

niet op de in de gedragscode aangewezen wijze is afgehandeld.² Hieruit volgt dat hij wordt geacht geen toestemming te hebben gegeven voor de betreffende dienst. Dat de operator de kosten voor deze dienst niettemin bij de consument in rekening brengt, acht de rechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

2. In een vergelijkbare zaak kwam de kantonrechter te Arnhem in 2008 tot eenzelfde voor de consument zeer gunstige uitspraak. Deze rechter ging echter nog verder met de vervlechting van gedragscode en contract. De door telefoonaanbieders en sms-dienstverleners contractueel verankerde bepalingen uit de SMS-gedragscode gaven in deze zaak niet slechts invulling aan de redelijkheid en billijkheid maar werden als derdenbedingen in de zin van artikel 6:253 lid 4 BW aangemerkt. De consument werd verondersteld bekend te zijn met de bepalingen uit de gedragscode en zou de daarin vervatte bescherming om niet hebben verkregen. Aan deze aannames kan mijns inziens echter worden getwijfeld en de eerstgenoemde zaak toont aan dat de gekunstelde omweg via artikel 6:253 lid 4 BW niet nodig is om de gedragscode de vereisten van redelijkheid en billijkheid te laten inkleuren.

3. De niet-naleving van de gedragscode leidt er in beide zaken toe dat de telefoonaanbieder het recht op nakoming wordt ontzegd. Dit komt neer op een weinig terughoudende toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijke toepassing is mijns inziens echter alleszins gerechtvaardigd nu zij de, door het optreden van de ACM inmiddels verbeterde, maar in de individuele verhouding nog steeds moeizame³ handhaving van de SMS-gedragscode ten goede komt. Deze inkleuring van de open norm van artikel 6:248 lid 2 BW versterkt de gebondenheid van de telefoonoperator aan de door hem onderschreven gedragscode.⁴ Zodoende draagt de civiele rechter bij aan de handhaving van de gedragscode in individuele gevallen.⁵

Mw. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon

Universitair docent aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift

Reclame Code Commissie & College van

Beroep 21 september 2012

Dossiernr. 2012/00544

(Gratis iPad)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *Nederlandse Reclame Code*
- *misleidende omissie*
- *essentiële informatie*
- *uitnodiging tot aankoop*

De bestreden reclame-uiting

Het betreft een banner op internet, waarin onder het logo van Oxxio staat: 'Stap nu over en krijg de nieuwe iPad!'

2. Artikel 13 lid 3 onder e van de SMS-gedragscode gaat er bij een abonnementsdienst van uit dat de eindgebruiker geen toestemming voor een dergelijke dienst heeft gegeven als de onderliggende registratiegegevens niet (tijdig) worden overgelegd door de sms-dienstverlener.

3. M. de Hek, 'De bescherming van consumenten tegen malafide sms-diensten', *TvC* 2011-3. Deze consumenten hadden zich overigens ook tot de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-Dienstverlening kunnen wenden.

4. I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen, I. Giesen en J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 137e jaargang/2007-II.

5. Vgl. van dezelfde auteur, 'De omgang met en handhaving van "meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels": een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 2008-6772 (paragraaf 6.4).

De klacht

In de banner is geen (verwijzing naar) beperkende voorwaarde opgenomen. Door te klikken op de link word je doorgeleid naar de website van adverteerder, waar het aanbod enkele malen zonder voorbehoud wordt herhaald. Onderaan de pagina staat de link 'Lees meer over deze actie'. Pas na het klikken op deze link blijkt dat het aanbod van een gratis iPad alleen geldt wanneer voor zowel stroom als gas wordt overgestapt. Omdat klagers woning is aangesloten op stadsverwarming, is hij alleen voor stroom overgestapt op Oxxio. Voor deze overstap blijkt het aanbod van een gratis iPad niet te gelden. Klager meent dat deze belangrijke beperkende voorwaarde als essentiële informatie reeds in de banner had moeten worden genoemd.

