



Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland

Mr. L. Steijger

Het liggende wetsvoorstel strekkende tot implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken blijft overwegend trouw aan de letter en de geest van de richtlijn. Dit is verstandig, want de richtlijn voorziet in volledige harmonisatie. Niettemin is wenselijk dat de wetgever zich nadrukkelijker uitspreekt ten aanzien van het nieuwe begrippenkader. Ook zou de wetgever er goed aan doen de gekunstelde scheiding die het voorstel aanbrengt tussen business-to-consumer en business-to-business verhoudingen, te heroverwegen.

Inleiding

Sinds de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken¹ zo'n twee jaar geleden is aangenomen, en zelfs daarvoor al, heeft deze vele Europese pennen in beweging gebracht.² Dit mag geen verbazing wekken gezien het brede toepassingsbereik van de richtlijn en zijn ingrijpende consequenties voor het handelspraktijkenrecht van de meeste EU-lidstaten.³ Met het naderbij komen van de

¹ 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 97/7EG, 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. EU 2005, L 149/22, hierna "Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken".

² Om een greep te doen uit de vele artikelen die de afgelopen twee jaar zijn verschenen: M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2005/5, p. 175-186; H. Collins, 'The Unfair Commercial Practices Directive', *European Review of Contract Law* 2005/4, p. 417-441; B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis', *NTER* 2005/9, p. 179-184; F. Gomez, 'The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective', *European Review of Contract Law* 2006/2, p. 4-34; G. Grassie, 'EU Directive on unfair commercial practices - a UK perspective', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2006/1, p. 107-112; B. de Groote & K. de Vulder, 'European Framework for Unfair Commercial Practices: Analysis of Directive 2005/29', *Journal of Business Law* 2007, p. 16-42; Chr. Handig, 'The Unfair Commercial Practices directive – A milestone in the European Unfair Competition Law', *European Business Law Review* 2005, p. 1117-1131; C. Poncibó & R. Incardona, 'The EU Unfair Commercial Practices Directive: a Faltering First Step', *London Law Review* 2005, p. 317-337; J.G.J. Rinkes & M.B.M. Loos, 'Van basisbeginselen, vertrouwen en eerlijke handelspraktijken', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2005/1, p. 1-3; D. Seichter, 'Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken', *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2005/9, p. 1087-1095; J. Stuyck, 'De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken', *Revue de Droit Commercial Belge / Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2005/9, p. 901-915; J. Stuyck, E. Terryn & T. van Dyck, 'Confidence through fairness? The new Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market', *CMLRev* 2006, p. 107-152; R.W. de Vrey, 'Eerlijk is eerlijk: de consument voorop? Het richtlijnvoorstel 'oneerlijke handelspraktijken' nader bezien', *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 2004/1, p. 2-11; en R.W. de Vrey, 'Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006/1, p. 51-71.

Vermeldenswaard zijn bovendien nog de volgende twee boekpublicaties: G. Howells, H.-W. Micklitz & Th. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot: Ashgate 2006; en S. Weatherill & U. Bernitz (red.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2007.

³ Dit begrip "handelspraktijkenrecht" zal in deze bijdrage veelvuldig opduiken. Bedoeld wordt steeds het samenstel van regels die de eerlijkheid in het marktgebeuren beogen te waarborgen ten behoeve van

uiterste implementatiedatum, te weten 12 juni 2007,⁴ beginnen deze consequenties zich steeds duidelijker af te tekenen, ook in Nederland. Op het moment van dit schrijven buigt onze Tweede Kamer zich over een eerder dit jaar aangeboden voorstel van wet.⁵

Deze bijdrage is gewijd aan de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland. Allereerst wordt voor een goed begrip van de implementatieproblematiek stilgestaan bij de totstandkoming, reikwijdte en inhoud van de richtlijn zelf. In de paragraaf die hierop volgt, zal het wetsvoorstel aan een kritische analyse worden onderworpen. De belangrijkste noviteiten en mogelijke knelpunten voor de rechtspraak komen daar aan de orde. Een conclusie die kort de opvallendste ontwikkelingen in het Nederlandse handelspraktijkenrecht schetst, besluit deze bijdrage.

Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken

Totstandkoming

Al in haar uit 2001 stammende Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie betoonde de Europese Commissie zich voorstander van een algemeen juridisch kader voor *fairness* van handelaren jegens consumenten in de markt, in aanvulling op bestaande en nog te ontwikkelen sectorspecifieke regulering.⁶ Toen uit de reacties van nationale regeringen, bedrijven en belangenorganisaties bleek dat een meerderheid der respondenten dezelfde opvatting was toegedaan,⁷ is de Commissie aan het werk gegaan en in 2003 met een voorstel voor een richtlijn gekomen.⁸ Hierin hebben het Europees Parlement en de Raad een aantal grotere en kleinere wijzigingen aangebracht. De definitieve Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is uiteindelijk op 11 mei 2005 vastgesteld.

Directe aanleiding voor de richtlijn vormde de constatering dat de grensoverschrijdende (detail)handel zich ondanks de stroomlijning van de interne markt sinds het begin van de jaren negentig nauwelijks heeft weten te ontwikkelen. De meeste handelaren blijken hun producten slechts te vermarkten binnen de lidstaat waar zij zijn gevestigd. Consumenten blijken nog even terughoudend als zij in 1991 waren met het afnemen van goederen en diensten van ondernemingen in andere lidstaten.⁹ Als oorzaken hiervoor onderscheidt de Commissie enerzijds natuurlijke (geografische, linguïstische) en anderzijds politieke en juridische barrières. Deze laatste obstakels, die tot uitdrukking komen in kluwens aan in gestrengheid sterk uiteenlopende nationale regelgeving, beoogt de Gemeenschapswetgever met de uitvaardiging van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken weg te nemen.

Met de richtlijn tracht de Gemeenschapswetgever de conflicterende belangen van handelaren en consumenten te dienen. Dit volgt met name uit de eerste vijf overwegingen van de considerans bij de richtlijn en uit artikel 1, dat het met de richtlijn te bereiken doel formuleert: bijdragen aan de goede werking van de interne markt en realisatie van een hoog niveau van consumentenbescherming.

Reikwijdte

consumenten, concurrenten en het publiek in het algemeen. Het gaat in dit verband dus om zowel consumentenrecht als mededingingsrecht (twee rechtsgebieden die wél als zodanig algemeen bekend en erkend zijn).

⁴ Met het daadwerkelijk toepassen van de implementatiewetgeving mogen de lidstaten wachten tot 12 december 2007, aldus artikel 19 van de richtlijn.

⁵ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 2.

⁶ COM(2001) 531 def., Brussel, 2 oktober 2001. Zie m.n. § 3.4.

⁷ Zie Follow-up van het Groenboek, COM(2002) 289 def., Brussel, 11 juni 2002.

⁸ COM(2003) 356 def., Brussel, 18 juni 2003.

⁹ Commission Staff Working paper, SEC/2003/0724 final.

In de inleiding werd al gesteld dat de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken een breed toepassingsbereik heeft en ingrijpende consequenties voor de lidstaten. In de eerste plaats voorziet de richtlijn in totale harmonisatie. Ten aanzien van de geharmoniseerde materie mogen de lidstaten noch strengere noch ruimhartigere regels voorschrijven dan de richtlijn doet. De impact van totale harmonisatie op het handelspraktijkenrecht van de lidstaten is des te groter gezien het brede bereik van de richtlijn. De richtlijn regelt handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten vóór, gedurende en na totstandkoming van een commerciële transactie, en over de gehele linie. In tegenstelling tot eerdere communautaire regelgeving op het terrein van het handelspraktijkenrecht beperkt de richtlijn zich dus niet tot regulering van handelspraktijken binnen slechts één bepaalde sector of voor één bepaald medium. De richtlijn heeft blijkens artikel 2 sub d betrekking op:

"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".

De richtlijn harmoniseert het handelspraktijkenrecht van de lidstaten bij lange na niet in zijn geheel. Het element "rechtstreeks verband houden met" (verkoopbevordering, verkoop of levering) in de aangehaalde definitie suggereert dat imagocampagnes, sponsoring en andere meer indirect op verkoopbevordering gerichte marktcommunicatie buiten het bereik van de richtlijn vallen. Artikel 3 bakent het toepassingsbereik van de richtlijn verder af. Het maakt onder meer duidelijk dat niet met de richtlijn in strijd is de regulering op lidstaatniveau van gereguleerde beroepen, van gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten en – voor zover niet minder beschermend dan de richtlijn – van handelspraktijken in de financiële diensten- en onroerend-goedsector.¹⁰ Bovendien volgt uit lid 4 van hetzelfde artikel dat waar in de richtlijn neergelegde algemene voorschriften conflicteren met communautaire regels betreffende specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken, laatstgenoemde voorschriften prevaleren.

Verder geldt dat de richtlijn slechts ziet op de handelspraktijken van ondernemingen gericht op consumenten. Oneerlijkheid die zich uitsluitend in zogenoemde business-to-business verhoudingen manifesteert en de consument niet economisch kan schaden, valt buiten het bereik van de harmonisatierichtlijn. Deze beperking tot business-to-consumer relaties valt goed te begrijpen vanuit de tweeledige ratio achter de richtlijn: creatie van én een hoog niveau van consumentenbescherming én een *level playing field* voor handelaren in de interne markt. Aan deze dubbele ratio ontleent de Gemeenschapswetgever ook zijn wetgevende bevoegdheid overeenkomstig artikel 95 EG-verdrag.¹¹ Juridisch-technisch valt evenwel het nodige af te dingen op een splitsing van oneerlijke handelspraktijken die consumenten treffen en oneerlijke handelspraktijken die slechts concurrenten of zakelijke afnemers treffen – maar dus wel degelijk "oneerlijk" zijn.¹² Dit punt zal hierna nog nader aan de orde komen.¹³ Op deze plaats volstaat de opmerking dat de Commissie de noodzaak nog moet onderzoeken van communautair optreden ter zake van die vormen van oneerlijke concurrentie die géén directe gevaren voor de (economische) belangen van consumenten in zich bergen.¹⁴

Inhoud

¹⁰ Vgl. resp. lid 3, 8 en 9.

¹¹ Vgl. m.n. de overwegingen 4 en 5 van de considerans bij de richtlijn.

¹² Vgl. hierover het door F. Henning-Bodewig en J.J.C. Kabel ten behoeve van de Ligue International du Droit de la Concurrence opgestelde rapport 'Les objectifs des règles relatives à la concurrence déloyale devraient-ils être de protéger les concurrents, les consommateurs ou d'autres intérêts ? Comment des conflits entre ces objectifs devraient-ils être résolus ?', gepubliceerd op <http://www.ligue.org> (laatstelijk bezocht: mei 2007).

