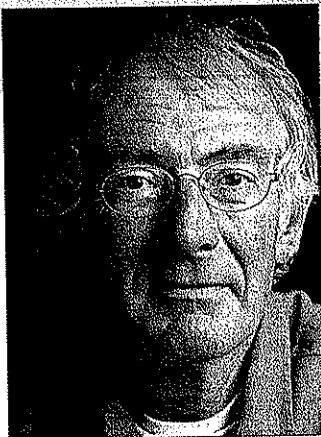


Eerlijke handel: de beoordeling van misleidende reclame en andere oneerlijke handelspraktijken



Prof. mr. J.J.C. Kabel is hoogleraar informatierecht, in het bijzonder commerciële informatie bij het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam en vanaf mei van dit jaar als Of Counsel verbonden aan DLA Piper Advocaten te Amsterdam

Het codificeren en harmoniseren van oneerlijk mededingingsrecht gaat niet van een leien dakje, vooral omdat de belangen van de betrokken partijen niet op één lijn zijn te krijgen. Uiteindelijk heeft de Europese Commissie besloten om vooralsnog slechts een deel van het hier bedoelde rechtsgebied te harmoniseren, te weten de bescherming van de consument tegen oneerlijke handelspraktijken. Dat is gebeurd in Richtlijn 2005/29, die vervolgens is geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving die naar alle waarschijnlijkheid een dezer dagen in werking treedt. Die wetgeving gaat een hoop problemen opleveren, lijkt nu al vast te staan.

Sinds de jaren zestig is op Europees niveau gesproken over de noodzaak het oneerlijke mededingingsrecht te codificeren en te harmoniseren op een wijze waarop met alle in aanmerking komende belangen rekening kon worden gehouden. Dat is niet gelukt. De belangen die bij dat proces aan de orde zijn, zijn kennelijk niet goed op één lijn te brengen, en dat is wel te begrijpen: de consument is nu eenmaal soms gebaat bij oneerlijke mededinging (dumpen, goedkope 'look alikes', imitaties van dure merken). Anderzijds spelen consumentenbelangen bij sommige vormen van oneerlijke mededinging helemaal geen rol (denigrerende reclame, omkopen van personeel, aanhakende reclame).

De pogingen, vooral in Duitsland, om ondanks die gegevens een mededingingsrecht tot stand te brengen waarin de belangen van consumenten en concurrenten, evenals het algemeen belang, harmonieus samengaan, hebben het dan ook niet gebracht tot een Europese harmonisering van het oneerlijke mededingingsrecht. Slechts met twee oneerlijke handelspraktijken is dat wel enigszins gelukt: met misleidende reclame in 1984 en met ontoelaatbare vergelijkende reclame in 1997. De Richtlijn misleidende reclame uit 1984 stelt echter niet zo veel voor: een definitie van misleiding ontbreekt, de lidstaten mogen strengere eisen stellen dan de richtlijn voorschrijft, en dat niet alleen tegenover de eigen onderdanen, maar ook tegenover reclame-uitingen van buitenlandse adverteerders omdat de richtlijn geen zogenoemde internemarktclausule kent.

Vooraf de vraag wanneer nabootsing van producten oneerlijk is, is een moeilijk te harmoniseren probleem gebleken

Wat dat betreft heeft de aanvulling van de Richtlijn misleidende reclame met bepalingen over vergelijkende reclame in 1997 meer consequenties gehad. Die aanvulling beoogde vergelijkende reclame in Europa mogelijk te maken door de regels op dat terrein volledig te harmoniseren. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG bevestigt dat vergelijkende reclame sindsdien soepel tegemoet dient te worden getreden. Verder is het echter niet gekomen. Vooral de vraag wanneer nabootsing van producten oneerlijk is, is een moeilijk te harmoniseren probleem gebleken, omdat de verhouding van het oneerlijke mededingingsrecht met het intellectuele eigendomsrecht nog steeds niet goed in kaart is gebracht in de Europese lidstaten.

