consument één of meerdere prijzen had gewonnen. Hiervoor waren aan de uitnodiging één of meerdere bijlagen toegevoegd onder bijvoorbeeld de noemer ‘winstcertificaat’ of ‘prijsoorkunde’. In sommige gevallen werd

alleen gesproken over het winnen van een prijs, bijvoorbeeld de 'super-Jokerprijs' of de 'super-voltreffer uit de grote tombola', zonder nadere aanduiding om welk product of producten het ging. In diverse gevallen werd de prijs echter zeer specifiek omschreven, bijvoorbeeld dat het om een 10-delige pannenset of een wellness & beauty pakket ging. Ook bij de toezending van de bustickets werd nogmaals gewezen op de gewonnen prijzen. De consument kon deze prijzen in ontvangst nemen door aan de betreffende dagtocht deel te nemen. Soms bevatten de uitnodiging of de daarbij gevoegde folders instructies over de wijze waarop de consument zou moeten handelen om de prijs daadwerkelijk in ontvangst te kunnen nemen. Zo werd aangegeven, dat de consument de prijs persoonlijk moest afhalen tijdens de dagtocht op vertoon van de uitnodigingsbrief en een legitimatiebewijs. Na aankomst per bus op de locatie waar de verkoopdemonstraties plaatsvonden, werden alle deelnemers door de buschauffeur verzocht alle ontvangen bescheiden, inclusief de voornoemde bijlagen waarin was vermeld dat de betreffende deelnemer een prijs had gewonnen, in de bus achter te laten. Tijdens het verdere verloop van de dag bleek dat er geen prijsuitreiking was. Bij het betreden van de bus na afloop van de verkoopdemonstratie waren de voormelde, achtergelaten bescheiden verdwenen. De deelnemers troffen dan weliswaar enkele producten op hun stoelzitting in de bus aan, maar de toezichthouders hebben vastgesteld dat deze niet de aangekondigde gewonnen prijzen betroffen. Verweerder stelt dat met de bewoordingen en presentatie in de uitnodigingen de indruk werd gewekt alsof de betreffende consument persoonlijk een prijs had gewonnen, waarbij uit de uitnodigingen en verdere documentatie volgde dat de betreffende consument de prijs alleen in ontvangst kon nemen door deel te nemen aan de vermelde dagtocht. De toegezegde prijzen werden echter niet uitgereikt. Hiermee heeft eiseres – aldus verweerder – in strijd gehandeld met artikel 6:193i, aanhef en onder h, van het BW.

27. Eiseres stelt dat in de periode van 13 maart 2009 tot en met 1 juli 2009 drie dagtochten hebben plaatsgevonden. In de weken 9 t/m 14, de 'Grote Super Jokerverloting', in weken 15 t/m 20 'Wij hebben verjaardag' en in weken 21 t/m 26 'De grote Lentetocht'. Eiseres stelt steeds voorafgaand aan de dagtochten en aan de hand van de ontvangen antwoorden nauwkeurig vastgesteld te hebben welke deelnemer welke cadeaus tijdens de dagtochten diende te krijgen. Eiseres heeft als onderbouwing daarvan diverse documenten overgelegd. Zij stelt al het noodzakelijke te hebben gedaan om ervoor te zorgen dat alle deelnemers aan de dagtochten de beschreven cadeaus en prijzen daadwerkelijk ontvingen.

28. De rechtbank stelt vast dat in de uitnodigingen een onderscheid werd gemaakt tussen prijzen en cadeaus. Ten aanzien van de prijzen werd in de uitnodigingen de indruk gewekt dat het ging om een uniek persoonlijk gewin, terwijl bij cadeaus werd aangegeven dat deze voor iedere deelnemer beschikbaar waren. Verweerder heeft het ontvangen van gewonnen prijzen zoals in de uitnodiging vermeld in het kader van onderhavig wetsartikel beoordeeld. Het ontvangen van cadeaus heeft verweerder beoordeeld in het kader van artikel 6:193g, aanhef en

onder t, van het BW. Hetgeen eiseres in het kader van de overtreding van onderhavig wetsartikel heeft aangevoerd en de documentatie die zij daarbij heeft overgelegd ziet niet op de in de uitnodiging aangeboden prijzen, maar op de cadeaus. De rechtbank is van oordeel dat verweerder, gelet op het door haar weergegeven feitencomplex dat niet door eiseres is bestreden, terecht heeft geconcludeerd dat artikel 6:193i, aanhef en onder h, van het BW is overtreden.

Conclusie met betrekking tot de overtredingen

29. De rechtbank is van oordeel dat verweerder terecht heeft geconcludeerd dat eiseres artikel 6:193c, eerste lid, aanhef onder c, artikel 6:193g, aanhef en onder t, alsmede artikel 6:193i, aanhef en onder h, van het BW heeft geschonden. Nu verweerder naar het oordeel van de rechtbank voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat door deze overtredingen de collectieve belangen van consumenten zijn of konden worden geschaad – hetgeen door eiseres ook niet is bestreden – heeft eiseres daarmee artikel 8.8 van de Whc overtreden.

