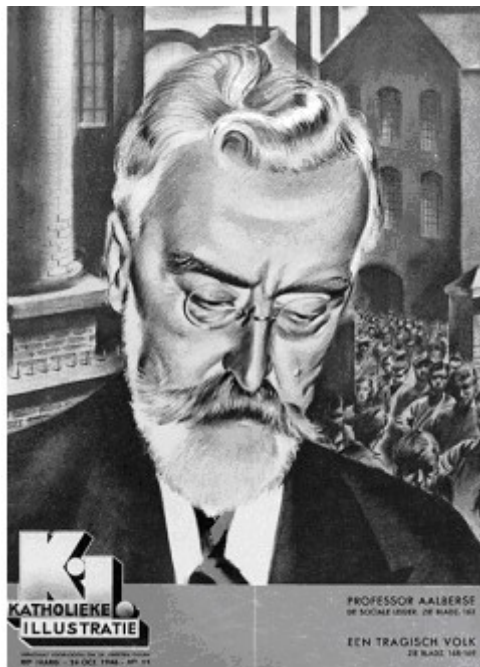


Moet er een nieuwe Aalberse opstaan? Oneerlijke handelspraktijken in B2B-verhoudingen

Verschenen in *Intellectuele Eigendom & Reclamerecht (IER)* 2007-3, nr. 40, p. 143-144.

J.J.C. Kabel



"Ik was goed op dreef en heb bijna mijn geheele rede geïmproviseerd. De Kamer was goed bezet en in sympathieke stemming. Er werd zeer aandachtig geluisterd. Alleen mr. Mendels interrompeerde een paar malen. Tot het einde toe bleef de aandacht en toen het slot kwam, gebeurde iets, wat in onze nuchtere Kamer uiterst zeldzaam is: er werd van alle kanten bravo geroepen! Een applaus in onze Nederlandsche Tweede Kamer, een streep aan den balk! Er werd niet gerepliceerd en de stemming kwam. 't Was al maar vóór, vóór ... Eindelijk klonk't: aangenomen met 67 tegen 6 stemmen. Van alle kanten kwamen de leden – ook de tegenstemmers – me een hand geven, ook de minister-president en de minister van Justitie die mijn rede waren komen hooren. Ik was vreeselijk blij ... omdat mijn Liesje 't allemaal zag."

Liesje is de vrouw van de afgevaardigde uit Almelo, P.J.M. Aalberse, die zojuist, blijkens bovenstaande, zijn eigen, dagboekantekeningen^[1] met succes in de Tweede Kamer op 28 april 1915 zijn initiatiefwetsontwerp tot bestrijding van de oneerlijke mededinging heeft verdedigd. Liesje mocht in de presidentiële loge het debat bijwonen.

De dagboekantekeningen zijn in februari van dit jaar feestelijk aangeboden. Wie ze leest raakt geboeid en een beetje ontroerd door dit boegbeeld van de katholieke emancipatie-zuil en deze kampioen van de (toentertijd) overwegend katholieke middenstand. Ik heb ze zojuist gelezen omdat ik voor deze Vizier op zoek was naar de

achtergronden van een artikel over de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken dat alleen van toepassing was in B2B verhoudingen: artikel 328bis Sr. Zoals bekend is de bijzondere regeling voor oneerlijke handelspraktijken, zoals die binnenkort neergelegd zal worden in artikel 6:193a-j BW, alleen van toepassing in zogenaamde B2C-verhoudingen, d.w.z. indien een handelaar onrechtmatig handelt tegenover een consument (zie art. 6:194b lid 1 BW). Voor B2B-verhoudingen, d.w.z. verhoudingen waarin de concurrent nadeel heeft ondervonden van oneerlijke handelspraktijken van een ander, gelden de bijzondere regels uit art. 6:193a-j BW niet en ik had het gevoel dat, nu de focus zo op consumentenbescherming ligt, er bij de wetstechnische afwikkeling wat slordig met de regeling van oneerlijke handelspraktijken in B2B-verhoudingen was omgesprongen.

Het wetsontwerp van Aalberse betrof het thans nog bestaande art. 328 *bis* Sr dat als volgt luidt: "Hij die, om het handels- of bedrijfsdebiet van zichzelf of van een ander te vestigen, te behouden of uit te breiden, enige bedriegelijke handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon, wordt, indien daaruit enig nadeel voor concurrenten van hem of van die ander kan ontstaan, als schuldig aan oneerlijke mededinging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie." Behalve de hoogte van de boete is er niets veranderd ten opzichte van het voorstel. Aalberse was ervan overtuigd dat het grootste kwaad van de oneerlijke concurrentie de misleidende reclame was en dat het noodzakelijk was die strafrechtelijk te bestrijden, omdat de kleine middenstander niet zo gauw een civiele procedure zou beginnen, collectieve organisaties niet, zoals in Duitsland, procederen en er vaak sprake is van oneerlijke concurrentie die grote groepen benadeelde.^[2] Art. 328 *bis* Sr is alleen maar van toepassing, indien er sprake is van misleiding die een concurrent benadeelt en in dat opzicht een typisch voorbeeld van een B2B-bepaling. Consumenten interesseerden hem eigenlijk niet en wat dat betreft is nu de situatie precies andersom: (de harmonisering van) consumentenbescherming staat boven aan de agenda en de algemene handhaving daarvan zal niet langer alleen civielrechtelijk zijn, maar ook bestuursrechtelijk, inclusief een Consumentenautoriteit die daarnaast een belangrijke voorlichtingsfunctie toebedeeld krijgt. Zwarte lijsten complementeren een algemeen geformuleerd verbod van misleiding. Het is interessant om te zien dat al die factoren ook al aan de orde waren in de aan de Kamer gerichte adressen van belangengroeperingen en in de parlementaire discussie over het voorstel voor artikel 328bis Sr. De Vereniging van Handelaren te Groningen wil specifieke wetgeving, m.n. als het gaat om de verkoop met geschenken en de faillissementsverkoop. De Directie van de N.V. Albino, eveneens te Groningen zoekt haar heil in een officiële en algemene keuringsdienst. In de Kamer voert Van Hamel een pleidooi voor administratiefrechtelijke maatregelen, inclusief een toezichthouder en Beumer bespreekt de wenselijkheid van de instelling van een officiële inlichtingendienst die moet waarschuwen tegen ongeoorloofde praktijken in de handel.^[3] Daar is toen allemaal niets van terecht gekomen en van artikel 328 *bis* Sr al evenmin.

