

ven. Het HvJ EG heeft in de *Europolis* zaak⁶ geoordeeld dat inburgering dient te worden aangetoond in het gehele Benelux-gebied waar de weigeringsgrond bestaat. Voor dit gebied dient dan te worden nagegaan of een aanzienlijk deel van het relevante publiek het teken als merk beschouwt.

6. In deze uitspraak past de Tweede Kamer de *Europolis*-leer toe. De Tweede Kamer gaat ervan uit dat voor de Engelstalige beschrijvende aanduiding SPORTS DIRECT de weigeringsgrond in het gehele Benelux-gebied bestaat.⁷ De Benelux-consument zal vanwege zijn kennis van de Engelse taal de betekenis van de aanduidingen SPORTS en DIRECT namelijk direct herkennen.

De vervolgvraag is dan of een aanzienlijk deel van het relevante publiek in de gehele Benelux het teken als merk beschouwt. De Tweede Kamer oordeelt dat deze horde in dit geval niet kan worden gehaald omdat het teken vanaf 2009 alleen in België en Luxemburg is gebruikt en daar geen aanzienlijk deel van het relevante algemene Benelux publiek woont. 60% van de inwoners van de Benelux woont namelijk in Nederland, aldus de Tweede Kamer.

Met andere woorden: hoe intensief het teken in België en Luxemburg ook zou zijn gebruikt, van inburgering kan geen sprake zijn, omdat het teken niet (meer) in Nederland wordt gebruikt. Is dat wel *fair*? En wordt de ondernemer die zijn producten en diensten alleen aanbiedt in België en/of Luxemburg hier niet de dupe van het Benelux merkensysteem? In het geval er een nationaal Belgisch of Luxemburgs merkrecht zou bestaan, zoals andere EU-landen een nationaal merkrecht kennen, had er mogelijk wel sprake kunnen zijn van inburgering en inschrijving van het teken als merk.

7. De uitspraak laat de keerzijde van het gekozen Benelux merkensysteem zien. Omdat binnen dit systeem de landsgrenzen in de Benelux moeten worden weggedacht, is het aantonen van inburgering in één of zelfs twee landen niet altijd voldoende. De lat voor het kunnen aantonen van inburgering ligt in de Benelux daarom in de praktijk vaak hoger dan in andere EU-landen. De positieve zijde van de Benelux-medaille is daarentegen dat wanneer een merk van huis uit onderscheidend vermogen heeft en wordt ingeschreven, er direct sprake is van bescherming in drie landen.

De gebruiker van een teken waarvan inburgering in de Benelux niet kan worden aangetoond, zoals SDC, staat overigens niet per definitie met lege handen. Mogelijk kan deze gebruiker namelijk via een andere weg worden beschermd tegen het gebruik van een overeenstemmend teken, namelijk op grond van nationale bescherming tegen ongeoorloofde mededinging.

⁶ HvJ EG 7 september 2006, C-108/05, ECLI:EU:C:2006:530, IER 2006/92, m.nt. Ch. Gielen, NJ 2007/238, m.nt. J.H. Spoor (*Europolis*).

⁷ Voor Nederlandse beschrijvende aanduidingen geldt dat er sprake dient te zijn van inburgering in het Nederlandstalige deel van de Benelux. Zie bijv. Hof Amsterdam 3 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL4261, IER 2010/25, m.nt. Ch. Gielen (*Buitenleven*) en Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1730, IER 2013/55, m.nt. AMEV (*Glashelder*).

8. Interessant is verder het beroep dat SDC doet op het recht op vrijheid van ondernemerschap, dat is opgenomen in art. 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (r.o. 10-12). SDC voert aan dat zij vanwege een in Nederland bestaand ouder handelsnaamrecht het teken SPORTS DIRECT niet in Nederland mag gebruiken en dat haar door dit plaatselijke recht, een recht op merkenbescherming in België en Luxemburg wordt ontzegd. Haar ondernemersvrijheid zou hierdoor ten opzichte van merkhouders in andere EU-landen, ernstig worden belemmerd, aldus SDC. Dit beroep wordt verworpen. De Tweede Kamer merkt terecht op dat van een belemmering van de ondernemingsvrijheid geen sprake is. Dat het teken SPORTS DIRECT niet als Benelux-merk kan worden ingeschreven, betekent immers niet dat SDC het merk niet in het kader van haar ondernemersactiviteiten in België en Luxemburg zou mogen gebruiken.

9. De uitspraak van de Tweede Kamer is mijns inziens goed te volgen en – gelet op het gekozen Benelux merkensysteem – qua uitkomst juist. Wat mij nog opviel is dat de Tweede Kamer in deze zaak – en overigens ook in de andere uitspraken in weigerings- en oppositieprocedures – een arrest en geen beschikking heeft gewezen. Het Gerechtshof Den Haag en ook de Hoge Raad wezen in het verleden in weigerings- en oppositiezaken altijd een beschikking, omdat de procedures werden ingeleid met een verzoek. In België en Luxemburg was het echter gebruik om in dergelijke zaken een arrest of arrêt te wijzen. De Tweede Kamer van het BenGH lijkt dit Belgische en Luxemburgse gebruik nu te volgen. Inburgering van dit gebruik in alleen België en Luxemburg, was kennelijk wel voldoende.

M. Bronneman

Reclamerecht

IER 2021/16

AUTORITEIT CONSUMENT & MARKT

24 november 2020

m.nt. B.B. Duivenvoorde¹

ACM/Bicep Papa B.V.

Nepvolgers, neplikes en nepreviews. Handhavingsbesluit door Autoriteit Consument & Markt. Overtreding verbod op misleidende handelspraktijken en bepaling zwarte lijst: zich op bedrieglijke wijze voordoen als consument. Voorbeeld van handhavingskracht ACM.

1. *Bicep Papa B.V. (hierna: Bicep Papa) biedt via de website www.biceppapa.nl (hierna: Website) producten, waaron-*

¹ Mr. dr. B.B. (Bram) Duivenvoorde is universitair docent aan de Universiteit Utrecht.

der voedingssupplementen, aan consumenten aan. Consumenten kunnen deze producten direct via de Website kopen. Via verschillende sociale media, zoals Instagram, worden op profielpagina's gelieerd aan Bicep Papa onder andere uitingen gedaan richting consumenten ter bevordering van de verkoop van producten op de Website. De bepalingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken zijn van toepassing op deze activiteiten.

