

Oneerlijke handelspraktijken

Bescherming van consumenten en ondernemingen
onder de nieuwe regelgeving

Erasmus Universiteit Rotterdam
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Sectie Burgerlijk Recht
Oktober 2010

Naam student: P.W. Slump
Examenummer: 182477
Begeleider: R.J.P. Kottenhagen
Tweede beoordelaar: W. Dijkshoorn

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	2
Inleiding	3
1. De Europese Richtlijn oneerlijke handelspraktijken	5
1.1 Inleiding.....	5
1.2 De totstandkoming van de richtlijn.....	6
1.3 De inhoud van de richtlijn	8
1.4 Maximumharmonisatie.....	15
1.5 Conclusie	16
2. Nederlandse implementatie van de richtlijn.....	18
2.1 Inleiding.....	18
2.2 De oude situatie	18
2.3 Totstandkoming nieuwe wetgeving	20
2.4 Implementatie van de richtlijn in Nederland	22
2.5 Commentaar op de Nederlandse implementatie	25
2.6 Conclusie	32
3. Bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken: wie is de gemiddelde consument?	34
3.1 Inleiding.....	34
3.2 Definitie en ontstaan van het begrip ‘gemiddelde consument’	34
3.3 Het achterliggende consumentenbegrip	38
3.4 Achtergrond van het consumentenbeeld	41
3.5 Alternatieve benadering	43
3.6 Conclusie	44
4. Bescherming van ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken	46
4.1 Inleiding.....	46
4.2 Achtergrond van het onderscheid tussen ondernemingen en consumenten	47
4.3 Oneerlijke handelspraktijken gericht op ondernemingen.....	51
4.4 Bescherming van ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken.....	52
4.5 Kritiek op het onderscheid tussen ondernemingen en consumenten	55
4.6 Conclusie	57
5. Eindconclusie	59
Bijlage 1: Omzettingstabel materiële bepalingen oneerlijke handelspraktijken.....	62
Literatuurlijst.....	63
Jurisprudentielijst	66

Inleiding

In 2005 heeft de Europese wetgever een richtlijn aangenomen, gericht op het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken¹. Deze richtlijn is bedoeld als overkoepelende richtlijn op het terrein van consumentenbescherming. Consumenten moeten beschermd worden tegen bedrijven die gebruik maken van misleiding, agressieve verkoopmethoden en andere oneerlijke praktijken om hun producten en diensten aan de man te brengen. De richtlijn bevat gedeeltelijk nieuwe regelgeving en vervangt ook deels al bestaande richtlijnen. De richtlijn heeft het karakter van maximumharmonisatie, wat wil zeggen dat lidstaten bij het omzetten van de richtlijn in nationale wetgeving niet mogen afwijken van de bepalingen in de Richtlijn. Deze geven het maximale (en het minimale) niveau van bescherming aan.

In Nederland is de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken inmiddels geïmplementeerd. De ‘Wet oneerlijke handelspraktijken’ is op 15 oktober 2008 in werking getreden. Met deze wet is een nieuwe afdeling 3a toegevoegd aan titel 3 van boek 6 BW. Het uitoefenen van een oneerlijke handelspraktijk door een handelaar jegens een consument levert daarmee een onrechtmatige daad op.

Het toepassingsgebied van de richtlijn is beperkt tot oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten vóór, gedurende en na de totstandkoming van een commerciële transactie met betrekking tot een product. Bij de beoordeling of een praktijk oneerlijk is moet de rechter kijken naar, kort samengevat, de ‘gemiddelde consument’. Dit begrip is afkomstig uit rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en is in de richtlijn voor het eerst gecodificeerd. Het gebruik van het abstracte begrip ‘gemiddelde consument’ heeft vergaande consequenties. Niet iedereen is enthousiast over het gebruik ervan en dit is reden om in deze scriptie te onderzoeken of dit een juiste maatstaf is. Bij de beoordeling daarvan zal ik onder meer het consumentenbeeld uit de gedragswetenschappen betrekken

Oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen gericht op andere ondernemingen vallen buiten het bereik van de richtlijn. Toch worden bedrijven, zeker kleine ondernemingen zoals de zogenaamde zzp'ers (zelfstandigen zonder personeel), regelmatig slachtoffer van de praktijken van hun collega ondernemers, bijvoorbeeld door het sturen van spooknota's en door acquisitiefraude. De richtlijn beschermt hen niet. De Nederlandse wetgever heeft er ook niet voor gekozen om (kleine) ondernemers onder de bescherming van de oneerlijke handelspraktijkenregelgeving te brengen. Dit is opmerkelijk gezien de wens van kabinet

¹ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (“Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”).

Balkenende IV om zelfstandig ondernemerschap te stimuleren. De vraag is waarom er onderscheid wordt gemaakt tussen geadresseerden van handelspraktijken. Is een praktijk die tegenover consumenten als oneerlijk wordt bestempeld niet oneerlijk wanneer deze wordt gepleegd jegens ondernemingen? Ik zal onderzoeken wat de consequenties zijn van het beperkte bereik van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Hebben ondernemingen iets aan de richtlijn bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken jegens henzelf, of zijn ze aangewezen op de reeds langer bestaande regelgeving, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot onrechtmatige daad en wilsgebreken?

In het eerste hoofdstuk zal ik de Europese richtlijn oneerlijke handelspraktijken bespreken. Hierbij besteed ik aandacht aan de totstandkomingsgeschiedenis, de doelstellingen en de inhoud van de richtlijn.

In hoofdstuk 2 komt vervolgens de omzetting van de richtlijn in Nederlandse wetgeving aan de orde, waarbij de plaats in het nationale recht en commentaar op de implementatie wordt besproken.

In het derde hoofdstuk ga ik nader in op het gebruik van de term ‘gemiddelde consument’. Wat zijn de kenmerken van die ‘gemiddelde consument’ en waarom is ervoor gekozen om dit abstracte begrip te gebruiken? Wat zijn de voor- en nadelen en zijn er bruikbare alternatieven? Had er niet beter gekozen kunnen worden voor een individuele benadering, namelijk door te kijken of een specifieke consument die met een handelspraktijk wordt geconfronteerd daardoor is benadeeld?

In hoofdstuk 4 sta ik stil bij de positie van ondernemingen, in het bijzonder bij kleine ondernemers zoals zzp’ers. Zij worden niet beschermd door de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, maar is dit terecht? Welke mogelijkheden heeft een onderneming wanneer deze wordt getroffen door oneerlijke handelspraktijken? Is het nodig de positie van ondernemingen te verbeteren en hoe kan dat worden bereikt?

In het laatste hoofdstuk zal ik kort de belangrijkste aspecten van de wetgeving ten aanzien van oneerlijke handelspraktijken aan de orde stellen. Ook zal ik mijn visie geven op de nieuwe regelgeving, de keuze voor het gebruik van de term ‘gemiddelde consument’ en de bescherming van ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken.

1. De Europese Richtlijn oneerlijke handelspraktijken

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat Richtlijn 2005/29/EG centraal (hierna ‘de richtlijn’)². De richtlijn is op 11 mei 2005 aangenomen en ziet op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt van de EU. De richtlijn verbiedt – kort gezegd - *“handelaren om door middel van misleiding of dwang (oftewel door middel van een misleidende hetzij agressieve handelspraktijk) de consument tot een aankoopbeslissing te brengen die hij anders niet had genomen”*.³

In paragraaf 1 zullen de voorgeschiedenis en de totstandkoming van de richtlijn worden besproken. Er wordt stilgestaan bij de ontwikkeling van Europese consumentenbescherming en de bestrijding van oneerlijke concurrentie en bij de grondslag van de richtlijn in het EG-verdrag.