¹³ Zie *infra* p. 7-8 en p. 17-19.

¹⁴ Vgl. overweging 8 uit de considerans bij de richtlijn.

De richtlijn bestaat uit twintig artikelen en twee bijlagen. Deze subparagraaf bespreekt slechts de belangrijkste, omzetting behoevende bepalingen. Cruciaal met het oog op implementatie van de richtlijn door de lidstaten is artikel 2. Die bepaling geeft een twaalftal definities van in de richtlijn gebezigde begrippen. Verschillende van die begrippen zijn nieuw geïntroduceerd in de richtlijn en dus ook nieuw voor het Nederlandse recht. De opvallendste van deze nieuwe communautaire rechtsbegrippen zijn waarschijnlijk de volgende: "handelspraktijken",¹⁵ "wezenlijke verstoring van het gedrag van de consument",¹⁶ "professionele toewijding",¹⁷ "uitnodiging tot aankoop",¹⁸ "ongepaste beïnvloeding"¹⁹ en "besluit over een transactie".²⁰

Materieel handelspraktijkenrecht

De essentie van het communautaire handelspraktijkenrecht ligt verankerd in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn. Artikel 5 introduceert een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken.²¹ Van oneerlijkheid is sprake indien een handelspraktijk indruist tegen vereisten van professionele toewijding en het economisch gedrag van de gemiddelde (doelgroep)consument wezenlijk verstoort of kan verstoren.²² Waar een handelspraktijk slechts een duidelijk herkenbare groep van wegens hun geestelijke of lichamelijke handicap, leeftijd of goedgelovigheid bijzonder kwetsbare consumenten voorzienbaar zal treffen, vormt het gemiddeld lid van die groep de maatstaf, ook al constitueert die groep dus niet de doelgroep van de handelaar.²³ Een eerder dit jaar verschenen brochure van de Europese Commissie over de richtlijn illustreert de werking van deze bepaling met onder meer het volgende voorbeeld.²⁴ Een advertentie voor magnetische armbanden die zogenaamd pijn zouden verzachten, richt zich tot consumenten in het algemeen, maar treft in de praktijk alleen een bepaalde groep van kwetsbare consumenten. Bij de beoordeling van de oneerlijkheid van deze advertentie dwingt artikel 5 lid 3 van de richtlijn tot aanpassing van de consumentstandaard aan de getroffen kwetsbare consument. Artikel 5 lid 4 merkt misleidende en agressieve handelspraktijken aan als meer in het bijzonder oneerlijk. Deze species van oneerlijke handelspraktijken worden nader uitgewerkt in de artikelen 6 en 7 respectievelijk 8 en 9. Artikel 5 lid 5, ten slotte, verwijst naar bijlage I bij de richtlijn. Deze geeft een zwarte lijst van 31 handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Indien een handelspraktijk kan worden aangemerkt als een zwartelijst-praktijk, is toetsing aan de vereisten van de artikelen 5 tot en met 9 niet meer nodig. Als een binnen het door de richtlijn geregelde gebied vallende handelspraktijk niet in de zwarte lijst te vinden is, dient te worden bezien of die praktijk wellicht valt aan te merken als misleidend of agressief. Is ook dit laatste niet het geval, dan geldt de algemene oneerlijkheidsnorm van artikel 5 als vangnet. Overigens zal in de praktijk lang niet steeds op voorhand vaststaan dat een litigieuze handelspraktijk daadwerkelijk op de zwarte lijst staat. Veel zwartelijst-praktijken zijn namelijk zo geformuleerd dat rechterlijke interpretatie moet uitwijzen welke handelingen zij precies dekken.²⁵

¹⁵ Artikel 2 sub d, hiervóór al aangehaald.

¹⁶ Artikel 2 sub e.

¹⁷ Artikel 2 sub i.

¹⁸ Artikel 2 sub j.

¹⁹ Artikel 2 sub j.

²⁰ Artikel 2 sub k.

²¹ Lid 1.

²² Artikel 5 lid 2.

²³ Artikel 5 lid 3.

²⁴ Europese Commissie (Directoraat-generaal Gezondheid en consumentenbescherming), *Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Nieuwe wetten om oneerlijk gedrag jegens consumenten een halt toe te roepen*, Luxemburg: Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2006, p. 17, online raadpleegbaar op: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_nl.pdf.

²⁵ Wanneer promoot een handelaar overeenkomstig zwartelijst-praktijk 13 een product dat lijkt op een door een bepaalde fabrikant vervaardigd product op zodanige wijze "dat bij de consument doelbewust de verkeerde

Artikel 6 beschrijft de misleidende handeling. Het artikel kent twee criteria. Het eerste betreft de *inhoud* van de handelspraktijk. Aan het inhoud-criterium is voldaan ingeval van een feitelijke onjuistheid of een (potentiële) misleiding ten aanzien van één of meer opgesomde aspecten, van verwarringwekkende marketing óf van een handelen in strijd met een geafficheerde gedragscode. Het tweede criterium, ziet op het *effect* van de handelspraktijk. De handelspraktijk moet de gemiddelde consument ertoe (kunnen) brengen een transactiebesluit te nemen dat hij zonder de misleiding niet zou hebben genomen. Dit laatste vereiste geldt overigens voor alle oneerlijke handelspraktijken.

Artikel 7 maakt duidelijk dat misleiding eveneens gelegen kan zijn in een omissie. Een misleidende omissie bestaat in een handelspraktijk die voor een geïnformeerde transactiebeslissing essentiële informatie weglaat of ondeugdelijk communiceert en die – net als de misleidende handeling en andere oneerlijke handelspraktijken – de gemiddelde consument manipuleert of kan manipuleren in zijn transactiebesluitvorming. Bij de beoordeling of omissie van bepaalde informatie misleidend is, moet rekening worden gehouden met de beperkingen van het gebruikte communicatiemedium en met eventuele inspanningen van de handelaar de ontbrekende informatie langs andere kanalen beschikbaar te stellen.²⁶ Voor de uitnodiging tot aankoop, "een commerciële boodschap die de kenmerken en prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen",²⁷ geldt bepaalde informatie, omschreven in artikel 7 lid 4, als per se essentieel. Bijlage II bij de richtlijn, waarnaar artikel 7 lid 5 verwijst, somt niet-limitatief tal van informatieverplichtingen op die uit hoofde van bestaande harmonisatierichtlijnen gelden voor reclame en commerciële communicatie in specifieke sectoren. Niet-naleving van deze verplichtingen levert een weglating van essentiële informatie op.

De tweede species van oneerlijkheid, de agressieve handelspraktijk, doet zich voor waar "intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding de keuze- of handelingsvrijheid van de consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen."²⁸ Artikel 9 noemt vijf factoren die een rol hebben te spelen bij het vaststellen of sprake is van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding.

Formele aspecten

Op de uiteenzetting in de artikelen 5 tot en met 9 van het materiële handelspraktijkenrecht volgt een aantal bepalingen die zien op institutionele en formele rechtsaspecten. Artikel 10 biedt de lidstaten de ruimte toezicht door zogenoemde gedragscodehouders te faciliteren, met dien verstande dat zelfregulering uitsluitend kan bestaan *naast* en nooit *in plaats van* een gerechtelijke of administratieve procedure. De artikelen 11 tot en met 13 van de richtlijn betreffen de afdwinging van het materiële handelspraktijkenrecht.

Artikel 11 verplicht de lidstaten ten behoeve van personen of organisaties die naar nationale wetgeving een rechtmatig belang hebben bij bestrijding van oneerlijke handelspraktijken, met inbegrip van concurrenten, te voorzien in een wettelijke grondslag om in rechte op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken dan wel een administratieve instelling in te schakelen die een uitspraak doet of een gerechtelijke procedure entameert. De oordelende instanties zijn bevoegd

indruk wordt gewekt dat het product inderdaad door die fabrikant is vervaardigd, terwijl zulks niet het geval is"? Wat te denken van termen als "bedrieglijk beweren dat", "de indruk wekken dat", "hardnekkig en ongewenst aandringen", en "kinderen rechtstreeks aanzetten tot"?

²⁶ Artikel 7 lid 3.

²⁷ Aldus artikel 2 sub i.

²⁸ Artikel 8.

bij wege van voorlopige of definitieve voorziening de staking van een oneerlijke handelspraktijk te bevelen of een verbod op te leggen. Daarvoor is noch bewijs van daadwerkelijk geleden verlies of schade vereist noch bewijs van opzet of onachtzaamheid bij de handelaar.²⁹ Elke lidstaat mag verder zijn oordelende instanties de bevoegdheid verlenen publicatie van hun beslissing en rectificatie te bevelen.³⁰ Voor zover lidstaten de rechtshandhaving aan een administratief orgaan toevertrouwen – de richtlijn laat de lidstaten hierin vrij – stelt artikel 11 lid 3 enkele eisen aan het functioneren van zo'n instelling. Deze moeten onpartijdig zijn, doeltreffend opereren en hun beslissingen deugdelijk motiveren.

Artikel 12 stipuleert dat, afhankelijk van de omstandigheden, een rechter of administratieve instantie de bewijslast ter zake van de juistheid van feitelijke beweringen omtrent een handelspraktijk bij de handelaar kan leggen. De door de oordelende instanties op te leggen sancties moeten ex artikel 13 doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.

De artikelen 14 tot en met 16 brengen wijzigingen aan in eerdere richtlijnen en in Verordening 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming.³¹ De omzetting van artikel 14, dat de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame wijzigt,³² komt hierna nog aan de orde. De artikelen 15 en 16 zijn minder fundamenteel en blijven in deze bijdrage buiten beschouwing, evenals de overige richtlijnbevestigingen, de artikelen 17 tot en met 21, welke überhaupt geen omzetting behoeven.

Het wetsvoorstel strekkende tot implementatie van de richtlijn³³

Een voorstel van wet "tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt" is half januari aan de Tweede Kamer voorgelegd.³⁴ Zoals de titel van het voorstel al suggereert, wordt de kern van de richtlijn geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek. De oneerlijke handelspraktijk wordt een species van de onrechtmatige daad, zoals ook de misleidende reclame die één vormt ingevolge artikel 6:194 BW. De nieuw in te voeren artikelen 6:193a tot en met i BW, vervat in een nieuwe afdeling 6.3.3a, implementeren de artikelen 2 en 5 tot en met 9 van de richtlijn alsmede de zwarte lijst en daarmee het gehele materiële handelspraktijkenrecht van de richtlijn. De voorgestelde procedurele inbedding geschiedt anders dan de omzetting van de materiële richtlijnbevestigingen in verspreide wettelijke regelingen, waaronder de boeken 3 en 6 BW en de Wet Handhaving Consumentenbescherming.