29.1. De rechtbank is van oordeel dat verweerder ten onrechte heeft geconcludeerd dat eiseres artikel 6:193c, eerste lid, aanhef onder d, van het BW heeft geschonden.

29.2. Op grond van artikel 5:41 van de Awb legt verweerder geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. De rechtbank is niet gebleken dat de vastgestelde overtredingen eiseres niet zijn te verwijten, zodat daarin geen reden is gelegen dat verweerder geheel had moeten afzien van het opleggen van een boete.

29.3. Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat verweerder – behoudens voor overtreding van artikel 6:193c, eerste lid, aanhef onder d, van het BW – bevoegd is om voor de vastgestelde overtredingen van artikel 8.8 van de Whc een boete op te leggen.

(...)

NOOT

Inleiding

Sinds 2008 kent Nederland in Boek 6 BW (artikel 6:193a e.v.) een op de Europese Richtlijn 2005/29/EG gebaseerde regeling aangaande oneerlijke handelspraktijken. Bij de bepaling of een handelspraktijk oneerlijk is wordt in beginsel uitgegaan van de gemiddelde consument, maar er is ook ruimte voor de bescherming van kwetsbare groepen. In bovenstaande uitspraak van de Rechtbank Rotterdam wordt uitgegaan van een kwetsbare groep, namelijk ouderen. De zaak betreft het aanbieden van goedkope dagtochten met verkoopdemonstraties.

Feiten en procesverloop

Het Duitse bedrijf Goltex organiseerde in Nederland onder de naam ITC Reisclub dagtochten met verkoopdemonstraties, waarbij gezondheidsproducten verkocht werden aan Nederlandse consumenten. Consumenten werden via persoonlijk geadresseerde brief uitgenodigd

om deel te nemen aan de dagtochten en konden zich via een antwoordkaart aanmelden. De Autoriteit Consument & Markt (ACM, voorheen de Consumentenautoriteit) ontving diverse klachten over deze dagtochten en besloot onderzoek te doen, onder meer door zelf deel te nemen aan de dagtochten en door consumenten telefonisch te benaderen over hun ervaringen met de dagtochten. Volgens de ACM zijn consumenten misleid, onder meer omdat van tevoren onvoldoende duidelijk was dat de dagtochten primair gingen om verkoopdemonstraties.

Welke consument geldt als standaard?

Volgens de Autoriteit Consument & Markt benadeelde de praktijk in het bijzonder oudere consumenten, die als bijzonder kwetsbaar aangemerkt zouden moeten worden. Dit punt kan van doorslaggevend belang zijn in de beoordeling van de oneerlijkheid van de praktijken van Goltex. In principe geldt namelijk de standaard (of 'maatman'¹) van de *gemiddelde consument*, die volgens de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie gezien moet worden als redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend.² Hoewel de rechtspraak spreekt van de *gemiddelde consument*, lijken de verwachtingen van het Hof van Justitie ten aanzien van het gedrag van de gemiddelde consument tamelijk hoog te zijn. Zo wordt de gemiddelde consument verondersteld productverpakkingen te lezen alvorens over te gaan tot een aankoop en lijkt in het algemeen verwacht te worden dat de consument beschikbare informatie in zich opneemt en deze kritisch beschouwt.³ Deze tamelijk strenge toets maakt de mogelijkheid tot het beschermen van kwetsbare consumenten des te belangrijker. In de Nederlandse implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zijn de alternatieven voor de standaard van de gemiddelde consument opgenomen in de algemene bepalingen.⁴ Artikel 6:193a lid 2 BW bepaalt:

'In deze afdeling wordt mede verstaan onder gemiddelde consument: het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep wegens hun geestelijke of lichamelijke beperking, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product.'

Hieruit volgt dat onder twee omstandigheden kan worden afgeweken van de gebruikelijke standaard van de gemiddelde consument.⁵ Ten eerste is dit mogelijk indien er een specifieke doelgroep valt aan te wijzen. Dit kan een kwetsbare groep zijn (denk aan reclame voor speelgoed gericht op kinderen), maar het kan ook een bijzonder

ervaren of goed geïnformeerde groep zijn (zoals amateur-radiomakers ten aanzien van zendapparatuur). De tweede uitzondering ziet niet op een specifieke doelgroep, maar op een groep bijzonder kwetsbare consumenten die door de praktijk wordt geraakt. Voor deze uitzondering is het dus niet vereist dat de handelspraktijk specifiek op deze groep is gericht. Hiervan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn bij reclame voor computerspellen die zowel aantrekkelijk zijn voor kinderen als voor volwassenen, maar waarbij kinderen bijzonder vatbaar zijn voor misleiding. Wel is vereist, zo blijkt uit de tekst van de bepaling, dat het voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn dat de betreffende groep bijzonder kwetsbaar is voor de praktijk of het onderliggende product. Overigens is het volgens de tekst van de richtlijn ook vereist dat het moet gaan om een 'duidelijk herkenbare' groep.⁶ Dit vereiste is weggefallen bij de implementatie in het Burgerlijk Wetboek.