In paragraaf 2 komt de inhoud van de richtlijn aan de orde: wie worden beschermd en waartegen? En hoe krijgt die bescherming gestalte. In het kader van de probleemstelling van mijn scriptie zal daarbij worden stilgestaan bij wat oneerlijke handelspraktijken zijn en hoe moet worden bepaald of een handelspraktijk oneerlijk is.

In paragraaf 3 zal aandacht worden besteed aan het feit dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken het karakter heeft van maximumharmonisatie. Ik zal uitleggen wat dit inhoudt, waarom de wetgever ervoor heeft gekozen en wat de consequenties hiervan zijn voor de lidstaten wanneer zij de richtlijn implementeren in hun nationale recht.

In paragraaf 4 tenslotte zal ik kort samenvatten wat voor het vervolg van mijn scriptie de belangrijkste punten van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken zijn.

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

³ De Vrey 2006b, p. 51.

1.2 De totstandkoming van de richtlijn

Bestrijding van oneerlijke handelspraktijken is internationaal al lange tijd in ontwikkeling als onderdeel van de regulering van oneerlijke concurrentie.⁴ De eerste internationale regelgeving op dit gebied dateert zelfs al van 1883: Het Unieverdrag van Parijs⁵. In dit verdrag is in artikel 10bis een bepaling opgenomen die de lidstaten van de Unie verplicht om hun ingezetenen te beschermen tegen oneerlijke concurrentie. Naar aanleiding van dit verdrag hebben veel Europese landen uitgebreide (nationale) mededingingswetgeving ingevoerd.⁶

Belangstelling voor een Europese aanpak van de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken is er sinds de jaren vijftig en zestig van de twintigste eeuw. De Europese wetgever heeft destijds vergeefs geprobeerd om tot algemene wetgeving op het gebied van oneerlijke mededinging te komen⁷. De ideeën over de harmonisatie van concurrentiewetgeving waren niet te realiseren, maar dit betekent niet dat er sindsdien niets is gebeurd op het gebied van consumentenbescherming en de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken in de Europese Unie. Europees beleid en regelgeving op het gebied van consumentenrechten bestaan al ongeveer dertig jaar.⁸ Daarvan is de Richtlijn misleidende reclame uit 1984⁹ die in 1997 gewijzigd werd naar Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame (Richtlijn MVR)¹⁰ de belangrijkste¹¹.

In eerste instantie vloeide de Europese regelgeving die consumenten bescherming biedt voort uit de verplichting voor de Europese Gemeenschap om de levensstandaard voor haar burgers te verhogen (art. 2 EG). Vanaf 1986 is bovendien artikel 95 opgenomen in het EG verdrag, het zogenaamde ‘internemarktartikel’. Dat artikel bepaalt dat de Commissie bij voorstellen van maatregelen om de interne markt te bevorderen (art. 14 EG) moet zorgen voor een hoog niveau van consumentenbescherming (art. 95 lid 3 EG). Dit is over het algemeen de grondslag

⁴ De Vrey 2004, p. 2.

⁵ Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883.

⁶ De Vrey 2004, p. 2.

⁷ De Europese Commissie gaf het Max Planck Instituut in München onder leiding van Ulmer de opdracht om de wetgeving op het gebied van de bestrijding van oneerlijke concurrentie in de toenmalige lidstaten van de Europese Gemeenschap in kaart te brengen. Dit leverde een uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoeksrapport op over het mededingingsrecht in de lidstaten. De Commissie had het plan om de regelgeving op het gebied van oneerlijke concurrentie te harmoniseren naar aanleiding van de adviezen van Ulmer. Zie De Vrey 2006a, p. 24-48.

⁸ SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004, p. 11

⁹ Richtlijn 84/450/EEG van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en besuursrechtelijke bepalingen der Lid-Statens inzake misleidende reclame, *PbEG 1984*, L250/17.

¹⁰ Richtlijn 97/55/EG van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, *PbEG 1997*, L290/18. In 2006 is deze Richtlijn in verband met vele wijzigingen aan de oorspronkelijke richtlijn vervangen door Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie) *PbEG 2006*, L376/21.

¹¹ De Vrey 2004, p. 2-3.

voor maatregelen op het gebied van consumentenbescherming. In de jaren '90 is daar artikel 153 EG bijgekomen. Lid 1 van dit artikel luidt als volgt:

“Om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Gemeenschap bij tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten alsmede tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen.”

Deze bescherming van consumenten waartoe de Gemeenschap verplicht is kan worden bereikt door het nemen van maatregelen die ook weer zijn gebaseerd op art. 95 EG. Dit is dan ook de grondslag van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, zoals staat in de aanhef. Want:

“indien de Europese Gemeenschap besluit op te treden door middel van harmonisatiemaatregelen, dan moeten deze maatregelen ook in overeenstemming zijn met de vrijverkeerbepalingen uit het EG-verdrag.[...] Harmonisatie [...] komt in de eerste plaats tot stand binnen de context van de interne markt en in de tweede plaats op grond van specifieke bevoegdheden, zoals voor het terrein van consumentenbeleid op grond van artikel 153 EG”¹².

Inmiddels heeft de Europese Commissie consumentenbescherming tot een belangrijk speerpunt gemaakt in haar beleid. Niet als neveneffect van mededingingswetgeving, maar als zelfstandig beleidsterrein, zoals opgedragen is in art. 153 EG. Dit blijkt onder meer uit het uitbrengen van het Groenboek Consumentenbescherming in 2001¹³ en de Follow-up van het Groenboek in het jaar daarna¹⁴, de Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006¹⁵ en de Strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013¹⁶.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken komt voort uit het Groenboek en de Strategie voor het consumentenbeleid 2002-2006 en is ontworpen door het Directoraat Generaal Gezondheids- en Consumentenbescherming (DG Sanco) en niet het Directoraat Generaal Interne Markt en Diensten (DG Markt) dat normaliter regelgeving op het gebied van de interne markt ontwikkelt¹⁷. In de inleiding van het Groenboek schreef de Commissie het volgende:

“Willen de consumenten ten volle profiteren van de interne markt, dan moeten zij gemakkelijk toegang hebben tot de goederen en diensten die over de grenzen worden gepromoot,

¹² De Vries 2006, p. 189-190.

¹³ COM(2001) 531 def.

¹⁴ COM(2002) 289 def.

¹⁵ COM(2002) 208 def.

¹⁶ COM(2007) 99 def.

¹⁷ Broekman 2005, p. 183, De Vrey 2004, p. 3.

aangeboden en verkocht. [...] Deze grensoverschrijdende vraag vergroot de concurrentiedruk binnen de interne markt en maakt een efficiëntere levering van goederen en diensten tegen concurrerende prijzen mogelijk. [...] Verschillen tussen de nationale wetgevingen op het gebied van handelspraktijken met betrekking tot de verhoudingen tussen consumenten en bedrijven kunnen deze ontwikkeling in de weg staan.”¹⁸

Het Groenboek was de eerste aanzet om te bereiken dat de interne markt wordt gestimuleerd en de Europese consument beschermd. De consultatie van belanghebbenden over dit Groenboek mondde uit in het voorstel voor de Kaderrichtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹⁹ Dit voorstel werd uiteindelijk uitgewerkt tot de aangenomen Richtlijn 2005/29/EG.