De Europese Commissie heeft die weg dan ook voorlopig niet meer gevolgd en besloten slechts een gedeelte van het gebied te harmoniseren, een gedeelte dat politiek minder moeilijk ligt en gemakkelijker op bijval van de lidstaten zou kunnen rekenen: de bescherming van de consument tegen oneerlijke handelspraktijken. Zij constateerde nogal wat discrepanties in de regelgeving van de lidstaten op dat terrein en zag daarin voldoende redenen om met een richtlijn oneer-

lijke handelspraktijken te komen die uitging van volledige harmonisering. Deze Richtlijn OHP – Richtlijn 2005/29 – is inderdaad binnen korte tijd aanvaard. En datzelfde is het geval met het Nederlandse implementatievoorstel. De artikelen 6: 93a-j BW – de Wet Oneerlijke Handelspraktijken, oftewel de Wet OHP – zullen bij publicatie van dit artikel zeer waarschijnlijk in werking zijn getreden en dat betekent dat het hele nationale wetgevingsproces slechts anderhalf jaar heeft geduurd. Zo'n gemakkelijke triomf biedt weinig glorie, zoals het spreekwoord luidt en men zou zich dan ook kunnen afvragen of zo'n voorstel veel om het lijf heeft.

Of het voorstel veel om het lijf heeft, moet nog blijken, maar dat het onnodige problemen veroorzaakt, lijkt wel vast te staan

En als dat niet zo is, of het dan niet onnodige problemen veroorzaakt. Of het voorstel veel om het lijf heeft, moet nog blijken. Dat het onnodige problemen veroorzaakt, lijkt wel vast te staan, omdat voor gelijksoortige problemen drie verschillende systemen gaan gelden.

DRIE SYSTEMEN

Uiteraard is met de introductie van de Wet OHP het begrip oneerlijke mededinging niet verdwenen. Wel is het zo dat het begrip oneerlijke handelspraktijken nu bijna synoniem is met oneerlijkheid tegenover de consument. Dat is natuurlijk geen normaal gebruik van het begrip oneerlijk in dit verband. Oneerlijke handelspraktijken doen zich ook voor in de verhoudingen tussen concurrenten, sterker nog, de terminologie was daar lange tijd exclusief op gericht, met begrippen als oneerlijke mededinging, unfair competition, Unlauteres Wettbewerb, concurrence déloyale en dergelijke.

De introductie van oneerlijke handelspraktijken die alleen oneerlijk zijn tegenover de consument, heeft logischerwijs geleid tot een parallelle categorie van oneerlijke handelspraktijken die alleen oneerlijk zijn tegenover de handelaar. Daartoe is de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame geherformuleerd tot een richtlijn die uitsluitend van toepassing is op misleiding tussen handelaren en wordt er bij de Richtlijn OHP van uitgegaan dat die niet van toepassing is op vergelijkende reclame. Vorderingen tegen ongeoorloofde vergelijkende reclame zullen dus alleen door concurrenten moeten worden ingesteld.

Ten slotte: dergelijke gescheiden trajecten zijn niet goed denkbaar bij de Nederlandse Reclame Code, omdat daar de gedachte is dat iedereen moet kunnen klagen over reclame-uitingen, handelaar én consument. Daarom is bij de implementatie van de Richtlijn OHP in de Nederlandse Reclame Code uitgegaan van een systeem dat beide gebieden dekt: oneerlijkheid tegenover de consument én oneerlijkheid tegenover de handelaar. De Stichting Reclame Code zal overigens bij inwerkingtreding van de Wet OHP gaan

fungeren als een eerste buffer voor de opvang van klachten over misleidende en agressieve reclame. Wanneer het gaat om structurele misstanden bij oneerlijke handelspraktijken tegenover de consument, is de bestuursrechtelijk optredende Consumentenautoriteit de aangewezen instantie. Zo komen we dus tot drie systemen:

