

**ADVIES VAN DE STUDIEGROEP IMPLEMENTATIE OHP
RICHTLIJN AAN HET BESTUUR VAN DE VERENIGING VOOR
RECLAMERECHT****SAMENVATTING VAN DE BELANGRIJKSTE PUNTEN**

De Studiecommissie Oneerlijke Handelspraktijken heeft in een kortlopend onderzoek enkele vragen gesignaleerd met betrekking tot de implementatie van Richtlijn 2005/29. Het betreft vragen over de benodigde reikwijdte van de implementatie, met betrekking tot verduidelijking van begrippen en met betrekking tot de verhouding tussen oneerlijke handelspraktijken tegenover de consument en tegenover de concurrent. Het gaat om een eerste signalering, mede ten behoeve van de politieke besluitvorming; de Commissie zal haar werk voortzetten. In deze samenvatting worden de voornaamste punten van het rapport van de Commissie bevattelijk weergegeven. Lezing van het gehele rapport verdient uiteraard aanbeveling.

Benodigde reikwijdte van de implementatie*Handelspraktijken tussen bedrijven onderling*

Het kan toch niet zo zijn dat het Wetsvoorstel als consequentie heeft dat de vorderingen van individuele concurrenten op basis van artikel 6:194 BW *nieuw* beperkt worden tot reclame die uitsluitend gericht is op handelaren. Toch lijkt het daar op. De toelichting spreekt immers van 'handelspraktijken tussen bedrijven onderling'. Dat lijkt te betekenen dat onder het nieuwe regime van artikel 6:194 BW alleen nog maar handelspraktijken vallen tussen bedrijven onderling waarbij geen consumenten zijn betrokken. Het gevolg hiervan zou zijn dat ondernemingen niet langer met een beroep op artikel 6:194 BW kunnen optreden tegen reclame gericht op consumenten. In dat opzicht zou het wetsvoorstel verbetering behoeven.

Indirecte reclame uitgesloten?

Anders dan bij de meeste juridische omschrijvingen van reclame vereist de omschrijving van een oneerlijke handelspraktijk dat er een *rechtstreeks* verband dient te zijn tussen de praktijk en de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten. Vormen van indirecte reclame – men denke aan de ruime definities van alcoholreclame en tabaksreclame – worden dus uitgesloten. Is dit de bedoeling? Verwijzing naar rapport alcohol reclame, gedifferentieerde definitie

Productplacement en merkdifferentiatie voortaan legitiem?

Het op legitieme wijze in de markt zetten van een product door middel van product placement en de bestaande praktijk van merkdifferentiatie (d.w.z. het beweren dat een product bepaalde eigenschappen heeft terwijl in feite alle

soortgelijke producten over die eigenschappen beschikken) worden niet als oneerlijk beschouwd. Tot dusver was product placement lang niet altijd toelaatbaar en merkdifferentiatie bij levensmiddelen verboden. Wordt in die praktijk verandering gebracht? Dit betekent dat enige verduidelijking moet worden gegeven over de verhouding met het verbod van merkdifferentiatie in de Warenwet en met de regeling van sluikreclame in de Mediawet en het Mediabesluit.

Begrippen

Instelling van een interpretatieve commissie

Er worden nogal wat nieuwe begrippen geïntroduceerd door de Richtlijn. De rechtspraktijk zou natuurlijk zeer gediend zijn met een duidelijke uitleg van die begrippen die alle één op één uit de richtlijn zijn overgenomen. Daar ontbreekt het veelal aan. De Commissie beveelt allereerst aan dat in het verdere verloop van het implementatieproces geprobeerd wordt zoveel mogelijk verduidelijking te verschaffen en stelt voor een interpretatieve commissie te benoemen die kan adviseren over de consistentie van de gebruikte begrippen. Een dergelijke commissie vermindert de noodzaak van proefprocessen ter verkrijging van de gewenste duidelijkheid.

De noodzaak van de beperking tot het begrip ‘consument’

Een meer theoretische opmerking: Wat oneerlijk is, hoeft natuurlijk niet afhankelijk te zijn van de vraag tegenover wie iets oneerlijk is. Het begrip ‘consument’ is in de ogen van de Commissie dan ook een onnodige beperking bij de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken. Een misleidende of agressieve handelspraktijk zou tegenover niemand toelaatbaar mogen zijn, ook niet tegenover diegenen die niet beantwoorden aan de definitie van ‘consument’. De Commissie beveelt dan ook aan dit aspect opnieuw te doordenken.

Het begrip ‘beïnvloeding van de consument’

De Commissie constateert een uiteenlopende terminologie bij de invulling van dit begrip en vraagt zich af of op dit punt niet een verduidelijking nodig is.

Het begrip ‘uitnodiging tot aankoop’

Dit is een heikel punt. Een ruime uitleg vergt meer, een beperkte uitleg minder informatie in reclame. De rechtspraktijk heeft behoefte aan een keuze in dit verband. Wat moet er op een buitenreclame? Wat in televisiereclame? Lost verwijzing naar een website alles op? Het is niet duidelijk of er in het wetsvoorstel sprake is van een wijziging in de bestaande rechtspraktijk.

Enkele onjuistheid al misleidend?

Enkele onjuistheid is in het systeem van het wetsvoorstel (de bijzondere wet gaat voor de algemene) altijd misleidend. Dat kan volgens de Commissie niet de bedoeling zijn.

Opzet bij misleiding vereist?

Naar Nederlandse begrippen impliceert het gebruik van de term 'bedrieglijk' in het Wetsvoorstel dat opzet is vereist. Dat vereiste is in het civiele recht nooit gesteld en de Commissie beveelt dan ook aan het woord bedrieglijk waar nodig te vervangen door misleiding.

Algemene misleiding en sectorspecifieke misleiding

Het toezicht op oneerlijke handelspraktijken is om een aantal redenen verspreid over verschillende toezichthouders. Zulks is niet bevorderlijk voor de verwerving van een wenselijke mate van uniformiteit bij de uitleg van het begrip misleiding. Volgens het Wetsvoorstel zal stroomlijning uitsluitend geschieden door bilaterale samenwerkingsovereenkomsten tussen de Consumenten Autoriteit en andere toezichthouders. De Commissie vraagt zich af in hoeverre daarmee de noodzakelijke consistente toepassing van gelijkkluidende begrippenkaders werkelijk gewaarborgd wordt. Zij verwijst in dit verband naar haar eerdere voorstel een commissie te benoemen die deze consistentie op dit punt bewaakt.

Procedurele aspecten

Rechtsvorderingen

In Afdeling 4 van boek 6 (art. 196) zijn de in te stellen rechtsvorderingen afzonderlijk opgenomen, terwijl dat in de voorgestelde afdeling 3A (Oneerlijke Handelspraktijken) niet het geval is. Een uitleg over dat verschil ontbreekt.

Actiebevoegdheid van individuele concurrenten

Het wetsvoorstel sluit acties van individuele concurrenten uit. Dat is vreemd, omdat tot nu toe het leeuwendeel van de procedures inzake oneerlijke handelspraktijken gevoerd is door concurrenten. Art. 11 lid 1 van de Richtlijn maakt niet alleen collectieve acties van belangenorganisaties mogelijk, maar ook acties van individuele concurrenten. Waarom is daar in het Wetsvoorstel van afgeweken?

Bewijslastverdeling

De verdeling van de bewijslast in art. 6:193j BW wijkt af van die in art. 6:195 BW. In procedures tussen concurrenten, draagt de adverteerder de bewijslast van de juistheid en volledigheid van zijn beweringen, in procedures over oneerlijke handelspraktijken hangt de vraag wie wat moet bewijzen af van de omstandigheden van het geval. Het is dus denkbaar dat in hetzelfde geval een vordering verschillend kan uitpakken, al naar gelang de positie van eiser. Dat is onwenselijk.