In deze paragraaf komen achtereenvolgens aan de orde de definitiebepalingen, de algemene oneerlijkheidsnorm, de regeling inzake misleidende en agressieve handelspraktijken, formele en institutionele rechtsaspecten en tot slot de verhouding tussen de nieuwe afdeling 6.3.3a inzake oneerlijke handelspraktijken en afdeling 6.3.4 inzake misleidende en vergelijkende reclame.

²⁹ Artikel 11 lid 2.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Verordening (EG) Nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, Pb. EU 2004, L 364/1.

³² 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, Pb. EU 1997, L 290/18.

³³ Over het wetsvoorstel is vooralsnog geen kritische beschouwing verschenen behalve een advies van de door de Vereniging voor Reclamerecht (VvRr) ingestelde Studiecommissie Oneerlijke Handelspraktijken, uitgebracht op 7 maart jl. aan de vaste Kamercommissie voor Justitie. De auteur van dit artikel fungeert als secretaris van de Studiecommissie en heeft actief aan de inhoud van het advies bijgedragen. Het advies, waaraan doorheen deze bijdrage herhaaldelijk zal worden gerefereerd onder de benaming "Advies VvRr", is raadpleegbaar op http://www.ivir.nl/publicaties/kabel/Advies_VvRr_OHP.pdf (laatstelijk bezocht: mei 2007).

³⁴ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 1 t/m 4.

Definitiebepalingen

Het geharmoniseerde handelspraktijkenrecht confronteert de rechtspraktijk met tal van terminologische nova waaraan de Nederlandse rechtspraktijk zal moeten wennen. De meest problematische begrippen zijn waarschijnlijk: "professionele toewijding", "uitnodiging tot aankoop" en "ongepaste beïnvloeding". Het gaat hier om nieuwe rechtsbegrippen die niettegenstaande eventuele gelijkenissen met bestaande figuren in het Nederlands recht een autonoom communautair rechtskarakter hebben. De interpretatie van deze begrippen ligt uiteindelijk bij het Hof van Justitie en niet bij de nationale rechters. Bedoelde begrippen zullen bij de bespreking van respectievelijk de algemene oneerlijkheidsnorm, de misleidende omissie en de agressieve handelspraktijk nog aan bod komen. De meeste overige termen en definities lijken niet voor grote toepassingsproblemen te zorgen, al vallen hier en daar wel kritische kanttekeningen te plaatsen. Dit geldt met name het consumentbegrip.

Het consumentbegrip

Afdeling 6.3.3a heeft betrekking op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens "consumenten". Artikel 6:193a lid 1 sub a BW duidt de consument aan als een natuurlijke persoon niet handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf. Daarmee volgt het wetsvoorstel artikel 2 sub a van de richtlijn. Consequentie is dat op grond van afdeling 6.3.3a agressieve en misleidende handelspraktijken niet oneerlijk zijn jegens bijvoorbeeld kleinere zakelijke afnemers, wier positie doorgaans niet sterker is dan die van "consumenten". Beoogt echter het handelspraktijkenrecht met zijn sterk mededingingsrechtelijke inslag niet gewoon het behoud van eerlijkheid in het commerciële verkeer, in beginsel zonder aanzien des persoons? De MvT laat in het midden waarom het wetsvoorstel de "oneerlijkheid" van een oneerlijke handelspraktijk zo sterk laat afhangen van de hoedanigheid van degene tot wie die praktijk is gericht. Het is jammer dat opheldering uitblijft over de hier gemaakte, niet per se logische keuze.³⁵

Van een keuze is namelijk wel degelijk sprake. De richtlijn staat het lidstaten toe hun bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken uit te breiden tot een breder adressaat dan de consument als gedefinieerd in de richtlijn. De totale harmonisatie waarin de richtlijn voorziet, houdt in dat de lidstaten niet mogen afwijken van de richtlijn bij het regelen van binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallende materie. Dit betekent niets meer dan dat de lidstaten niet verder (of minder ver) mogen gaan dan de richtlijn doet met het reguleren van oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten als gedefinieerd in artikel 2 sub a van de richtlijn. Regeling van materie buiten de werkingssfeer van de richtlijn – waaronder de oneerlijkheid van praktijken gericht op anderen dan consumenten als gedefinieerd in de richtlijn – blijft primair een aangelegenheid voor de lidstaten. Het staat de wetgever derhalve vrij het consumentbegrip uit de richtlijn en het wetsvoorstel te verruimen tot het relevante publiek of beoogde afnemers in het algemeen. Het doet dan niet ter zake of de geadresseerde een natuurlijk persoon is of een rechtspersoon en of hij beroeps- c.q. bedrijfsmatig handelt of niet. De problematiek rond de afbakening van het consumentbegrip is gelukkig door de vaste Kamercommissie opgepakt.³⁶

Het feit dat de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken slechts ziet op oneerlijke business-to-consumer handelspraktijken, betekent nog niet dat het handelspraktijkenrecht van de lidstaten in twee stukken wordt gehakt. De lidstaten kunnen splinging van hun handelspraktijkenrecht en scheefgroei tussen een "consumentenpoot" en een "mededingingspoot" namelijk voorkomen middels (1) neutraliteit ten aanzien van de kwestie *wie* adressaat moet zijn van een oneerlijke

³⁵ Vgl. Advies VvRr, p. 2.

³⁶ Vgl. de opmerkingen van de PvdA-fractie in het Verslag van de vaste Kamercommissie voor Justitie d.d. 27 maart 2007, Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 6, p. 4.

handelspraktijk om deze als onrechtmatig te kunnen kwalificeren en (2) erkenning dat oneerlijke business-to-consumer handelspraktijken ook jegens concurrenten onrechtmatig kunnen zijn. Wij hebben nu gezien dat het wetsvoorstel op het eerste punt teleurstelt. Zoals wij hierna zullen zien, laat het wetsvoorstel ook op het tweede punt te wensen over.³⁷

Niet overgenomen begrip: wezenlijke verstoring van het gedrag van consumenten

Artikel 6:193a BW neemt op twee na alle definities over van artikel 2 van de richtlijn, de meeste letterlijk. De niet overgenomen definities zijn die van "wezenlijke verstoring van het economisch gedrag van consumenten" (artikel 2 sub e van de richtlijn) en "gereguleerd beroep" (artikel 2 sub l). Laatstgenoemd begrip ontbreekt omdat geen aanleiding bestaat voor omzetting in nationale wetgeving van artikel 3 lid 8 van de richtlijn. Dat artikel vertelt de lidstaten slechts dat de richtlijn geen afbreuk doet aan nationale regelingen inzake gereguleerde beroepen.³⁸

Het begrip "wezenlijke verstoring van het economische gedrag van consumenten" komt voor in de omschrijving van oneerlijke handelspraktijken in de algemene oneerlijkheidsclausule van de richtlijn.³⁹ Artikel 6:193b BW, dat de algemene clausule implementeert, neemt niet het begrip wezenlijke verstoring etc. over, maar de definitie die de richtlijn aan dat begrip geeft in artikel 2 sub e. Deze luidt: "het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten".

De overneming is overigens in zoverre onzuiver dat de richtlijn rept van een *merkbare* beperking van het vermogen van de consument een geïnformeerd besluit te nemen, terwijl de implementatiebepaling van artikel 6:193b lid 2 BW het heeft over een *aanmerkelijke* beperking. Deze discrepantie kan van betekenis zijn. Het richtlijnbegrip "merkbaarheid" roept associaties op met het publieke mededingingsrecht. Het is een erkend principe in het EG-kartelrecht dat het verbod van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag geen toepassing vindt op mededingingsafspraken met een geringe impact welke de mededinging niet merkbaar ondermijnt. Dit "merkbaarheidsvereiste" is door het Hof van Justitie ontwikkeld.⁴⁰ De Europese Commissie past het toe in zogeheten periodieke bagatelbekendmakingen, waarin zij aangeeft welk gezamenlijk marktaandeel samenwerkende ondernemingen maximaal mogen bezitten om van ingrijpen gevrijwaard te blijven. Het is onduidelijk in hoeverre de Gemeenschapswetgever in de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken inderdaad heeft willen refereren aan het kartelrechtelijke merkbaarheidsvereiste. Volgens de toelichting bij de ontwerp-richtlijn heeft de Commissie met het criterium in ieder geval willen zeggen dat een oneerlijke handelspraktijk "voldoende effect moet hebben om het gedrag van de consument (waarschijnlijk) te veranderen".⁴¹ Hoe het ook zij, het Gemeenschapsrechtelijke "merkbaarheid" lijkt toch tenminste een zekere meetbaarheid te impliceren, en daarmee litiganten uit te nodigen hun bewijsvoering te ondersteunen met statistisch onderzoek van publieksopvattingen. De in de implementatiewetgeving gehanteerde term "aanmerkelijkheid" heeft een veeleer normatieve lading. Ook indien men echter beide begrippen zuiver normatief opvat, is mogelijk sprake van een inhoudelijke discrepantie. Een beperking van het beslissingsvermogen van de consument zou weleens eerder *merkbaar* ("duidelijk waarneembaar" volgens de Grote van Dale) kunnen blijken dan *aanmerkelijk* ("tamelijk groot, aanzienlijk"). Mocht dit inderdaad zo zijn, dan biedt de Nederlandse implementatiewetgeving de consument dus minder bescherming dan zij op grond van de richtlijn zou moeten. Bij de bespreking van artikel 6:193b BW, in de volgende sub-

³⁷ Zie de subparagraaf hierna over oneerlijkheid en misleiding in business-to-consumer en business-to-business verhoudingen, p. 17-19. Vgl. ook Advies VvRr, p. 16-20.

³⁸ Artikel 3 lid 8 is de enige richtlijn-bepaling die iets zegt over gereguleerde beroepen.

³⁹ Artikel 5 lid 2.

⁴⁰ Vgl. HvJ EG zaak 41/69, ACF Chemiefarma, Jur. 1970, p. 661 en HvJ EG zaak C-214/99, Neste, Jur. 2000, p. I-11121.

⁴¹ COM(2003) 356 def., overweging 54.

paragraaf, zal méér aandacht uitgaan naar het criterium "verstoring van het vermogen van de gemiddelde consument een geïnformeerd transactiebesluit te nemen".

