

1.

De zaak betreft een handelaar die optreedt tegen een concurrent: telefoonbedrijf Tele2 ageert tegen kabelbedrijf UPC. Het gaat om een concurrerend aanbod van beide partijen voor internet en bellen in één abonnement, bij Tele2 via de telefoon en bij UPC via de kabel. UPC vermeldt in een radiocommercial niet dat Internet & Bellen alleen beschikbaar is in combinatie met het UPS Standaardpakket radio/tv. Die disclaimer is wel te vinden op de website en via een informatienummer van UPC, waarnaar wordt verwezen in de radio-commercial. In een televisiecommercial van UPC worden twee claims gebruikt: U kunt bij UPC supersnel internetten tot maar liefst 24 mb/sec., en: U kunt bij UPC internetten voor nog geen € 37 per maand. In feite wordt door UPC voor € 37 een snelheid geleverd van 1,5 mb/sec. Tele2 stelt dat UPC handelt in strijd met art. 6:194 BW (het verbod van misleidende reclame). De rechter wijst de vordering met betrekking tot de radiocommercial af: het niet vermelden van de extra-eis is niet misleidend, omdat in de radiocommercial naar de juiste informatie wordt verwezen. De vordering met betrekking tot de televisiecommercial wordt toegewezen: de huidige consument zal niet verwachten dat internet met een snelheid van minder dan 16 mb/sec als 'supersnel' wordt aangeprezen. In reconventie vordert UPC op basis van art. 6:194a BW rectificatie van een onjuiste vergelijking tussen TV Gold van Tele2 en het Op Maat Pakket van UPC op de website van Tele2. Die vordering wordt toegewezen inclusief plaatsing van de mededeling: 'Indien U door deze vergelijking bent misleid en daardoor een overeenkomst voor TV Gold bent aangegaan, heeft U het wettelijk recht om het contract met Tele2 te vernietigen'. De overige vorderingen zijn wat minder relevant.

2.

Het belang van dit vonnis schuilt mijns inziens allereerst in de wijze waarop de rechter de Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG) hanteert. Opvallende punten zijn verder: de richtlijnconforme uitleg van het begrip misleidende omissie in verband met mediumbeperkingen en de opgelegde rectificatie die in feite een ingreep inhoudt in een afgesloten contract. Het vonnis is besproken door Ebba Hoogenraad in Tijdschrift voor Consumentenrecht 2008-6, p. 241–244. Zij wijst ook nog op processueel interessante punten, te weten het doen van toezeggingen ter zitting over de grootte van disclaimers als middel ter voorkoming van een verbod met dwangsom en rectificatie. Ik verwijs daarvoor graag naar haar commentaar.

3.

Richtlijn 2005/29/EG wordt door de rechter als volgt gehanteerd. Tele2 stelt dat de Nederlandse wet (in casu art. 6:194 BW) richtlijnconform (Richtlijn 2005/29/EG van mei 2005 is dan nog niet geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving) moet worden geïnterpreteerd. De rechter past zonder nadere motivering de bepalingen van de Richtlijn (in casu art. 7 lid 1 en art. 7 lid 3 Richtlijn 2005/29/EG) rechtstreeks toe (zie r.o. 4.11). Het gaat bij de toepassing van art. 7 Richtlijn 2005/29/EG om de vraag of, gelet op beperkingen van een reclamemedium, voor de consument essentiële informatie onder bepaalde voorwaarden mag worden weggelaten. Art. 7 lid 1 Richtlijn 2005/29/EG geeft aan wat als een misleidende omissie wordt beschouwd. Lid 3 van

het artikel bepaalt: 'Indien het voor de handelspraktijk gebruikte medium beperkingen qua ruimte of tijd meebrengt, wordt bij de beoordeling of er informatie wordt weggelaten met deze beperkingen rekening gehouden, alsook met maatregelen die de handelaar genomen heeft om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen'. De rechter beslist dat onder informatie in lid 3 ook essentiële informatie valt en dat een radiocommercial qua tijd beperkingen met zich meebrengt. Nu vaststaat dat UPC heeft verwezen naar een website en een informatienummer waar duidelijk kenbaar is gemaakt dat Internet & Bellen alleen beschikbaar is in combinatie met het UPS Standaardpakket radio/tv, is er geen sprake van misleiding.

4.