Het verweer

Adverteerder stelt dat in de bestreden banner de mededeling 'Stap nu over en krijg de nieuwe iPad' en de hyperlink met de tekst 'Stap nu over' worden gevolgd door de tekst 'Zolang de voorraad strekt. Zie actievoorwaarden op Oxxio.nl'. De actievoorwaarden waarnaar wordt verwezen, worden getoond onder de hyperlink 'voorwaarden' op de homepage. Bovendien volgt op de homepage, na een korte beschrijving van de voordelen van Oxxio onder het kopje 'Gratis iPad', een hyperlink met 'Stap nu over' en daaronder de tekst 'lees meer over deze actie'. Door op deze laatstgenoemde link te klikken, wordt de consument op een volgende pagina geïnformeerd over de belangrijkste spelregels met betrekking tot het aanbod. Uit de eerste spelregel blijkt dat men bij afname van alleen groene stroom geen iPad cadeau krijgt, maar wel 50% korting op de aanschaf ervan. Via een in de spelregels opgenomen hyperlink zijn de volledige actievoorwaarden op te roepen.

Een banner leent zich niet voor het communiceren van alle toepasselijke actievoorwaarden, een verwijzing hiernaar is voldoende. Bovendien wordt de actie op de homepage van de website voldoende duidelijk uitgelegd en wordt de mogelijkheid geboden op eenvoudige wijze kennis te nemen van alle aan het aanbod verbonden spelregels/voorwaarden. Dat bij het alleen overstappen op groene stroom 50% korting op een nieuwe iPad wordt aangeboden, blijkt ook uit het aanklikken van het bij de overstap 'gewenste product'. De consument wordt aldus tijdig – alvorens hij beslist om klant van Oxxio te worden – geïnformeerd dat het een aanbod onder voorwaarden betreft.

De mondelinge behandeling

Klager heeft zijn standpunt gehandhaafd en daarbij benadrukt dat in de bestreden banner geen verwijzing is opgenomen naar eventuele beperkende voorwaarden. Klager heeft vergelijkbare reclame-uitingen van andere energieleveranciers getoond, waaruit naar zijn mening wel duidelijk blijkt dat een actie alleen geldt bij afname van zowel stroom als gas.

Het oordeel van de Commissie

De Commissie stelt voorop de uiting te beoordelen zoals deze door klager aan haar is voorgelegd. In deze banner is geen verwijzing opgenomen naar actievoorwaarden die gelden voor het aanbod 'Stap nu over en krijg de nieuwe iPad!'. Vast is komen te staan dat dit aanbod alleen geldt indien de overstap zowel stroom als gas betreft.

Naar het oordeel van de Commissie betreft deze beperking van het aanbod essentiële informatie die de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over de overstap te kunnen maken. Temeer nu het ook mogelijk is alleen voor de levering van stroom naar Oxxio over te stappen, is het van belang de consument er tijdig op te wijzen dat hij bij deze overstap niet de nieuwe iPad krijgt. De mededeling dat de aangeboden iPad kan worden verkregen bij het overstappen naar gas en stroom van Oxxio en dat bij het alleen afnemen van stroom 50% korting op de aanschaf van een iPad wordt verleend, staat niet in de beschrijving van het aanbod op de homepage, waar de link in de banner naartoe leidt, maar wordt pas getoond na het aanklikken van een hyperlink. Aldus wordt naar het oordeel van de Commissie te laat essentiële informatie over het aanbod verstrekt als bedoeld in artikel 8.3 onder c van de Nederlandse Reclame Code (NRC). Omdat de gemiddelde consument hierdoor ertoe gebracht kan worden een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, acht de Commissie de bestreden uiting misleidend en daardoor oneerlijk in de zin van artikel 7 NRC.

Ten overvloede merkt de Commissie op, dat onder deze omstandigheden een enkele verwijzing in de banner naar actievoorwaarden onvoldoende is om het misleidende karakter weg te nemen. De beperkingen die een banner qua ruimte meebrengt, zijn niet zodanig dat daarin niet de bedoelde essentiële informatie over het aanbod kan worden opgenomen.

De beslissing van de Reclame Code Commissie van 3 juli 2012

De Commissie acht de reclame-uiting in strijd met het bepaalde in artikel 7 NRC. Zij beveelt adverteerder aan om niet meer op een dergelijke wijze reclame te maken.

Het College van Beroep (beslissing 21 september 2012)

De grieven

Het College vat de grieven als volgt samen, waarbij het College enigszins afwijkt van de nummering in het beroepschrift.