1.3 De inhoud van de richtlijn

1.3.1 Algemene bepalingen

Het doel van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is verwoord in het eerste artikel:

“Het doel van deze richtlijn is om bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en om een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten schaden, te harmoniseren.”

In artikel 2 onder d wordt uiteengezet wat handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten zijn:

”iedere handeling, omissie of 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”.

Het doel van de richtlijn geeft duidelijk aan dat ze alleen is gericht op de bescherming van consumenten. Oneerlijke handelspraktijken die gericht zijn op ondernemingen vallen daarom niet binnen het bereik en ondernemingen worden dus niet door de richtlijn beschermd. Wel laat de richtlijn lidstaten vrij om in nationale wetgeving dezelfde bescherming te verlenen aan bedrijven, maar zij worden hiertoe niet verplicht.

¹⁸ COM(2001) 531, def. p. 3.

¹⁹ COM(2003) 356 def.

Dat handelspraktijken jegens ondernemingen niet binnen het bereik van de richtlijn vallen betekent niet dat de richtlijn voor ondernemers helemaal geen bescherming biedt. Want “een handelspraktijk van Firma A die de consument ertoe brengt bij hem te kopen, gaat ten koste van diens concurrent B.”²⁰ Ondernemers krijgen daardoor wel indirect bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken van hun concurrenten jegens consumenten en zo wordt door deze richtlijn eerlijke concurrentie gewaarborgd, zo staat in overweging 8 van de richtlijn. Op de wenselijkheid van bescherming van ondernemingen en of die met de richtlijn al dan niet voldoende is gewaarborgd zal ik in hoofdstuk 4 ingaan.

In artikel 3 wordt het toepassingsgebied van de richtlijn gegeven. Ze is van toepassing op handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Niet alleen in de fase voorafgaand aan een commerciële transactie (zoals bijvoorbeeld reclame), maar ook tijdens en na een commerciële transactie met betrekking tot een goed of dienst (art. 3 lid 1).

1.3.2 Oneerlijke handelspraktijken

Artikel 5 en volgende Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (OHP) geven aan wanneer handelspraktijken oneerlijk (en dus verboden) zijn. De richtlijn bepaalt wanneer een handelspraktijk oneerlijk is en niet waar een handelaar aan moet voldoen om eerlijk te handelen. Dit creëert voor handelaren meer zekerheid.²¹

De richtlijn bevat in artikel 5 lid 1 een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken. Wat oneerlijk is, wordt bepaald aan de hand van twee cumulatieve criteria: de handelspraktijk moet in strijd zijn met (a) de vereisten van professionele toewijding en (b) het economisch gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoren of kunnen verstoren.

Artikel 2 definieert ‘professionele toewijding’ als ‘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’.

Door het toepassen van de term ‘gemiddelde consument’ is aansluiting gezocht bij vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Sinds het arrest ‘Gut Springenheide’²² wordt bij het bepalen of een beperking van het vrije verkeer binnen de Europese Unie toegestaan is

²⁰ Drijber 2005, p. 1.

²¹ De Vrey 2004, p. 7.

²² Zaak C-210/96, JUR 1998, p. I-4657.

gekeken naar de ‘gemiddelde consument’. Preciezer gezegd de consument die redelijk geïnformeerd en redelijk omzichtig en oplettend is. De Europese wetgever heeft deze rechtspraak in artikel 5 lid 1 van de richtlijn voor het eerst gecodificeerd²³.

1.3.3 Categorieën oneerlijke handelspraktijken

In artikel 5 lid 4 Richtlijn OHP worden twee specifieke categorieën handelspraktijken nader benoemd die in het bijzonder als oneerlijk worden aangemerkt. Het gaat om misleidende handelspraktijken die in artikel 6 en 7 nader worden uitgewerkt en agressieve handelspraktijken die in artikel 8 en 9 worden uitgewerkt. Hierdoor zijn er drie groepen oneerlijke handelspraktijken: misleidende handelspraktijken, agressieve handelspraktijken en overige oneerlijke handelspraktijken.

Misleidende handelspraktijken worden ingedeeld in twee subgroepen, namelijk misleidende handelingen en misleidende omissies. Misleidende handelingen (artikel 6 Richtlijn OHP) zijn handelspraktijken waarbij informatie wordt verstrekt die er voor zorgt dat de gemiddelde consument een besluit over een transactie neemt dat hij anders niet zou hebben genomen. Misleidende omissies zijn handelspraktijken die door het weglaten van essentiële informatie de gemiddelde consument beweegt tot het nemen van een besluit dat hij anders niet zou hebben genomen.

Agressieve handelspraktijken zijn handelspraktijken waarbij de consument door toepassing van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding tot een besluit wordt bewogen wat hij anders niet zou hebben genomen. Voor zowel agressieve als misleidende handelspraktijken wordt gekeken naar de feitelijke context om te beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.

Naast de onderverdeling in misleidende, agressieve en overige oneerlijke handelspraktijken bepaalt de richtlijn in artikel 5 lid 5 dat een aantal handelspraktijken onder alle omstandigheden oneerlijk zijn. Deze staan in een zwarte lijst in Bijlage 1 van de richtlijn. Omdat deze handelspraktijken per definitie oneerlijk zijn, hoeft niet te worden aangetoond dat ze in strijd zijn met de vereisten van professionele toewijding en het gedrag van de gemiddelde consument beïnvloeden. De lijst is opgedeeld in misleidende en agressieve handelspraktijken. Enkele voorbeelden van misleidende handelspraktijken in de zwarte lijst zijn: het onterecht beweren dat een product legaal is (bijlage I, nummer 9), producten aanbieden voor een prijs en vervolgens consumenten proberen iets anders te verkopen door het product niet te laten zien, een kapot product laten zien of door te weigeren een bestelling

²³ SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004, p. 27.

op te nemen of binnen redelijke termijn te leveren (nummer 6) en het bedrieglijk beweren dat een product ziekten kan genezen (nummer 17). Voorbeelden van agressieve handelspraktijken zijn het hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax of e-mail of andere media (nummer 26) en het onder druk zetten van de consument door mee te delen dat wanneer deze de dienst of het product niet afneemt de baan of bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang komen (nummer 30). In totaal bevat de lijst drieëntwintig misleidende en acht agressieve handelspraktijken.