Vergelijkende reclame

Uit de Memorie van Toelichting lijkt te volgen dat de wetgever door de implementatie van Richtlijn 2005/29 de mogelijkheden van zowel consumenten als concurrenten om op te treden tegen vergelijkende reclame aanzienlijk beperkt. Consumenten lijken alleen nog maar te kunnen optreden als er sprake is van verwarring en wellicht bij misleiding. Concurrenten lijken alleen nog maar te kunnen optreden als er sprake is van vergelijkende Business-to-Business reclame die niet aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 6:194a BW voldoet. Beide beperkingen volgen niet uit de Richtlijn 2005/29.

1. Inleiding

De taak van de door de Vereniging voor Reclamerecht ingestelde Studiecommissie Oneerlijke Handelspraktijken¹ is de consequenties voor het Nederlandse reclamerecht te onderzoeken van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (Richtlijn 2005/29).² Het in Kamerstuk 30 928 vervatte wetsvoorstel vormt daarbij het uitgangspunt van de werkzaamheden van de Studiecommissie.³

In dit advies werpt de Studiecommissie enkele eerste prangende vragen op en doet zij een aantal bijzondere aanbevelingen ter zake van de reikwijdte van de nieuwe wetgeving, van aanstaande veranderingen in de wettelijke terminologie alsmede van de verhouding tussen de beoogde afdeling 3A Oneerlijke handelspraktijken (nieuw) en de bestaande afdeling 4 Misleidende en vergelijkende reclame. Aldus beoogt de Studiecommissie de voorliggende implementatieproblematiek geenszins uitputtend bloot te leggen. Daarvoor is de tijd tussen de openbaarmaking en de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel te kort.

¹ De Studiecommissie bestaat uit Prof. Mr. Jan Kabel (hoogleraar commerciële informatie, Instituut voor Informatierecht), voorzitter, Mr. Lennert Steijger (onderzoeker, Instituut voor Informatierecht), secretaris, Mr. Prisca Ancion-Kors (Directeur Stichting Reclame Code), Prof. Dr. Nico van Eijk (hoogleraar telecommunicatierecht, Instituut voor Informatierecht), Mr. Ebba Hoogenraad (advocaat te Amsterdam en voorzitter van de Vereniging voor Reclamerecht), Mr. Mélanie Loos (advocaat te Amsterdam), Prof. Mr. Marco Loos (hoogleraar privaatrecht Universiteit van Amsterdam), Mr. Carja Mastenbroek (advocaat te Rotterdam), Prof. Mr. Martha Roggenkamp (corresponderend lid, hoogleraar energierecht, Rijks Universiteit Groningen), Mr. Bernardine Trompenaars (toehoorder, Ministerie van Economische Zaken), Mr. Erik Vollebregt (advocaat te Amsterdam). Prof. Marco Loos heeft alleen summier commentaar kunnen leveren op de eindtekst van dit advies..

² Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, Pb 2005, L 149/22.

³ Kamerstukken II 2006/07, 30 928.

Kwesties die hier niet of slechts zijdelings aan bod komen, maar die wel degelijk om aandacht vragen, zijn bijvoorbeeld de volgende.

- In hoeverre verlangt de wetgever een aparte misleidingstoets voor Business-to-Business (B2B) reclame? Wat voor toets zou dat eventueel zijn? De gemiddelde consument zoals die in de rechtspraak van het EG Hof van Justitie is opgestaan laat zich bezwaarlijk gelijkstellen met de door B2B-reclame aangesproken “vakconsument”.
- Waar komt het begrip professionele toewijding⁴ vandaan en zijn er praktijkvoorbeelden te geven van inbreuken op die vereisten?
- Wat is het verband tussen dit vereiste en dat van de verstoring van het economisch gedrag van de consument?
- De richtlijn stelt dat er aansprakelijkheid rust op de houder van een gedragscode. Is het gebruikelijk dat op de houders van co/zelfregulering (mede)aansprakelijkheid rust, en zijn de eventuele implicaties ervan voldoende onderkend?

2. Afbakeningskwesties

2.1 Verhouding handelspraktijk vis-à-vis commerciële communicatie

Afgezien van de door tijdsdruk ingegeven beperking van de draagwijdte van dit advies noopt de discrepantie tussen enerzijds het bereik van het reclamerecht – het werkkterrein van de Vereniging voor Reclamerecht – en anderzijds dat van het door Richtlijn 2005/29 geharmoniseerde recht inzake oneerlijke Business-to-Consumer (B2C) handelspraktijken eveneens tot afbakening van de hier aan de orde te stellen thematiek. Artikel 6:193a, lid 1 sub d BW verstaat onder handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten:

“iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, *met inbegrip van* reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.” [cursivering toegevoegd]

Afgaande op deze definitie omvat het begrip handelspraktijken dus méér dan alleen reclame c.q. commerciële communicatie. Met gebruikmaking van de definitie van commerciële communicatie als neergelegd in artikel 3:15e, lid 3 BW kunnen wij handelspraktijken en commerciële communicatie van elkaar scheiden. Om binnen het mandaat van de Studiecommissie te vallen dient een handelspraktijk zich dan als volgt te karakteriseren:

⁴ Art. 6:193a lid sub f BW.

- een vorm van communicatie;
- bestemd voor het aanprijzen van de goederen, diensten of het imago;
- van een onderneming, instelling of persoon die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent;
- met uitzondering van informatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteit van de onderneming, instelling of persoon, in het bijzonder een domeinnaam of een elektronisch postadres;
- mededelingen over goederen of diensten of het imago van een onderneming, instelling of persoon die onafhankelijk van deze en in het bijzonder zonder financiële tegenprestatie zijn samengesteld, zijn geen commerciële communicatie.

2.2 *Commerciële communicatie onberoerd door het Oneerlijke Handelspraktijkenregime*

Het begrip handelspraktijken mag dan zo zijn geformuleerd dat reclame er deel van uitmaakt; klaarblijkelijk valt niet alle reclame onder het regime van de nieuwe Afdeling 3A van Titel 3 boek 6 BW. Allereerst maakt de aangehaalde definitie van handelspraktijk duidelijk dat een dergelijke praktijk ‘rechtstreeks’ verband dient te houden met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten. Dit impliceert dat waar een dergelijk direct verband ontbreekt, zoals bij imagocampagnes, reclame niet bestreken wordt door voornoemde afdeling. Het belang van het verschil tussen *direct* en *indirect* in deze context komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de regulering van tabaks- en sluikreclame, alsmede in de concept wettekst voor de definitie van alcoholreclame.

- De vraag rijst dan ook welke betekenis de wetgever aan het element ‘rechtstreeks verband houden met’ toedicht.

Verder stelt Overweging 6 uit de preambule bij Richtlijn 2005/29 dat die richtlijn niet van toepassing of invloed is op “*algemeen aanvaarde reclame- en marketingpraktijken zoals het op legitieme wijze in de markt zetten van een product (“product placement”), merkdifferentiatie en het aanbieden van premies, die het beeld dat de consument heeft van het product en zijn gedrag op wettige wijze kunnen beïnvloeden, zonder daarom het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, te beperken.*”

- Dit roept de vraag op wat “het op legitieme wijze in de markt zetten van een product door middel van product placement” volgens de wetgever betekent, wanneer het niet gaat om die vorm van product placement die door de televisierichtlijn (min of meer) is (c.q. zal worden) geregeld.

Ook is onduidelijk of merkdifferentiatie die suggereert dat het om verschillende producten gaat, terwijl dat in feite niet zo is, altijd toelaatbaar is. In specifieke reclameregelgeving, met name bij reclame voor levensmiddelen, is het niet toegestaan aanwezigheid of afwezigheid van bepaalde producteigenschappen als bijzonder voor het geadverteerde product te presenteren indien bedoelde eigenschappen tevens aan- of afwezig zijn in vergelijkbare producten afkomstig van andere aanbieders.