2. Op basis van onderzoek heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vastgesteld dat Bicep Papa bij verschillende van deze uitingen op deze profielpagina's in de periode september 2018-mei 2020 niet-authentieke consumentenbeoordelingen en -aanbevelingen, in de vorm van 'likes' en 'volgers', (hierna: 'Engagement') heeft laten plaatsen door een aanbieder van niet-authentieke Engagement (hierna: 'Aanbieder'). Engagement is naar het oordeel van de ACM niet-authentiek als het niet de daadwerkelijke aanbeveling of beoordeling van een echte consument weerspiegelt of als de algemene presentatie van de informatie een positiever beeld van de handelaar, het product of het bedrijf schetst dan het in werkelijkheid is. De ACM is van oordeel dat Bicep Papa met deze activiteiten in strijd handelt met de volgende wettelijke bepalingen:
 - artikel 6:193c, eerste lid, onder c en f, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW); en
 - artikel 6:193g, onder v, BW. Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming (hierna Whc).
3. Voor de geconstateerde overtredingen legt de ACM aan Bicep Papa een last onder dwangsom op, die op 24 december 2020 moet zijn uitgevoerd. In het geval Bicep Papa op die datum de overtredingen nog niet volledig heeft beëindigd, verbeurt zij een dwangsom van EUR 12.500 per week of een gedeelte van de week dat zij nog niet aan de last onder dwangsom heeft voldaan met een maximum van EUR 100.000.

Art. 193c lid 1 onder c en f BW, art. 6:193g BW

ACM/20/042072

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 2.9 van Wet handhaving consumentenbescherming tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Bicep Papa B.V. wegens overtreding van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming.

Ons kenmerk ACM/UIT/544173

Zaaknummer ACM/20/042072

Datum 24 november 2020

(...)

3 Samenvatting

1. Bicep Papa B.V. (hierna: Bicep Papa) biedt via de website www.biceppapa.nl (hierna: Website) producten, waaronder voedingssupplementen, aan consumenten aan.

Consumenten kunnen deze producten direct via de Website kopen. Via verschillende sociale media, zoals Instagram, worden op profielpagina's gelieerd aan Bicep Papa² onder andere uitingen gedaan richting consumenten ter bevordering van de verkoop van producten op de Website. De bepalingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken³ zijn van toepassing op deze activiteiten.

2. Op basis van onderzoek heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vastgesteld dat Bicep Papa bij verschillende van deze uitingen op deze profielpagina's in de periode september 2018-mei 2020 niet-authentieke consumentenbeoordelingen en -aanbevelingen, in de vorm van 'likes' en 'volgers', (hierna: 'Engagement') heeft laten plaatsen door een aanbieder van niet-authentieke Engagement (hierna: 'Aanbieder').⁴ Engagement is naar het oordeel van de ACM niet-authentiek als het niet de daadwerkelijke aanbeveling of beoordeling van een echte consument weerspiegelt of als de algemene presentatie van de informatie een positiever beeld van de handelaar, het product of het bedrijf schetst dan het in werkelijkheid is. De ACM is van oordeel dat Bicep Papa met deze activiteiten in strijd handelt met de volgende wettelijke bepalingen:

- Artikel 6:193c, eerste lid, onder c en f, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW); en
- Artikel 6:193g, onder v, BW.

Dit levert een overtreding op van artikel 8.8 Wet handhaving consumentenbescherming (hierna Whc).

3. Voor de geconstateerde overtredingen legt de ACM aan Bicep Papa een last onder dwangsom op, die op **24 december 2020** moet zijn uitgevoerd. In het geval Bicep Papa op die datum de overtredingen nog niet volledig heeft beëindigd, verbeurt zij een dwangsom van **EUR 12.500** per week of een gedeelte van de week dat zij nog niet aan de last onder dwangsom heeft voldaan met een maximum van **EUR 100.000**.

4 Aanleiding en verloop van het onderzoek

4. In 2020 heeft de ACM onderzoek verricht naar de activiteiten van marktpartijen bij de handel in en gebruik van niet-authentieke Engagement op sociale media en andere online diensten. Binnen dit onderzoek heeft de ACM waarschuwingsbrieven gestuurd aan partijen, zoals de Aanbieder, die tegen betaling niet-authentieke Engagement plaatsen op onder andere de door hun klanten opgegeven profielpagina's en berichten op sociale media. Daarnaast heeft de ACM ook de klantenbestanden van deze partijen gevorderd.

2 Zie de profielpagina's van de Instagram-accounts: https://www.instagram.com/mobicep_motivation, <https://www.instagram.com/mobicepp>, <https://www.instagram.com/mbnutrition>.

3 Burgerlijk Wetboek 6, Afdeling 3A.

4 Het gaat om de aanbieder [VERTROUWELIJK], die onder andere via <https://instalikeskopen.nl/> zijn diensten aanbiedt.

5. De ACM heeft op 25 juni 2020 een nieuwsbericht gepubliceerd over de aanpak van de handel in en het gebruik van niet-authentieke Engagement.⁵

6. Op 1 juli 2020 ontving de ACM telefonisch een signaal van de Politie Zeeland West-Brabant (hierna: Politie) over een partij die veel Instagram likes zou hebben gekocht.⁶ Per e-mail van 30 juli 2020 gaf de Politie aan dat het volgens de informatie die zij in bezit heeft, gaat om Bicip Papa en [VERTROUWELIJK].⁷ Op basis van dit signaal heeft de ACM onderzoek gedaan naar de activiteiten van Bicip Papa ten aanzien van het gebruik van niet-authentieke engagement op profielpagina's en berichten op sociale media die gelieerd zijn aan Bicip Papa.

7. Op 10 september 2020 heeft een toezichthoudend ambtenaar van de ACM een informatieverzoek gestuurd aan de Politie ten aanzien van rekeningoverzichten van Bicip Papa en omzetgegevens van Bicip Papa over de jaren 2018, 2019 en 2020. Op 16 september 2020 heeft de Politie deze informatie aangeleverd.⁸

8. Uit de aangeleverde informatie van de Politie⁹ blijkt dat Bicip Papa tussen september 2018 en juni 2020 in totaal 67 betalingen heeft gedaan aan de Aanbieder om niet-authentieke Engagement te laten plaatsen op Instagram.

9. Verder blijkt uit de aangeleverde informatie van de Politie¹⁰ dat de omzet van Bicip Papa van [VERTROUWELIJK] in 2018, is gestegen naar [VERTROUWELIJK] in 2019 en [VERTROUWELIJK] in 2020 (t/m 2 juni).

10. Eerder op 8 juni 2020 heeft de ACM informatie gevorderd van de Aanbieder, waaronder diens klantgegevens.¹¹ Op 22 juni 2020 heeft de ACM deze informatie verkregen van de Aanbieder.¹² Uit informatie van de Aanbieder blijkt waarom de Engagement die de Aanbieder levert niet authentiek is; de Engagement wordt namelijk automatisch gegenereerd door een bot.¹³ Verder blijkt uit de aangeleverde informatie van de Aanbieder¹⁴ eveneens dat Bicip Papa diensten heeft afgenomen van de Aanbieder. Het gaat om in totaal 69 betalingen tussen september 2018 en mei 2020 die zijn gedaan door Bicip Papa aan de Aanbieder voor het plaatsen van niet-authentieke Engagement op (berichten op) verschillende profielpagina's van accounts op Instagram. Het gaat onder meer om profielpagina's van accounts op Instagram die gelieerd zijn aan Bicip Papa; namelijk de accounts:

- 'mobicep_motivation';¹⁵
- 'mobicepp';¹⁶ en
- 'mbnutrition_'.¹⁷

11. Meer specifiek blijkt uit de gegevens van de Aanbieder¹⁸ dat er onder meer:

- 22 betalingen zijn gedaan in de periode september 2019-juli 2020 voor in totaal 28.000 volgers voor een totaalbedrag van EUR 611,90 ten behoeve van het Instagram-account 'mobicepp';
- 25 betalingen zijn gedaan in de periode september 2018-september 2019 voor in totaal 17.300 volgers voor een totaalbedrag van EUR 245,- ten behoeve van het Instagram-account 'mobicep_motivation';
- 6 betalingen zijn gedaan in de periode mei 2020-juli 2020 voor in totaal 12.000 volgers voor een totaalbedrag van EUR 239,70 ten behoeve van het Instagram-account 'mbnutrition_';
- 1 betaling is gedaan op 1 januari 2020 voor 2000 likes voor een bedrag van EUR 12,95 ten behoeve van een geplaatst bericht met kenmerk 'B7Lp-2_nex9'¹⁹ op de profielpagina van het account 'mobicepp';²⁰
- 1 betaling is gedaan op 14 mei 2020 voor 5000 likes voor een bedrag van EUR 24,95 ten behoeve van een geplaatst bericht met kenmerk 'CALBjTtnUeB'²¹ op de profielpagina van het Instagram-account 'mobicepp';²²
- 1 betaling is gedaan op 14 mei 2020 voor 5000 likes voor een bedrag van EUR 24,95 ten behoeve van een geplaatst bericht met kenmerk 'CALkKaanSPo'²³ op de profielpagina van het Instagram-account 'mobicepp';²⁴
- 1 betaling is gedaan op 16 mei 2020 voor 5000 likes voor een bedrag van EUR 24,95 ten behoeve van een geplaatst bericht met kenmerk 'CAQv4_CHynl' op de profielpagina van het Instagram-account 'mobicepp';²⁵ en
- 1 betaling is gedaan op 18 mei 2020 voor 5000 likes voor een bedrag van EUR 24,95 ten behoeve van een geplaatst bericht met kenmerk 'CAV3ZjanDnK'²⁶ op de profielpagina van het Instagram-account 'mobicepp'.²⁷

12. Op 30 september 2020 en 2 oktober 2020 heeft een toezichthoudend ambtenaar van de ACM de website en de profielpagina's van accounts op Instagram die gelieerd zijn aan Bicip Papa bezocht en vastgelegd.²⁸

13. Op 12 oktober 2020 heeft de ACM per brief een voornemen tot het opleggen van een last onder dwang-

5 Zie 'ACM pakt handel nepreviews en neplikes aan', <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-pakt-handel-nepreviews-enneplikes-aan>.

6 Kenmerk: ACM/IN/543072 (Signaal politie).

7 Kenmerk: ACM/IN/543326 (Verrijking signaal politie)

8 Kenmerk: ACM/IN/537590 (Gegevens politie n.a.v. informatieverzoek ACM).

9 Kenmerk: ACM/IN/537590 (Gegevens politie n.a.v. informatieverzoek ACM, bijlage nr. 1).

10 Kenmerk: ACM/IN/537590 (Gegevens politie n.a.v. informatieverzoek ACM, bijlage nr. 2).

11 Kenmerk: ACM/UIT/534860 (Informatieverzoek [VERTROUWELIJK]).

12 Kenmerk: ACM/IN/508156 (Cryptshare [VERTROUWELIJK]).

13 Kenmerk: ACM/IN/553998 (WhatsApp-conversatie [VERTROUWELIJK]).

14 Kenmerk: ACM/UIT/542123 (Klantoverzicht [VERTROUWELIJK]).

15 Zie https://www.instagram.com/mobicep_motivation.

16 Zie <https://www.instagram.com/mobicepp>.

17 Zie https://www.instagram.com/mbnutrition_.

18 Kenmerk: ACM/UIT/542123 (Klantoverzicht [VERTROUWELIJK]).

19 Zie https://www.instagram.com/p/B7Lp-2_nex9/?igshid=vcvpt7xe5rcg.

20 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage 2).

21 Zie <https://www.instagram.com/p/CALBjTtnUeB/?igshid=egi2qqyidvqf>.

22 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage 3).

23 Zie <https://www.instagram.com/p/CALkKaanSPo/?igshid=n06g9eqo77k6>.

24 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage 4).

25 Deze post is inmiddels verwijderd van de profielpagina van het account 'mobicepp'.

26 Zie <https://www.instagram.com/p/CAV3ZjanDnK/?igshid=1ejprxi4i3ub>.

27 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage 6).

28 Kenmerk: ACM/UIT/542151 (Vastlegging website en Instagram).

som aan Bicip Papa toegestuurd.²⁹ Dit voornemen was gericht op het staken en gestaakt houden van de overtredingen als genoemd in randnummer 46.

14. Op 15 oktober 2020 heeft de ACM per e-mail gereageerd op het verzoek per telefoon op 13 oktober 2020 van [VERTROUWELIJK], directeur van Bicip Papa, om meer informatie over het onderzoek van de ACM.³⁰ Deze e-mail zag mede op het verzoek per telefoon van [VERTROUWELIJK], gevolmachtigde van Bicip Papa, om een afspraak te maken voor het indienen van een mondelinge zienswijze op het voornemen van de ACM tot een last onder dwangsom aan Bicip Papa en [VERTROUWELIJK]. Bij deze e-mail is tevens de brief met daarin het voornemen tot een last onder dwangsom aan Bicip Papa gestuurd. Op 26 oktober 2020 heeft Bicip Papa een mondelinge zienswijze ingediend. Dit gesprek is opgenomen en woordelijk uitgewerkt door de verslagdienst van de ACM.³¹ De ACM gaat in op deze zienswijze in de 'Nota van bevindingen', zoals opgenomen in de bijlage.

15. Ook heeft een toezichthoudend ambtenaar een vastlegging gedaan van de resultaten van de zoektermen 'mobicepp' en 'mbnutrition' in de online sociale media analysetool 'Hypeauditor'.³²

16. Op 5 november 2020 heeft de ACM een verzoek om aanvullende informatie gedaan aan de Aanbieder.³³ Op 5 november 2020 heeft de Aanbieder deze informatie aangeleverd.³⁴ Uit deze informatie blijkt dat de niet-authentieke Engagement die Bicip Papa heeft afgenomen bij de Aanbieder inmiddels is geplaatst op de profielpagina's gelieerd aan Bicip Papa.³⁵ Ook blijkt uit deze informatie wat het aantal volgers op de profielpagina's en aantal likes op de berichten was voor het plaatsen van de bestelling door Bicip Papa. Ook blijkt uit deze informatie wat het aantal volgers en likes is geworden na het plaatsen van de niet-authentieke Engagement door de leverancier van de Aanbieder. Verder blijkt uit deze informatie dat er naast de bestellingen genoemd in randnummer 11 andere bestellingen zijn geplaatst in de periode juni 2020-september 2020 ten behoeve van een van account op Instagram die is gelieerd aan Bicip Papa.³⁶