Welke consument geldt in het onderhavige geval van de dagtochten als maatman? De ACM gaat bij deze handelspraktijk niet uit van de 'gewone' gemiddelde consument. De ACM stelt dat in dit geval oudere consumenten in het bijzonder worden aangetrokken door de praktijken van Goltex en dat zij vanwege hun leeftijd bijzonder kwetsbaar zijn voor de handelspraktijken van Goltex. De ACM merkt verder op dat de nadruk op de lage kosten in de uitnodigingen van Goltex en het grote aantal cadeaus dat de deelnemers in het vooruitzicht wordt gesteld ervoor zorgt dat vooral minder draagkrachtige ouderen zich aangesproken voelen. Daarnaast is het volgens de ACM zo dat met name ouderen die als gevolg van verminderde mobiliteit of anderszins een kleiner sociaal netwerk hebben zich aangetrokken voelen tot de dagtochten. Als maatman wordt derhalve een oudere, minder draagkrachtige consument genomen, die beschikt over een kleiner sociaal netwerk.

Goltex verweert zich op dit punt door te stellen dat er geen sprake is van een doelgerichte strategie om ouderen aan te trekken. Goltex wijst erop dat de gemiddelde leeftijd onder de 65 jaar ligt en dat ook de uitnodigingen niet specifiek op ouderen zijn gericht, maar op consumenten in het algemeen. Ook stelt Goltex dat uit de lage prijzen van de tochten niet volgt dat de onderneming zich richt op minder draagkrachtige consumenten. Volgens Goltex is er dus geen reden om af te wijken van de standaard van de gemiddelde consument.

De onderneming gaat hierbij echter voorbij aan het feit dat voor de hierboven besproken tweede uitzondering op de gemiddelde consument het niet vereist is dat de praktijk zich specifiek op deze doelgroep richt. Het is voldoende indien de handelspraktijk in het bijzonder de kwetsbare groep beïnvloedt. In die zin is het wel relevant

1. J. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2006.

2. Zie HvJ EG 16 juli 1998, C-210/96, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenbeide*).

3. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 06 juli 1995, C-470/93, *Jur.* 1995, p. I-1923 (*Mars*). Zie meer uitgebreid B. Duivenvoorde, 'De gemiddelde consument als standaard bij misleiding: een kritische blik vanuit de gedragswetenschappen', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie: handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2013, p. 147-168. Zie ook R. Incardona & C. Poncibò, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution', *Journal of consumer policy* 2007, p. 21-38.

4. In de richtlijn volgen de drie standaarden uit artikel 5, houdende het algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken.

5. Zie over de twee uitzonderingen meer uitgebreid B. Duivenvoorde, 'The protection of vulnerable consumers under the Unfair Commercial Practices Directive', *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht/Journal of European consumer and Market Law* 2013, p. 69-79.

6. Zie artikel 5 lid 3 van de richtlijn.

of de groep zich aangetrokken voelt tot de handelspraktijk of het onderliggende product, maar is niet vereist dat de praktijk zich (exclusief) op deze groep richt. Dat de gemiddelde leeftijd dus onder de 65 jaar ligt sluit geenszins uit dat een groep ouderen in het bijzonder door de praktijk wordt beïnvloed, waardoor de beoordeling van de handelspraktijk moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van het gemiddelde lid van deze groep. De rechtbank, die de argumentatie van de ACM volgt, verwerpt dan ook terecht dit verweer van Goltex.