- Beoogt de wetgever met de implementatie van de Richtlijn inderdaad af te zien van wijzigingen in de bestaande rechtspraktijk ten aanzien van genoemde reclame- en marketingpraktijken?

2.3 Oneerlijke handelspraktijken buiten de reclamesfeer

Andersom illustreert de opsomming van zwartelijst-praktijken in de voorgestelde artikelen 6:193g en i BW juist welke oneerlijke handelspraktijken zich buiten de reclamesfeer kunnen afspelen. De volgende zwartelijst-praktijken vallen duidelijk buiten de sfeer van de commerciële communicatie, en daarmee buiten het werkteerrein van de Studiecommissie:

- *Beloven de consumenten, met wie de handelaar voorafgaand aan de transactie heeft gecommuniceerd in een taal die geen officiële taal is van de lidstaat waar de handelaar gevestigd is, een klantendienst te verschaffen en deze dienst vervolgens enkel beschikbaar stellen in een andere taal zonder dit duidelijk aan de consument te laten weten alvorens deze zich tot de transactie verbindt. (Art. 6:193g sub h BW)*
- *De indruk geven dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld. (Art. 6:193i sub a BW)*
- *Het verzoek van de consument om zijn huis te verlaten of niet meer terug te komen, te negeren, behalve indien, en voor zover wettelijk gerechtvaardigd wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven. (Art. 6:193i sub b BW)*
- *Een consument die op grond van een verzekeringspolis een vordering indient, om documenten vragen die redelijkerwijs niet relevant kunnen worden geacht om de geldigheid van de vordering te beoordelen, dan wel systematisch weigeren antwoord te geven op daaromtrent gevoerde correspondentie met de bedoeling de consument ervan te weerhouden zijn contractuele rechten uit te oefenen. (Art. 6:193i sub d BW)*
- *Vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd, tenzij het product een vervangingsgoed is zoals bedoeld in artikel 46f lid 3 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. (Art. 6:193i sub f BW)*
- *De consument uitdrukkelijk meedelen dat, als hij het product of de dienst niet koopt, de baan of de bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang komen. (Art. 6:193i sub g BW)*

3. Terminologie

In het navolgende gaan wij nader in op enkele van de door ons geconstateerde terminologische vragen. Meer specifiek gaat het om de betekenis van de begrippen ‘beïnvloeding van de consument’, ‘uitnodiging tot aankoop’ en ‘misleiding’.

Dit is slechts een greep is uit de door de Studiecommissie gesignaleerde terminologische kwesties. Er is namelijk zeker meer. In de Inleiding is al aangegeven dat het begrip ‘professionele toewijding’ nadere toelichting behoeft. Verder stelt de Studiecommissie vast dat het wetsvoorstel, in navolging van de richtlijn, allerlei verschillende termen hanteert of zelfs introduceert die min of meer dezelfde lading lijken te dekken. Ter illustratie zij gewezen op de veelheid aan termen, alle gebruikt in onder meer 6:193a BW, voor vormen van verkoopbevorderende communicatie: ‘commerciële boodschap’, ‘reclame’ en ‘commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en/of marketing’. De Memorie van Toelichting (MvT) maakt niet duidelijk of deze nieuwe, uit

letterlijke implementatie van de richtlijn volgende pluriformiteit in de terminologie een breuk met de bestaande rechtspraktijk inhoudt.

- De Studiecommissie wijst er (wellicht ten overvloede) op dat de praktijk alle belang stelt in een ondubbelzinnig antwoord op de betekenis van centrale begrippen in de richtlijn.
- De Studiecommissie verwacht dat in de loop van de behandeling van het Wetsvoorstel meer duidelijkheid kan worden geschapen.
- Verder beveelt de Studiecommissie de instelling van een onafhankelijke “commissie van wijzen” aan, die toeziet op en ijvert voor adequate en consistente toepassing van al deze nieuwe en onbepaalde begrippen, zowel binnen het generieke kader van de afdelingen 3A en 4 van Titel 3 Boek 6 BW als in de relevante sectorspecifieke wetgevingskaders,⁵ en die gevraagd en ongevraagd adviezen kan geven. Deze commissie zou haar werkzaamheden zo spoedig mogelijk dienen aan te vangen.

3.1 Beïnvloeding van de consument

Voor oneerlijkheid is vereist dat consumenten in hun economisch gedrag (dreigen te) worden beïnvloed. Het Wetsvoorstel hanteert hiervoor verschillende termen:

⁵ Vgl. p. 13 *infra*.

- aanmerkelijke beperking van het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen, waardoor de gemiddelde consument een besluit neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen

Art. 193 b lid 2 aanhef + sub b BW: een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar handelt a) in strijd met vereisten professionele toewijding, en b) het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen aanmerkelijk wordt beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

- aanzienlijke beperking van het vermogen een geïnformeerd besluit te nemen

Art. 193 b sub h BW: ongepaste beïnvloeding = uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt.

- daadwerkelijke of potentiële aanzienlijke beperking waardoor de gemiddelde consument een besluit neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen

Art. 193h onder 1 BW: een handelspraktijk is agressief indien door intimidatie, dwang, waaronder het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

- het oogmerk het besluit van de consument te beïnvloeden

Art. 193h onder 2 BW: het uitbuiten door de handelaar van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, hetgeen de handelaar bekend is, met het oogmerk het besluit van de consument met betrekking tot het product te beïnvloeden.

Een en ander roept de vraag op wat de centrale notie is geweest die de wetgever voor ogen heeft gehad, en waarom gekozen is voor gebruik van uiteenlopende termen en uitdrukkingen.

- Is het de bedoeling dat de termen en uitdrukkingen verschillende betekenissen hebben? De Studiecommissie ziet namelijk discrepanties in de betekenissen van gebruikte termen en uitdrukkingen, er lijkt juridisch gezien op divergerende voorwaarden sprake van oneerlijkheid.

3.2 Uitnodiging tot aankoop

Buitengewoon lichtvaardig stapt de MvT over de invulling van het begrip 'uitnodiging tot aankoop' heen. Voor een adverteerder is het echter van groot belang te weten of een reclame-uiting al of niet kwalificeert als uitnodiging tot aankoop. Indien dit het geval is, rust op hem immers de verplichting een

aantal data in de reclameboodschap te vermelden. De MvT (p. 13) stelt slechts het volgende:

“Van een uitnodiging tot aankoop is sprake indien er een concreet product met prijs wordt genoemd (eventueel «prijs vanaf») die de consument in staat stelt een aankoop te doen.”

De aangehaalde frase maakt geenszins duidelijk wat de constituerende elementen van een uitnodiging tot aankoop zijn. Wel bevestigt de MvT dat advertenties om de naamsbekendheid van een product te vergroten niet onder het begrip vallen en volgt uit het voorgestelde artikel 6:193d lid 4 BW dat de feitelijke context en het gebruikte communicatiemedium de op de adverteerder rustende informatieverplichtingen nuanceren. Zodra de gebruikte advertentievorm geen gelegenheid biedt voor verstrekking van de ex artikel 6:193e BW voorgeschreven informatie, mag de adverteerder volstaan met verwijzing naar een bron (bijvoorbeeld een website) waar de geïnteresseerde consument de betreffende informatie alsnog kan vinden.⁶

Afhankelijk van de uitleg van het begrip ‘uitnodiging tot aankoop’ zullen de mogelijkheden tot adverteren in media als radio en TV en op billboards ruimer of beperkter zijn. Een aantal voorbeelden mogen dit verduidelijken.