Aan de hand van de richtlijn kan dus in drie stappen worden bepaald of er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. In eerste instantie moet worden gekeken of sprake is van een van de handelspraktijken die in de zwarte lijst zijn opgenomen. Is dit het geval dan is het duidelijk, deze praktijken zijn immers op grond van artikel 5 lid 5 Richtlijn OHP onder alle omstandigheden oneerlijk. Wordt een handelspraktijk niet in de zwarte lijst genoemd dan moet worden gekeken of deze kan worden aangemerkt als misleidende handelspraktijk (artikel 6 en 7 Richtlijn OHP) of als agressieve handelspraktijk (artikel 8 en 9 Richtlijn OHP). Misleidende handelspraktijken (die bestaan uit misleidende handelingen en misleidende omissies) en agressieve handelspraktijken zijn ‘meer in het bijzonder oneerlijk’ volgens artikel 5 lid 4 Richtlijn OHP. Er is sprake van misleidende handelspraktijken wanneer de handelaar informatie achterhoudt, verkeerde informatie geeft, of juiste informatie geeft maar deze op onjuiste wijze presenteert. Bij agressieve handelspraktijken moet er door het gedrag van de handelaar dwang worden uitgeoefend op de consument. Bij zowel misleidende als agressieve handelspraktijken is het vereist dat de consument door de praktijken van de handelaar tot een andere besluit over een transactie komt of kan komen dan wanneer er geen sprake zou zijn van het oneerlijke gedrag. Deze eis geldt niet voor de handelspraktijken die in de zwarte lijst staan.

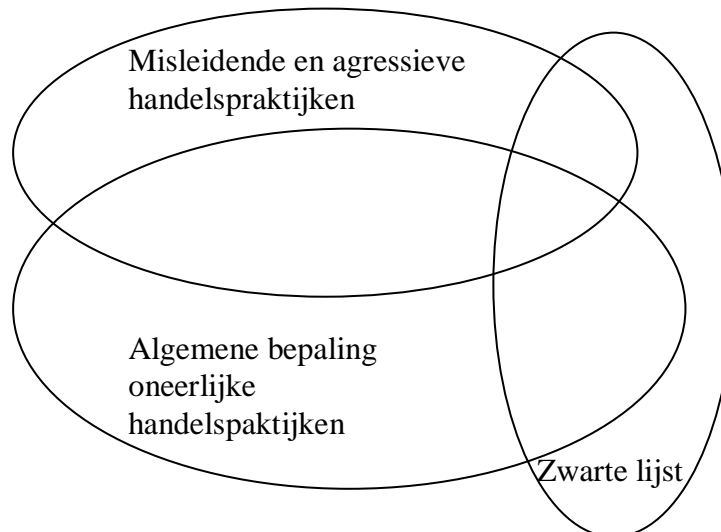
Wanneer een handelspraktijk niet kan worden aangemerkt als een misleidende of agressieve handelspraktijk moet tenslotte worden bekeken of deze onder de algemene norm van oneerlijke handelspraktijken uit artikel 5 lid 2 Richtlijn OHP valt. De toetsing is zwaarder dan bij de misleidende en agressieve handelspraktijken, omdat bij ‘algemene’ oneerlijke handelspraktijken dient te worden aangetoond dat de handelspraktijk van de ondernemer in strijd is met de vereisten van professionele toewijding.

Stuyck, Teryn en Van Dyck stippen nog een interessant punt aan²⁴. Het ligt namelijk voor de hand te denken dat de praktijken uit de zwarte lijst een kleine groep vormen binnen de misleidende en agressieve handelspraktijken en dat deze laatste weer een onderdeel zijn van de oneerlijke handelspraktijken in het algemeen. Dit is echter niet het geval. Doordat de

²⁴ Stuyck, Teryn & Van Dyck 2006, p. 132-134.

handelspraktijken in de zwarte lijst per definitie oneerlijk zijn en daarvoor niet hoeven te voldoen aan de vereisten van strijd met professionele toewijding of het tot een andere beslissing (kunnen) aanzetten van consumenten, is het denkbaar dat er praktijken als oneerlijk worden aangemerkt die niet aan de algemene eisen van artikel 5 lid 2 Richtlijn OHP voldoen. Op dezelfde manier kunnen er agressieve of misleidende handelspraktijken zijn die ook in strijd zijn met de vereisten van professionele toewijding. Grafisch kan het daarom worden weergegeven zoals in schema 1.

In de praktijk zullen niet veel handelspraktijken die niet als misleidend of agressief aangemerkt kunnen worden, onderwerp van geschil zijn.²⁵ Ik heb in de literatuur geen voorbeelden aangetroffen van handelspraktijken die alleen onder het algemene verbod van artikel 5 lid 2 Richtlijn OHP vallen.



Schema 1: samenhang oneerlijke handelspraktijken (Bron: Stuyck, Terryn & Van Dyck 2006, p.133)

1.3.4 Gedragcodes

In de richtlijn is nadrukkelijk aandacht besteed aan de rol van gedragscodes op het gebied van consumentenbescherming. In de zwarte lijst (Bijlage I van de richtlijn) die hiervoor al aan de orde is gekomen wordt het handelaren verboden te beweren dat ze een gedragscode hebben ondertekend terwijl dat niet het geval is (nummer 1). Ook is het niet toegestaan te beweren dat een gedragscode is erkend door autoriteiten terwijl dat niet het geval is (nummer 3). In artikel 6 lid 2 onder b wordt het niet nakomen van verplichtingen die een handelaar heeft, omdat hij is gebonden aan een gedragscode, aangemerkt als misleidende handelspraktijk. Daarbij is het

²⁵ De Vrey 2004, p.

wel van belang dat in de context van de handelspraktijk door de handelaar wordt aangegeven dat hij aan die code is gebonden. Daarnaast wordt in artikel 10 Richtlijn OHP de ruimte gegeven voor zelfregulering. Wel wordt daarbij aangemerkt dat gebondenheid aan gedragscodes en de handhaving daarvan niet de gang naar de rechter of naar een administratieve procedure mogen vervangen. Deze manier van handhaving moet mogelijk blijven.

Naast de expliciete vermelding in de richtlijn kunnen gedragscodes ook nog een rol spelen bij het bepalen of een handelaar zich houdt aan de vereisten van professionele toewijding zoals aangegeven in artikel 5 lid 2. In artikel 2 onder h wordt professionele toewijding gedefinieerd als ‘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’. Als er in een gedragscode bepalingen staan over vakkundigheid en zorgvuldigheid die binnen een sector algemeen geaccepteerd zijn en dus normaal worden gevonden, dan kan een handelaar ook als hij zich niet gebonden heeft verklaard aan de gedragscode toch oneerlijk handelen door de normen uit deze code te overtreden.²⁶

1.3.5 Handhaving en slotbepalingen

Het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken staat of valt bij een goede handhaving. In artikel 11 lid 1 Richtlijn OHP staat dan ook dat:

“de lidstaten zorgen voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken, zodat de naleving van deze richtlijn in het belang van de consumenten kan worden afgedwongen”.

Belanghebbenden moeten in een gerechtelijke procedure kunnen optreden tegen oneerlijke handelspraktijken en/of deze in een administratieve procedure kunnen voorleggen aan een bevoegde instantie. Verder hebben de lidstaten veel ruimte gekregen om zelf te bepalen hoe zij naleving van de richtlijn afdwingen.²⁷ In ieder geval moet kunnen worden bevolen dat de oneerlijke handelspraktijk wordt gestaakt of moet deze op voorhand te kunnen worden verboden. Ook kan een uitspraak over oneerlijke handelspraktijken openbaar gemaakt worden, hetgeen nadelig kan zijn voor een onderneming die er oneerlijke handelspraktijken op na houdt.

²⁶ Broekman 2005, p. 180.

²⁷ Stuyck, Terry & Van Dijck 2006, p. 136.