Grief 1

Ten onrechte heeft de Commissie geoordeeld dat de bestreden uiting niet is voorzien van een verwijzing naar actievoorwaarden. Oxxio stelt uitdrukkelijk dat zij uitsluitend banners heeft gehanteerd waarop een verwijzing naar de actievoorwaarden staat. Dit geldt ook voor de gewraakte banner die uit twee bewegende delen bestaat. Klager heeft uitsluitend een screenshot van het eerste gedeelte overgelegd. In het tweede deel van de banner

verschijnt een afbeelding van een iPad gevolgd door de button 'stap nu over' en de tekst 'Zolang de voorraad strekt. Zie actievoorwaarden op Oxxio.nl.' De Commissie had de door Oxxio overgelegde uiting dienen te beoordelen waarin naar de actievoorwaarden wordt verwezen.

Grief 2

Ten onrechte heeft de Commissie geoordeeld dat is gehandeld in strijd met artikel 8.3 aanhef en onder c van de Nederlandse Reclame Code (NRC), nu de uiting niet is voorzien van de essentiële informatie dat het aanbod alleen geldt bij afname van stroom én gas. Aan dit artikel kan uitsluitend toepassing worden gegeven bij een uitnodiging tot aankoop. Van dit laatste is sprake indien een concreet product met prijs wordt genoemd. Dit is in de bestreden uiting niet het geval. Dat brengt mee dat artikel 8.3 NRC in dit geval niet van toepassing is.

Grief 3

Indien artikel 8.3 onder c NRC wel van toepassing is, dan is van belang dat dit artikel belangrijke nuanceringen bevat, namelijk de feitelijke context, het communicatiemedium en het toepasselijke publiek. In verband met het laatste is van belang dat de uiting is gericht op de groep Nederlandse consumenten die open staat voor een overstap naar een andere energieleverancier voor zowel gas als stroom. Het betreft 96% van de huishoudens. Deze groep is bereid over te stappen op stroom en gas. Slechts 4% stapt alleen over voor stroom. De uiting is voor een publiek bestemd dat voor beide producten overstapt. Het gemiddelde lid van deze doelgroep is niet misleid als niet wordt gewezen op de desbetreffende beperkende voorwaarde.

Grief 4

Ten onrechte heeft de Commissie niet bij haar beslissing betrokken dat een banner een beperkt communicatiemedium is en dat het aanbod te veel essentiële informatie bevat om in een banner te communiceren. Indien Oxxio in de banner informatie over de verplichte overstap voor stroom en gas had dienen te geven, had zij ook informatie dienen te verschaffen over onder meer contractduur, leveringstarieven, heffingskorting en andere voorwaarden. Een banner is daarvoor niet geschikt. Daarom heeft Oxxio gekozen voor een verwijzing naar de actievoorwaarden die op haar website staan. Gelet op die omstandigheden had de Commissie dienen te oordelen dat het aanbod teveel essentiële informatie bevat om in de banner te communiceren, zodat Oxxio kon volstaan met naar actievoorwaarden te verwijzen.

Grief 5

Er is geen sprake van het te laat verstrekken van essentiële informatie. Criterium is of de gemiddelde consument op tijd de essentiële informatie met betrekking tot het aanbod van Oxxio ontvangt, zodat hij een geïnformeerd besluit over een transactie kan nemen. Van de gemiddelde consument mag verwacht worden dat hij zich vooraf een redelijke inspanning getroost om de betekenis van de overeenkomst en de risico's te doorgronden. Ook mag verwacht worden dat de consument in ieder geval bereid is de homepage van Oxxio globaal te bekijken om vervolgens de hyperlink naar de voorwaarden aan te klikken of

naar die voorwaarden te scrollen. Deze zijn bij alle aanbieders standaard onder- of bovenaan de website te raadplegen. Oxxio heeft aldus geïntimeerde tijdig geïnformeerd over het feit dat hij 50% korting op de iPad zou ontvangen (in plaats van een gratis iPad) indien hij slechts over zou stappen voor stroom. De gemiddelde consument kent de waarde van een iPad. Van deze consument mag worden verwacht dat hij weet dat een overstap voor uitsluitend stroom niet in verhouding staat tot de waarde van een iPad.