1. *oneerlijkheid tegenover de consument*. Richtlijn 2005/29 en bijbehorende implementatie in art. 6:193a-j BW: een handelaar handelt onrechtmatig jegens een consument als hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is (art. 6:193b, lid 1 BW). Het gaat hierbij om volledige harmonisering; de lidstaten mogen niet met strengere regels komen;
2. *oneerlijkheid tegenover de handelaar*. Richtlijn 2006/114 en bijbehorende implementatie in de artikelen 6:194-196 BW: een handelaar handelt onrechtmatig jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf, als de mededeling misleidend is. Het gaat hier om minimale harmonisering: de lidstaten mogen met strengere regels komen, ook tegenover buitenlandse adverteerders. Dat is anders wanneer het om vergelijkende reclame gaat; op dat terrein mogen de lidstaten niet met strengere regels komen;
3. *oneerlijkheid tegenover consument én handelaar*. Richtlijn 2005/29 en bijbehorende implementatie in de artikelen 7, 8 en 14 Nederlandse Reclame Code (NRC); in dat systeem hebben zowel bedrijven als consumenten het recht over schending van de Code een klacht in te dienen (art. 18 NRC).

Men ziet het: voor hetzelfde probleem, de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken, bestaan nu drie op het oog verschillende systemen. Dat lijkt tot onnodige problemen te moeten leiden.

HANDELSPRAKTIJKEN EN RECLAME

Bij de Reclame Code Commissie gaat het uiteraard om reclame, zij het dat de Nederlandse Reclame Code in art. 1 dat begrip wel heel erg ruim formuleert als 'iedere openbare aanprijzing van goederen, diensten of denkbeelden'. Handelspraktijk is een nog ruimer begrip; handelsreclame is daar een onderdeel van, maar het omvat ook allerlei andere marketingmethoden, zoals colportage, sweepstakes, cadeaucties en sponsoring. De Richtlijn OHP en art. 6:193a, lid 1, sub d BW omschrijven het begrip handelspraktijk als 'iedere handeling, ommissie, 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'. Er is dus een aantal handelspraktijken waarvoor men *niet* terecht kan bij de Nederlandse Reclame Code Commissie, zoals ongevraagde levering (inertia selling), hinderlijke vormen van colportage en gebruiksaanwijzingen beschikbaar stellen in een andere taal dan verwacht (zie voor een volledige opsomming de artikelen 6:193g, h; 6:193i, a; 6:193i, b; 6:193i, d; 6:193i, f en 6:193i, g BW).

TOEPASSELIJKHEID VAN DE RICHTLIJN OHP

Het is hiervoor al duidelijk geworden, en preambule 6 van de Richtlijn OHP zegt het nog eens: 'De Richtlijn OHP is niet van toepassing of van invloed op de nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die alleen de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren.' Op dat terrein houden de lidstaten een eigen bevoegdheid, uiteraard met inachtneming van de communautaire wetgeving. De Richtlijn OHP is evenmin van toepassing op de bepalingen over reclame die misleidend is voor ondernemingen, maar niet voor consumenten, en op vergelijkende reclame. Dat betekent dus dat er, op vergelijkende reclame na, een aantal oneerlijke handelspraktijken overblijven die in verschillende lidstaten verschillend geregeld kunnen en mogen zijn. Dat is nu eenmaal de consequentie van de gedeeltelijke harmonisering waarvoor de Commissie heeft moeten kiezen.

Dat vergelijkende reclame alleen door concurrenten kan worden aangepakt en niet via het systeem van de Richtlijn OHP, wekt toch wel enige verwondering

Dat vergelijkende reclame alleen door concurrenten kan worden aangepakt en niet via het systeem van de Richtlijn OHP, wekt toch wel enige verwondering. Waarom zou bijvoorbeeld bij onderstaande advertentie de Consumentenautoriteit geen onderzoek mogen instellen naar de toelaatbaarheid van prijsgaranties in vergelijkende reclame in het algemeen?