De algemene oneerlijkheidsnorm

Artikel 6:193b BW implementeert het algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken van artikel 5 van de richtlijn. Blijkens artikel 6:193b lid 1 handelt een handelaar onrechtmatig jegens een consument indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Het wetsvoorstel neemt de omschrijving van de oneerlijke handelspraktijk vrijwel letterlijk over uit de richtlijn.⁴² Implementatie van artikel 5 lid 3 van de richtlijn, dat de kwetsbare consument tot maatman maakt voor de beoordeling van handelspraktijken die uitsluitend die consument voorzienbaar treffen, geschiedt niet in artikel 6:193b BW maar in de definitiebepaling van artikel 6:193a lid 2:

"In deze afdeling wordt mede verstaan onder de gemiddelde consument: het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of het gemiddelde lid van een specifieke groep waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of het onderliggende product."⁴³

Plaatsing van dit voorschrift in het definitieartikel is verstandig. De wet zegt hierdoor duidelijker dan de richtlijn dat aanpassing van de consumentstandaard niet alleen nodig kan zijn bij de beoordeling van oneerlijke handelspraktijken onder de algemene clausule, maar ook bij die van misleidende en agressieve handelspraktijken onder de betreffende bijzondere clausules.

Overigens zal de introductie van de Europese referentieconsument in het Burgerlijk Wetboek de Nederlandse rechtspraktijk op zich niet in beroering brengen. De Nederlandse rechter pleegt het door het Hof van Justitie ontwikkelde consumentbeeld⁴⁴ al enige jaren te toe te passen in zijn oordeelsvorming ter zake van misleidende en verwarrende handelspraktijken (en merken).⁴⁵ Problematischer zijn de constitutieve elementen van de oneerlijke handelspraktijk ex artikel 6:193b lid 2 BW: (1) de strijd met de professionele toewijding en (2) de aanmerkelijke beperking van het vermogen van de consument een geïnformeerd transactiebesluit te nemen.

Professionele toewijding

Het communautaire rechtsbegrip "professionele toewijding" is gebaseerd op de verschillende in de lidstaten gebruikte maatstaven voor eerlijkheid (*fairness, Lauterkeit*) in handel en bedrijf.⁴⁶ In Nederland heeft nooit een specifiekere standaard bestaan voor eerlijkheid in het marktgebeuren dan de veel méér omvattende maatschappelijke betamelijkheid ex artikel 6:162 BW. Dit heeft als

⁴² Hiervoor is al opgemerkt dat in de omschrijving van oneerlijkheid, in lid 2, niet opgenomen is het richtlijncriterium van wezenlijke verstoring van het economisch gedrag van de consument maar de *definitie* van dat criterium.

⁴³ Zie lid 2. De implementatiebepaling neemt de in het richtlijnartikel limitatief opgesomde eigenschappen (handicap, leeftijd, goedgelovigheid) waarin de "bijzondere vatbaarheid" tot uitdrukking moet komen, niet over.

⁴⁴ Over het consumentbeeld van het Hof van Justitie: H.A.G. Temmink, 'Verbod op misleidende informatie aan de consument: welke consument?', *NTER* 1998, p. 222; J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie* (inaugurele rede UvA), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2005, *passim*.

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld: V.zr.Rb. Dordrecht, 27 november 2002, *BIE* 2004/7; Hof Den Haag, 27 maart 2003, *BIE* 2004/56; Hof Amsterdam 29 april 2004, *Mediaforum* 2004, p. 218 (m.nt. Overdijk); Hof Amsterdam 3 juni 2004, *IER* 2004/84 (m.nt. JK); Hof Amsterdam, 18 november 2004, *BIE* 2006/7; V.zr.Rb. Haarlem, 5 augustus 2005, *NJF* 2005/308; V.zr.Rb. Haarlem, 6 oktober 2005, *NJF* 2005/432; V.zr.Rb. Amsterdam, 17 november 2005, *BIE* 2006/52; en V.zr. Rb. Breda, 24 oktober 2006, *IER* 2007/17 (m.nt. JK).

⁴⁶ Voor een overzicht per lidstaat raadplege men F. Henning-Bodewig, *Unfair Competition Law. Euroean Union and Member States*, Den Haag: Kluwer Law International 2006, of de door R. Schulze en H. Schulte-Nöltke gecoördineerde studie *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices* uit 2003, online raadpleegbaar op:

http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/studies_en.htm.

voordeel dat ons recht geen bestaand concept kent waarmee rechtsbeoefenaren het criterium van de professionele toewijding ten onrechte gelijk zouden kunnen stellen. Nadeel is dat weinig houvast bestaat bij de interpretatie van dit nieuwe rechtsbegrip, met alle rechtsonzekerheid van dien.

Artikel 6:193a lid 1 sub f definieert professionele toewijding als het "normale niveau van vakkundigheid en 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". Deze omschrijving wijkt enigszins af van die in de richtlijn, welke als volgt luidt: "het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, *overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar*". De richtlijndefinitie geeft de lidstaten dus de vrijheid te kiezen voor óf eerlijke marktpraktijken óf goede trouw in de sector óf beide als determinant van de van handelaren te verlangen vakkundigheid en zorgvuldigheid. Het wetsvoorstel lijkt met zijn verwijzing naar de verantwoordelijkheid van de handelaar voortvloeiend uit de professionele standaard in de sector aan te haken bij wat in de richtlijn dus heet het algemene beginsel van goede trouw in de sector. Daarmee hanteert het wetsvoorstel een tastbaarder en waarschijnlijk ook werkbaarder toetssteen dan het abstracte "eerlijke marktpraktijken". Per slot van rekening laat de vraag wat de professionele standaard is in een bepaalde markt zich, door bestudering van bestaande (zelf)regulering en vergelijking met de praktijken van andere handelaren in de sector, eenvoudiger beantwoorden dan de volledig open vraag wat eerlijk is. Wel dient te worden voorkomen dat wat in een bepaalde sector – al dan niet toevallig – in feite gebruikelijk is, meteen ook de status krijgt van professionele standaard in die sector, waarvan inachtneming alle oneerlijkheid bij voorbaat uitsluit. Het kan zijn dat de professionele standaard in een bepaalde branche lager blijkt dan op grond van vereisten van professionele toewijding acceptabel is.⁴⁷ Veelzeggend is in dit opzicht dat de Gemeenschapswetgever ervoor heeft gekozen de in de ontwerprichtlijn nog gebruikte verwijzing naar "normaal marktgebruik", een zuiver feitelijke term, in te ruilen voor de huidige meer normatieve formulering.⁴⁸

Een criterium van inachtneming van de professionele toewijding maakt dat niet iedere beperking van het beslissingsvermogen van consumenten een oneerlijke handelspraktijk zal constitueren. Op de oneerlijk opererende handelaar moet méér zijn aan te merken dan dat zijn handelswijze geïnformeerde transactiebesluitvorming door consumenten belemmert. Met het criterium heeft de (Gemeenschaps)wetgever kennelijk bepaalde praktijken willen legitimeren *ondanks* hun vermogen geïnformeerde transactiebesluitvorming bij consumenten te frustreren en laatstgenoemden aldus tot beslissingen te brengen die zij anders niet zouden hebben genomen. Zowel de communautaire als de nationale wetgever laat in het midden welke manipulatieve handelspraktijken wegens hun eerbiedigen van de professionele toewijding ontsnappen aan het oneerlijkheidsoordeel.⁴⁹ Dergelijke praktijken zijn wellicht ook lastig in algemene termen te vangen nu

⁴⁷ Het Nederlandse handelspraktijkenrecht erkent al langer dat het wel of niet aansluiten bij de heersende handelsmoraal niet hetzelfde is als wel respectievelijk niet onrechtmatig handelen. Vgl. HR 8 januari 1960, NJ 1960, 415 (Scrabble). Zie ook: C.A. Boukema, *Handelsmoraal en mededinging* (rede), Deventer: Kluwer 1968.

⁴⁸ Vgl. F. Henning-Bodewig, 'Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform', *GRUR Int.* 2004, p. 190; A. Bakardijeva Engelbrekt, *EU and Marketing Practices Law in the Nordic Countries – Consequences of a Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices*, Report for the Nordic Council of Ministers Committee on Consumer Affairs 2005, p. 25, online beschikbaar: <http://www.norden.org/konsum/sk/rappdownload.asp>.

⁴⁹ Overweging 6 uit de preambule bij de richtlijn leert dat de richtlijn niet van 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 het product van de consument heeft en zijn gedrag op wettige wijze kunnen beïnvloeden *zonder daarom het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, te beperken*". Het is dus niet ter legitimering van de hier genoemde praktijken geweest dat de communautaire wetgever invoering van een criterium van professionele toewijding nodig heeft geacht. Het recursieve geeft immers al aan dat die praktijken in de ogen van de

geen uitgekristalliseerde opvatting bestaat over wat professionele toewijding is en vereisten van professionele toewijding bovendien per branche variëren.

Tot slot verdient opmerking dat de bijzondere clausules inzake misleidende en agressieve praktijken zelf niet refereren aan de professionele toewijding.⁵⁰ Dit impliceert dat misleidende en agressieve praktijken als zodanig al indruisen tegen vereisten van professionele toewijding.⁵¹ Zodra een handelspraktijk misleidend of agressief blijkt, is kennelijk de inbreuk op de professionele toewijding gegeven en afzonderlijke toetsing aan dat criterium dus niet nodig. Overigens meent de Gemeenschapswetgever dat de oneerlijke handelspraktijk, ofwel de voor het economisch gedrag van consumenten relevante inbreuk op de professionele toewijding, zich maar zelden voordoet *buiten* de sfeer van de afzonderlijk geregelde misleiding en agressie.⁵² De algemene clausule met zijn concept van professionele toewijding lijkt dan ook een hoofdzakelijk interpretatieve functie te vervullen en slechts in uitzonderingsgevallen als "achtervanger" van betekenis te kunnen zijn.

Aanmerkelijke beperking van het vermogen een geïnformeerd besluit te nemen

Het tweede constitutieve element van de oneerlijke handelspraktijk ex artikel 6:193b lid 2 sub b BW is "de aanmerkelijke beperking van het vermogen van de gemiddelde consument een geïnformeerd besluit te nemen, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen". Deze nogal lange riedel kan in twee onderdelen worden opgesplitst:

- (1) "de aanmerkelijke beperking van het vermogen van de gemiddelde consument een geïnformeerd besluit te nemen",
- (2) "waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen".