Artikel 12 van de richtlijn bevat een regeling voor omkering van bewijslast. Het kan handelaren worden verplicht bewijzen aan te dragen voor de juistheid van hun beweringen. Dit is in het kader van consumentenbescherming een goed uitgangspunt, omdat het voor de consument vaak lastig zal zijn om de onjuistheid van een bewering van een handelaar aan te tonen. En voor een handelaar zou dat geen probleem moeten zijn.²⁸ Uiteraard dient er bij de verdeling van de bewijslast rekening te worden gehouden met de rechtmatige belangen van de partijen in de procedure en moet de bewijsopdracht aan de handelaar redelijk zijn.

De laatste bepaling over handhaving staat in artikel 13 Richtlijn OHP. In dit artikel wordt lidstaten opgedragen om doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties vast te stellen die van toepassing zijn op oneerlijke handelspraktijken.

Na de artikelen over handhaving en sancties volgt in artikel 14 een aantal wijzigingen in andere richtlijnen. Voor ons onderwerp is met name van belang dat de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame (Richtlijn MVR) door inwerkingtreding van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken alleen nog van toepassing is op reclame gericht op ondernemingen. Misleidende reclame gericht op consumenten valt voortaan onder het bereik van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. In de Richtlijn MVR wordt bepaald dat vergelijkende reclame slechts onder bepaalde, in de richtlijn opgesomde voorwaarden is toegestaan. Artikel 3bis lid 1 sub a Richtlijn MVR wordt gewijzigd en luidt nu als volgt:

“Vergelijkende reclame is, wat de vergelijking betreft, geoorloofd op voorwaarde dat deze: a) niet misleidend is in de zin van artikel 2, lid 2, artikel 3 en artikel 7, lid 1, van deze richtlijn *of de artikelen 6 en 7 van 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*”.

In de laatste artikelen van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt nog bepaald dat lidstaten hun inwoners moeten informeren over de omzetting van de richtlijn in nationale wetgeving (artikel 17), evaluatie van de richtlijn na uiterlijk vijf jaar na de inwerkingtreding (artikel 18), de uiterste datum waarop lidstaten de richtlijn in wetgeving moeten hebben omgezet en wanneer die wetgeving in werking moet zijn getreden (artikel 19) en als laatste de dag van inwerkingtreding van de richtlijn: 12 juni 2005.

²⁸ Broekman 2005, p. 182.

1.4 Maximumharmonisatie

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is een kaderrichtlijn. Dit was een belangrijk punt waarover in het Groenboek de mening van deskundigen werd gevraagd. In het Groenboek werden namelijk twee mogelijkheden geschetst om de consumentenbescherming aan te pakken: een gemengde aanpak en een specifieke aanpak. De specifieke aanpak was de gebruikelijke, waarbij op deelterreinen van het consumentenrecht specifieke richtlijnen werden vastgesteld die uitgingen van minimumharmonisatie. De Commissie had een duidelijke voorkeur voor de gemengde aanpak: “*een allesomvattende kaderrichtlijn, waar nodig aangevuld met specifieke richtlijnen*”²⁹. Deze aanpak is uiteindelijk ook gekozen en met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is er nu een richtlijn die van toepassing is op het hele terrein van de bescherming van consumentenbelangen. Een deel van dat terrein werd al bestreken door Europese richtlijnen, zoals de Richtlijn MVR, maar deze nieuwe richtlijn heeft een veel breder toepassingsgebied.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken heeft dus het karakter van maximumharmonisatie, ook wel totale harmonisatie genoemd. Dit volgt uit artikel 4, dat luidt: “De lidstaten mogen geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.” Het feit dat de richtlijn uitgaat van maximumharmonisatie heeft belangrijke consequenties voor de lidstaten bij de implementatie van in nationale wetgeving. Bij maximumharmonisatie is het lidstaten niet toegestaan om op het toepassingsgebied van de richtlijn nationale wetgeving in te voeren of te handhaven die meer bescherming biedt dan door de richtlijn wordt voorgeschreven. Er is geen ruimte voor nationaal beleid op het terrein dat door de richtlijn wordt geregeld³⁰. Het toepassingsgebied is ruim zoals hiervoor al bleek: de richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten voor, tijdens en na een commerciële transactie (art. 2 lid 1). Het gevolg is dat er “één wettelijke regeling in Europa [is], wat de consumenten meer zekerheid biedt en de grensoverschrijdende en elektronische handel waarschijnlijk zal bevorderen.”³¹

Ruimte voor de lidstaten om eigen beleid te ontwikkelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken is door de maximumharmonisatie bepalingen niet mogelijk. Wel zijn er in artikel 3 Richtlijn OHP nog enkele uitzonderingen op deze regel van maximumharmonisatie opgenomen. Conflicterende wetgeving (nationaal of Europees) op het gebied van gezondheids- of veiligheidsaspecten van producten prevaleert boven de richtlijn (lid 3) Ook Europese regelgeving die specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken regelt gaat voor de richtlijn (lid 4). Daarnaast zijn er nog uitzonderingen mogelijk op het gebied van

²⁹ COM(2001) 531 def., p. 11.

³⁰ SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004, p. 32.

³¹ De Vrey 2004, p. 5.

financiële diensten (lid 9), regels voor gereguleerde beroepen (lid 8) en regels met betrekking tot het edelmetaalgehalte (lid 10). Tot slot mogen lidstaten bepaalde nationale regelgeving die strenger is dan de richtlijn onder een viertal strikte voorwaarden gedurende een periode van zes jaar na publicatie van de richtlijn blijven toepassen. Buiten deze uitzonderingen hebben lidstaten geen ruimte om consumenten meer bescherming te bieden dan waarin de richtlijn voorziet.

Dit is een belangrijk aspect, omdat het merendeel van de voorgaande richtlijnen uitging van minimumharmonisatie. Een uitzondering is de Richtlijn MVR die sinds 1997 een bepaling van maximumharmonisatie bevat op het gebied van vergelijkende reclame. Ook richtlijn 2002/65/EG betreffende verkoop op afstand van financiële diensten ging uit van maximumharmonisatie³²

1.5 Conclusie

De invoering van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is een grote stap in het Europese consumentenrecht. Er bestonden al verschillende richtlijnen op het gebied van consumentenbescherming, maar met deze richtlijn wordt er gekozen voor een nieuwe aanpak. Dit komt doordat deze richtlijn een kaderrichtlijn is die de economische belangen van consumenten beschermt tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen voor, tijdens en na bijna alle transacties. Voorheen werden er voor specifieke aspecten van het consumentenrecht richtlijnen opgesteld, zoals bijvoorbeeld de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame. Deze nieuwe richtlijn omvat het hele terrein van handelspraktijken die consumenten beïnvloeden bij hun beslissingen over commerciële transacties³³. Bovendien heeft de richtlijn het karakter van maximumharmonisatie, wat er toe leidt dat lidstaten niet mogen afwijken van de richtlijn bij implementatie in hun nationale regelgeving.