17. Meer specifiek blijkt uit de aanvullende informatie van de Aanbieder³⁷ dat er:

- 22 bestellingen zijn gedaan voor in totaal 40.700 volgers ten behoeve van het account 'mobicepp'; en
- 1 bestelling is gedaan voor het plaatsen van 5000 likes ten behoeve van een geplaatst bericht met kenmerk 'CBVz1BHnXju' op de profielpagina van het account 'mobicepp'.³⁸

18. Verder blijkt uit de aanvullende informatie van de Aanbieder³⁹ dat:

- op 9 september 2018, de datum van de eerste bestelling door Bicip Papa bij de Aanbieder ten behoeve van het mobicepp_motivation, de teller van het aantal volgers op 72.994 stond;
- op 27 augustus 2019, de datum van de laatste bestelling door Bicip Papa bij de Aanbieder ten behoeve van het account mobicepp_motivation de teller van het aantal volgers op 199.069 stond;
- op 29 september 2019, de datum van de eerste bestelling door Bicip Papa bij de Aanbieder ten behoeve van het account 'mobicepp', de teller van het aantal volgers op 207.716 stond;
- op 25 augustus 2020, de datum van de laatste bestelling door Bicip Papa bij de Aanbieder ten behoeve van het account 'mobicepp', de teller van het aantal volgers op 418.415 stond;
- op 14 mei 2020, de datum van de eerste bestelling door Bicip Papa bij de Aanbieder ten behoeve van het account 'mbnutrition_' de teller van het aantal volgers op 19.651 stond; en
- op 16 mei 2020, de datum waarop de levering van de niet-authentieke engagement ten behoeve van het account 'mbnutrition_' zou zijn voltooid, de teller van het aantal volgers op 21.931 stond. De ACM vermoedt dat de levering van de niet-authentieke Engagement ten behoeve van het account 'mbnutrition_' niet volledig is opgenomen in de informatie van de Aanbieder. Op grond van de vastlegging van HypeAuditor⁴⁰ blijkt namelijk dat het account 'mbnutrition_' in mei 2020 binnen een korte periode is gestegen van circa 20.000 volgers naar circa 50.000 volgers.

19. Op 4 en 6 november 2020 heeft een toezichthoudend medewerker van de ACM aanvullende vastleggingen gedaan van de Website en een van de profielpagina's van een account gelieerd aan Bicip Papa.⁴¹

5 Feitelijke kader

5.1 Betrokken onderneming

20. Het onderzoek van de ACM richt zich op de gedraging van Bicip Papa B.V.

29 Kenmerk: ACM/UIT/542187 (Brief voornemen tot een last onder dwangsom).

30 Kenmerk: ACM/UIT/542981 (E-mail ACM n.a.v. telefoongesprek [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]).

31 Kenmerk: ACM/UIT/543967 (Begeleidende brief) en ACM/UIT/543906 (Transcriptie).

32 Kenmerk: ACM/UIT/544111 (Vastlegging HypeAuditor).

33 Kenmerk: ACM/IN/554560 (Verzoek aanvullende informatie [VERTROUWELIJK]).

34 Kenmerk: ACM/IN/554600 (Cryptshare aanvullende informatie [VERTROUWELIJK]).

35 Zie https://www.instagram.com/mobicepp_motivation, <https://www.instagram.com/mobicepp> en https://www.instagram.com/mbnutrition_.

36 <https://www.instagram.com/mobicepp>.

37 Kenmerk: ACM/IN/554600 (Cryptshare aanvullende informatie [VERTROUWELIJK]).

38 Kenmerk: Kenmerk: ACM/UIT/544063 (VVA aanvullende vastlegging Website en Instagram Bicip Papa, bijlage 3); zie ook <https://www.instagram.com/p/CBVz1BHnXju/?igshid=rp7efpqqeox9f>.

39 Kenmerk: ACM/IN/554600 (Cryptshare aanvullende informatie [VERTROUWELIJK]).

40 Kenmerk: ACM/UIT/544111 (Vastlegging HypeAuditor, bijlage 1).

41 Kenmerk: ACM/UIT/544063 (VVA aanvullende vastlegging Website en Instagram Bicip Papa).

21. Uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat Bicep Papa B.V., geregistreerd onder het KvK-nummer 74621270, is opgericht op 11 april 2019 en is gevestigd in Breda.⁴² Het bezoekadres is Nikkelstraat 21, 4823AE te Breda.

22. De beschrijving van de werkzaamheden van Bicep Papa B.V. zoals opgenomen in het uittreksel van de Kamer van Koophandel luidt als volgt: 'Detailhandel via internet in voedingsmiddelen en drogisterijwaren'.

23. Bestuurder van Bicep Papa is MB Holding B.V., geregistreerd onder KvK-nummer 74562320. Naast MB Holding B.V. is [VERTROUWELIJK] sinds 1 oktober 2020 ook bestuurder van Bicep Papa B.V.

24. Enig aandeelhouder en bestuurder van MB Holding B.V. is [VERTROUWELIJK].⁴³

5.2 Handelswijze onderneming

25. Bicep Papa biedt via www.biceppapa.nl voedingssupplementen en aanverwante producten aan consumenten aan.⁴⁴ De promotie van deze producten geschiedt mede via sociale media, waaronder Instagram. Hiervoor worden de volgende accounts op Instagram gebruikt:

- mbnutrition_⁴⁵
- mobicepp_⁴⁶
- mobicep_motivation.⁴⁷

Deze accounts richten zich duidelijk op consumenten, waaronder potentiële kopers van de producten van Bicep Papa en consumenten die geïnteresseerd zijn in de activiteiten van het boegbeeld c.q. gezicht van Bicep Papa: [VERTROUWELIJK].

26. Op de profielpagina's van de accounts 'mobicepp', 'mobicep_motivation' en 'mbnutrition_' staat een URL die leidt naar de Website.⁴⁸ Op de profielpagina van het account 'mobicepp' staat onder andere vermeld: 'Owner of @mbnutrition_'. Ook staat daarin een hyperlink met de tekst '@mbnutrition_' die de gebruiker leidt naar de profielpagina van het account 'mbnutrition_'.⁴⁹ Het account 'mbnutrition_' is een zakelijk account waarbij onder andere in grijze letters staat vermeld: 'Vitaminen/supplementen'.⁵⁰ Op de profielpagina mobicep_motivation staat onder andere een hyperlink met de tekst '@mbnutri-

tion_'.⁵¹ Tot slot wordt op de Website verwezen naar de profielpagina van het account 'mobicepp' op Instagram.⁵²

27. Verder worden op de profielpagina's van de accounts 'mobicepp', 'mobicep_motivation' en 'mbnutrition_' afbeeldingen geplaatst van onder andere producten die op de website van Bicep Papa verkocht worden.⁵³ Bij deze afbeeldingen staat veelal een wervende tekst ter promotie van de producten die Bicep Papa verkoopt. De consument wordt via deze profielpagina's doorgelinkt naar de Website waar consumenten de producten kunnen kopen.⁵⁴

28. Bicep Papa heeft gebruik gemaakt van de diensten van de Aanbieder om op de profielpagina van het zakelijke account 'mbnutrition_' niet-authentieke Engagement te laten plaatsen door de Aanbieder.⁵⁵

29. Ook heeft Bicep Papa gebruik gemaakt van de diensten van de Aanbieder om op de profielpagina van het account 'mobicepp' en het account 'mobicep_motivation' op Instagram, waarop reclame wordt gemaakt voor (de producten van) Bicep Papa, niet-authentieke Engagement te laten plaatsen door de Aanbieder.