Het antwoord in appel

Het College vat het antwoord in appel als volgt samen. Het is niet relevant of de banner uit (nog) andere bewegende delen bestaat omdat men na het klikken op de banner geen vermelding van toepasselijke actievoorwaarden ziet. Geïntimeerde verwijst naar de definitie van reclame en wijst erop dat volgens Oxxio zelf sprake is van essentiële informatie. Er is geen goed excuus om deze informatie niet in de banner te vermelden, nu Oxxio zelf voor dit communicatiemedium heeft gekozen. De regeling is bedoeld om de consument tegen misleiding en ontbrekende informatie te beschermen. De absolute tekst 'Stap nu over en krijg de nieuwe iPad' laat niets aan duidelijkheid over. Geïntimeerde acht de overige stellingen van Oxxio verbijsterend en onjuist.

De mondelinge behandeling

Oxxio doet het beroep onder meer als volgt mondeling toelichten.

Een bewegende banner is vergelijkbaar met een televisiecommercial. Eventuele disclaimers of verwijzingen naar actievoorwaarden komen pas aan het einde van de commercial in beeld. Oxxio volgt een dergelijke werkwijze. In totaal 96% van de huishoudens beschikt over een aansluiting voor stroom en gas, en slechts 4% voor alleen stroom. Eerstgenoemde huishoudens vormen de doelgroep van de uiting.

Geïntimeerde vult zijn eerdere stellingen onder meer als volgt aan.

Geïntimeerde heeft gereageerd op een kernaanbod zonder beperkingen. Volgens geïntimeerde nodigt de banner uit tot aankoop en is sprake van een aanbod waaraan hij Oxxio kan houden. Geïntimeerde heeft stadsverwarming en komt om die reden niet aanmerking voor de aanbidding. Geïntimeerde kon dit niet weten omdat het niet duidelijk is gecommuniceerd. Men moet 2 à 3 keer klikken om dit te zien, waardoor men te laat achter deze voorwaarde komt. Niet alle voorwaarden hoeven in de banner te staan, maar de onderhavige voorwaarde is essentieel.

Het oordeel van het College

1. In zijn eerste grief, inhoudende dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de bestreden uiting (hierna: de banner) niet is voorzien van een verwijzing naar de actievoorwaarden, heeft Oxxio gesteld dat de banner uit twee bewegende delen bestaat, waarbij in het tweede deel een verwijzing naar de actievoorwaarden staat. Geïntimeerde heeft deze stelling niet uitdrukkelijk weersproken en slechts aangevoerd dat als de banner uit twee delen bestaat (hetgeen hij blijkbaar niet uitsluit), dit niet relevant is voor de beoordeling van de klacht. Op grond hiervan zal het College in beroep uitgaan van de juistheid van de stellingen van Oxxio aangaande de verschijningsvorm en de inhoud van de banner. Dit impliceert dat grief 1 slaagt.

2. In de banner wordt de consument aangespoord over te stappen naar Oxxio als energieleverancier door de woorden 'Stap nu over en krijg de nieuwe iPad!'. In het tweede deel van de banner verschijnt onder meer de volgende tekst: 'Zolang de voorraad strekt. Zie actievoorwaarden op Oxxio.nl'. Deze mededeling zal naar het oordeel van het College de gemiddelde consument niet ontgaan. In de banner is immers sprake van geanimeerde beelden, in welk kader na korte tijd ook de mededeling over de actievoorwaarden duidelijk leesbaar en voldoende opvallend verschijnt. Aannemelijk is derhalve dat de consument de verwijzing naar de actievoorwaarden ziet voordat hij op de banner klikt. Ten aanzien van de aard van de banner en het toepasselijke toetsingskader overweegt het College als volgt.

3. Het College constateert dat de banner zelf geen informatie bevat over de inhoud van de transactie (de overeenkomst met betrekking tot energielevering) die met Oxxio moet worden gesloten om de iPad te kunnen ontvangen. Informatie over de prijs en verdere informatie die van belang is voor de inhoud van het contract ontbreken. Nu uit de banner aldus niet blijkt wat de inhoud is van de met Oxxio te sluiten overeenkomst, kan de consument niet geacht worden reeds op grond van de banner in staat te zijn te beslissen of hij zal overstappen op het product van Oxxio. De banner kan om die reden niet als een uitnodiging tot aankoop worden beschouwd.