De richtlijn moet zorgen voor een uniforme consumentenbescherming in de gehele Europese Unie. Een volledig uniforme consumentenbescherming zal in eerste instantie nog niet worden bereikt, omdat er nog uitzonderingen in de richtlijn opgenomen zijn. Daardoor zullen er op verschillende punten (voorlopig) verschillen blijven bestaan tussen lidstaten. Niettemin kan de richtlijn voor een grotere rechtszekerheid voor zowel ondernemers als consumenten zorgen. De ondernemers kunnen hun producten en diensten makkelijker in andere lidstaten verkopen, omdat bijvoorbeeld de regels voor het promoten van hun producten overal gelijk zijn. De consument kan zonder angst over zijn rechtspositie in andere lidstaten kopen. Dit in combinatie met de toegenomen rol van internet en de invoering van de Euro geeft de

³² Drijber 2005, p.182.

³³ Richtlijn OHP, overweging 7.

Europese consument een goede mogelijkheid om in andere lidstaten producten of diensten te kopen.

In hoeverre er in de praktijk echt iets verandert voor de consument hangt af van de vraag in hoeverre de richtlijn afwijkt van wat er tot dusverre in een bepaalde lidstaat in het nationale recht was geregeld. Het antwoord op deze vraag voor de Nederlandse situatie zal ik in het volgende hoofdstuk bespreken.

Belangrijk om vast te stellen is dat de richtlijn ‘de gemiddelde consument’ tot uitgangspunt neemt bij het bepalen of een handelspraktijk oneerlijk is. Het verstoren van het keuzegedrag van de individuele consument die door een handelspraktijk is beïnvloed is daarom niet van belang. Een handelspraktijk is pas oneerlijk als deze het keuzegedrag van een gemiddelde consument verstoort of kan verstoren. Dit heeft gevolgen voor consumenten die niet voldoen aan het beeld van de gemiddelde consument. In hoofdstuk 3 zal ik specifiek op de consequenties van die keuze ingaan en bespreken of dit een goede keuze is geweest.

Daarnaast is in de richtlijn expliciet gekozen voor consumentenbescherming, waarbij ondernemingen dus niet onder de bescherming van de richtlijn vallen. Wanneer een onderneming jegens een andere onderneming handelspraktijken gebruikt die jegens een consument als oneerlijk kunnen worden aangemerkt valt dit niet onder het bereik van de richtlijn. Door deze richtlijn ontstaat er nu een verschil tussen consumenten en ondernemingen. Dit was anders bij de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, waar geen onderscheid werd gemaakt tussen verschillende geadresseerden van de reclame. Dit aspect van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken zal ik in hoofdstuk 4 aan de orde stellen.

2. Nederlandse implementatie van de richtlijn

2.1 Inleiding

Op 15 oktober 2008 is de Wet oneerlijke handelspraktijken in werking getreden³⁴. Deze wet voegt in het Burgerlijk Wetboek een nieuwe afdeling 3a toe aan titel 7 van boek 6. Daarnaast worden door de Wet oneerlijke handelspraktijken nog wijzigingen aangebracht in boek 3 van het BW en in de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). In dit hoofdstuk zal ik bespreken wat de gevolgen zijn voor de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het Nederlandse recht. Hierbij zal ik mij richten op de gevolgen voor het Nederlandse privaatrecht. Bestuursrechtelijke aspecten zullen slechts worden benoemd.

Zoals in het vorige hoofdstuk besproken is, heeft de richtlijn tot doel de consument in de hele Europese Unie een hoog niveau van bescherming te bieden tegen oneerlijke praktijken van handelaren. Om een goed beeld te krijgen van de veranderingen die de richtlijn te weeg heeft gebracht in het Nederlandse recht zal ik eerst kort uiteenzetten welke mogelijkheden het Nederlandse recht bood om op te treden tegen oneerlijk gedrag van ondernemingen voor de invoering van de nieuwe wetgeving.

2.2 De oude situatie

De Commissie voor Consumentenaangelegenheden (CCA) van de SER geeft in haar advies aan de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken van 13 april 2004 een helder overzicht van de mogelijkheden die er waren om oneerlijke handelspraktijken te bestrijden, nog voordat de richtlijn tot stand was gekomen.³⁵ Dit advies was gevraagd naar aanleiding van het voorstel van de Europese Commissie voor de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, om te helpen bij het bepalen van een Nederlands standpunt.

De CCA zag binnen het BW een drietal ingangen voor de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken: onrechtmatige daad, wilsgebreken en wanprestatie. Daarnaast ziet de CCA ook mogelijkheden om buiten het BW oneerlijke praktijken te bestrijden, als belangrijkste mogelijkheid daarvan wordt de Colportagewet genoemd.³⁶ Ik zal deze mogelijkheden hierna kort bespreken, omdat later in dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de wisselwerking tussen deze bepalingen en de nieuwe Wet oneerlijke handelspraktijken.

³⁴ 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.

³⁵ SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004.

³⁶ SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004, p. 21-24.

Als eerste mogelijkheid kunnen oneerlijke handelspraktijken worden aangemerkt als onrechtmatige daad. Daarvoor moet een handelspraktijk voldoen aan de vereisten van artikel 6:162 BW. Dit betekent dat het moet gaan om een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt. Bovendien moet er sprake zijn van schade die aan de handelaar kan worden toegerekend en die door de handelspraktijk wordt veroorzaakt. In haar advies noemt de CCA dit een “vrij abstracte notie” die gesteld (en mogelijk bewezen) moet worden door de benadeelde. Wanneer een onrechtmatige daad vast komt te staan zijn de mogelijke sancties schadevergoeding, een verbod op de onrechtmatige gedraging of een rectificatie. Naar aanleiding van de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame zijn in Boek 6 Titel 4 meer specifieke bepalingen opgenomen om misleidende reclame als onrechtmatige daad te bestempelen. Deze bepalingen geven de consument een grotere bescherming door de omkering van de bewijslast in artikel 6:195.³⁷

De tweede mogelijkheid die het BW al voor de invoering van de Wet oneerlijke handelspraktijken bood om tegen dergelijke praktijken op te treden zijn de wilsgebreken. Van een wilsgebrek is sprake wanneer “wil en verklaring overeenstemmen, maar de wil is op onzuivere wijze gevormd”. Dit wil zeggen dat een partij een rechtshandeling verricht onder een onjuiste voorstelling van zaken. Hierdoor kan het recht ontstaan de rechtshandeling te vernietigen. Er worden vier soorten wilsgebreken onderscheiden, namelijk bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (allen artikel 3:44 BW) en dwaling (artikel 6:228 BW). Deze lijken op de oneerlijke handelspraktijken die in hoofdstuk 1 zijn besproken: misleidende handelingen en omissies en agressieve handelspraktijken.³⁸ De CCA geeft in haar advies aan dat het de vraag is in hoeverre de wilsgebreken onder de kaderrichtlijn oneerlijke handelspraktijken zullen vallen, omdat daarin is bepaald dat deze de nationale regels ten aanzien van contracten in stand laat.

De derde mogelijkheid om onder de ‘oude’ regels uit het BW op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken is op grond van wanprestatie. Van wanprestatie is sprake wanneer één van de partijen bij een overeenkomst tekortschiet in de nakoming van de verbintenis. Dit kan ook het geval zijn bij oneerlijke handelspraktijken. Oneerlijke handelspraktijken kunnen volgens de richtlijn ook plaatsvinden na het sluiten van een overeenkomst³⁹ en dus in fase van nakoming door de ondernemer van zijn verplichtingen. De gevolgen van het niet of niet behoorlijk nakomen van een overeenkomst staan vermeld in Titel 5 Afdeling 5 van Boek 6

³⁷ SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004, p. 21-22.