6 Juridisch kader

30. Voor zover relevant volgt hieronder het juridisch kader op grond waarvan de ACM tot haar beoordeling van de handelswijze van Bicep Papa komt in hoofdstuk 6 en de maatregelen neemt die in hoofdstuk 7 zijn uitgewerkt.

31. De wettelijke regels over oneerlijke handelspraktijken zijn van toepassing op de 'handelspraktijk' van een 'handelaar'. Deze begrippen staan gedefinieerd in artikel 6:193a BW. Artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder a t/m f, BW luidt:

- '1. In deze afdeling wordt verstaan onder:
 - a. consument: natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
 - b. handelaar: natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt;
 - c. product: goed, elektriciteit daaronder begrepen, of dienst;
 - d. handelspraktijk: iedere handeling, omisatie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, ver-

42 Kenmerk: ACM/INT/413248 (Uittreksel KvK Bicep Papa).

43 Kenmerk: ACM/INT/413249 (Uittreksel KvK MB Holding B.V.)

44 Naast voedingssupplementen worden sauzen, een voedingsschema, kleding en accessoires verkocht.

45 Zie https://www.instagram.com/mbnutrition_.

46 Zie <https://www.instagram.com/mobicepp>.

47 Zie https://www.instagram.com/mobicep_motivation.

48 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 9, 13 en 14).

49 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 9).

50 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 13).

51 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 14).

52 Kenmerk: ACM/UIT/544063 (VVA aanvullende vastlegging Website en Instagram Bicep Papa, bijlage 1 [alleen digitaal] en bijlage 2).

53 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 2---8211---8)

54 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 9, 13 en 14).

55 Kenmerk: ACM/UIT/542123 (klantoverzicht [VERTROUWELIJK]).

koop of levering van een product aan consumenten;

e. besluit over een overeenkomst: een door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument overgaat tot handelen;

f. professionele toewijding: normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken; [...]

32. Op grond van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: 'Whc') is het een handelaar als bedoeld in artikel 6:193a, eerste lid, onderdeel b, BW niet toegestaan oneerlijke handelspraktijken te verrichten als bedoeld in Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 BW. Van een oneerlijke handelspraktijk is in het bijzonder sprake indien een handelaar een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:193c tot en met 6:193g BW. Dit volgt uit artikel 6:193b, derde lid, onderdeel a, BW:

'[...]

3. Een handelspraktijk is in het bijzonder oneerlijk indien een handelaar:

a. een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g,

'[...]

33. Voor zover hier relevant, luidt artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder c en f, BW als volgt:

'1. Een handelspraktijk is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van:

'[...]

c. de verplichtingen van de handelaar, de motieven voor de handelspraktijk en de aard van het verkoopproces, een verklaring of een symbool in verband met directe of indirecte sponsoring of erkenning van de handelaar of het product;

'[...]

f. de hoedanigheid, kenmerken en rechten van de handelaar of zijn tussenpersoon, zoals

zijn identiteit, vermogen, kwalificaties, status, erkenning, affiliatie, connecties, industriële, commerciële of eigendomsrechten of zijn prijzen, bekroningen en onderscheidingen;

'[...]

waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.'

34. Er zijn ook handelspraktijken die onder alle omstandigheden als misleidend worden beschouwd. Voor zover hier relevant, luidt artikel 6:193g BW als volgt:

'De volgende handelspraktijken zijn onder alle omstandigheden misleidend:

'[...]

v. op bedrieglijke wijze beweren of de indruk wekken dat de handelaar niet optreedt ten behoeve van zijn handel, bedrijf, ambacht of beroep of zich op bedrieglijke wijze voordoen als consument;

'[...].'

35. Op grond van artikel 2.2 van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc), gelezen in samenhang met onderdeel a van de bijlage van de Whc, is de ACM belast met het toezicht op de naleving van artikel 8.8 Whc. De ACM kan optreden als sprake is van een overtreding van artikel 8.8 Whc die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder f, Whc. In dat geval kan de ACM op grond van artikel 2.9 Whc een last onder dwangsom en/of bestuurlijke boete opleggen aan de handelaar die artikel 8.8 Whc overtreedt.

7 Beoordeling

7.1 Inleiding

36. Bicep Papa handelt bij het online aanbieden van haar producten aan consumenten in de uitoefening van haar bedrijf en valt daarmee onder de definitie van 'handelaar' als bedoeld in artikel 6:193a, eerste lid, aanhef en onder b, BW.

37. De promotie van producten door of ten behoeve van Bicep Papa via sociale media, waaronder via de profielpagina's van de accounts op Instagram als vermeld in randnummer 10, is gericht op consumenten. Deze gedragingen houden rechtstreeks verband met de verkoop dan wel verkoopbevordering van de producten van Bicep Papa aan consumenten en zijn aan te merken als een 'handelspraktijk' als bedoeld in artikel 6:193a, eerste lid aanhef en onder d, BW. De wettelijke regels over oneerlijke handelspraktijken zijn van toepassing op deze gedragingen van Bicep Papa.⁵⁶

38. De ACM constateert op basis van de informatie die tot haar beschikking staat dat de gedragingen van

⁵⁶ Burgerlijk Wetboek, Boek 6, afdeling 3A.

Bicep Papa zijn aan te merken als een oneerlijke handelspraktijk op grond van:

- artikel 6:193c, eerste lid, onder c en f, BW; en
- artikel 6:193g, onder v, BW.

39. Het is Bicep Papa verboden om oneerlijke handelspraktijken te verrichten op grond van artikel 8:8 Whc.

40. De gedragingen van Bicep Papa hebben het kenmerk dat meerdere consumenten op eenzelfde manier zijn of kunnen worden bereikt en geschaad. De profielpagina's van de accounts vermeld in randnummer 10 en de berichten waar ten behoeve van Bicep Papa niet-authentieke Engagement is geplaatst bereiken immers meerdere consumenten. Het account 'mobicepp' had op 30 september 2020 circa 432.000 volgers.⁵⁷ Het account 'mbnutrition_' had op 2 oktober 2020 circa 52.000 volgers.⁵⁸ Aangezien beide accounts openbaar zijn, kan bovendien elke gebruiker op Instagram de profielpagina's bekijken. Ook kunnen gebruikers de berichten die geplaatst zijn op de profielpagina's op basis van het algoritme van Instagram automatisch zien verschijnen op hun tijdlijn op Instagram. De gedragingen van Bicep Papa schenden hierdoor de collectieve belangen van consumenten in de zin van artikel 1.1., aanhef en onder f, Whc. De ACM gaat daarom op grond van artikel 2.9 Whc over tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Bicep Papa.