U hoeft nooit meer prijzen te vergelijken: Fielmann is altijd de voordeligste.

Na 10 uur met contactlenzen, zijverwachting en onduidelijkheid bij Fielmann, de grootste opticien van Europa, betaalt u gegarandeerd de kleinste prijs voor elke bril - grote merken voor de helft van de prijs. Koop nu maar dan 2.000 monturen, allemaal met drie jaar garantie. De oorspronkelijke in incl. fabrieksovername; de verzekeringsdekking geldt bij breuk, vallet, diefstal en zelfs als u de bril laat liggen. Een heel jaar lang. Kom naar Enschede, Kalanderstraat 17 - wij verzoeken ons op uw bezoek. Brillant Fielmann.

Complete, moderne brillen
met glazen van 200€
in 10 minuten en
met 3 jaar garantie **EUR 1500**

Fielmann
www.fielmann.com

Enkele handelspraktijken waarop wellicht kritiek mogelijk is, zijn door de Commissie veiliggesteld. De Richtlijn is als gevolg van preambule 6 niet van toepassing op 'algemeen aanvaarde reclame- en marketingpraktijken zoals het op

legitieme wijze in de markt zetten van een product (product placement), merkdifferentiatie en het aanbieden van premies, die het beeld dat de consument van het product heeft en zijn gedrag op wettige wijze kunnen beïnvloeden zonder daarom het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, te beperken'. Uit de laatste overweging wordt tevens duidelijk waar het bij de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken om gaat: met een *oneerlijke* handelspraktijk wordt een praktijk bedoeld die als effect heeft dat het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, wordt beperkt.

Met een oneerlijke handelspraktijk wordt een praktijk bedoeld die als effect heeft dat het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, wordt beperkt

ONEERLIJKHEID TEGENOVER DE CONSUMENT: VAN BIJZONDER NAAR ALGEMEEN

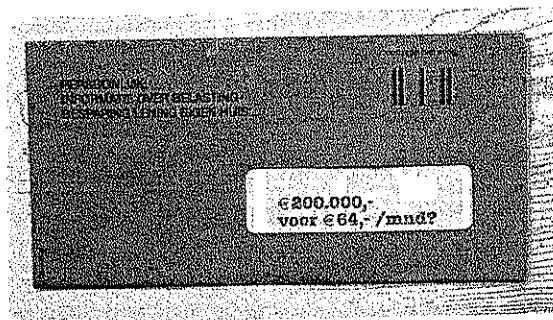
Met het systeem van de Wet OHP is het gemakkelijkst te werken, wanneer men eerst onderzoekt of de bijzondere bepalingen van toepassing zijn en vervolgens naar de meer algemene bepalingen gaat.

Enkele onjuistheden zijn al voldoende om te worden veroordeeld, ook al zou een gemiddelde consument gemakkelijk door een dergelijke onjuistheid heen zien

Zwarte lijst

Van een aantal handelspraktijken wordt aangenomen dat ze het vermogen van de consument om een geïnformeerde beslissing te nemen, altijd beperken en daarom altijd onrechtmatig zijn. Bijlage 1 en 2 van de Nederlandse Reclame Code en de artikelen 6:193g en 193i BW bevatten een zwarte lijst met daarin 31 praktijken die als zodanig worden bestempeld. Die lijst kan alleen worden aangepast op communautair niveau. Veel van die praktijken zijn door de bank genomen ook nu al ontoelaatbaar, zoals piramideverkoop, inertia selling, spookfacturen, adverteren met keurmerken terwijl men niet bij het desbetreffende keurmerksysteem is aangesloten, of adverteren met 'gratis-claims' terwijl men toch moet betalen. Maar waar het om gaat, is dat geen nuancering meer is vereist. Enkele onjuistheden zijn al voldoende om te worden veroordeeld, ook al zou een gemiddelde consument gemakkelijk door een dergelijke onjuistheid heen zien. Het hoeft niet te gaan om iets wat doorslaggevend is voor de aankoopbeslissing, noch of een consument er al dan

niet door wordt beperkt in zijn vermogen om een geïnformeerde beslissing te nemen. Laat ik een enkel voorbeeld geven.