Een interessante uitleg aan de ‘uitnodiging tot aankoop’ geeft de Britse Advertising Standards Authority. In haar model is (in overeenstemming met de bestaande Britse zelfreguleringspraktijk) sprake van een uitnodiging tot aankoop indien de betrokken advertentie samenvalt met de plaats waar de eventuele transactie voltrokken wordt (‘point of purchase’). De regels zijn aldus slechts van toepassing op reclame waarin de handelaar betaling vereist voorafgaand aan de levering van enig aan te schaffen product, of voorziet in een schriftelijk antwoordmechanisme (bestelling per post, fax of e-mail). Een prijsadvertentie vergezeld van een telefoonnummer voor bestelling of een website valt dan niet onder de definitie. Als argument voor deze insteek voert de ASA aan dat een brede(re) opvatting van het begrip uitnodiging tot aankoop, die alle reclame zou omvatten welke beoogt prijzen te promoten en consumenten in staat te stellen de adverteerder te contacteren, een *informatie-overload* voor consumenten en onnodige kosten voor adverteerders zou meebrengen. Dit is één, relatief enge uitleg; andere voor de adverteerder strengere interpretaties zijn echter evengoed denkbaar.

⁶ Vgl. MvT p. 16. De Reclame Code Commissie gaat van hetzelfde standpunt uit. Zie bijv. de volgende gevallen. Hans Anders prijst zowel via de televisie als d.m.v een stoepbord vóór een van de vestigingen een “complete bril (voor maar) € 45,-“ aan. In beide uitingen staat “informeer naar de voorwaarden”. In de televisiecommercial wordt dit ook nog eens gezegd. Naar het oordeel van de RCC is daarmee voldaan aan de informatieplicht (dossier 03.0253). De tekst op een billboard luidde: “London vanaf € 9,- Boek nu! Basiqair.com 0900-0737 (25 ct/min) (...) Enkele reis - Exclusief belastingen - Wijzigingen voorbehouden” De RCC oordeelt dat de uiting niet misleidend is t.a.v de prijs, nu vermeld is dat het om een enkele reis gaat en de prijs “exclusief belastingen“ is (dossier 03.0440).

Het ontbreken van een degelijke toelichting op dit nieuwe rechtsbegrip roept vele vragen op:

- Wat zijn de constitutieve elementen van de ‘uitnodiging tot aankoop’?
- Is het wenselijk dat de keuze voor een bepaald, “beperkt” medium zou uitmaken of een mededeling al dan niet misleidend is?
- Moet een reclameboodschap verspreid met behulp van een bepaald medium sowieso onrechtmatig worden geacht als op dat medium niet mogelijk is essentiële informatie in de boodschap op te nemen?
- Verder rijst ook hier de vraag wat de beoogde verandering is ten opzichte van de huidige praktijk.

3.3 De betekenis van het misleidingsbegrip na implementatie van Richtlijn 2005/29

Afgaande op de terminologie in het wetsvoorstel lijkt het misleidingsleerstuk in de toekomst andere criteria te kennen dan de vooralsnog geldende. Twee (ogenschijnlijk) verschillen verdienen hier de aandacht:

Onjuist is altijd misleidend

Het nieuwe recht lijkt *strenger* te zijn voor de reclamemaker in die zin dat, uitgezonderd de niet letterlijk te nemen overdrijving, alle onjuiste (op onwaarheden berustende) informatie als misleidend geldt. Of de onjuistheid een relevante is, de consument inderdaad op het verkeerde been neigt te zetten, is irrelevant. Dit volgt letterlijk uit de tekst van art. 6 van de richtlijn en derhalve terecht ook uit het beoogde art. 193c lid 1 BW. Art. 193c lid 1 fungeert immers volgens de toelichting als een *lex specialis* ten opzichte van art. 193b.⁷

Intentie van de adverteerder

Anderzijds ontstaat de indruk dat het nieuwe recht milder zal zijn voor de reclamemaker waar misleiding resulteert uit niet feitelijk onjuiste informatie. Dergelijke informatie dient de consument namelijk te bedriegen. Gezien het dodelijke karakter van bedrieglijk handelen (bedrog) in andere civielrechtelijke contexten in het Nederlandse recht en in het strafrecht, lijkt het erop dat hier een vereiste gaat gelden van opzet of van (geobjectiveerde) verwijtbaarheid. Is dit de bedoeling? Speelt de vertaling van de richtlijn een rol? Het wetsvoorstel neemt de terminologie uit de richtlijn letterlijk over. De vraag dringt zich op of afwijking van de richtlijntaal hier niet tot betere implementatie zou leiden.

⁷ Zie TK 2006-2007, 30 928, nr. 3, p. 2.

→ Beoogt de Gemeenschapswetgever het concept van B2C-misleiding te beperken tot opzettelijk misleidende praktijken? Bestudering van de tekst en geschiedenis van de richtlijn en van andere taalversies leert dat dit niet de bedoeling kan zijn.

– Preambule overweging 14:

Het is wenselijk dat onder misleidende handelspraktijken die praktijken worden verstaan waarbij de consument wordt bedrogen en hem wordt belet een geïnformeerde en dus efficiënte keuze te maken, inclusief misleidende reclame. Overeenkomstig de wetten en praktijken van lidstaten met betrekking tot misleidende reclame, worden misleidende praktijken in de richtlijn onderverdeeld in misleidende handelingen en misleidende omissies. [...]

– Artikel 6

Misleidende handelingen

1. Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen: [...]

– Artikel 7

Misleidende omissies

1. Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die

de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. [...]

– Toelichting bij het richtlijnvoorstel (18-6-2003, COM (2003) 356 definitief)

Misleidende en agressieve handelspraktijken (artikelen 6 t.e.m. 9)

[...]

57. De drie voorwaarden van het algemene verbod worden als volgt in beide categorieën omvat:

- Een consument misleiden of hem agressief behandelen wordt, in tegenstelling tot rechtmatige beïnvloeding, op zich als versturend voor het gedrag van de consument beschouwd, en dus strijdig met de vereisten van professionele toewijding. Bedrog, intimidatie, ongepaste beïnvloeding of dwang zijn altijd strijdig met de vereisten van professionele toewijding en beperken aanzienlijk het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen. Daarom is er geen afzonderlijke verwijzing naar het criterium

"professionele toewijding" of het element "verstoren" uit de definitie van "wezenlijk verstoren";

[...]

Misleidende praktijken (artikelen 6 en 7)

60. Een handelspraktijk kan misleidend zijn door een handeling of een omissie. Ook in de structuur van de artikelen wordt dit onderscheid gemaakt.

61. In deze artikelen worden de huidige bepalingen van de richtlijn betreffende misleidende reclame overgenomen en op andere handelspraktijken, onder andere na de verkoop, toegepast. Het gaat om dezelfde bepalingen als die van de richtlijn betreffende misleidende reclame, met de nodige toevoegingen om een volledige harmonisatie te bewerkstelligen. Het is bijvoorbeeld misleidend, de consument te bedriegen met betrekking tot de resultaten die van het product kunnen worden verwacht, bijvoorbeeld gewichtsverlies, haargroei of betere prestaties.

[...]

66. In artikel 6 wordt vastgesteld welke handelingen van handelaars consumenten kunnen bedriegen en dus oneerlijke handelspraktijken zijn. Het gaat om dezelfde vereisten als in de richtlijn betreffende misleidende reclame, met enkele toevoegingen zoals klantenservice en klachtenbehandeling, de noodzaak van diensten, vervangingen of herstellingen, en voorstellingen betreffende directe of indirecte sponsoring.

– Andere taalversies art. 6

Engels:

A commercial practice shall be regarded as misleading if it contains false information and is therefore untruthful or in any way, including overall presentation, deceives or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct, in relation to one or more of the following elements, and in either case causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise [...]