4. Het College verwerpt de stelling van Oxxio dat alleen bij een uitnodiging tot aankoop aan artikel 8.3 aanhef en onder c NRC kan worden getoetst. Uit de context waarin dit artikel staat, blijkt dat het ook van toepassing is bij een reclame-uiting die de consument niet direct in staat stelt een transactie te doen, dat wil zeggen die voor de consument onvoldoende informatie biedt over het geadverteerde product en de prijs ervan om een besluit over een aankoop te nemen (vgl. HvJ EU 12 mei 2011 C-112/10 inzake Konsumentombudsman/Ving Sverige AB). Het College verwijst naar artikel 7 van Richtlijn 2005/29/EG, dat een vergelijkbare onderverdeling van reclame-uitingen kent als (de implementatie daarvan in) artikel 8.3 aanhef en onder c NRC respectievelijk artikel 8.4 NRC. Dit brengt mee dat grief 2 faalt. Het College zal, in navolging van de Commissie, toetsen of sprake is van een omissie of een verborgen houden van essentiële

informatie in de zin van artikel 8.3 aanhef en onder c NRC.

5. Zoals vermeld, zal het de gemiddelde, oplettende consument niet ontgaan dat in de banner naar actievoorwaarden wordt verwezen. Uit deze enkele verwijzing blijkt reeds dat geen sprake is van een ongeclausuleerd aanbod. De gemiddelde consument kan derhalve weten dat aan bepaalde voorwaarden moet zijn voldaan om voor de gratis iPad in aanmerking te komen. Deze voorwaarden staan, zoals ook uit de banner blijkt, op de website van Oxxio en beslaan, naar het College constateert op grond van het dossier in eerste aanleg, een volledige pagina op A4-formaat. De banner is niet geschikt om al deze voorwaarden te vermelden. Het gaat immers om een medium dat qua ruimte aanzienlijke beperkingen heeft. Beoordeeld dient vervolgens te worden of, rekening houdend met deze beperkingen, de specifieke voorwaarde dat men uitsluitend voor de iPad in aanmerking komt indien men zowel op gas als op stroom overstapt, dusdanig essentieel is dat deze reeds in de banner had dienen te worden genoemd, gelet op alle omstandigheden van het geval.

6. Oxxio heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat 96% van de huishoudens beschikt over een aansluiting voor zowel stroom als gas, alsmede dat consumenten bij voorkeur voor beide producten gelijktijdig overstappen om te voorkomen dat men met twee afzonderlijke leveranciers een contract dient af te sluiten. Hieruit volgt dat de meeste consumenten (kunnen) voldoen aan de voorwaarde dat men gelijktijdig voor stroom en gas overstapt. Blijkbaar is het slechts voor een kleine groep consumenten die in een bijzondere, niet gebruikelijk te achten situatie verkeren, niet mogelijk aan deze voorwaarde te voldoen. Geïntimeerde behoort tot deze uitzonderingsgroep, nu hij gebruik maakt van stadsverwarming. Naar het oordeel van het College had geïntimeerde dienen te beseffen dat zijn situatie wezenlijk afwijkt van de gemiddelde consument die zowel gas als elektriciteit afneemt en op wie de reclame-uiting geacht kan worden te zijn gericht. Aldus lag het, op grond van de verwijzing in de banner naar de actievoorwaarden, op de weg van geïntimeerde om op de website van Oxxio te informeren of ook in zijn bijzondere, van de gebruikelijke situatie afwijkende situatie, aanspraak kon worden gemaakt op de iPad.

7. Op grond van het voorgaande leidt het onvermeld laten van bedoelde uitzondering in de banner niet tot het oordeel dat essentiële informatie in de zin van artikel 8.3 aanhef en onder c NRC ontbreekt. Ook overigens acht het College de uiting niet misleidend. Nu grieven 3 tot en met 5 slagen, dient te worden beslist als volgt.

De beslissing

Het College vernietigt de beslissing van de Commissie en wijst de klacht alsnog af.

NOOT

Misleidende omissie?

1. Deze annotatie getuigt van de groeiende belangstelling van dit tijdschrift voor de omgang van de Reclame Code Commissie (RCC) met de normen uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹ Redactiesecretaris Duivenvoorde belichtte eerder dit jaar de toepassing van het criterium van de 'gemiddelde consument' door de RCC.² Onderhavige noot bespreekt de wijze waarop de RCC de 'misleidende-omissie'-norm en het begrip 'uitnodiging tot aankoop' toepast in een zaak betreffende een banner op de website van energieleverancier Oxxio.