7.2 *Misleidende handelspraktijk: misleidende informatie ten aanzien van erkenning van (de producten van) bicep papa*

41. Door het laten plaatsen van niet-authentieke Engagement op de profielpagina's gelieerd aan Bicep Papa op Instagram⁵⁹ ter promotie van (de producten van) Bicep Papa, wekt Bicep Papa ten onrechte de suggestie dat deze niet-authentieke Engagement wel een authentieke ervaring van echte consumenten weergeeft over (de producten van) Bicep Papa.

42. De ACM acht deze handelspraktijken van Bicep Papa misleidend. De consument kan door deze handelspraktijken een andere verwachting hebben van de kwaliteit of de populariteit van (producten van) Bicep Papa. Door de algemene presentatie van het aantal volgers en likes wordt namelijk een positiever beeld van (de producten van) Bicep Papa geschetst dan het in werkelijkheid is. Dit geschetste beeld van (de producten van) Bicep Papa is een van de factoren waarop de consument zijn besluit kan baseren om producten te kopen van Bicep Papa. Had de consument geweten dat de accounts gelieerd aan Bicep Papa op Instagram⁶⁰ minder authentieke volgers hadden,

dan had de gemiddelde consument een ander besluit over de overeenkomst kunnen nemen en mogelijk afgezien van de aankoop. Hetzelfde geldt voor het aantal likes op de berichten ter promotie van (de producten van) Bicep Papa op de profielpagina's van de accounts gelieerd aan Bicep Papa op Instagram.⁶¹

43. Het is verboden om informatie te verspreiden die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, onder andere ten aanzien van een verklaring of een symbool in verband met directe of indirecte sponsoring of erkenning van (de producten van) Bicep Papa. Ook is het verboden om misleidende informatie te verspreiden over de hoedanigheid en kenmerken van Bicep Papa of zijn tussenpersoon zoals zijn status, erkenning of connecties. Dit zijn overtredingen van artikel 8:8 Whc in samenhang met artikel 6:193c, eerste lid, onder c en f, BW.

7.3 *Misleidende handelspraktijk: zich op bedrieglijke wijze voordoen als consument*

44. Door het laten plaatsen van niet-authentieke Engagement op onder andere de zakelijke profielpagina van Bicep Papa op Instagram ter promotie van (de producten van) Bicep Papa, wordt op bedrieglijke wijze beweerd of de indruk gewekt dat niet wordt opgetreden ten behoeve van de handel of bedrijf van Bicep Papa, dan wel doet Bicep Papa en/of de Aanbieder ten behoeve van Bicep Papa zich op bedrieglijke wijze voor als consument. De niet-authentieke Engagement die Bicep Papa heeft laten plaatsen wordt namelijk automatisch gegenereerd via een bot,⁶² die vermoedelijk met behulp van accounts van niet-bestaande personen niet-authentieke Engagement plaatst op Instagram. Het is daarbij onduidelijk voor consumenten dat de niet-authentieke Engagement afkomstig was van Bicep Papa, dan wel dat Bicep Papa de niet-authentieke engagement heeft laten plaatsen door de Aanbieder op de accounts gelieerd aan Bicep Papa.

45. Deze praktijk is onder alle omstandigheden misleidend en een overtreding van artikel 8:8 Whc in samenhang met artikel 6:193g, onder v, BW.

7.4 *Conclusie*

46. De ACM acht de handelspraktijken van Bicep Papa misleidend op grond van artikel 6:193c, eerste lid, onder c en f, BW en op grond van artikel 6:193g, onder v, BW. Daarmee overtreedt Bicep Papa het verbod op het verrichten van oneerlijke handelspraktijken als bepaald in artikel 8.8 Whc. Op grond van artikel 2.9 Whc legt de ACM daarom een last onder dwangsom op aan Bicep Papa.

57 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 9).

58 Kenmerk ACM/UIT/542151 (Vastlegging Instagram en website, Bijlage nr. 13).

59 Zie https://www.instagram.com/mbnutrition_; <https://www.instagram.com/mobicepp>; en https://www.instagram.com/mobicepp_motivation.

60 Zie https://www.instagram.com/mbnutrition_; <https://www.instagram.com/mobicepp>; en https://www.instagram.com/mobicepp_motivation.

61 Zie https://www.instagram.com/mbnutrition_; <https://www.instagram.com/mobicepp>; en https://www.instagram.com/mobicepp_motivation.

62 Kenmerk: ACM/IN/553998 (Whatsapp-conversatie [VERTROUWELIJK]).

8 **Maatregelen**

47. Bicep Papa dient de overtreding van de volgende artikelen te beëindigen en beëindigd te houden:

- Artikel 6:193c, eerste lid, onder c en f, BW; en
- Artikel 6:193g, onder v, BW.

48. Bicep Papa kan dit doen door:

- alle niet-authentieke Engagement die Bicep Papa heeft geplaatst of door derden heeft laten plaatsen op zakelijke profielpagina's van Bicep Papa op Instagram,⁶³ te (laten) verwijderen en verwijderd te houden;
- alle niet-authentieke Engagement die Bicep Papa heeft geplaatst of door derden heeft laten plaatsen op overige profielpagina's op Instagram, waaronder in ieder geval de profielpagina's op Instagram die gelieerd zijn aan Bicep Papa en waarop reclame wordt gemaakt ten behoeve van Bicep Papa,⁶⁴ te (laten) verwijderen en verwijderd te houden;
- het plaatsen of door derden laten plaatsen van niet-authentieke Engagement op zakelijke profielpagina's van Bicep Papa op sociale media en andere online diensten⁶⁵ te staken en gestaakt te houden; en
- het plaatsen of door derden laten plaatsen van niet-authentieke Engagement op overige profielpagina's op sociale media en andere online diensten, waaronder in ieder geval de profielpagina's op Instagram die gelieerd zijn aan Bicep Papa en waarop reclame wordt gemaakt ten behoeve van Bicep Papa,⁶⁶ te staken en gestaakt te houden.

49. Voor de geconstateerde overtredingen legt de ACM aan Bicep Papa een last onder dwangsom op die uiterlijk **24 december 2020** moet zijn uitgevoerd. In het geval dat Bicep Papa op die datum de overtredingen nog niet volledig heeft beëindigd, verbeurt zij een dwangsom van **EUR 12.500** per week of een gedeelte van de week dat zij nog niet aan de last onder dwangsom heeft voldaan, met een maximum van **EUR 100.000**.

50. De hoogte van de dwangsom is gerelateerd aan de aard van deze overtredingen en de hoogte van de omzet van Bicep Papa in 2019 en 2020. De ACM gaat er vanuit dat de hoogte van de dwangsom voor Bicep Papa voldoende prikkel geeft om aan deze lastgeving te voldoen.