Duits:

Eine Geschäftspraxis gilt als irreführend, wenn sie falsche Angaben enthält und somit unwahr ist oder wenn sie in irgendeiner Weise, einschließlich sämtlicher Umstände ihrer Präsentation, selbst mit sachlich richtigen Angaben den Durchschnittsverbraucher in Bezug auf einen oder mehrere der nachstehend aufgeführten Punkte täuscht oder ihn zu täuschen geeignet ist und ihn in jedem Fall tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte [...]

Frans:

Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement [...]

Spaans:

Se considerará engañoso toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado [...]

Italiaans:

È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso [...]

Gebruik van de begrippen ‘bedriegen’ en ‘bedrog’ komt op verschillende plaatsen voor, waaronder in het misleidingsartikel van de richtlijn zelf, maar in geen van die contexten wordt expliciet als eis gesteld dat van opzet bij de handelaar sprake moet zijn. Als het er al op lijkt dat het nieuwe recht opzet vereist voor misleiding, dan ligt dit aan het doleuze karakter dat het begrip bedrog heeft in het Nederlandse recht⁸ en in het spraakgebruik.⁹

Voor het overige biedt het Europese recht uitsluitend aanwijzingen dat het misleidingsbegrip zich niet beperkt tot opzettelijk misleidende praktijken, maar alle misleidende praktijken dekt die de consument op het verkeerde been dreigen te zetten. Uit de aangehaalde overweging 14 uit de preambule bij de richtlijn valt op te maken dat de Communautaire wetgever heeft willen aanhaken bij het bestaande misleidingsbegrip uit het leerstuk van de misleidende reclame en dit begrip heeft willen oprekken tot handelspraktijken buiten de zuivere reclamesfeer. De overweging zegt in feite dat onder misleidende handelspraktijken “bedrieglijke” praktijken worden verstaan, *daaronder misleidende reclame*. Het bestaande leerstuk van de misleidende reclame vereist géén opzet.¹⁰

De in andere taalversies gebruikte terminologie impliceert evenmin dat opzet een vereiste is. Het Duitse täuschen heeft naar Duits recht geen opzetconnotatie, zoals het met onze dwalingsdoctrine overeenstemmende privaatrechtelijke Täuschungs-leerstuk duidelijk maakt. In de Franse en Spaanse taalversies rept de richtlijn van ‘induire ou être susceptible d’induire en erreur’ resp. ‘inducir o poder inducir a error’, wat zich vrij laat vertalen als

⁸ Art. 3:44 lid 3 BW: ‘Bedrog is aanwezig, wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen, of door een andere kunstgreep. Aanprijzingen in algemene bewoordingen, ook al zijn ze onwaar, leveren op zichzelf geen bedrog op.’ De bepalingen in Titel 25 van het Wetboek van Strafrecht (getiteld ‘Bedrog’) reppen van ‘oogmerk’ en ‘listige kunstgrepen’ – zie art. 326 e.v. WvSr.

⁹ Van Dale merkt bedriegen aan als het ‘min of meer met opzet misleiden’.

¹⁰ Zie ter bevestiging m.n. ook het hierboven aangehaalde punt 61 uit de toelichting bij het richtlijnvoorstel.

‘daadwerkelijk of potentieel in een onjuiste voorstelling van zaken brengen’. De Italiaanse versie kent een cirkelredenering, zoals de oude richtlijn Misleidende reclame die ook kende, in die zin dat twee keer het begrip ‘ingannare’ wordt gebruikt. (De Zweedse versie gebruikt eveneens een dergelijke cirkelredenering.) Het Engelse ‘to deceive’ als afgezet tegen ‘to mislead’, ten slotte, raakt nog het meest aan het ogenschijnlijke onderscheid tussen bedriegen en misleiden in de Nederlandse taal en het recht. In dit verband zij echter opgemerkt dat in het Engelse rechtssysteem deception niet per se opzet impliceert.¹¹ Dat het Engelse to deceive niet gelijkgesteld moet worden met het Nederlandse bedriegen blijkt bovendien uit het feit dat de meermalen gewijzigde Richtlijn Misleidende Reclame (later Misleidende en Vergelijkende Reclame) – welke de intentie van de adverteerder irrelevant acht voor misleiding – in de Engelse taalversie van meet af aan heeft gerept van “deceive or likely to deceive”.¹²

- Aangezien zulks niet strijdig lijkt met de richtlijn en bovendien de rechtssystematische consistentie sterk bevordert, is wijziging van de begrippen ‘bedrog’, ‘bedriegen’, en ‘bedrieglijk’ in het wetsvoorstel in respectievelijk ‘misleiding’, ‘misleiden’ en ‘misleidend’ absoluut aan te bevelen.

Misleiding in sectorspecifieke regelgeving

Een laatste opmerking over het misleidingsbegrip betreft de toepassing van gelijkkluidende begrippenkaders (misleiding is per slot van rekening misleiding) in de generieke en sectorspecifieke regelgeving door de betreffende toezichthouders Consumentenautoriteit, Autoriteit Financiële Markten, Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit, Directie toezicht energie en Zorgautoriteit.

- In hoeverre is hier consistentie gewaarborgd?

De consumentenmisleiding wordt uit de energiewetgeving gelicht, en zal daarmee buiten het mandaat vallen van de Dte; voortaan zal de CA optreden in gevallen van consumentenmisleiding in de energiemarkt. Dit geldt ook voor de telecommunicatiemarkt, waar de OPTA in dit opzicht niet langer baas in

¹¹ Vgl. ook de zeer onlangs van kracht geworden Fraud Act 2006, raadpleegbaar op http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2006/ukpga_20060035_en.pdf

¹² Vgl. de Engelse taalversies van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake misleidende reclame; Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen; en Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame.

eigen zal zijn. Daar staat tegenover dat de handhavingsbevoegdheid ter zake van misleiding bij financiële diensten of activiteiten in de zin van de Wet Financiële Dienstverlening en ter zake van misleidende informatie in de zin van de Wet Marktordening Gezondheidszorg wel degelijk bij de betreffende toezichthouders (AFM resp. Zorgautoriteit) blijft ressorteren. Stroomlijning geschiedt hier uitsluitend middels bilaterale samenwerkingsovereenkomsten.

→ De hiervoor aanbevolen onafhankelijke “commissie van wijzen” zou aan de gewenste consistentie kunnen bijdragen.

4. Verhouding tussen afdeling 3A Oneerlijke handelspraktijken (nieuw) en afdeling 4 Misleidende en vergelijkende reclame

4.1 Verhouding consumenten en ondernemingen algemeen

Richtlijn 2005/29 introduceert niet alleen regels die in het bijzonder gelden voor consumentenbescherming, maar artikel 14 wijzigt ook Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55. Als gevolg van deze wijziging kunnen nog slechts ‘handelaren’ een beroep doen op de regels die gelden voor misleidende en vergelijkende reclame. Dit betekent dat Richtlijn 2005/29 een geheel nieuwe systematiek introduceert waarbij consumentenbescherming en concurrentenbescherming uit elkaar getrokken worden. Richtlijn 2006/114 is de gecodificeerde versie van de bepalingen die gelden voor misleidende en vergelijkende reclame na wijziging door Richtlijn 2005/29.

In het Wetsvoorstel en de MvT ligt de nadruk op de introductie van afdeling 3A over consumentenbescherming. Artikel 14 Richtlijn 2005/29 is, naar het lijkt niet volledig geïmplementeerd. Hierdoor ontstaan er onduidelijkheden in het nieuwe systeem voor de positie van consumenten en ondernemingen.