2. De zogenaamde 'rotating banner' lokte nieuwe klanten met de nieuwste iPad. Een van zijn verschijningen bevatte een verwijzing naar de actievoorwaarden, die via een hyperlink op de homepage konden worden geraadpleegd. De bij de RCC procederende consument stelt evenwel te zijn misleid over de voorwaarde dat het digitale hebbedingetje alleen toekwam aan wie *zowel stroom als gas* zou afnemen. Deze consument beschikte over stadsverwarming en koos ervoor om alleen voor stroom over te stappen, met als gevolg dat hij, in plaats van een gratis tablet, slechts 50% korting kreeg op de aanschaf hiervan.

3. De RCC stelde de consument in het gelijk. De restrictieve voorwaarde vormt volgens de RCC *essentiële* informatie betreffende het aanbod, die pas zichtbaar wordt na het aanklikken van een hyperlink. Dit acht de RCC in strijd met artikel 8.3 onder c van de Nederlandse Reclame Code (NRC), waarin de misleidende omissie ex artikel 7 Richtlijn is opgenomen. Volgens de RCC werd de voorwaarde te laat gecommuniceerd en had zij in de banner zelf moeten staan. De uit artikel 7 lid 3 Richtlijn in de toelichting bij artikel 8.3 NRC overgenomen mogelijkheid om langs andere wegen informatie te verschaffen in geval van een ruimtelijke beperking, doet volgens de RCC niet ter zake.

4. In de door Oxxio aangespannen beroepsprocedure bij het College van Beroep (CVB) hield de uitspraak van de RCC geen stand. De verwijzing in de banner naar de actievoorwaarden acht het CVB duidelijk en opvallend genoeg en kon de gemiddelde consument dus niet zijn ontgaan (randnummer 2). De voorwaarden zelf waren eenvoudig te raadplegen op de website van Oxxio. Dat de consument moest zoeken naar de hyperlink en hierop moest klikken om de voorwaarden te kunnen lezen, is volgens het CVB niet bezwaarlijk. Deze beslissing sluit

aan bij een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarin binnen twee muisklikken te bereiken gegevens als 'voldoende transparant en eenvoudig te raadplegen' zijn aangemerkt.³ Anders dan in de door Duivenvoorde geannoteerde uitspraak wordt wel aangehaakt bij het Europeesrechtelijke beeld van een oplettende en omzichtig consument. Een banner is aldus het CVB als medium voorts niet geschikt om alle voorwaarden te bevatten omdat het 'qua ruimte aanzienlijke beperkingen heeft' (randnummer 5). Het eerdergenoemde nuancerende gezichtspunt in de toelichting bij artikel 8.3 NRC is juist wel van toepassing bij een dergelijk medium.

5. De informatie dat de iPad alleen bij een dubbele overstap gratis wordt vergeven, acht het CVB bovendien niet dermate essentieel dat zij in de banner had moeten worden vermeld. Omdat 96% van de consumenten beide producten bij dezelfde leverancier afneemt, is deze informatie slechts relevant voor 4% van de consumenten (randnummer 6). Dergelijke percentages zijn naar mijn mening echter niet beslissend voor de vraag of bepaalde informatie essentieel is, in de zin dat de gemiddelde consument haar nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te kunnen nemen. De referentieconsument vormt immers geen statistisch begrip.⁴ In een veranderende, geliberaliseerde energiemarkt heeft een actievoorwaarde zoals die van Oxxio (potentieel) invloed op het besluit van de gemiddelde consument om voor een of beide producten te kiezen. Het feit dat 96% beide producten afneemt, is in dat opzicht mogelijk (mede) het gevolg van die actievoorwaarde. Echter, omdat essentiële informatie, gelet op artikel 7 lid 3 Richtlijn, via een hyperlink mag worden aangeboden, is ook bij het aanmerken van de voorwaarde als essentiële informatie nog steeds geen sprake van misleiding.

Uitnodiging tot aankoop?