Wat in bovenstaande afbeelding gebeurt, is mogelijk in strijd met nr. 4 van de Richtlijn-lijst: 'Beweren dat een adverteerder (met inbegrip van zijn reclame) of een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend of goedgekeurd terwijl zulks niet het geval is, of iets dergelijks beweren zonder dat aan de voorwaarde voor de aanbeveling, erkenning of goedkeuring wordt voldaan.'

Uitnodiging tot aankoop

Wanneer toetsing aan de zwarte lijst geen ongerechtigdheden oplevert, is de volgende stap te onderzoeken of er sprake is van een zogenoemde uitnodiging tot aankoop. Is dat het geval, dan is de adverteerder namelijk alleen al daarom verplicht bepaalde extra informatie in de advertentie op te nemen. Een uitnodiging tot aankoop is ingevolge art. 6:193a, sub g BW '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'. Onderstaande (kleine) afbeelding bevat mijns inziens een uitnodiging tot aankoop, terwijl dat bij de daaropvolgende afbeelding niet het geval is, omdat melding van een korting natuurlijk niet aangeeft wat er moet worden betaald.



Is er sprake van zo'n uitnodiging, dan dienen ten minste te worden vermeld: de kenmerken van het product, de identiteit en het adres van de handelaar, de prijs inclusief belastingen of de wijze van berekening van de prijs, inclusief eventuele extra kosten, de wijze van betaling, levering of



het klachtbeleid als dat anders is dan men zou verwachten van een professionele handelaar, en de eventuele annuleringsmogelijkheden. Het moeten verschaffen van die extra informatie kan bezwaarlijk zijn. Bij de Reclame Code heeft men de omschrijving van de uitnodiging tot aankoop daarom verfijnd door de toevoeging: 'Er dient sprake te zijn van een bestelmechanisme dan wel van een situatie waarin de consument direct of ter plaatse of op afstand tot een transactie kan overgaan.'

Verwarring en niet-nakoming van gedragscodes

Art. 6:193c BW, lid 2, sub a en sub b bevatten, als volgende stap, twee gevallen die ook min of meer gemakkelijk zijn vast te stellen, in ieder geval gemakkelijker dan de twee stappen die hierna aan de orde komen. Het gaat bij sub a om een leerstuk waarover al veel rechtspraak bestaat, namelijk het veroorzaken van verwarring. Een handelspraktijk wordt als misleidend gekwalificeerd 'indien door de marketing van het product, waaronder het gebruik van vergelijkende reclame, verwarring wordt geschapen ten aanzien van producten, handelsmerken, handelsnamen of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent'.

Het is een beetje vreemd om verwarring als misleiding te kwalificeren, omdat het bij die twee begrippen echt om verschillende zaken gaat. Misleiding betreft, zoals we straks wat gedetailleerder zullen zien, een geval waarin de consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij zonder de desbetreffende onjuiste of onvolledige informatie of het gebrek daaraan niet had genomen. Verwarring vereist niet dat de consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, maar vereist dat de consument denkt dat product A afkomstig is van fabrikant B, terwijl A in feite van C afkomstig is.