- De Studiecommissie beveelt aan om het Wetsvoorstel aan te vullen met een duidelijke(re) implementatie van artikel 14 Richtlijn 2005/29 en om de reikwijdte van afdeling 3a en afdeling 4 te verhelderen. . In het bijzonder dient artikel 14 lid 2 sub 3 te worden geïmplementeerd: de definitie van misleidende vergelijkende reclame moet worden uitgebreid met het misleidingsbegrip uit de Richtlijn.

4.2 Misleidende reclame

Onder het huidige regime kunnen zowel consumenten als ondernemingen een beroep doen op artikel 6:194 e.v. BW in geval van misleidende reclame. Reclame omvat zowel B2C reclame (gericht op consumenten) als B2B reclame (gericht op ondernemingen). Dit betekent, voor de goede orde, dat bij misleidende B2C reclame zowel consumenten als ondernemingen kunnen optreden op grond van artikel 6:194 BW. In de praktijk zijn het echter voornamelijk ondernemingen die optreden tegen misleidende B2C reclame aangezien zij hier schade door (kunnen) lijden. Het nieuwe regime dat volgt uit het wetsvoorstel maakt een

onderscheid tussen een consument die wordt geconfronteerd met een oneerlijke handelspraktijk (artikel 6:193a e.v. BW nieuw) en de concurrent die wordt geconfronteerd met misleidende reclame (artikel 6:194 e.v. BW).

Artikel 6:194 BW eerste lid (nieuw) luidt als volgt:

“Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig *jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf* indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is zoals ten aanzien van: (...)”. [cursivering toegevoegd]

Dit systeem en het Wetsvoorstel bevatten een aantal onduidelijkheden over de verhouding B2B-B2C en de actiemogelijkheden van ondernemingen.

Uit artikel 11 eerste lid Richtlijn 2005/29 lijkt te volgen dat er wettelijke bepalingen dienen te komen met betrekking tot het optreden in rechte tegen oneerlijke handelspraktijken ook door concurrenten. Echter afdeling 3a (nieuw) biedt een dergelijke actiemogelijkheid niet voor concurrenten. In de MvT wordt niet toegelicht waarom de actiemogelijkheid voor concurrenten waarin artikel 11 Richtlijn 2005/29 voorziet, niet is meegenomen.

- Welke mogelijkheden heeft een concurrent om op treden tegen oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten zoals voorzien in artikel 11 eerste lid Richtlijn 2005/29?

Handelspraktijken tussen bedrijven onderling?

Artikel 14 Richtlijn 2005/29 wijzigt artikel 1 van Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55 en beperkt deze tot bescherming van handelaren. Consumenten vallen hierdoor niet langer onder Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55. De wetswijziging van artikel 6:194 BW beoogt deze wijziging te implementeren. In de MvT staat het volgende:

“Wijziging artikel 6:194 (beperking afdeling misleidende en vergelijkende reclame tussen bedrijven onderling)
Dit artikel beperkt de reikwijdte van Afdeling 4 (misleidende 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).”

De nieuwe tekst van artikel 6:194 BW lijkt aan te sluiten bij de beperking van de reikwijdte van Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55. De MvT geeft echter een uitleg die verder lijkt te gaan dan de tekstuele wijziging van het artikel zelf. De toelichting dat het gaat om 'handelspraktijken tussen bedrijven onderling' lijkt te betekenen dat onder het nieuwe regime onder artikel 6:194 BW alleen nog maar handelspraktijken vallen tussen bedrijven onderling waarbij geen consumenten zijn betrokken (B2B). Het gevolg hiervan is dat ondernemingen niet langer met een beroep op artikel 6:194 BW kunnen optreden tegen reclame gericht aan consumenten (B2C). Dit ontnemt een bestaande actiebevoegdheid aan ondernemingen om op te treden tegen misleidende B2C reclame waar zij schade door (dreigen) te lijden. Dit is overigens niet alleen nadelig voor ondernemingen maar ook voor consumenten. Immers, de huidige praktijk is dat doorgaans concurrenten en niet consumenten (of consumentenbelangen behartigende verenigingen of stichtingen) optreden tegen misleiding van consumenten.

Artikel 14 Richtlijn 2005/29 beperkt de beschermingsomvang van Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55 tot 'handelaren'. Echter, artikel 14 laat de definitie van 'reclame' en 'misleidende reclame' als opgenomen in artikel 2 onder 1 en 2 van Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55 onverlet. Dit betekent dat onder het nieuwe systeem slechts 'handelaren' een beroep zouden kunnen doen op artikel 6:194 BW. Echter, het zou nog steeds om B2C of B2B reclame kunnen gaan. Of te wel, handelaren dienen te kunnen optreden tegen misleidende reclame ongeacht of dit B2B of B2C reclame is.

De voorgestelde wetswijziging van artikel 6:194 BW in combinatie met de MvT is niet helder op dit punt. Onduidelijk is hoe de gewijzigde tekst van artikel 6:194 BW dient te worden opgevat. Ook de toelichting bij de wetswijziging is uiterst summier en onduidelijk.

- Wat betekent 'handelspraktijken tussen bedrijven onderling' precies?
- Moet artikel 6:194 BW (nieuw) zo gelezen worden dat het moet gaan om 'mededelingen die zijn gericht aan ondernemingen' en die onrechtmatig zijn jegens een onderneming? Oftewel, artikel 6:194 BW wordt beperkt tot B2B handelspraktijken?
- Of is artikel 6:194 BW (nieuw) niet alleen van toepassing in geval van B2B handelspraktijken ('mededelingen die zijn gericht aan ondernemingen') maar ook als een mededeling is gericht aan consumenten (B2C) terwijl de mededeling mede onrechtmatig is jegens een onderneming?
- Als artikel 6:194 BW (nieuw) beperkt wordt tot B2B handelspraktijken, kan een onderneming dan optreden tegen misleidende reclame B2C met een beroep op afdeling 3A?

Voor de goede orde, gaat de Studiecommissie er in het navolgende vanuit dat een handelaar nog steeds een actie heeft om op te treden tegen misleidende B2C reclame op grond van artikel 6:194 BW.

Oneerlijke mededinging

Concurrenten hebben in het wetsvoorstel geen specifieke actie tegen oneerlijke handelspraktijken niet zijnde misleidende (vergelijkende) reclame in de zin van artikel 6:194 e.v. BW. Toch is het denkbaar dat een handelaar schade lijdt doordat zijn klanten door oneerlijke handelspraktijken van een concurrent overstappen naar deze concurrent terwijl de oneerlijke handelspraktijk geen misleidende (vergelijkende) reclame is in de zin van artikel 6:194 e.v. BW. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een agressieve handelspraktijk.

- Is in dat geval een vordering op grond van algemene onrechtmatige daad of een andere vordering mogelijk? Dit lijkt op het eerste gezicht niet (meer) mogelijk aangezien de specifieke wettelijke plicht die in dat geval is overtreden (artikel 6:193a e.v. BW nieuw) niet ziet op het belang van concurrenten maar van consumenten, tenzij een actie mogelijk is op grond van het leerstuk van oneerlijke voorsprong door wetsovertreding, inclusief de zgn. correctie Langemeijer. In de MvT wordt deze situatie niet toegelicht.

De artikelen 6:193c t/m g BW (nieuw) bevatten bepalingen over misleidende handelspraktijken in de verhouding tussen ondernemers en consumenten. Artikel 6:193c BW (nieuw) geeft een opsomming van opzichten waarin informatie misleidend kan zijn. Ook artikel 6:194 BW bevat bepalingen over met een opsomming van opzichten of elementen waarin mededelingen misleidend kunnen zijn.