Het eerste subelement, de aanmerkelijke beperking van het vermogen van de gemiddelde consument een geïnformeerd besluit te nemen, brengt een cruciale rechtspolitieke keuze van de Gemeenschapswetgever tot uitdrukking. Het communautaire handelspraktijkenrecht veronderstelt een rationeel handelende consument en verbiedt alleen die handelspraktijken die in de weg staan aan het nemen van geïnformeerde consumptiebeslissingen.⁵³ Achteraf te betreuren transactiebesluiten uitgelokt door commerciële praktijken welke appelleren aan bijvoorbeeld een hippe levensstijl, vrouwelijkheid of huiselijkheid, zonder (onjuiste) informatie te geven over het aangeboden *an sich*, komen voor rekening van de consument. Over de wenselijkheid van een dergelijke benadering valt te twisten. Ten eerste is voor psychologen en marketeers allang duidelijk dat consumenten eerder instinctief en emotioneel handelen dan rationeel. Ten tweede blijkt de non-informatieve handelspraktijk als hierboven bedoeld een veel effectiever en dus ook populairder middel om consumenten te bewegen tot transactiebeslissingen die zij anders niet zouden hebben genomen dan de informatieve, op misleiding toetsbare reclame. Sinds een kleine tien jaar besteedt de rechtseconomische literatuur veel aandacht aan deze thematiek.⁵⁴

wetgever geen beperking vormen van het vermogen van de consument een geïnformeerd besluit te nemen, en alleen daarom al niet oneerlijk kunnen zijn ex artikel 5 van de richtlijn.

⁵⁰ Uitzondering is artikel 6:193e sub d BW, dat artikel 7 lid 4 van de richtlijn implementeert.

⁵¹ Aldus ook G. Howells, H.-W. Micklitz & Th. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot: Ashgate 2006, p. 101. De toelichting bij de ontwerprichtlijn stelde een en ander nog expliciet, COM(2003) 356 def., overweging 57.

⁵² Vgl. overweging 13 bij de richtlijn. Zie ook de toelichting bij de ontwerprichtlijn, COM(2003) 356 def., overweging 56.

⁵³ Vgl. J. Stuyck, E. Terryn & T. van Dyck, 'Confidence through fairness? The new Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market', *CMLRev* 2006, p. 125-126.

⁵⁴ Zie onder meer J.D. Hanson & D.A. Kysar, 'Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation', *Harvard Law Journal* 1999, p. 1420-1572; G. Howells, 'The potential and Limits of Consumer

Het subcriterium van de aanmerkelijke beperking etc. is in overeenstemming met de systematiek van de richtlijn uitsluitend neergelegd in de algemene oneerlijkheidsclausule van artikel 6:193b BW. Het wordt dus niet gesteld voor misleidende en agressieve handelspraktijken. Dit suggereert dat de (Gemeenschaps)wetgever misleiding en agressie ziet als per se aanmerkelijke beperkingen van het vermogen van consumenten geïnformeerd te consumeren. Daar valt veel voor te zeggen. Van autonome transactiebesluitvorming zal in gevallen van misleiding en agressie doorgaans geen sprake zijn.⁵⁵

Het tweede hierboven onderscheiden onderdeel van de tekst van artikel 6:193b lid 2 sub b BW bepaalt of een misleidende, agressieve of andere tegen de professionele toewijding indruisende "aanmerkelijke beperking" daadwerkelijk oneerlijk is.⁵⁶ Dit cruciale subvereiste, het teweegbrengen dat de gemiddelde consument een transactiebesluit neemt of kan nemen dat hij normaliter niet zou nemen, zal verder worden aangeduid als het *manipulatievereiste*. Voor het Nederlandse recht is het manipulatievereiste een novum, ook op het gebied van de misleidende reclame.⁵⁷ Wel heeft het Hof van Justitie al in zijn roemruchte Nissan-arrest door laten schemeren dat de misleidende inhoud van commerciële communicatie relevant moet zijn voor de aankoopbeslissing van een aanzienlijk aantal consumenten.⁵⁸ Onrechtmatige misleiding moet dus een voor de transactiebeslissing van consumenten relevant aspect van het aangeboden betreffen én substantieel zijn in ernst en omvang; *de minimis non curat praetor*. Deze door het Hof van Justitie ten behoeve van het misleidingsoordeel ontwikkelde regel is zo algemeen geformuleerd dat hij analoog toepasbaar lijkt op agressieve en anderszins manipulatieve handelspraktijken.

De precieze uitwerking van het manipulatievereiste in de praktijk moet nog blijken. Het criterium zou best weleens minder streng kunnen blijken dan het op het eerste gezicht misschien lijkt. Ten eerste hoeft daadwerkelijke manipulatie niet aannemelijk te worden gemaakt. Voor zowel richtlijn als wetsvoorstel geldt immers dat potentiële manipulatie volstaat.⁵⁹ Bovendien behelst het begrip "besluit over een overeenkomst" méér dan het besluit een aankoop te doen. Artikel 6:193a lid 1 sub e BW definieert het besluit over een overeenkomst namelijk als een "door de 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*".⁶⁰ De Memorie van Toelichting voegt hier voor alle duidelijkheid aan toe dat het voornemen om iets te kopen of om hier juist vanaf te zien, voldoende is.⁶¹

Misleidende en agressieve handelspraktijken

Empowerment by Information', *Journal of Law and Society* 2005/3, p. 349-370; R.B. Korobkin & T.S. Ulen, 'Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics', *California Law Review* 200/4, p. 1053-1143; en G. Mitchell, 'Why Law and Economics' Perfect Ratioanlity Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence', *Georgetown Law Journal* 2002, p. 67-167.

⁵⁵ Vgl. Howells e.a. *op.cit.*, p. 104 e.v.

⁵⁶ Het criterium keert letterlijk terug in de hierna nog te bespreken artikelen 6:193c, d en h BW als vereiste voor misleidende en agressieve handelspraktijken.

⁵⁷ Weliswaar verlangt de Richtlijn Misleidende reclame voor misleiding een zekere beïnvloeding van het economisch gedrag van de recipiënt van de reclame (óf schade bij concurrenten), maar in artikel 6:194 BW is die voorwaarde nooit gesteld. Gezien het minimumharmonisatie-karakter van de Richtlijn misleidende reclame hoefde dat ook niet.

⁵⁸ HvJ EG C-373/90 (Strafzaak tegen X), Jur. 1992, p. I-131. Het strenge "aanzienlijk" heeft het Hof in een context als de onderhavige niet meer gebezigd.

⁵⁹ Opmerkelijk genoeg lijkt de richtlijn in andere taalversies strenger te zijn en niet reeds met de *mogelijkheid* van manipulatie genoeg te nemen, doch ten minste een *waarschijnlijkheid* van manipulatie te verlangen: "causes or is likely to cause", "altère ou est susceptible d'altérer" en "beeinflusst oder dazu geeignet ist". In de Spaanse (distorsiona o puede distorsionar) volstaat daarentegen weer de mogelijkheid van manipulatie.

⁶⁰ Artikel 6:193a lid 1 sub e BW (cursivering toegevoegd).

⁶¹ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 14.

De artikelen 6 en 7 van de richtlijn, inzake misleidende handelingen respectievelijk omissies, worden geïmplementeerd in de artikelen 6:193c tot en met f BW; de artikelen 8 en 9, inzake agressieve handelspraktijken, in één artikel 6:193h BW. De handelspraktijken van de zwarte lijst bij de richtlijn neemt het voorstel over in de artikelen 6:193g BW (misleidende handelspraktijken) en 6:193i BW (agressieve handelspraktijken). De voorgestelde implementatiewetgeving vertoont in haar systematiek enkele afwijkingen ten opzichte van de richtlijnbevestigingen, volgt deze bepalingen ook niet woord voor woord, maar inhoudelijke discrepanties doen zich hoegenaamd niet voor.

De enige afwijking is gelegen in het voorgestelde artikel 6:193f BW. Dat artikel strekt tot implementatie van bijlage II bij de richtlijn, welke niet-limitatief⁶² talrijke informatieverplichtingen opsomt waarvan niet-naleving geldt als een weglating van essentiële informatie. Artikel 6:193f BW is echter incompleet. Het vermeldt niet alle vindplaatsen in het Nederlandse recht van de in de bijlage genoemde, uit sectorspecifieke richtlijnen voortvloeiende informatieverplichtingen. Dit heeft blijkens de MvT te maken met het feit dat niet al deze richtlijnbevestigingen in wetten in formele zin zijn omgezet.⁶³ Het is kortom belangrijk in te zien dat zowel bijlage II bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken alsook het implementatieartikel 6:193f BW non-exhaustief is en deswege slechts een indicatiefunctie vervult bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een misleidende omissie.

Slotsom is dat het wetsvoorstel overwegend trouw blijft aan de tekst van het in de richtlijn neergelegde materiële handelspraktijkenrecht. Toch kunnen enkele vraagtekens geplaatst worden bij de toekomstige regeling van misleidende en agressieve handelspraktijken en bij een aantal van de in het wetsvoorstel gemaakte keuzes.

Vragen bij de regeling van misleidende handelspraktijken

De implementatie van de regeling ter zake van misleidende handelspraktijken roept ten minste drie vragen op. Allereerst rijst de vraag naar de verhouding tussen enerzijds de regeling inzake misleidende handelspraktijken in de toekomstige afdeling 6.3.3a BW en anderzijds die inzake misleidende en vergelijkende reclame in de bestaande afdeling 6.3.4. Bespreking van deze complexe materie volgt hierna in een afzonderlijke subparagraaf en niet voordat het procedurele regime aan de orde is gekomen.

In de tweede plaats valt op dat het voorstel, in navolging van de richtlijn, spreekt van *bedrieglijke* praktijken. Deze letterlijke omzetting zou tot misverstanden kunnen leiden. In het Nederlandse civiel- én strafrecht bezitten de woorden *bedriegen*, *bedrieglijk* en *bedrog* een onmiskenbare opzet-connotatie.⁶⁴ Gebruik van het woord *bedriegen* in artikel 6:193c BW is om die reden verraderlijk (om niet te zeggen *bedrieglijk*).⁶⁵ Opzet is immers géén criterium voor het misleidingsoordeel in het communautaire handelspraktijkenrecht. Niet voor niets bepaalt artikel 11 lid 2 van de richtlijn dat rechters en administratieve instanties *ook zonder bewijs van opzet of onachtzaam-*

⁶² Vgl. overweging 15 uit de considerans bij de richtlijn. Volledigheid in bijlage II bij de richtlijn is alleen al illusoir wegens het feit dat in bedoelde bijlage onmogelijk kan worden verwezen naar relevante communautaire informatieverplichtingen daterende van ná de vaststelling van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

⁶³ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 16.

⁶⁴ Zie art. 3:44 lid 3 BW (bedrog) en de bepalingen in Titel 25 van het Wetboek van Strafrecht. Ook artikel 328bis Sr dat "bedrieglijke" mededingingshandelingen gepleegd tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon strafbaar stelt, heeft slechts betrekking op opzettelijk gepleegde misleidende handelspraktijken.