³⁸ Een uitgebreide bespreking van de wilsgebreken bij oneerlijke handelspraktijken is te vinden in De Vrey 2006b.

³⁹ Artikel 3 lid 1 Richtlijn OHP.

BW. Van belang voor oneerlijke handelspraktijken zijn ook de bepalingen over (consumenten)koop in Titel 1 van Boek 7 BW.

Niet alleen het BW is van belang voor het aanpakken van oneerlijke handelspraktijken voordat de Wet oneerlijke handelspraktijken in werking is getreden. Ook in andere wetgeving zijn aanknopingspunten te vinden voor het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken. De CCA wijst met name op de Colportagewet. Deze stelt niet alleen strenge eisen aan colportageovereenkomsten, maar wordt bovendien door de rechter soms ruim uitgelegd, bijvoorbeeld in het geval van piramidespelen. Dit is een praktijk die door de richtlijn wordt bestempeld als oneerlijke handelspraktijk en dus verboden is.⁴⁰

2.3 Totstandkoming nieuwe wetgeving

De richtlijn verplicht de Nederlandse wetgever om de consumentenbescherming uit de richtlijn te implementeren.⁴¹ ⁴². De Nederlandse regering heeft besloten om de materiële bepalingen op te nemen in het BW, zoals eerder ook was gebeurd met de Richtlijn misleidende reclame. Er is gekozen voor een nieuwe afdeling 6.3.3.a in de titel over de onrechtmatige daad. Van Boom vindt dit begrijpelijk⁴³, omdat oneerlijke handelspraktijken een besluit over een transactie van een consument beïnvloeden. Dit kan ook inhouden dat er door de handelspraktijk geen transactie tot stand komt en in die gevallen zou een consument met lege handen staan als er was gekozen om oneerlijke handelspraktijken onder het overeenkomstenrecht te scharen. Ook besloten de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, die samen verantwoordelijk waren voor de implementatie, om de richtlijn direct volledig te implementeren⁴⁴ en geen gebruik te maken van de geboden mogelijkheden om gedurende zes jaar afwijkende Nederlandse wetgeving in stand te houden.⁴⁵

⁴⁰ Bovenstaande is geheel ontleend aan het rapport van de CCA van de SER (SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004).

⁴¹ Volgens de richtlijn diende deze uiterlijk 12 juni 2007 omgezet te zijn in nationale wetgeving, de Nederlandse regering heeft dit niet op tijd kunnen realiseren.

⁴² Ook eerder is al wel gesproken om een algemene regeling te maken voor oneerlijke handelspraktijken of oneerlijke mededinging (Zie hierover Verkade 2009, p. 6-7). Aanvankelijk was de regering geen voorstander van het invoeren van een Europese richtlijn, omdat ze van mening was dat dit geen toegevoegde waarde had (Kroon & Mastenbroek 2008, p. 256). Nadat de Europese Commissie met het eerste voorstel voor de kaderrichtlijn oneerlijke handelspraktijken was gekomen heeft de Nederlandse regering de SER gevraagd te adviseren over dit voorstel en de gevolgen voor Nederland. Naar aanleiding hiervan heeft de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de SER het hiervoor aangehaalde advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU uitgebracht.

⁴³ Van Boom 2008, p. 6.

⁴⁴ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 3-4.

⁴⁵ Artikel 3 lid 5 en 6 Richtlijn OHP.

Naast de toevoeging van afdeling 6.3.3.a aan het BW (dit zal in de volgende paragraaf inhoudelijk aan de orde komen) was aanpassing van artikel 3:305d BW nodig om consumentenorganisaties de mogelijkheid te bieden om de bepalingen uit afdeling 6.3.3.a te handhaven. Ook moest de Whc worden aangepast om de Consumentenautoriteit en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) de mogelijkheid te geven oneerlijke handelspraktijken via de bestuursrechtelijke weg te handhaven. Aanvankelijk was het de bedoeling van de regering om de Consumentenautoriteit en de AFM de mogelijkheid te geven om eenduidige bepalingen via bestuursrechtelijke weg te handhaven en de complexere bepalingen die door de rechter moeten worden uitgelegd langs de privaatrechtelijke weg van artikel 3:305d BW.⁴⁶ De Tweede Kamer vond dit niet wenselijk vanwege de verschillen in sancties die zouden kunnen ontstaan tussen de verschillende handelspraktijken. Omdat er via de bestuursrechtelijke weg zwaardere sancties mogelijk zijn tegen ondernemingen die er oneerlijke handelspraktijken op nahouden dan via een privaatrechtelijke procedure nam de Kamer het amendement Vos aan⁴⁷. Dit amendement bepaalt dat de Consumentenautoriteit alleen kan optreden via de bestuursrechtelijke weg. Om te zorgen voor uniforme uitleg van dezelfde bepalingen door de bestuursrechter en de burgerlijke rechter is het instellen van cassatie in belang der wet tegen beslissingen van de rechter in hoger beroep over besluiten van de consumentenautoriteit mogelijk gemaakt.⁴⁸ Gevolg is wel dat de Consumentenautoriteit de snelle verzoekschriftprocedure van artikel 3:305d BW niet meer kan gebruiken om het verbod op oneerlijke handelspraktijken privaatrechtelijk te handhaven.

De regering heeft ervoor gekozen om de materiële bepalingen van de richtlijn bijna één op één over te nemen in de Nederlandse wetgeving. In Bijlage 1 is een tabel opgenomen die laat zien in welke wetsartikelen de artikelen uit de richtlijn zijn geïmplementeerd. Er is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om bepalingen in de Nederlandse wetgeving die grotere bescherming bieden dan in de richtlijn is voorzien te handhaven. De regering vond dit niet nodig, maar heeft alleen een aantal bepalingen in de Nederlandse wetgeving gewijzigd of ingetrokken.⁴⁹

⁴⁶ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 6.

⁴⁷ Volgens de procedure van art 3:305d BW kan worden geëist dat de handelspraktijk wordt gestaakt of gerectificeerd, via de bestuursrechtelijke weg kunnen boetes worden opgelegd tot een bedrag van € 450.000 per overtreding (artikel 2.15 lid 2 Whc).

⁴⁸ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 14.

⁴⁹ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3, p.4 en nr. 8, p. 4.

2.4 Implementatie van de richtlijn in Nederland

2.4.1 Materiële bepalingen

De materiële bepalingen uit de richtlijn zijn geïmplementeerd in afdeling 6.3.3.a van het BW. Deze afdeling is toegevoegd aan de titel over de onrechtmatige daad, omdat oneerlijke handelspraktijken ook aan de orde kunnen zijn wanneer er geen overeenkomst tot stand komt.