Zowel in artikel 6:193c BW (nieuw) als artikel 6:194 BW staat het woord 'zoals'. Oftewel het gaat om voorbeelden en de opsommingen van elementen zijn niet limitatief. Hoewel de opsommingen in vele opzichten vergelijkbaar zijn, zijn zij verre van identiek. In de MvT wordt niet toegelicht hoe de artikelen 6:193c BW (nieuw) en artikel 6:194 BW zich tot elkaar verhouden en of en zo ja tot welke gevolgen deze verschillen leiden. Onwenselijk zou zijn een situatie waarin het antwoord op de vraag of een bepaalde uiting misleidend is, afhangt van degene die de actie instelt: een consument of een onderneming.

- Hoe dienen de verschillen tussen artikel 6:193c BW (nieuw) en artikel 6:194 BW te worden geduid?
- Is de opsomming van opzichten waarin informatie misleidend kan zijn zoals vervat in artikel 6:193c BW (nieuw) te gebruiken als aanvulling voor de opsomming in artikel 6:194 BW? En vice versa?
- Is het zo dat de verschillen tussen artikel 6:193c BW (nieuw) en artikel 6:194 BW leiden tot een verschillend misleidingsbegrip in de verhouding tussen ondernemingen en consumenten enerzijds en de verhouding tussen ondernemingen onderling?

- Als een onderneming onder het nieuwe systeem nog steeds een beroep kan doen op artikel 6:194 BW bij B2C reclame (zie vraag hiervoor gesteld), dient dan de vraag of de consument is misleid te worden beantwoord aan de hand van artikel 6:194 BW of 6:193c e.v. BW (nieuw)?

4.3 Vergelijkende reclame

Vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a BW is “*elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen uitdrukkelijk of expliciet worden genoemd.*” Reclame bevat een wervend aanbod gericht tot een publiek¹³. Publiek kan zowel bestaan uit consumenten als uit ondernemingen. Vergelijkende reclame kan dus zowel B2C als B2B reclame betreffen. Onder het huidige regime kan zowel een consument als een concurrent ageren op grond van artikel 6:194a BW.¹⁴ Voor de goede orde, concurrenten kunnen ook ageren bij vergelijkende B2C reclame die niet aan de voorwaarden voldoet. De huidige praktijk is ook dat met name concurrenten optreden tegen vergelijkende reclame als er sprake is van misleiding van consumenten.

De tekst van artikel 6:194a BW wordt in het Wetsvoorstel niet gewijzigd. De verhouding tussen artikel 6:194a BW en het Wetsvoorstel wordt in de MvT uiterst summier toegelicht bij de bespreking van artikel 6:193c BW (nieuw). Volgens de MvT valt vergelijkende reclame (artikel 6:194a BW) weliswaar onder artikel 6:193c lid 2(a) maar is de reikwijdte van het artikel beperkt tot de verhouding tussen ondernemers en consumenten. In de MvT staat:

“De reikwijdte van afdeling 6.3.3a en dus ook van dit artikel is beperkt tot de verhouding tussen ondernemers en consumenten. Het artikel is derhalve niet van toepassing op handelspraktijken tussen bedrijven onderling, zoals dit het geval is bij vergelijkende reclame (zie artikel 6:194a BW). Er kan derhalve op basis van artikel 6:193c, tweede lid onder a slechts van een misleidende handeling sprake zijn indien de gemiddelde consument door de vergelijkende reclame een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.”

Positie van consumenten

Uit de MvT lijkt het volgende nieuwe regime ten aanzien van vergelijkende reclame voor consumenten te volgen. Indien consumenten worden geconfronteerd met een vergelijkende reclame-uiting van een handelaar waarbij “*verwarring wordt geschapen ten aanzien producten, handelsmerken, handelsnamen, of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent*”

¹³ MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 619, nr. 3, p. 12.

¹⁴ Dit volgt ook uit Richtlijn 84/550 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55/EG, artikel 4 lid 1 eerste en tweede alinea.

kan er sprake zijn van een misleidende handeling indien de gemiddelde consument door de vergelijkende reclame “*een besluit over een overeenkomst neemt, of kan nemen, dat hij anders niet had genomen*”. In dat geval is er sprake van een misleidende handeling op grond van artikel 6:193c, lid 2 (a) BW (nieuw). Hoewel de MvT dit niet expliciet zegt, lijkt de bedoeling dat een consument onder het nieuwe regime geen beroep meer kan doen op artikel 6:194a BW.

De voorgestelde systematiek lijkt een beperking van de huidige rechtspositie van consumenten. Er kan volgens de MvT sprake zijn van misleidende vergelijkende reclame als er “*verwarring wordt geschapen ten aanzien producten, handelsmerken, handelsnamen, of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent*” op grond van artikel 6:193c, lid 2 (a) BW (nieuw). Deze voorwaarde komt nagenoeg overeen met artikel 6:194a lid 2 sub d BW. Echter, de overige cumulatieve voorwaarden van artikel 6:194a lid 2 en 3 BW waaraan vergelijkende reclame dient te voldoen, zijn niet overgenomen in afdeling 3a. Bovendien leidt overtreding van artikel 6:193c, lid 2 (a) BW (nieuw) ertoe dat er uiteindelijk sprake is van misleiding. Daar waar bij artikel 6:194a BW misleiding (lid 2 sub a) en verwarring (lid 2 sub d) aparte voorwaarden zijn wordt verwarring in artikel 6:193c lid 2 (a) BW (nieuw) een invulling van misleiding.

Onduidelijk is of misleiding (zie artikel 6:193c lid 1, 193d en 193e BW (nieuw)) een zelfstandige voorwaarde is in geval van vergelijkende B2C reclame, naast de voorwaarde die volgt uit artikel 6:193c, lid 2 (a) BW (nieuw). De cumulatieve voorwaarden die gelden voor vergelijkende reclame ex artikel 6:194a BW lid 2 zijn veel gedetailleerder en verdergaand dan de enige voorwaarde uit artikel 6:193c, lid 2 (a) BW (nieuw) dat er geen verwarring mag worden geschapen. Voor consumenten zijn in ieder geval ook de voorwaarden sub a, sub b en sub c van artikel 6:194a BW lid 2 van belang. Of consumenten hier nog een beroep op kunnen doen is niet duidelijk.

Noch artikel 6:194a, noch artikel 6:196 BW worden aangepast in het huidige Wetsvoorstel. Als de wetgever een beperking van deze artikelen voor ogen heeft in die zin dat consumenten geen vordering meer toekomt, had het voor de hand gelegen dit in de artikelen 6:194a en artikel 6:196 BW tot uitdrukking te laten komen ter implementatie van artikel 14 Richtlijn 2005/29. Dit is echter niet gebeurd. Voor de goede orde, een dergelijke beperking zou wellicht nadelige gevolgen kunnen hebben voor de rechtspositie van consumenten.

- Als de wetgever een dergelijke beperking niet voor ogen heeft en afdeling 3a aanvullend werkt in plaats van beperkend dan verdient het aanbeveling dit te verduidelijken.
- Komt een consument die wordt geconfronteerd met vergelijkende B2C reclame enkel een vordering toe op grond van artikel 6:193c lid 2 (a) BW (nieuw) indien er sprake is van ‘verwarring’ zoals aldaar omschreven?

- Kan vergelijkende B2C reclame ook misleidend zijn in de zin van artikel 6:193c lid 1 of artikel 6:193d BW (nieuw) als er geen sprake is van 'verwarring' op grond van artikel 6:193c lid 2 sub a BW (nieuw)?
- Komt een consument die wordt geconfronteerd met vergelijkende reclame die niet voldoet aan één van voorwaarden van artikel 6:194a BW die niet is overgenomen in afdeling 3a, te weten artikel 6:194a lid 2 sub b, c, e, f, g en h en lid 3 nog een vordering toe op grond van artikel 6:194a BW?
- Heeft een consument nog een rechtsvordering bij overtreding van artikel 6:194a BW of kunnen uitsluitend ondernemingen hier een beroep op doen?