6. Volgens Oxxio heeft de RCC artikel 8.3 onder c NRC ten onrechte toegepast omdat er in casu geen sprake zou zijn van een uitnodiging tot aankoop. Voor de toepassing van dit, de misleidende omissie betreffende artikel maakt het, zo benadrukt het CVB in randnummer 4, echter niet uit of de boodschap in de banner als een uitnodiging tot aankoop wordt aangemerkt.⁵ Het CVB sluit niettemin uitdrukkelijk uit dat die boodschap een uitnodiging tot aankoop vormt (randnummer 3), omdat de consument op grond van de informatie in de banner niet in staat zou zijn om een besluit over een transactie te nemen (vgl. de toelichting bij artikel 8.4 NRC). De banner bevat namelijk niet de prijs en de belangrijkste kenmerken van het product. Deze, op de beschikbare informatie gegronde uitleg van de uitnodiging tot aankoop is in lijn met de uitleg van het begrip in de *Ving Sverige*-uitspraak van het Hof

1. Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken (*PbEU* 2005, L 149/22).

2. RCC & CVB 18 december 2012, dossiernr. 2012/00837B, m.nt. B.B. Duivenvoorde (*T-Mobile*), *TvC* 2013-4, p. 192-197.

3. Rb. Rotterdam 19 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3358, r.o. 4.5. In deze zaak is ook bepaald dat van de gemiddelde consument kan worden verwacht dat hij op zoek gaat naar informatie door te scrollen. Zie over deze uitspraak C.M.D.S. Pavillon, 'Legaliteit en evenredigheid van de sancties op de schending van de open normen uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2013-2, p. 63-72.

4. Vgl. overweging 18 van de considerans van de Richtlijn OHP en D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. Nieuw BW B49), Deventer: Kluwer 2009, nr. 29, p. 32.

5. De specifieke informatieverplichtingen bij een uitnodiging tot aankoop worden nader uitgewerkt in artikel 8.4 NRC.

van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU), waarnaar het CVB in randnummer 4 verwijst.⁶

7. Tegen de zienswijze van de CVB kan worden ingebracht dat de consument wel in staat is om eenvoudig – binnen een paar muisklikken en het invullen van een paar gegevens – een overeenkomst met Oxxio te sluiten. Het ‘in staat zijn’-criterium kan volgens mij op twee manieren worden benaderd: weet de consument voldoende (de benadering van het HvJ EU in *Ving Sverige* en van de CVB in onderhavige zaak⁷), of is hij in praktische zin in staat om binnen zeer korte tijd een aankoop te doen.⁸ Deze laatste, niet op de gegeven informatie gebaseerde benadering – de consument hoeft maar weinig obstakels te nemen om de overeenkomst daadwerkelijk aan te gaan – spreekt mij om de volgende redenen meer aan. Ten eerste wordt hiermee een cirkelredenering voorkomen: de informatie (over onder meer de prijs en de kenmerken) die, gelet op artikel 2 onder i⁹ en 7 lid 3¹⁰ en 4 onder a Richtlijn ook langs andere wegen mag worden aangeboden, bepaalt dan slechts de misleiding en niet ook, of sprake is van een uitnodiging tot aankoop.¹¹ Ten tweede is het bij sommige producten minder gebruikelijk om prijs en/of kenmerken expliciet te vermelden (zoals ook wordt verondersteld in artikel 7 lid 4 onder a Richtlijn). In advertenties van energieleveranciers wordt doorgaans geen prijs vermeld en de hoofdkenmerken van het product spreken veelal voor zich ((groene) stroom en gas).

8. Hoe verhoudt het *Ving Sverige*-arrest zich tot deze alternatieve benadering? Het HvJ EU heeft in zijn arrest niet laten weten of bij boodschappen waarin geen prijs of kenmerken worden vermeld, niettemin sprake kan zijn van een uitnodiging tot aankoop. Dat er weinig tijd en moeite tussen de uitnodiging en de aankoop zit, vormt volgens het arrest in elk geval geen bijkomende voorwaarde (naast de vermelding van prijs en kenmerken).¹² De vraag is echter of zij, als prijs en kenmerken niet duidelijk