Zo'n oordeel is op zichzelf niet bijzonder. 'Het feit dat radio- en TV-reclame naar hun aard aanzienlijke beperkingen medebrengen ten aanzien van de tijdsduur, waarmee een bepaald facet ten gehore of in beeld kan worden gebracht, kan soms — bij reclame via deze media — voor de adverteerder een excuus opleveren, mits geen sprake is van onjuistheden met betrekking tot essentiële eigenschappen van het aanbod.', zo meldt reeds PRAR, Hoofdstuk IIA, nr. 28. En in nr. 34 van hetzelfde hoofdstuk heet het: 'Indien de advertentie geen onjuiste indruk wekt, mag de adverteerder de tekst van de advertentie zo nodig aanvullen met achteraf verstrekte informatie indien hij er maar duidelijk op wijst dat en hoe nadere informatie kan worden verkregen'. Daarmee is overigens nog niet gezegd dat die verwijzingsmogelijkheid ook geldt voor essentiële informatie. Dat laatste volgt mijns inziens inderdaad uit de tekst van het artikel omdat daarin immers wordt gezegd dat de factoren die daar worden genoemd een rol mogen spelen bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten. Voorheen was dat niet noodzakelijkerwijs het geval. Dat is weer een stukje minder consumentenbescherming.

5.

De rechter hanteert de Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn 2005/29/EG) alsof deze rechtstreeks van toepassing is op een vordering van een handelaar tegen een andere handelaar. Ik gebruik het begrip handelaar hier, omdat dat begrip het onderscheid aangeeft tussen de toepasselijkheid van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29) en de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame (2006/114). De eerste Richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten, de tweede op oneerlijke handelspraktijken (althans een gedeelte daarvan, namelijk misleiding en ontoelaatbare vergelijkende reclame) van handelaren jegens andere handelaren. Dat onderscheid heeft tot veel discussie aanleiding gegeven. Leonie Kroon en Carja Mastenbroek hebben de ins en outs van die discussie uitgebreid aangegeven in hun artikel in aflevering 5 van IER 2008. De toelichting op de Nederlandse implementatiewetgeving bepaalt in dit verband het volgende: 'Het toepassingsgebied van de richtlijn is beperkt tot oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (...). Oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen vallen dus buiten het bereik van deze richtlijn'. (Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 1). De toelichting (p. 18) op het gewijzigde art. 6:194 BW zegt: 'Dit artikel beperkt de reikwijdte van Afdeling 4 (misleiding en vergelijkende reclame) tot handelspraktijken tussen bedrijven onderling. De vraag of de consument is misleid door reclame zal na inwerkingtreding van deze wet moeten worden beoordeeld op basis van de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken)'. Het is niet gemakkelijk te begrijpen wat daarmee wordt bedoeld. Richtlijn 2005/29/EG biedt al evenmin veel soulaas. Zij bepaalt in art. 3 lid 1 Richtlijn 2005/29/EG: 'Deze richtlijn is van toepassing op

oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (...). De bijbehorende preambule (6) bepaalt: 'Deze richtlijn is niet van toepassing of van invloed op de nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die alleen de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren; met volledige inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel behouden de lidstaten de mogelijkheid dergelijke praktijken aan banden te leggen, overeenkomstig de communautaire wetgeving, indien zij zulks wensen. Deze richtlijn is evenmin van toepassing of van invloed op de bepalingen van Richtlijn 84/450/EEG aangaande reclame die misleidend is voor ondernemingen, maar niet voor consumenten, en aangaande vergelijkende reclame'. Lees voor 84/450/EEG thans 2006/114/EG. Ook die Richtlijn helpt ons niet veel verder. Zij geeft aan (zie preambule (5)), dat het bij misleidende reclame gaat om reclame die misleidend is voor ondernemingen en bepaalt verder in art. 1 dat de richtlijn beoogt 'handelaren te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan, en de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd'.

6.