Voorschrift inzake het verstrekken van gegevens

51. Bicep Papa informeert de ACM schriftelijk over de wijze waarop zij aan de last onder dwangsom heeft voldaan.⁶⁷ In dit kader stuurt Bicep Papa ter controle van de naleving van bovenstaande verplichtingen, op **24 december 2020** via <https://cryptshare.acm.nl> (zie bijlage voor 'Handleiding Cryptshare') de volgende gegevens:

- Een screenshot waaruit het aantal volgers en de percentages ten aanzien van afkomst/woonplaats van alle volgers blijken (te raadplegen in de Instagram-app via het balkdiagram-icoontje) op **24 december 2020** (in een voor de ACM begrijpelijk en leesbaar formaat, zoals een JPEG, of PDF-bestandsformaat) voor de volgende accounts op Instagram:
 - 'mbnutrition_',⁶⁸
 - 'mobicepp',⁶⁹
 - 'Mobicep_motivation'.⁷⁰
- Overige informatie waaruit blijkt dat alle geplaatste niet-authentieke Engagement is verwijderd van de profielpagina's van Bicep Papa en de profielpagina's die gelieerd zijn aan Bicep Papa waarop reclame wordt gemaakt ten behoeve van Bicep Papa op sociale media en andere online diensten, waaronder in ieder geval ten aanzien van de accounts:
 - 'mbnutrition_',⁷¹
 - 'mobicepp',⁷²
 - 'mobicep_motivation'.⁷³
- Een overzicht van de stappen die zijn genomen om de niet-authentieke Engagement te (laten) verwijderen.

Looptijd

52. De last onder dwangsom zal op grond van artikel 12r Iw worden opgelegd voor de duur van twee jaren.

Begunstigingstermijn

53. Bicep Papa dient uiterlijk op **24 december 2020** aan de verplichtingen opgenomen in dit besluit te hebben voldaan. Tevens informeert Bicep Papa op **24 december 2020** over de wijze waarop zij aan de last onder dwangsom heeft voldaan, door het aanleveren van de gegevens zoals genoemd in randnummer 51. Daarmee heeft Bicep Papa naar het oordeel van ACM voldoende tijd om de geconstateerde overtredingen te beëindigen.

9 **Besluit**

54. De Autoriteit Consument en Markt legt aan Bicep Papa B.V. (hierna: Bicep Papa) een last onder dwangsom op met de volgende inhoud:

- I. Bicep Papa moet de overtreding van de volgende artikelen beëindigen en beëindigd houden:
 - Artikel 6:193c, eerste lid, onder c en f, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW); en
 - Artikel 6:193g, onder v, BW.
- II. Bicep Papa kan dit doen door tijdig uitvoering te geven aan de maatregelen, zoals beschreven in randnummer 48 van deze beslissing.

⁶³ In ieder geval https://www.instagram.com/mbnutrition_.

⁶⁴ In ieder geval <https://www.instagram.com/mobicepp> en https://www.instagram.com/mobicep_motivation.

⁶⁵ In ieder geval https://www.instagram.com/mbnutrition_.

⁶⁶ In ieder geval <https://www.instagram.com/mobicepp> en https://www.instagram.com/mobicep_motivation.

⁶⁷ Volgens artikel 12w, eerste lid, van de Instellingswet ACM (hierna: Iw)

⁶⁸ Zie https://www.instagram.com/mbnutrition_.

⁶⁹ Zie <https://www.instagram.com/mobicepp>.

⁷⁰ Zie https://www.instagram.com/mobicep_motivation.

⁷¹ Zie https://www.instagram.com/mbnutrition_.

⁷² Zie <https://www.instagram.com/mobicepp>.

⁷³ Zie https://www.instagram.com/mobicep_motivation.

- III. De ACM verbindt op grond van artikel 12r, eerste lid, Iw aan deze last onder dwangsom het voorschrift dat Bicep Papa de ACM schriftelijk informeert over de wijze waarop zij aan de last onder dwangsom hebben voldaan, zoals omschreven in randnummer 51 van deze beslissing.
- IV. Bicep Papa moet deze lastgeving uiterlijk op **24 december 2020** hebben uitgevoerd.⁷⁴ Indien Bicep Papa niet, niet volledig, of niet tijdig aan deze lastgeving voldoet, zal Bicep Papa een dwangsom van **EUR 12.500** per week of gedeelte van een week verbeuren, met een maximum van **EUR 100.000**.

De last onder dwangsom zal op grond van artikel 12r Iw worden opgelegd voor de duur van twee jaren.

Autoriteit Consument en Markt,

Namens deze:

w.g. 24 november 2020

drs. E.C.T. van Houten

Directeur Directie Consumenten

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekendgemaakt is bezwaar maken bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM).

Het postadres is:

Autoriteit Consument en Markt, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

De ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt om in dat geschrift de ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien de ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepsschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien de ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door de ACM worden behandeld.

Bijlage 1: nota van bevindingen

1. In deze Nota van bevindingen gaat de ACM in op de zienswijze van Bicep Papa B.V. (hierna: Bicep Papa). Bicep Papa bracht deze zienswijze op 26 oktober 2020 mondeling in nadat de ACM op 12 oktober 2020 een vooraankondiging⁷⁵ deed van haar besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Bicep Papa (hierna ook: het voorgenomen besluit). Bicep Papa werd bij het indienen

van de zienswijze vertegenwoordigd door [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) en [VERTROUWELIJK].

2. De ACM zal eerst de algemene opmerkingen van de partij behandelen. Vervolgens gaat de ACM in op de zienswijze die is gegeven op het gebruik van niet-authentieke engagement ter verkoopbevordering van producten op sociale media en andere online diensten door Bicep Papa, en de oplegging van de last onder dwangsom.

1 Zienswijze

Algemeen

3. In de zienswijze gaat Bicep Papa eerst in op de rol van [VERTROUWELIJK] bij de activiteiten van Bicep Papa. Volgens Bicep Papa is [VERTROUWELIJK] sinds kort formeel bestuurder van Bicep Papa. Volgens Bicep Papa was [VERTROUWELIJK] feitelijk sinds de oprichting van Bicep Papa in april 2019 al bestuurder.

4. Verder wijst Bicep Papa erop dat [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) namens Bicep Papa voedingssupplementen verkoopt. [VERTROUWELIJK] gebruikt onder andere zijn persoonlijke Instagram-account 'mobi-cepp' om de producten van Bicep Papa te promoten.

5. Bicep Papa geeft aan dat in de administratie is nagegaan of er inderdaad niet-authentieke engagement, namelijk likes en volgers, zijn afgenomen. Bicep Papa geeft aan in de administratie wel te zien is dat er volgers zijn afgenomen. In de administratie konden zij niet terugvinden dat likes zijn afgenomen.

Gebruik niet-authentieke engagement ter verkoopbevordering van producten

6. Bicep Papa bestrijdt dat bij het gebruiken van niet-authentieke engagement ter verkoopbevordering van producten op sociale media door Bicep Papa sprake is van misleiding van consumenten.

2 Beoordeling

7. De ACM volgt Bicep Papa niet in zijn betoog. Door het (laten) plaatsen van niet-authentieke engagement op de profielpagina's gelieerd aan Bicep Papa op Instagram ter promotie van (de producten van) Bicep Papa, wekt Bicep Papa namelijk ten onrechte de suggestie dat deze niet-authentieke engagement wel een authentieke ervaring van echte consumenten weergeeft over (de producten van) Bicep Papa.