Het is een beetje vreemd om verwarring als misleiding te kwalificeren, omdat het bij die twee begrippen echt om verschillende zaken gaat

De wetgever kan echter een andere betekenis aan een begrip geven en dat is hier kennelijk ook gedaan: de rechtspraak over verwarring tussen producten (nabootsing van producten, al dan niet beschermd door een intellectueel eigendomsrecht), tussen merken, tussen handelsnamen en tussen andere onderscheidende kenmerken van een concurrent (bijvoorbeeld OEM-nummers), kan hier worden gebruikt om vast te stellen dat een bepaalde marketing misleidend en dus oneerlijk is. Of dat ook altijd moet, is een andere zaak. Dit artikel is ook van toepassing bij vergelijkende reclame. Het Hof van Justitie van de EG heeft in enkele zaken nu juist beslist dat het een goede zaak is om OEM-nummers van de

concurrent in vergelijkende reclame te gebruiken, omdat de consument zich daardoor veel gezocht kan besparen. Het tweede ietwat gemakkelijk vast te stellen geval (sub b) is de niet-nakoming van een verplichting uit een gedragscode voor zover die verplichting concreet en kenbaar is en de handelaar aangeeft dat hij aan die code is gebonden. Hier wordt wél de eis gesteld dat de gemiddelde consument echt wordt misleid, dat wil zeggen een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. Bij verwarring wordt die eis zoals gezegd niet gesteld.

De algemene bepalingen inzake misleidende en agressieve handelspraktijken

Dan de hoofdmoot, de artikelen die denkkelijk het meest zullen worden toegepast: de artikelen 6:193c en 193d BW die gaan over misleiding en art. 6:193h BW dat gaat over agressieve handelspraktijken. Onjuiste en onvolledige informatie op voor de aankoopbeslissing essentiële punten 'waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen' zijn misleidend en dus oneerlijk. Agressief en dus ook oneerlijk is een handelspraktijk 'indien door intimidatie, dwang, waaronder het gebruik van lichamelijk geweld, of on gepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt dat hij anders niet had genomen'.

Betrekkelijk nieuw is het gebruik van de term 'de gemiddelde consument'

Wat betrekkelijk nieuw is – betrekkelijk, omdat het Hof van Justitie al eerder uitspraken op die punten heeft gedaan – is het gebruik van de term 'de gemiddelde consument' en van het effect van onjuistheid, onvolledigheid of agressie, namelijk dat de consument een besluit neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen.

De gemiddelde consument

Het begrip 'de gemiddelde consument' is een uitvinding van het Hof van Justitie van de EG en overgenomen door de Europese Commissie. Ik citeer preambule 18 van de Richtlijn OHP: 'Alle consumenten moeten tegen oneerlijke handelspraktijken worden beschermd; het Hof van Justitie heeft het sinds de inwerkingtreding van Richtlijn 84/450/EEG evenwel noodzakelijk geacht om bij uitspraken in zaken over reclamekwesties na te gaan wat de gevolgen voor een fictieve doorsnee-consument zijn. In overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, en om de uit hoofde van dat beginsel geboden bescherming ook effectief te kunnen toepassen, wordt in deze richtlijn het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van de gemiddelde, dit wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en

oplettende consument als maatstaf genomen.⁷ Wat betekent dat? Eenvoudig gezegd dit: willen wij in Europa een interne markt opbouwen, dan is niemand gediend met domme consumenten die verwachten dat elk potje pindakaas dezelfde pindakaas bevat. Anders gezegd: receptuurwetgeving, voorschriften die op Europees niveau bepalen hoe pindakaas moet zijn samengesteld is, afgezien van veiligheids- en gezondheidsvoorschriften, uit den boze. Iedereen mag zijn eigen pindakaas fabriceren en grensoverschrijdend verhandelen, als hij maar vertelt wat erin zit. Maar dat betekent dat wij een consument nodig hebben die ook leest wat erin zit, een geïnformeerde consument dus, die omzichtig is en oplettend. Dat voor een goede werking van de interne markt noodzakelijke begrip van een fictieve consument is nu door de Richtlijn OHP ook een nationaal toe te passen begrip geworden. Met uitzonderingen, omdat er nu eenmaal categorieën van consumenten zijn die per definitie niet oplettend of omzichtig zijn, zoals kinderen.