⁶⁵ Hetzelfde lijkt te gelden voor de term "bedrieglijk" in de zwarte lijst, tenzij daar wél steeds een opzet-vereiste zou gelden.

heid van de handelaar staking van c.q. een verbod op een oneerlijke handelspraktijk kunnen voorschrijven.⁶⁶

In de derde plaats is er de zogeheten uitnodiging tot aankoop, gedefinieerd in artikel 6:193a lid 1 sub g als een "commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen". Ten aanzien van deze uitnodiging tot aankoop legt artikel 6:193e BW allerlei informatieverplichtingen op. De niet-naleving van die verplichtingen vormt een weglating van essentiële informatie en, mits ook aan het manipulatievereiste is voldaan, een misleidende omissie. De feitelijke context en het gebruikte communicatiemedium nuanceren de op de adverteerder rustende informatieverplichtingen evenwel.⁶⁷ Indien de gebruikte advertentievorm verstrekking van de voorgeschreven informatie onmogelijk maakt, mag de adverteerder volstaan met verwijzing naar een bron (bijvoorbeeld een website) waar de geïnteresseerde consument de betreffende informatie alsnog kan vinden.

Voor de opmaak en inhoud van de reclameboodschap van de handelaar die zijn producten met inachtneming van artikel 6:193d en e wil adverteren, maakt het alles uit of die boodschap al dan niet kwalificeert als uitnodiging tot aankoop. Een eenduidige definitie is derhalve geen overbodige luxe. Helaas doet de MvT weinig om die eenduidigheid ook daadwerkelijk te verzekeren. Zij stelt niet meer dan het volgende:

*"Hiervan [van een uitnodiging tot aankoop, LS] is sprake indien er een concreet product met prijs wordt genoemd (eventueel «prijs vanaf») die de consument in staat stelt een aankoop te doen. Advertenties om de naamsbekendheid van een product te vergroten, vallen hier dus niet onder en dus behoeft alle informatie genoemd in artikel 6:193e in dat geval niet te worden gegeven."*⁶⁸

De MvT leert aldus twee lessen. Allereerst gaat de uitnodiging tot aankoop stevast gepaard met vermelding van de prijs (eventueel "prijs vanaf") van het geadverteerde product. Ten tweede betreft de uitnodiging tot aankoop altijd *productreclame*, dat wil zeggen de aanprijzing van een *concreet product* en niet die van een *merk*. In de literatuur over de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is wel verdedigd dat een reclameboodschap concreet moet zijn in haar aanduiding van product en prijs *zodanig dat deze de consument kan bewegen tot het nemen van een transactiebesluit*.⁶⁹ Deze laatste maatstaf doet weinig om de uitnodiging tot aankoop te onderscheiden van andere, uitsluitend onder artikel 6:193d BW op omissies te toetsen productreclame. Strikte hantering van genoemde maatstaf impliceert feitelijk dat alle productreclame een uitnodiging tot aankoop constitueert zodra zij gewag maakt van de prijs van het product. Het is geenszins zeker of deze zeer ruime interpretatie de juiste is. Een reclameboodschap die een concreet product aanprijst met vermelding van de prijs, stelt een consument immers niet zonder meer in staat feitelijk over te gaan tot het doen van een aankoop. Er zijn interpretaties denkbaar waartegen dit bezwaar niet geldt. Zo is het verdedigbaar slechts te spreken van een uitnodiging tot aankoop als de betreffende advertentie vergezeld gaat van een antwoordmechanisme waarmee de consument tot een transactie kan overgaan.⁷⁰ Over dit lastige begrip is het laatste woord nog niet gesproken.

Vragen bij de regeling van agressieve handelspraktijken

Ook de nieuwe regeling inzake agressieve handelspraktijken roept onvermijdelijk vragen op. Voor een agressieve handelspraktijk is vereist enerzijds, zoals voor alle oneerlijke handelspraktijk-

⁶⁶ Voor meer aanwijzingen dat naar Gemeenschapsrecht de intentie van de handelaar voor het misleidingsoordeel niet bepalend is: Advies VvRr, p. 11-15.

⁶⁷ Dit vloeit voort uit artikel 6:193d lid 4 BW.

⁶⁸ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 16.

⁶⁹ Howells e.a. *op.cit.*, p. 154.

⁷⁰ Advies VvRr, p. 10.

ken, een manipulatie van de transactiebesluitvorming van de gemiddelde consument, en anderzijds gebruik van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. De in artikel 6:193h lid 2 BW opgesomde parameters voor de agressiviteit van een handelspraktijk bieden enige houvast bij het nagaan of een handelspraktijk agressief is. Een specifieke regeling van agressieve handelspraktijken vormt zowel in het Gemeenschapsrecht als in het Nederlandse recht een nieuw verschijnsel. Wat dat betreft kan het interessant zijn te kijken naar de bestaande praktijk in lidstaten die al langer met een bijzondere regeling inzake agressieve handelspraktijken werken.⁷¹

Verder lijkt het recht inzake de wilsgebreken van nut.⁷² Termen als intimidatie en dwang doen denken aan het leerstuk van de bedreiging, terwijl de ongepaste beïnvloeding zich laat associëren met het misbruik van omstandigheden. Het is hier echter oppassen geblazen. Zo blijkt al snel dat het communautaire rechtsbegrip van de ongepaste beïnvloeding zich eigenlijk niet laat vereenzelvigen met zijn ogenschijnlijke pendant in artikel 3:44 lid 4 BW. Artikel 6:193a onder f BW definieert de ongepaste beïnvloeding als het "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". Artikel 3:44 lid 4 BW leert dat geestelijke en psychische factoren als lichtzinnigheid, een abnormale geestestoestand en onervarenheid gronden zijn die een individuele consument kan aanvoeren voor een succesvol beroep op misbruik van omstandigheden. De MvT gaat niet specifiek in op het begrip ongepaste beïnvloeding, maar het is op zijn minst twijfelachtig of deze bijzondere eigenschappen kunnen worden toegeschreven aan de "gemiddelde geïnformeerde, omzichtige en oplettende" standaardconsument van afdeling 6.3.3a BW.

Formele aspecten

Handhaving

Als aangegeven laat artikel 11 van de richtlijn het tot op zekere hoogte aan de lidstaten om uit te maken wie de naleving van het geharmoniseerde handelspraktijkenrecht kan afdwingen, ten overstaan van welke instantie, en wat voor (civielrechtelijke c.q. administratieve) procedure de handhaving mogelijk moet maken. Uit de keuze voor implementatie van het materiële recht in de nieuwe afdeling 6.3.3a in het Burgerlijk Wetboek blijkt al dat de opstellers van het wetsvoorstel in de civiele procedure in ieder geval een geschikt mechanisme zien ter waarborging van de naleving van de richtlijn.

Het wetsvoorstel legt daarbij een cruciale rol weg voor de Consumentenautoriteit (CA) en, op het gebied van financiële diensten, de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Beide toezichthouders kunnen, net als consumentenbelangen behartigende stichtingen en verenigingen, de bijzondere verzoekschriftprocedure van het hiertoe aangepaste artikel 3:305d BW aanhangig maken bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Dit hof kan staking van de oneerlijke handelspraktijk, publicatie van zijn beschikking en rectificatie van misleidende informatie bevelen. Deze laatste twee bevelen, alsmede een bevel tot aanpassing van de met artikel 6:193a e.v. strijdige gedragscode, kan het hof tevens richten aan de houder van een gedragscode die gebruikmaking van oneerlijke handelspraktijken bevordert.⁷³ De rechtshandhaving door genoemde toezichthouders zal overigens niet alleen langs civielrechtelijke maar tevens langs bestuursrechtelijke weg gebeuren. De CA en de AFM beschikken van de hiertoe gewijzigde Wet handhaving consumentenbe-

⁷¹ België is één van die lidstaten. Voor een deels verouderd, maar encyclopedisch overzicht *vide* J. Stuyck, *Agressieve Verkoopmethoden. Rechtsvergelijkende Studie in verband met de bescherming van de consument tegen onbehoorlijke beïnvloeding door de detailhandel*, Leuven: Acco, 1975.

⁷² Vgl. SER-advies 04/06, *Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU*, Den Haag, 2004, p. 32-33. Online raadpleegbaar: <http://www.ser.nl/publicaties/default.asp?desc=b22670>.

⁷³ Dit al staat te lezen in het voorgestelde artikel 3:305d BW.

scherming voortaan over de bestuursrechtelijke instrumenten van de last onder dwangsom en de administratieve boete om op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken.⁷⁴

Voor wat betreft de actiemogelijkheden van de individuele consument verandert er niet bijster veel. Relevant blijven zowel de wilsgebreken van de artikelen 3:44 BW (bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden) en 6:228 BW (dwaling) als ook de laagdrempelige, informele klachtmogelijkheid bij de Reclame Code Commissie.⁷⁵ Een beroep op artikel 6:194 BW (misleidende reclame) zal de consument niet langer kunnen instellen; die bepaling erkent na wijziging nog slechts de onrechtmatigheid van misleidende reclame jegens concurrenten van de adverteerder en niet jegens de consument.⁷⁶ Daarin compenseert het wetsvoorstel de consument evenwel. Zijn mogelijkheden op te komen tegen oneerlijke (waaronder dus misleidende) handelspraktijken worden namelijk in tweeërlei opzicht uitgebreid. Ten eerste kan de individuele consument voortaan een rechtsvordering instellen op grond van artikel 6:193b e.v.⁷⁷ Misleidende, agressieve en andere oneerlijke handelspraktijken gelden immers als onrechtmatig *jegens de consument*. Ten tweede kan de individuele consument een klacht indienen bij de CA. De CA kan daarop tot civiel- of bestuursrechtelijke handhaving overgaan. Hierbij moet wel worden aangetekend dat deze klachtmogelijkheid de individuele consument geen zelfstandige rechtsgang biedt. De CA komt uitsluitend op voor collectieve consumentenbelangen en beschikt over een zekere discretionaire ruimte om al of niet (civielrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk) te handhaven.

De concurrent van de oneerlijk opererende handelaar, ten slotte, lijkt er wat bekaaid vanaf te komen. In hem lijken de opstellers van het wetsvoorstel niet de aangewezen bestrijder van oneerlijkheid c.q. beschermer van de consument te willen erkennen. Oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten zijn in het wetsvoorstel niet onrechtmatig jegens concurrenten op grond van artikel 6:193a e.v. BW. Aan de mogelijkheden voor concurrenten om genoegdoening te vinden in de sfeer van de zelfregulering doet (implementatie van) de richtlijn niet af. Concurrenten kunnen dus onveranderd klagen bij de Reclame Code Commissie, bij geschillencommissies van de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken en bij brancheorganisaties.