Om te begrijpen wat er hiermee is bedoeld, moet mijns inziens worden teruggegrepen op de oorspronkelijke bedoeling van de Europese wetgever. Deze was heel duidelijk gericht tegen een harmonisering van het gehele oneerlijke mededingingsrecht — zoals in de Duitse literatuur voorgestaan. Men achtte daarvoor de tijd nog niet rijp. Preambule (6) van de Richtlijn 2005/29/EG laat dat duidelijk zien. Ik citeer die preambule in zijn geheel: 'Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen; hierdoor is binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn een eerlijke concurrentie gewaarborgd. Uiteraard zijn er andere handelspraktijken waardoor weliswaar niet de consumenten maar wel concurrenten en zakelijke klanten worden benadeeld. De Commissie dient zorgvuldig na te gaan in hoeverre buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn communautair optreden op het gebied van oneerlijke concurrentie noodzakelijk is en in voorkomend geval een wetgevingsvoorstel betreffende die andere aspecten van oneerlijke concurrentie op te stellen'. Die andere aspecten betreffen bijvoorbeeld schending van bedrijfsgeheimen, slaafse nabootsing en andere gevallen van 'free riding' of afbrekende reclame. Dat zijn gevallen waarin consumenten niet noodzakelijkerwijs behoeven te worden misleid of anderszins benadeeld. Integendeel: zij kunnen vaak voordeel hebben van dit soort vormen van oneerlijke concurrentie. Op dat terrein staan ons dus nog voorstellen te wachten. Het zou van de andere kant een beetje vreemd zijn wanneer het probleem van misleiding tussen ondernemingen niet zou worden aangepakt, maar misleiding alleen op Europees niveau geregeld zou worden wanneer consumenten door reclame werden misleid. Van daaruit is te begrijpen dat Richtlijn 2006/114/EG nu uitdrukkelijk beoogt handelaren te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan. Wat de vergelijkende reclame betreft is mijns inziens de situatie niet veranderd: voor zover er sprake is van misleiding van consumenten is Richtlijn 2005/29/EG in ieder geval ook van toepassing. Er kunnen zich voorts gevallen van vergelijkende reclame voordoen waarin er geen sprake is van misleiding van consumenten; in die gevallen voorziet in ieder geval Richtlijn 2006/114/EG.

7.

Heeft de rechter nu Richtlijn 2005/29/EG terecht toegepast? Gelet op bovenstaande redenering moet het antwoord bevestigend luiden. Het gaat om een geval waarin (vergelijkende) reclame de consument zou kunnen misleiden en dus is de Richtlijn op dat geval rechtstreeks van toepassing. De rechter kan na de implementatie van de Richtlijn zijn oordeel over misleiding in een zaak tussen concurrenten ook baseren op afdeling 3A van titel 3 van Boek 6 BW. Het vervelende is echter dat er tijdens de parlementaire behandeling van is afgezien om duidelijk te maken dat ook concurrenten een actie kunnen instellen op basis van afdeling 3A. Mijns inziens is dat echter geen enkel probleem, omdat artikel 6:194 BW dat in ieder geval kan worden ingeroepen door een concurrent, niet alleen maar gaat over misleiding van ondernemingen, maar ook over misleiding van consumenten. En dat de rechter bij de uitleg van het begrip misleiding in art. 6:194 BW materiaal uit afdeling 3A over hetzelfde begrip misleiding te hulp kan roepen, staat hem natuurlijk volledig vrij.

8.

De opgelegde rectificatie ten slotte die in feite een ingreep inhoudt in een afgesloten contract. Tele2 wordt veroordeeld tot het volgende bericht op haar website: 'Indien U door deze vergelijking bent misleid en daardoor een overeenkomst voor TV Gold bent aangegaan, heeft U het wettelijk recht om het contract met Tele2 te vernietigen'. Was getekend: Tele2 Nederland BV. Mooi gevonden. Tijdens de parlementaire behandeling is uitgebreid gediscussieerd over contractuele sancties op misleidende en agressieve handelspraktijken, maar die discussie heeft tot niets geleid. Een amendement dat contractuele sancties op oneerlijke handelspraktijken stelde (bijvoorbeeld terugbetaling van de prijs aan de consument en behoud van de reeds door hem ontvangen prestaties) werd ontraden; de regering wilde uitdrukkelijk geen nieuwe contractuele sancties invoeren naast de bestaande (zie uitgebreider W.H. van de Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', TvC 2008-1, p. 11).

9.

De conclusie moet wel zijn dat allerlei moeizame exercities van de wetgever verbleken in het licht van de dagelijkse praktijk. Advocaat en rechter zijn toch wat inventiever gebleken dan de wetgever.

Jan Kabel (IVIR/DLA Piper)