8. De ACM acht deze handelspraktijken van Bicep Papa wel degelijk misleidend. De consument kan namelijk op basis van (precontractuele) informatie over het aantal volgers op de profielpagina's of het aantal likes op berichten op de profielpagina's van de accounts gelieerd aan Bicep Papa ter promotie van (de producten van) Bicep Papa, een andere verwachting hebben van de kwaliteit of de populariteit van (producten van) Bicep Papa. Door de algemene presentatie van het aantal volgers en likes wordt namelijk een positiever beeld van (de producten van) Bicep Papa geschetst dan het in werkelijkheid is. Het aantal volgers of likes op sociale media is een van de fac-

⁷⁴ Hierbij geldt dat als één van de geadresseerden gehoor geeft aan (een onderdeel van) de last, de andere bevrijd is van de verplichting (dat onderdeel van) de last uit te voeren.

⁷⁵ Deze vooraankondiging heeft kenmerk ACM/UIT/542187.

toren waarop de consument zijn besluit kan baseren om een aankoop te doen bij de handelaar. Had de consument geweten dat de accounts gelieerd aan Bicep Papa op Instagram minder volgers hadden, dan had de gemiddelde consument een ander besluit over de overeenkomst kunnen nemen en mogelijk afgezien van de aankoop.

Noot

Inleiding

Dit handhavingsbesluit is in de eerste plaats een interessant voorbeeld van de handhavingskracht van de Autoriteit Consument & Markt ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken. Daarnaast laat het besluit zien dat het nieuwe verbod op het (laten) plaatsen van nepreviews in de Moderniseringsrichtlijn (toe te passen door de lidstaten vanaf 22 mei 2022) niet noodzakelijk is om op te treden tegen dergelijke praktijken: de ACM kan al optreden op basis van het verbod op misleidende handelspraktijken (art. 6:193c BW) en op grond van de huidige zwarte lijst (art. 6:193g BW).

Nepreviews voor vitaminesupplementen

Het bedrijf Bicep Papa verkoopt via haar website voedings-supplementen aan consumenten. Zoals de naam al doet vermoeden gaat het onder meer om producten (zoals eiwitshakes) die de spieropbouw moeten stimuleren. Bicep Papa prijst haar producten niet alleen aan via de website, maar ook via haar Instagram-pagina's en andere socialmediakanalen. Bicep Papa blijkt tegen betaling een partij te hebben ingeschakeld om haar socialmediakanalen te voorzien van grote aantallen nepvolgers en neplikes en om via die kanalen nepreviews te plaatsen. De ACM legt een last onder dwangsom op om deze praktijken te beëindigen.

Handhavingskracht ACM

Normaal gezien komt het inzetten van nepvolgers, neplikes en nepreviews niet snel aan het licht. Hiervoor is hard bewijs nodig dat deze *endorsements* van consumenten op social media daadwerkelijk niet-authentiek zijn. Dit handhavingsbesluit laat echter zien dat de ACM dankzij haar bestuursrechtelijke bevoegdheden een vuist kan maken tegen dit soort praktijken. Het handhavingsbesluit van de ACM vloeit namelijk voort uit een breder onderzoek van de ACM naar nepreviews, nepvolgers en neplikes. In het kader daarvan heeft de ACM waarschuwingbrieven gestuurd naar bedrijven die tegen betaling andere bedrijven voorzien van niet-authentieke *endorsements*. Daarnaast heeft de ACM de klantenbestanden gevorderd bij deze partijen, om zo te achterhalen door welke bedrijven zij worden ingeschakeld. Ook heeft de ACM naar aanmelding van een melding bij de politie over de praktijken van Bicep Papa de rekeninggegevens van Bicep Papa opgevraagd. Uit deze informatiebronnen kwamen de betalingen voor nepvolgers, neplikes en nepreviews van Bicep Papa aan het licht. Het handhavingsbesluit laat daarmee zien dat bedrijven (ook kleinere partijen) die normaal gezien onder de radar zouden vliegen, dankzij het onderzoek en de be-

stuursrechtelijke bevoegdheden van de ACM onverwacht tegen de lamp kunnen lopen.

Misleidende handelspraktijk en overtreding zwartelijstbepaling

De ACM treedt op tegen Bicep Papa op grond van de Wet oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW). Daarbij beroept de ACM zich in de eerste plaats op art. 6:193c BW: het verbod op misleiding. Daarnaast heeft Bicep Papa volgens de ACM ook één van de bepalingen op de zwarte lijst van misleidende handelspraktijken overtreden (art. 6:193g BW). De op deze lijst opgenomen praktijken worden onder alle omstandigheden gezien als oneerlijk. In dit specifieke geval gaat het om overtreding van art. 6:193g onder v BW: het op bedrieglijke wijze beweren of de indruk wekken dat de handelaar niet optreedt ten behoeve van zijn handel, bedrijf, ambacht of beroep of zich op bedrieglijke wijze voordoen als consument. Die bepaling is ten tijde van het opstellen van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken weliswaar niet geschreven met het oog op niet-authentieke *endorsements* via social media, maar het is goed verdedigbaar dat dergelijke praktijken inderdaad vallen onder deze bepaling.

Moderniseringsrichtlijn: expliciete regulering van o.a. nepreviews

Eind 2019 heeft de Europese wetgever de Moderniseringsrichtlijn (2019/2161/EU) aangenomen. De Moderniseringsrichtlijn leidt tot wijziging van een aantal Europese richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht, waaronder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EC).⁷⁶ Lidstaten moeten die wijzigingen vanaf 22 mei 2022 toepassen. De Europese wetgever heeft er in dit kader voor gekozen om het (laten) plaatsen van nepreviews expliciet te verbieden via een nieuwe zwartelijstbepaling.⁷⁷ Op basis hiervan wordt het handelaren verboden om nep-*endorsements* van consumenten te plaatsen of om *endorsements* van consumenten op misleidende wijze weer te geven. Gezien het handhavingsbesluit van de ACM tegen Bicep Papa, is een beroep op die nieuwe bepaling echter niet strikt noodzakelijk. Overigens introduceert de Moderniseringsrichtlijn nog een andere nieuwe regel ten aanzien van consumentenreviews. Handelaren die toegang bieden tot consumentenbeoordelingen moeten consumenten inlichten of en hoe de handelaar garandeert dat de reviews afkomstig zijn van consumenten die het product daadwerkelijk hebben gebruikt of aangekocht.⁷⁸

B.B. Duivenvoorde

76 Zie hierover ook M.B.M. Loos, 'The Modernisation of European consumer law: a pig in a poke?', *E.R.P.L.* 2019, afl. 1, p. 113-134; C. Twigg-Flesner, 'Bad hand? The "new deal" for EU consumers', *European Union Private Law Review* 2018, afl. 4, p. 166-175 en B.B. Duivenvoorde, 'The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?', *EuCML* 2019, afl. 6, p. 219-228.

77 Zie art. 3 lid 7 onder b Moderniseringsrichtlijn en punt 23^o quarter van Bijlage I van de gewijzigde Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

78 Art. 3 lid 4 onder c Moderniseringsrichtlijn.