Bewijslastverdeling

De omzetting van artikel 12 van de richtlijn, inzake de bewijslastverdeling, geschiedt in artikel 6:193j BW. Dit artikel maakt omkering van de bewijslast ter zake van de oneerlijkheid van een handelspraktijk ten gunste van de eisende partij mogelijk en vestigt een rechtsvermoeden dat eventueel ontstane schade aan de oneerlijke handelspraktijk is toe te schrijven. De bewijsregels van artikel 6:193j corresponderen met die van het bestaande artikel 6:195 BW geldend voor de misleidende en vergelijkende reclame. Er is evenwel één cruciaal onderscheid. De bewijslastomkering van artikel 6:195 BW heeft een absolute gelding. De omkering van de bewijslast ex artikel 6:193j BW conform artikel 12 van de richtlijn is daarentegen een voorwaardelijke. De rechter heeft de handelaar slechts met de bewijslast ter zake van de oneerlijkheid op te zadelen "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". Dit betekent dat in het nieuwe regime de consument en andere partijen die (direct of indirect) diens belang behartigen

⁷⁴ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 2, p. 8-9.

⁷⁵ Hierbij moet worden aangetekend dat de Reclame Code in haar huidige vorm de materie van de richtlijn niet geheel dekt.

⁷⁶ De volgende paragraaf behandelt de wijziging van artikel 6:194 BW.

⁷⁷ In een beroep op de wilsgebreken geniet de consument als gezegd ook thans al een actiemogelijkheid tegen oneerlijke handelspraktijken, tenminste waar deze praktijken hem hebben bewogen tot het aangaan van een verbintenis. Dit laatste voor een succesvol beroep op de wilsgebreken geldende voorbehoud vormt géén criterium voor toepassing van de artikelen 6:193a e.v. BW. Een belangrijker onderscheid is gelegen in het feit dat opzet c.q. verwijtbaarheid van de handelaar voor het oneerlijkheidsoordeel ex artikel 6:193b e.v. BW níet en voor de inroepbaarheid van de wilsgebreken veelal wél vereist is.

er in hun mogelijkheden met succes op te komen tegen misleiding op achteruitgaan. Gezien de ondubbelzinnige bewoordingen van de richtlijn en het feit dat deze voorziet in totale harmonisatie, valt dit de Nederlandse wetgever niet aan te rekenen. Wél kan het problematisch blijken de (voor)vraag naar de bewijslastverdeling in te passen in de kort gedingprocedure.⁷⁸

Oneerlijkheid en misleiding in business-to-consumer en business-to-business verhoudingen

Actiebevoegdheid van de concurrent

Artikel 14 van de richtlijn perkt de *Schutzzweck* van de Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame aanzienlijk in. Waar laatstgenoemde richtlijn oorspronkelijk mede gericht was op bescherming van consumenten, strekt zij in haar huidige vorm uitsluitend nog tot bescherming van *handelaren* tegen (de onbillijke gevolgen van) misleidende reclame en oneigenlijke vergelijkende reclame.⁷⁹ Implementatie van artikel 14 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken geschiedt middels wijziging van het bestaande artikel 6:194 BW. Het aangepaste artikel 6:194 BW zegt met zoveel woorden dat degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf een misleidende mededeling openbaar maakt of laat maken omtrent zijn goederen of diensten (of die van degene te wiens behoeve hij handelt), onrechtmatig handelt *jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf*.

Volgens de letter van de (voorgestelde) wet pleegt de misleidend adverterende handelaar dus een onrechtmatige daad jegens zijn concurrent, ongeacht de vraag tot wie de reclame gericht is. Echter met de aanpassing van artikel 6:194 BW hebben de opstellers van het wetsvoorstel niet alleen het te beschermen rechtssubject willen beperken, maar ook de reikwijdte van de bepaling. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat het gewijzigde artikel 6:194 BW slechts ziet op reclamepraktijken tussen bedrijven onderling en dus niet op reclame gericht op de consument:

"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)".⁸⁰

Tel hierbij op dat ingevolge artikel 6:193b BW de misleidende reclame of handelspraktijk die zich tot de consument richt uitsluitend onrechtmatig is *jegens diezelfde consument*, en de uitkomst is dat de concurrent van de misleidende handelaar tegen *business-to-consumer* misleiding noch uit hoofde van artikel 6:193b e.v. BW actie kan ondernemen noch uit hoofde van artikel 6:194 BW (nieuw). Waarschijnlijk zal hij in plaats daarvan terug moeten vallen op de genus-bepaling van artikel 6:162 BW. Dit is onwenselijk en mogelijk zelfs in strijd met wat de richtlijn voorschrijft. Verzekering van een hoog niveau van consumentenbescherming vormt (samen met stroomlijning van de interne markt) de *raison d'être* van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. In de huidige praktijk zijn het gewoonlijk ondernemingen die optreden tegen consumentenmisleiding door concurrenten, en niet consumenten of consumentenorganisaties. Dat is ook logisch: concurrenten beschikken veelal over de kennis van de markt om te kunnen taxeren of zelfs verifiëren of een claim misleidend is en over de middelen om een procedure te voeren. Weliswaar zal de vorig jaar opgerichte consumentenwaakhond, de Consumentenautoriteit, de bestrijding van misleiding ter hand nemen, maar haar kennis van de markt en haar financiële middelen zijn beperkt. Zij zal prioriteiten moeten stellen. Wanneer de wetgever het ondernemingen moeilijker maakt op te treden tegen consumentenmisleiding, doet hij in feite afbreuk aan de bestaande bescherming van de consument tegen misleiding. Het is dus juist met het oog op de bescherming van de con-

⁷⁸ Advies VvRr, p. 24.

⁷⁹ De Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame is "omwille van de duidelijkheid en een rationele ordening van de tekst" kort geleden gecodificeerd in een nieuwe Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende en vergelijkende reclame, Pb. EU 2006, L 376/21.

⁸⁰ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 18.

summent van cruciaal belang de concurrent uit te rusten met het beste gereedschap om misleidende en andere business-to-consumer handelspraktijken aan te pakken.⁸¹

Bovendien lijkt de richtlijn zelf de lidstaten te vragen te voorzien in een rechtsgang voor handelaren om tegen oneerlijke business-to-consumer handelspraktijken op te komen. Artikel 11 stelt immers dat tot de door de lidstaten in te voeren passende en doeltreffende middelen wettelijke bepalingen behoren "op grond waarvan personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een rechtmatig belang hebben bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken, *met inbegrip van de concurrenten*: (a) in rechte kunnen optreden tegen die oneerlijke handelspraktijken en/of (b) die oneerlijke handelspraktijken kunnen voorleggen aan een administratieve instantie die bevoegd is om hetzij zelf uitspraak te doen over een klacht, hetzij een passende gerechtelijke procedure in te leiden".⁸² De zinsnede "met inbegrip van de concurrenten" ontbrak in het oorspronkelijke Commissievoorstel.⁸³ Enkele schrijvers hebben de latere invoeging geduid als een poging de nadelige consequenties voor handelaren van de scheiding tussen business-to-consumer en business-to-business handelspraktijken te mitigeren.⁸⁴ Over de juiste lezing van deze bepaling valt intussen te twisten. Zegt de richtlijn dat het nationale recht de concurrent per se als belanghebbende heeft te erkennen of zegt deze dat de lidstaten dit zelf mogen uitzoeken? Hoe het ook zij, ofschoon de richtlijn zich beperkt tot consumentenbescherming, nodigt ze de lidstaten op zijn minst uit om ondernemingen "in te schakelen" bij de handhaving van het EG-handelspraktijkenrecht.⁸⁵

Het is waar dat de concurrent, die per slot van rekening wel degelijk schade kan leiden, niet helemaal met lege handen komt te staan. Vóór 1980, het jaar waarin de wetgever het huidige artikel 6:194 e.v. toevoegde aan het Burgerlijk Wetboek,⁸⁶ moest de concurrent een beroep doen op de algemene regeling betreffende de onrechtmatige daad. Een dergelijke stap terug in de tijd is echter het laatste waar de betrokken marktspelers op zitten te wachten. Bij ongewijzigde aanneming van het wetsvoorstel zal de rechter het wiel min of meer opnieuw moeten uitvinden. Hij zal de onrechtmatigheid jegens consumenten van misleidende business-to-consumer handelspraktijken ex artikel 6:193b BW moeten vertalen naar een onrechtmatigheid jegens concurrenten ex artikel 6:162 BW. Daaraan zullen denkelijk jaren van procesvoering en rechtsonzekerheid voorafgaan.

Vanzelfsprekend verdient het de voorkeur dat de wetgever duidelijkheid schept in de wet nu het moment daar is. Hij heeft in dit verband twee opties. Ofwel handhaaft hij het toepassingsbereik van artikel 6:194 BW in die zin dat het niet alleen de misleidende business-to-business reclame maar ook de misleidende business-to-consumer reclame blijft omvatten. Ofwel erkent hij de onrechtmatigheid ex artikel 6:193b e.v. BW als een onrechtmatigheid mede jegens de concurrent. Vóór keuze van de eerste mogelijkheid pleit dat de agerende concurrent het bewijsvoordeel van afdeling 6.3.4 zal blijven genieten. Dat voordeel kan afdeling 6.3.3a hem niet bieden.

De tweede optie lijkt niettemin de aantrekkelijkste. In dat scenario kan de concurrent niet alleen tegen misleidende maar tegen alle oneerlijke handelspraktijken van een handelaar optreden. Als de wetgever dan ook nog het voorgestelde, enge consumentbegrip zou oprekken tot (potentiële) afnemers in het algemeen, dan kan het in het wetsvoorstel uitsluitend nog op misleidende

⁸¹ Vgl. Advies VvRr, p. 16.

⁸² Cursivering LS.

⁸³ Het is met de zogeheten 'Compromise text in view of the Working Party on Consumer Protection and Information' van 30 en 31 maart 2004, voor het eerst in artikel 11 geïntroduceerd, kennelijk om elk misverstand te voorkomen. Zie Council doc 7805/04.

⁸⁴ J. Glöckner, 'Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europäischen Generalklauseln', *WRP* 2004, p. 938; Engelbrekt *op.cit.*, p. 25.

⁸⁵ Vgl. ook overweging 9 uit de preambule: "Deze richtlijn vormt geen beletsel voor het instellen van individuele vorderingen door degenen die schade hebben geleden ten gevolge van oneerlijke handelspraktijken".