Wel is opvallend dat de uitspraak geen motivatie geeft wat betreft de vraag of deze groep consumenten daadwerkelijk kwetsbaar is. Is de groep (minder draagkrachtige en over een kleiner sociaal netwerk beschikkende) ouderen daadwerkelijk minder oplettend, geïnformeerd en omzichtig dan de gemiddelde consument? Interessant is in dit opzicht dat uit enquête-onderzoeken naar oneerlijke handelspraktijken blijkt dat ouderen in het algemeen minder vaak in plaats van vaker slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken.⁷ Dit roept vraagtekens op ten aanzien van de algemene aanname – die ook in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt aangehouden – dat ouderen kwetsbare consumenten zouden zijn. Dit neemt overigens niet weg dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat ouderen in sommige gevallen inderdaad meer kwetsbaar zijn dan andere consumenten. In gedragswetenschappelijk onderzoek wordt ten aanzien van de kwetsbaarheid van oudere consumenten in het bijzonder gewezen op twee oorzaken van kwetsbaarheid. Ten eerste kunnen oudere consumenten nadeel ondervinden van verminderde cognitieve vaardigheden, zoals een minder goed functionerend geheugen. Hierdoor hebben oudere consumenten gemiddeld gezien meer problemen bij het verwerken van nieuwe informatie, zeker als hiervoor weinig tijd beschikbaar is.⁸ Daarnaast kunnen oudere consumenten meer kwetsbaar zijn als gevolg van sociale isolatie.⁹ Ouderen zullen vaker dan anderen mensen in de maatschappij tegen sociale isolatie aanlopen als gevolg van het niet meer deelnemen aan het werkende leven, het verlies van dierbaren en verminderde mobiliteit. Sociale isolatie kan een grotere kwetsbaarheid voor oneerlijke handelspraktijken tot gevolg hebben doordat mensen in sociaal isolement mogelijk door behoefte aan

sociaal contact sneller bereid zijn te luisteren naar handelaren, minder snel bij twijfel in overleg zullen treden met vrienden of familie of omdat ze minder gewend zijn om weerstand te bieden in sociale interacties. Het punt van sociale isolatie is ook aangedragen door de ACM (en aangenomen door de rechtbank) en kan inderdaad een rol spelen bij dagtochten als de onderhavige, hoewel hier in de uitspraak niet verder op wordt ingegaan. De genuanceerde werkelijkheid ten aanzien van de kwetsbaarheid van ouderen geeft wel een argument aan handelaren om uitzondering op de standaard van de gemiddelde consument uit de weg te gaan, maar dit is door Goltex niet aangevoerd.

Conclusie ten aanzien van misleiding

Wat bepaalt de rechtbank uiteindelijk wat betreft misleiding? De rechtbank is van oordeel dat de uitnodigingen van Goltex misleidend zijn omdat hieruit het hoofddoel van de dagtochten (namelijk: de verkoopdemonstraties) onvoldoende duidelijk naar voren komt. De vermelding in de uitnodiging dat er een ‘merkartikelen recluseshow’ plaatsvond en er ‘verschillende presentaties’ zouden plaatsvinden waren onvoldoende om de consument een juist beeld te geven van de invulling van de dag en het commerciële karakter daarvan. Dit levert strijd op met het algemene verbod op misleidende handelspraktijken van artikel 6:193c BW.¹⁰ De rechtbank gaat hierbij uit van ‘de gemiddelde consument van de groep ouderen die minder draagkrachtig zijn en/of een kleiner sociaal netwerk hebben’. Naast het vaststellen van misleiding op grond van artikel 6:193c BW komt de rechtbank verder tot de conclusie dat er sprake is van overtreding van twee bepalingen van de zwarte lijst van praktijken ‘die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden aangemerkt’, namelijk het ten onrechte als gratis omschrijven van een product (artikel 6:193g onder t BW)¹¹ en het bedrieglijk beweren dat de consument een prijs heeft gewonnen (artikel 6:193i onder h BW).¹² Omdat deze praktijken onder alle omstandigheden als oneerlijk worden aangemerkt, speelt de kwestie van de toe te passen maatman hier geen rol.

Mr. B.B. Duivenvoorde

7. Zie voor de Nederlandse studie Consumentenautoriteit/Intomart GfK, *Oneerlijke handelspraktijken (OHP's) in Nederland: geïntegreerde rapportage van kwalitatief en kwantitatief onderzoek onder consumenten naar oneerlijke handelspraktijken* (2008), zie www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/12/03/oneerlijke-handelspraktijken-ohp-s-in-nederland.html (laatst geraadpleegd 21 februari 2014). Vergelijkbare studies zijn gedaan in het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten en Canada. Zie meer uitgebreid over deze studies en over de kwetsbaarheid van onder meer oudere consumenten: B. Duivenvoorde, ‘The protection of vulnerable consumers under the Unfair Commercial Practices Directive’, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht/Journal of European consumer and Market Law* 2013, p. 69-79.

8. Zie hierover bijvoorbeeld C. Yoon, C. Cole & M. Lee, ‘Consumer decision making and aging: current knowledge and future directions’, *Journal of consumer psychology* 2009, p. 2-16; en G. Moschis, J. Mosteller & C. Fatt, ‘Research frontiers on older consumers’ vulnerability’, *Journal of consumer affairs* 2011, p. 467-491.

9. Zie meer uitgebreid B. Duivenvoorde, ‘The protection of vulnerable consumers under the Unfair Commercial Practices Directive’, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht/Journal of European consumer and Market Law* 2013, p. 69-79.

10. Overweging 21.

11. Overweging 23-25.

12. Overweging 26-28.