'Willen wij in Europa een interne markt opbouwen, dan is niemand gediend met domme consumenten die verwachten dat elk potje pindakaas dezelfde pindakaas bevat'

Het effect

De consument moet een besluit hebben genomen of hij zou het hebben kunnen nemen dat hij anders – zonder de onjuistheid, onvolledigheid of agressiviteit – niet had genomen: die voorwaarde is noodzakelijk om te kunnen concluderen tot een oneerlijke handelspraktijk. Dat juridisch relevante effect is al veel eerder als voorwaarde gesteld door het Hof van Justitie van de EG in de Nissan-zaak. Daarin ging het over een reclame waarin auto's als nieuw werden aangeprezen, ofschoon zij met het oog op de invoer in Frankrijk al eerder in België waren geregistreerd, maar waarmee nooit was gereden. De auto's waren goedkoper dan die welke door de officiële Franse Nissan-dealers werden verkocht, maar er zaten dan ook wat minder accessoires bij. Het ging om een parallelimportzaak door een verkoper die niet bij het dealernetwerk van Nissan was aangesloten. Wat Nissan probeerde, was om met behulp van het leerstuk van misleiding de parallelimport tegen te houden. De nieuwheidsclaim zou echter slechts een misleidend karakter kunnen hebben, aldus het Hof, 'in zoverre zij zou beogen te verhelen dat de als nieuw aangeboden voertuigen vóór de invoer waren geregistreerd, en deze omstandigheid een aanzienlijk aantal consumenten van aankoop zou hebben doen afzien.' En de reclame met de lagere prijs van de auto's zou verder volgens het Hof slechts misleidend zijn als zou blijken dat een aanzienlijk aantal consumenten tot wie de betrokken reclame zich richt, tot aankoop besloot zonder te beseffen

dat tegenover de lagere prijs van de door de parallelimporteur verkochte auto's een geringer aantal accessoires stond. Dit is een tamelijk harde opvatting van misleiding. De adverteerder kan daarmee aan het verwijt van misleiding ontsnappen wanneer hij aantoonst dat een niet onaanzienlijk aantal consumenten het niet kan schelen of de auto's al eerder in België waren geregistreerd en zouden begrijpen dat een lagere prijs minder accessoires met zich meebrengt. Dat is allemaal niet onwaarschijnlijk en dat zou betekenen dat er inderdaad hogere drempels voor misleiding worden aangelegd dan voorheen het geval was. Voordien werd immers noch in wetgeving, noch in de rechtspraak expliciet gewerkt met zo'n effectcriterium. Aan die conclusie wordt echter afgedaan door de overweging dat in dit geval Nissan's poging om een parallelimport tegen te gaan die uit een oogpunt van de interne markt wenselijk was, door het Hof in de kiem is gesmoord door de lat voor misleiding hoog te leggen. Die lat hoeft echter niet altijd zo hoog te liggen.

TEN SLOTTE

Wanneer er noch van misleiding, noch van een agressieve handelspraktijk sprake is, is er nog een laatste vangnetbepaling: art. 6:193b bepaalt dat een handelspraktijk oneerlijk is als een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding en daardoor 'het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen'. Wat wij ons hierbij moeten voorstellen, is niet helemaal duidelijk. Art. 6:193a, lid 1, sub f BW definieert professionele toewijding als 'het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard'. Preambule 20 van de Richtlijn OHP maakt het belang van gedragscodes in dit opzicht duidelijk. 'Het is wenselijk', zo heet het daar, 'een plaats in te ruimen voor gedragscodes aan de hand waarvan handelaren in bepaalde economische sectoren de beginselen van deze richtlijn effectief kunnen toepassen. In sectoren waar voor het gedrag van de handelaren specifieke bindende voorschriften gelden, moeten de handelaren ook het bewijs van de in die sector vereiste professionele toewijding leveren'. Daar moeten we het voorlopig mee doen.