⁸⁶ In het oude BW lag het geregelde verankerd in artikel 1416a e.v.

aan tussenhandelaren en zakelijke afnemers gerichte reclame van toepassing zijnde artikel 6:194 BW zelfs worden geschrapt. In dat scenario kunnen alle door een oneerlijke handelspraktijk rechtstreeks getroffen afnemers, zakelijk en particulier, net als de indirect getroffen concurrent van de oneerlijk opererende handelaar actie ondernemen op grond van het in afdeling 6.3.3a bepaalde.

Vergelijkende reclame

De verhouding tussen de nieuwe afdeling 6.3.3a en de gewijzigde afdeling 6.3.4 BW roept tot slot ook vragen op ten aanzien van de (misleidende) vergelijkende reclame ex artikel 6:194a BW. Zowel de rechtspositie van de consument als die van de concurrent is in het voorgestelde regime nogal onduidelijk en wellicht onnodig zwak. Consumenten en consumentenorganisaties lijken alleen nog tegen *verwarringwekkende* vergelijkende business-to-consumer reclame te kunnen optreden.⁸⁷ Met de beperking van afdeling 6.3.4 tot business-to-business verhoudingen lijken zij immers artikel 6:194a BW niet langer te kunnen invoeren om op te komen tegen vergelijkende reclame die de consument verkeerd informeert op andere manieren dan door het wekken van verwarring.⁸⁸ Ter relativering van dit probleem kan worden opgemerkt dat concurrenten, de gebruikelijke procesvoerders in dezen, onveranderd kunnen optreden tegen dergelijke vormen van vergelijkende reclame. Consumenten treden in de praktijk zelden of nooit op tegen vergelijkende reclame.

Ook voor concurrenten is evenwel onzeker wat hun mogelijkheden zijn onder het nieuwe recht. Het wetsvoorstel voorziet niet in inhoudelijke wijziging van artikel 6:194a BW. Dit suggereert dat genoemd artikel, in weerwil van het in de MvT gestelde,⁸⁹ betrekking blijft hebben op zowel business-to-consumer als business-to-business vergelijkende reclame. Gaan we uit van de juistheid van deze veronderstelling, dan is wijziging van artikel 6:194a BW wenselijk. Daarmee kan worden voorkomen dat de wet twee verschillende misleidingsbegrippen hanteert – één in artikel 6:193c e.v. en één in artikel 6:194a BW – die in bepaalde gevallen allebei op één en dezelfde praktijk van toepassing zijn. De vraag wie, op grond van welke bepaling, een vordering instelt, bepaalt dan hoe de rechter het misleidend karakter van een litigieuze handelspraktijk moet beoordelen. De Gemeenschapswetgever brengt de omschrijving van misleidende vergelijkende reclame uit de Richtlijn Misleidende en vergelijkende reclame in overeenstemming met het misleidingsbegrip uit de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken.⁹⁰ Het is jammer dat de opstellers van het wetsvoorstel het voorbeeld van de communautaire wetgever hierin niet hebben willen volgen.⁹¹

Conclusie

De gehele implementatieoperatie overziend, blijkt het Nederlandse handelspraktijkenrecht aan ingrijpende veranderingen onderhevig. De opstellers van het wetsvoorstel hebben bij de omzetting van het materiële handelspraktijkenrecht goed naar de richtlijn gekeken. Slechts hier en daar valt een enkele terminologische anomalie te bespeuren (*aanmerkelijke* beperking in plaats van *merkbare* beperking, *bedrieglijke* in plaats van *misleidende* praktijken e.d.). Problematischer zijn waar-

⁸⁷ Vgl. artikel 6:193c lid 2 sub a BW

⁸⁸ Vgl. artikel 6:194a sub a (vergelijkende reclame mag niet misleiden), b (vergelijking moet goederen of diensten betreffen die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd) en c (vergelijking moet objectief zijn).

⁸⁹ De MvT stelt immers dat de reikwijdte van afdeling 6.3.4 beperkt is tot handelspraktijken tussen bedrijven onderling, Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 18.

⁹⁰ Zie artikel 14 van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken.

⁹¹ Voor een uitgebreidere beschouwing van de legislatieve ontwikkelingen op het terrein van de vergelijkende reclame, *vide* Advies VvRr, p. 20-23.

schijnlijk de vele nieuwe, onbestemde begrippen en criteria, overgenomen uit de richtlijn. De wetgever kan natuurlijk niet anders dan het begrippenkader van de volledig harmoniserende richtlijn inderdaad gewoon overnemen. Wel had de MvT op bepaalde punten instructiever gekund. Waaruit zijn in een bepaalde sector precies de "vereisten van professionele toewijding" kenbaar? Hoe concreet moet productreclame zijn om voor een "uitnodiging tot aankoop" door te gaan? In welke omstandigheden moeten rechters aannemen dat een handelspraktijk de consument beweegt tot het nemen van "een besluit over een overeenkomst dat hij anders niet had genomen"? Toegegeven, het gaat hier om autonome communautaire rechtsbegrippen die de Nederlandse wetgever niet zomaar naar eigen goedgevoelen nader kan invullen. Het tegenovergestelde, zwijgen, gaat evenwel ten koste van de rechtszekerheid. Het kan jaren van procederen kosten tot een begrip als de 'uitnodiging tot aankoop' in de rechtspraak vaste contouren krijgt. En waarom zou het de Nederlandse rechter wél en de wetgever niet passen zich uit te spreken over deze communautaire rechtsbegrippen?

De personele werkingssfeer van de implementatiewetgeving en het procedurele regime lijken voor de meeste opschudding in het Nederlandse handelspraktijkenrecht te zorgen. Heel bewust wordt hier gezegd "*lijken te zorgen*". Wetsvoorstel en MvT zijn niet steeds eenduidig, soms zelfs regelrecht contradictoer, ten aanzien van deze onderwerpen. Onder het voorbehoud dat de wetgever andere bedoelingen heeft gehad dan uit het wetsvoorstel blijken, luidt één van de voornaamste conclusies dat de wetgever, in plaats van de boel bij elkaar te houden, het handelspraktijkenrecht splitst in (heel veel) consumentenrecht en (een beetje) mededingingsrecht.

In de eerste plaats maakt de implementatiewetgeving het antwoord op de vraag of een handelspraktijk überhaupt geldt als oneerlijk, afhankelijk van het restrictief omschreven adressaat van de handelspraktijk. Slechts de handelspraktijk die gericht is op natuurlijke personen niet handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf, kan oneerlijk zijn in de nieuwe afdeling 6.3.3a BW. Gevolg is dat het misleidende lokkertje in de huis-aan-huis folder van deze of gene PC-dealer jegens de "consument" reeds als zwartelijst-praktijk onrechtmatig is,⁹² terwijl de zakelijke afnemer die op grond van dezelfde boodschap in dezelfde folder van dezelfde adverteerder een besluit over een overeenkomst heeft genomen, zijn recht via artikel 6:162 BW moet zien te halen. Laatstgenoemde is immers geen "consument" en heeft geen actie tegen oneerlijke business-to-consumer reclame. Zou dezelfde boodschap van dezelfde adverteerder in een zakelijke variant op de folder zijn vervat, dan zou de zakelijke afnemer het met artikel 6:194 BW moeten doen. Tegen agressieve en anderszins oneerlijke handelspraktijken genieten tussenhandelaren en zakelijke afnemers überhaupt geen bescherming dan die uit hoofde van de genusbepaling van artikel 6:162 BW.

Staat eenmaal vast dat een handelspraktijk gericht is op consumenten als gedefinieerd in artikel 6:193a lid 1 sub a BW, dan rijst de vraag *jegens wie* die praktijk oneerlijk is. Het wetsvoorstel koppelt de vraag jegens wie een oneerlijke handelspraktijk onrechtmatig is nadrukkelijk aan de vraag tot wie diezelfde praktijk zich richt. Een business-to-consumer handelspraktijk kan dus slechts onrechtmatig zijn jegens consumenten en alleen een oneerlijke business-to-business handelspraktijk levert ook een business-to-business onrechtmatigheid op. Het de concurrent ontzeggen van een specifieke actiebevoegdheid tegen oneerlijke business-to-consumer handelspraktijken miskent dat naast de consument ook de concurrent schade kan ondervinden aan die handelspraktijken én dat een actiebevoegdheid voor de concurrent de consumentenbescherming bevordert.

Een laatste niet te missen ontwikkeling is de beweging van het handelspraktijkenrecht in de richting van de publiekrechtelijke regulering. Consumentenbescherming en eerlijke mededinging

⁹² Artikel 6:193g sub e omschrijft het "lokkertje" kort gezegd als het aanbieden van een product tegen een genoemde prijs zonder aan te geven dat dat product vermoedelijk *niet* leverbaar zal zijn tegen die prijs en/of in een hoeveelheid c.q. gedurende een periode die redelijk is.

lijken meer en meer een zaak te worden van publiek toezicht naar onder meer Angelsaksisch model.⁹³ De CA en de AFM krijgen verschillende bevoegdheden om de *fairness* in de markt te bewaken. Op zich valt deze ontwikkeling toe te juichen. Het ligt in de rede dat de activiteiten van een gezaghebbende toezichthouder die zijn werklust aankan en een consistent beleid voert, een toegevoegde waarde zullen hebben ten opzichte van de civiele procesvoering door marktpartijen. Een toezichthouder is idealiter in staat snel en effectief oneerlijke handelspraktijken aan te pakken in een volledige branche of sector. Zulks kan niet worden verwacht van marktpartijen die het moeten hebben van de civiele procedure. Zoals hiervoor al is opgemerkt, valt het te betreuren dat de opstellers van het wetsvoorstel daar de conclusie aan lijken te hebben verbonden dat het Nederlandse handelspraktijkenrecht voor de civiele procesvoering door marktpartijen (concurrenten) geen zelfstandige consumentenbeschermende en eerlijkheidsbewarende functie hoeft weg te leggen. De vraag die de wetgever zich zou mogen stellen is: waarom een "of-of" benadering als het ook "en-en" kan? De richtlijn legt de lidstaten op dit punt geen strobreed in de weg.

Al met al is het wetsvoorstel is een behoorlijke eerste stap in de richting van adequate implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken. Op het moment van afronding van dit artikel is de implementatieoperatie overigens nog in volle gang. Dit betekent dat de wetgever nog alle gelegenheid heeft de weeffouten in het liggende voorstel te corrigeren. Het is nu te hopen dat hij van die gelegenheid ook daadwerkelijk gebruikmaakt.

⁹³ Voor een overzicht van de Britse praktijk *vide* VIEW Study on the feasibility of a general legislative framework on fair trading, November 2000, p. 1-37, online raadpleegbaar: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/sur21_vol2_en.pdf.