Bij zo'n geestdriftige ontvangst van een wetsvoorstel als boven geschetst, valt namelijk soms het ergste te vrezen. 'À vaincre sans péril, on triomphe sans gloire', zo merkt de afgevaardigde Limburg tijdens de debatten op.^[4] Ieder had bewondering voor het werk van de geachte afgevaardigde uit Almelo, een arbeid al aangevangen met zijn proefschrift.^[5] Maar niemand die het ontwerp met geestdrift aanvaardde. Art. 328 *bis* Sr heeft ook niet de betekenis gehad die de ontwerper erin wilde zien, vooral ook omdat vier jaar later met de uitspraak van de Hoge Raad inzake Cohen/Lindebaum kennelijk een doelmatiger middel was gevonden ter bestrijding van oneerlijke mededinging, dan de algemene strafrechtelijke aanpak die Aalberse nodig achtte ter bestrijding van het euvel der oneerlijke mededinging. Het is gebleven bij een algemeen misleidingsartikel dat niet alleen maar op B2B-verhoudingen van toepassing was.

Nu echter wordt dat algemene misleidingsartikel in drie delen gesplitst. Eén zeer

gedetailleerd en uitgewerkt deel dat geldt voor de B2C-verhoudingen en dat deels bestuursrechtelijk zal worden gehandhaafd door een afzonderlijke toezichthouder, de Consumentenautoriteit. De twee andere delen zijn die tussen handelaren in het algemeen en die tussen handelaren wanneer het om vergelijkende reclame gaat. [Richtlijn 2006/114/EG](#) van 12 december 2006 ^[6] beoogt ingevolge artikel 1 handelaren te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan en definieert in artikel 2 sub b. misleidende reclame als volgt: "elke vorm van reclame die op enigerlei wijze, daaronder begrepen haar opmaak, de personen tot wie zij zich richt of die zij bereikt, misleidt of kan misleiden en die door haar misleidende karakter hun economisch gedrag kan beïnvloeden, of die om die redenen een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen;" Handelaar is: "een natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelt voor doeleinden welke betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook eenieder die in naam van of namens een handelaar optreedt." Artikel 4 sub a. bepaalt dat vergelijkende reclame geoorloofd is op voorwaarde dat deze niet misleidend is in de zin van het zo juist genoemde artikel òf in de zin van artikel 6 en 7 van [Richtlijn 2005/29](#) betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Artikel 5 verplicht de lidstaten zorg te dragen voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van misleidende reclame en voor de naleving van de bepalingen inzake vergelijkende reclame in het belang van handelaren en concurrenten.

Deze losjes geformuleerde plicht tot behartiging van die belangen is het logisch gevolg van het accent dat de Commissie legt op bescherming van consumenten met de bijbehorende bijzondere materiële regels, inclusief de bijzondere bestuurs- en civielrechtelijke handhaving ten behoeve van die afzonderlijke gedefinieerde categorie rechtssubjecten. Door consumenten als een afzonderlijke rechtscategorie met bijbehorende afzonderlijke materiële regelingen te kwalificeren, is het vanzelfsprekend noodzakelijk om ook de tegenhanger – wie geen consument is - juridisch te definiëren. Maar het zou dan ook in de rede liggen het niet bij zo'n definitie te laten. Nu is alleen de voorheen algemene richtlijn misleidende en vergelijkende reclame getoupeerd tot een die uitsluitend voor handelaren geldt en lijkt alles wat we maar aan definities van misleiding hebben op dit ogenblik daarin naast elkaar gezet. Er is een nieuwe Aalberse nodig voor de invulling van oneerlijke handelspraktijken in B2B verhoudingen. In sommige landen hebben we daar een mededingsautoriteit voor en waarom zou dat hier niet kunnen?

Noten

[1] *Dagboeken van P.J.M. Aalberse 1891-1947*, uitgegeven door J.P. de Valk en A.C.M. Kappelhof, Instituut voor Nederlandse Geschiedenis 2006. De hier geciteerde tekst is te vinden in de aantekening van 1 mei 1915. Zie verder: <http://www.inghist.nl/Onderzoek/Projecten/Aalberse>

[2] P.J.M. Aalberse, *Oneerlijke concurrentie en hare bestrijding volgens het Nederlandsche recht*, Uitgave van J.W. van Leeuwen: Leiden 1898, p. 46 e.v.

[3] Zie A. Tepe, *De Wet Aalberse van 2 augustus 1915, STSBL. No. 365 tot strafrechtelijke bestrijding der oneerlijke medediging. Gewisselde stukken en gehouden beraadslagingen in de Staten-Generaal, met een inleiding en systematisch register voorzien*, Uitgevers-Venootschap "Futura": Leiden z.j., p. 107, 170, 200.

[4] Tepe, p. 151.

[5] Zie noot 2.

[6] De gecodificeerde versie van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, zoals die luidt na de wijziging door Richtlijn 2005/29 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten.