zijn vermeld, als een *alternatieve* voorwaarde kan gelden. Volgens mij past bij de in *Ving Sverige* voorgestane extensieve uitleg van de uitnodiging tot aankoop als bijzondere reclamevorm, dat zou moeten kunnen worden nagegaan of een reclame-uiting aan de ene of de andere voorwaarde voldoet. In zijn uitspraak gaat het HvJ EU uit van een ruime interpretatie van de begrippen ‘prijs’ en ‘kenmerken’. Bij een uitnodiging tot aankoop gelden strenge informatieverplichtingen (artikel 7 lid 4 Richtlijn) en hoe strikter de uitleg van artikel 2 onder i Richtlijn, hoe beperkter het toepassingsbereik van die verplichtingen.¹³ Het is ook om het brede toepassingsbereik van artikel 7 lid 4 Richtlijn te waarborgen dat het HvJ EU overweegt dat een uitnodiging tot aankoop ‘geen daadwerkelijke mogelijkheid tot aankoop van het product hoeft [cursivering, CMDSP] te bieden’ (r.o. 33). Maar wat als een commerciële boodschap die mogelijkheid wel biedt, zonder evenwel prijs en kenmerken te noemen? Ook en misschien juist dan, zou de consument zo snel mogelijk toegang tot alle in artikel 7 lid 4 Richtlijn genoemde informatie moeten hebben.

9. Ook al zou er in onderhavig geval sprake zijn van een uitnodiging tot aankoop – wat m.i. verdedigbaar is,¹⁴ dan nog zou er, gelet op de mogelijkheid voor de handelaar om de actievoorwaarden langs andere wegen te verschaffen, geen sprake zijn van misleiding. Voor niets gaat de zon op en een commercieel bedrijf zal het schenken van dure gadgets altijd aan actievoorwaarden verbinden. Van de gemiddelde consument mag worden verwacht dat hij kennisneemt van deze voorwaarden. Vereist is wel dat deze informatie duidelijk en toegankelijk is. Omdat de banner expliciet verwijst naar de op zich duidelijke actievoorwaarden en deze door één muisklik kunnen worden geraadpleegd, wordt de consument in casu, zo oordeelt het CVB terecht, niet misleid.

Mw. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon

Universitair docent aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden en redacteur van dit tijdschrift

Koop roerende zaken

Bundesgerichtshof 17 oktober 2012

Zaaknr. VIII ZR 226/11

6. HvJ EU 12 mei 2011, nr. C-122/10, *Jur.* 2011, p. I-3903, *TvC* 2012-3, m.nt. W.H. van Boom (*Ving Sverige*).

7. Zie ook RCC & CVB 18 december 2012, dossiernr. 2012/00837B (*T-Mobile*) waarin een ‘onbeperkt alles’-abireclame met een beschrijving van het aangeboden product als een *teaser* is aangemerkt (kennelijk een tussenvorm tussen de enkele vergroting van de naamsbekendheid en een uitnodiging tot aankoop).

8. Vgl. HvJ EU 12 mei 2011, nr. C-122/10, *Jur.* 2011, p. I-3903, r.o. 40 (concl. A-G Mengozzi) (*Ving Sverige*).

9. Vgl. de zinsnede ‘een aan het gebruikte medium aangepaste wijze’.

10. Deze gezichtspunten zijn evenzeer van toepassing op de uitnodiging tot aankoop: *Ving Sverige*, r.o. 66-67. Zie echter, ten onrechte: *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 2.

11. De informatie vooropstellen past m.i. niet bij de beschermingsdoelstelling van de richtlijn: het gaat juist om die praktijken die door een gebrek aan informatie een geïnformeerd besluit onmogelijk maken. Zie M. Radeideh, *Fair trading in EC law: information and consumer choice in the internal market* (diss. Groningen), Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 274; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 453-454.

12. *Ving Sverige*, r.o. 30.

13. *Ving Sverige*, r.o. 39-41 en 49; *Ving Sverige*, r.o. 25-26 en 28 (concl. A-G Mengozzi).

14. De banner vormt in elk geval geen algemene reclame-uiting ter vergroting van de naamsbekendheid van het merk of product. Mogelijk zou de banner als een *teaser* (vgl. RCC & CVB 18 december 2012, dossiernr. 2012/00837B (*T-Mobile*)) kunnen worden aangemerkt maar twijfelachtig is of de door het Hof voorgeschreven ruime uitleg ruimte laat voor een dergelijke tussenvorm.