Positie van ondernemingen

De MvT is onduidelijk over de positie van ondernemingen bij vergelijkende reclame en de gevolgen van de invoering van afdeling 3a voor de reikwijdte van artikel 6:194a BW. Het enige wat er in de MvT staat is:

“De reikwijdte van afdeling 6.3.3a en dus ook van dit artikel is beperkt tot de verhouding tussen ondernemers en consumenten. Het artikel is derhalve niet van toepassing op handelspraktijken tussen bedrijven onderling, zoals dit geval is bij vergelijkende reclame (zie artikel 6:194a BW).”

Artikel 6:194a BW wordt echter niet gewijzigd. Uit de MvT lijkt te volgen dat de wetgever van mening is dat artikel 6:194a BW na invoering van afdeling 3a beperkt wordt tot 'handelspraktijken tussen bedrijven onderling'. Hoewel de wetgever blijkbaar toch een beperking van de reikwijdte van artikel 6:194a BW voor ogen heeft, is er geen voorstel voor wijziging opgenomen in het wetsvoorstel.

- Onduidelijk is (zoals hiervoor reeds aangestipt) wat er precies wordt bedoeld met 'handelspraktijken tussen bedrijven onderling'. Wordt hiermee bedoeld dat artikel 6:194a BW alleen geldt in geval van B2B handelspraktijken of wordt er bedoeld dat dit artikel geldt zowel in geval van B2B als ook B2C handelspraktijken maar dat uitsluitend ondernemingen een beroep hierop kunnen doen?
- Wijziging van artikel 6:194 en 6:194a BW in die zin dat slechts handelaren een beroep hierop kunnen doen, ligt in de rede op grond van artikel 14 Richtlijn 2005/29. Echter, uit de definitie van reclame in artikel 2 van de Richtlijn 84/450 zoals gewijzigd door Richtlijn 97/55 (die niet is gewijzigd door artikel 14 Richtlijn 2005/29) volgt dat reclame niet beperkt is tot B2B reclame maar ook ziet op B2C reclame. Of te wel, handelaren dienen te kunnen optreden tegen misleidende reclame en/of tegen onrechtmatige vergelijkende reclame ongeacht of dit B2B of B2C reclame is.

Indien een concurrent na invoering van afdeling 3a nog steeds een beroep kan doen op artikel 6:194a BW bij B2C reclame, is de vraag welke misleidingscriteria gelden bij beantwoording van de vraag of de B2C reclame voldoet aan artikel 6:194a lid 2 sub a BW.

- Komt een concurrent die wordt geconfronteerd met vergelijkende B2C reclame nog steeds een vordering toe op grond van artikel 6:194a BW?
- Verandert de reikwijdte van artikel 6:194a BW na invoering van afdeling 3a?
- Indien een concurrent na invoering van afdeling 3a nog steeds een beroep kan doen op artikel 6:194a BW bij B2C reclame, gelden in dat geval de criteria van artikel 6:194 BW of die van artikel 6:193c e.v. BW (nieuw) bij beantwoording van de vraag of de B2C reclame voldoet aan artikel 6:194a lid 2 sub a BW.

4.4 Procedurele aspecten

Overtreding van artikel 6:193a e.v. BW (nieuw) levert een onrechtmatige daad op. In het Wetsvoorstel wordt niet gespecificeerd welke vorderingen kunnen worden ingesteld in tegenstelling tot afdeling 4 van titel 3 van boek 6 BW. Zie bijvoorbeeld artikel 6:196 BW waarin specifieke rechtsoverredingen (staking en rectificatie) zijn opgenomen bij overtreding van artikel 6:194 en/of 194a BW.

- In afdeling 4 van titel 3 van boek 6 BW zijn rechtsoverredingen opgenomen in artikel 6:196 BW. In afdeling 3A Oneerlijke Handelspraktijken (nieuw) is niet opgenomen welke rechtsoverredingen door de consument kunnen worden ingesteld in geval van een oneerlijke handelspraktijk. In de MvT wordt onder 4 slechts toegelicht dat een individuele consument een actie uit onrechtmatige daad kan starten en hierbij eventueel schade en rectificatie kan vorderen. Is hiermee een inhoudelijk verschil beoogd ten opzichte van afdeling 4? Graag toelichten.
- Zijn bij overtreding van artikel 6:193a e.v. BW (nieuw) de algemene rechtsoverredingen van toepassing zoals die gelden bij onrechtmatige daad?

Bewijslast

Artikel 6:193j BW regelt bewijslast en aansprakelijkheid (vergelijkbaar met artikel 6:195 BW van afdeling 4). Artikel 6:193j BW (nieuw) verschilt echter inhoudelijk van artikel 6:195 BW. In het wetsvoorstel OHP dat aan de Raad van State ter advisering werd voorgelegd correspondeerde de tekst van artikel 6:193j met die van artikel 6:195 BW, maar eerstgenoemde tekst is naar aanleiding van het advies van de Raad van State aangepast aan de tekst van artikel 12 van de Richtlijn.¹⁵ Omkering van de bewijslast vindt, anders dan bij artikel 6:195 BW, pas plaats “als dat passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure.” Het hangt van de omstandigheden van het

¹⁵ TK 2006-2007, 30928, nr 4.

geval af of er sprake is van omkering van de bewijslast. Hieraan kleven naast voordelen, ook enkele nadelen.

- Als er gezien de omstandigheden geen omkering van de bewijslast plaatsvindt, verkleint dit de kans van diegene die optreedt om succesvol te zijn bij een vordering terzake oneerlijke handelspraktijken. Het zal in de praktijk voor bijvoorbeeld een consument lastig zijn om voldoende bewijzen te verzamelen om het bestaan van een oneerlijke handelspraktijk aan te tonen. Dit lijkt haaks te staan op de bedoeling van de communautaire wetgever om een hoog niveau van consumentenbescherming te creëren.
 - Ten tweede levert het rechtsonzekerheid op voor beide partijen. Immers, pas de rechter zal duidelijkheid kunnen verschaffen wie in een voorkomend geval de bewijslast draagt.
 - Als er inderdaad sprake is van een voorvraag ("op wie rust i.c. de bewijslast?") levert dit in ieder geval ook een processueel probleem op. Hoewel in kort geding (de meest voorkomende procedure in dit soort zaken) de bewijsregels directe toepassing missen, wordt in de kort geding praktijk de bewijslastomkering van artikel 6:195 BW onverkort toegepast. Hoe past een dergelijke voorvraag in een kort geding? Zal de rechter eerst de voorvraag beantwoorden en vervolgens het kort geding schorsen zodat diegene die de bewijslast heeft het bewijs kan verzamelen. Of dienen beide partijen bewijs aan te dragen ervan uitgaand dat de bewijslast wel eens op hem/haar zou kunnen komen te liggen?
- De tekst van artikel 6:195 BW verschilt van die van artikel 6:193j BW (nieuw). Betekent dit dat er sprake is van een inhoudelijk verschillende bewijslastregel?
- Het is niet duidelijk hoe, aan de hand van de verschillende hiervoor genoemde aspecten (nadelige positie consument als hij de bewijslast heeft, rechtsonzekerheid voor beide partijen, creëren van een procedurele voorvraag) artikel 6:193j BW (nieuw) in de (kort geding)praktijk zou behoren te werken.
- Het is ook niet duidelijk om welke reden de wetgever ervoor heeft gekozen de tekst (hiervóór cursief weergegeven) toe te voegen aan artikel 6:193j BW (nieuw) terwijl dezelfde tekst bij de aanpassing van artikel 6:195 BW aan Richtlijn 97/55 niet is geïmplementeerd (zie MvT TK 2000-2001, 27 619, nr 3, p. 22).

7 maart 2007