*“Het was niet mogelijk bij een puur contractuele remedie aan te sluiten, omdat het toepassingsgebied van de richtlijn breder is; het gaat niet alleen om situaties waarin een contract wordt gesloten ten gevolge van een oneerlijke handelspraktijk maar ook om situaties waarin een oneerlijke handelspraktijk plaatsvindt maar er geen overeenkomst wordt gesloten”.*⁵⁰

Wat onder oneerlijke handelspraktijken wordt verstaan, heb ik in het vorige hoofdstuk besproken. De materiële bepalingen uit de richtlijn zijn rechtstreeks overgenomen in afdeling 6.3.3a BW. De definities van de begrippen uit artikel 2 Richtlijn OHP, zijn bijvoorbeeld letterlijk opgenomen in artikel 6:193a BW. Daarmee zijn ook nieuwe begrippen geïntroduceerd in het Nederlandse recht, zoals ‘professionele toewijding’, ‘uitnodiging tot aankoop’ en ‘aanmerkelijke beperking een geïnformeerd besluit te nemen’. Doordat er sprake is van nieuwe begrippen is er weinig houvast bij de interpretatie, wat het gevaar van rechtsonzekerheid in zich draagt.⁵¹ De betekenis van deze begrippen zal zich moeten uitkristalliseren in de jurisprudentie, waarbij het Hof van Justitie van de EU uiteindelijk het laatste woord zal hebben.⁵² Een begrip uit de wet waar eveneens kritische kanttekeningen bij geplaatst kunnen worden, is de term ‘gemiddelde consument’. Omdat dit naar mijn mening een belangrijk punt is in de oneerlijke handelspraktijkenregelgeving zal ik hieraan het volgende hoofdstuk wijden.

De opbouw van afdeling 6.3.3a BW is als volgt. Na de definities uit artikel 6:193a BW volgt in artikel 6:193b BW een algemene bepaling waarin is vastgelegd wanneer er sprake is van oneerlijke handelspraktijken. Daarna volgen bepalingen over achtereenvolgens misleidende (artikel 6:193c tot 6:193g BW) en agressieve handelspraktijken (artikel 6:193h tot 6:193i BW). Dit is bijna zoals in de richtlijn, alleen heeft de Nederlandse wetgever gekozen om de zwarte lijst van handelspraktijken die per definitie oneerlijk zijn op te splitsen in een artikel met misleidende praktijken (artikel 6:193g BW) en één met agressieve praktijken (artikel 6:193i BW). Tot slot volgen, net als in de richtlijn, bepalingen over omkering van bewijslast

⁵⁰ Kamerstukken I, 2007/08, 30 928 nr. E, p. 2.

⁵¹ Steijger 2007, p. 127-132; Kroon en Mastenbroek 2008, p. 257-259; Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 8-10.

⁵² Steijger 2007, p. 127.

(artikel 6:193j BW) en een gewijzigd artikel 6:194 BW over misleidende reclame. Dit artikel is sinds de Wet oneerlijke handelspraktijken alleen nog van toepassing op ondernemingen. Wanneer reclame jegens een consument misleidend is wordt bepaald aan de hand van de artikelen over misleidende handelspraktijken, wanneer het onrechtmatig is jegens een onderneming aan de hand van artikel 6:194 BW.

2.4.2 Handhaving

Wanneer een onderneming een handelspraktijk pleegt die oneerlijk is in de zin van afdeling 6.3.3a BW dan zijn er diverse sancties mogelijk. De Wet oneerlijke handelspraktijken geeft verschillende manieren om het verbod op oneerlijke handelspraktijken te handhaven. In de eerste plaats kan de consument op wie de handelspraktijk is gericht stappen ondernemen. Dit zijn de mogelijkheden die de benadeelde van een onrechtmatige daad ter beschikking staan. Er bestaat de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen op grond van artikel 6:162 lid 1 jo. artikel 6:193 BW. De formulering van artikel 6:193b lid 1 BW verwijst naar artikel 6:162 door de formulering dat een handelaar onrechtmatig handelt wanneer deze een oneerlijke handelspraktijk pleegt.⁵³ Omdat een oneerlijke handelspraktijk als onrechtmatige daad kan worden aangemerkt zijn er ook nog andere acties mogelijk, te weten een vordering tot rectificatie (artikel 6:167 BW) of tot een verbod op het plegen van de handelspraktijk.⁵⁴ Het is echter niet te verwachten dat een individuele consument vaak een verbod of rectificatie van een oneerlijke handelspraktijk zal vorderen. Hij zal waarschijnlijk alleen uit zijn op vergoeding van zijn schade of ontbinding van een onder invloed van de handelspraktijk gesloten overeenkomst.⁵⁵

Omdat oneerlijke handelspraktijken als onrechtmatige daad worden aangemerkt, moet worden voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW. Dit betekent dat de consument zijn schade en het causaal verband tussen zijn schade en de oneerlijke handelspraktijk in beginsel dient te bewijzen. Voor het bewijs van de oneerlijke handelspraktijk en de toerekenbaarheid daarvan is in artikel 6:193j BW een omkering van de bewijslast opgenomen die het de consument makkelijker maakt: deze hoeft alleen te stellen dat de handelaar onjuiste informatie verstrekt heeft en dat dit aan hem toe te rekenen is. Het is aan de handelaar om het tegendeel te bewijzen.⁵⁶

De Consumentenautoriteit (CA) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) hebben de bevoegdheid gekregen om de bepalingen uit afdeling 6.3.3a BW publiekrechtelijk te

⁵³ Verkade 2009, p. 76.

⁵⁴ Verkade 2009, p.78. en Kamerstukken II 2006/2007, 30928 nr. 3, p. 5

⁵⁵ Dit laatste op grond van wilsgebreken, zoals behandeld in paragraaf 2. De wisselwerking tussen wilsgebreken en onrechtmatige daad zal in paragraaf 5 aan de orde komen.

⁵⁶ Van Boom 2008, p.7.

handhaven (respectievelijk artikel 3.1 en artikel 2.2 Whc). De AFM doet dit voor de bepalingen op financieel gebied. De CA voor de overige bepalingen die zien op oneerlijke handelspraktijken. De publiekrechtelijke bevoegdheid van deze twee toezichthouders bestaat uit de mogelijkheid om overtreders van het verbod op oneerlijke handelspraktijken een last onder dwangsom op te leggen of een bestuurlijke boete van maximaal € 450.000 (de CA op grond van artikel 2.9 jo. 2.15 Whc en de AFM op grond van artikel 3.1 jo. 3.4 lid 4 Whc). Ook kan worden bepaald dat de beschikking op grond van artikel 2.23 Whc openbaar wordt gemaakt. Bij de bespreking van de totstandkoming van de Wet oneerlijke handelspraktijken zei ik al dat het aanvankelijk de bedoeling was dat de toezichthouders een aantal bepalingen uit afdeling 6.3.3a BW zouden moeten handhaven via de burgerlijke rechter, op grond van artikel 3:305d BW.⁵⁷ Door het aannemen van het amendement Vos is dit aangepast. Hierdoor kunnen de publiekrechtelijke toezichthouders via de burgerlijke rechter alleen nog optreden tegen de houder van een gedragscode die in strijd is met de bepalingen uit afdeling 6.3.3a BW (artikel 3:305d lid 2 BW) en openbaarmaking van een beschikking of rectificatie van onjuist gegeven informatie die tot een oneerlijke handelspraktijk heeft geleid (artikel 3:305d lid 3BW).

De derde partij die kan procederen wegens het plegen van oneerlijke handelspraktijken is die van de belangenorganisaties voor consumenten, zoals de Consumentenbond. Deze organisaties

“hebben [...] mogelijkheden om in rechte op te treden tegen handelaren die zich bedienen van oneerlijke handelspraktijken. Zij kunnen dit doen voor alle bepalingen van afdeling 3a Oneerlijke handelspraktijken van titel 3 in Boek 6 door het instellen van een collectieve actie (artikel 3:305a), al dan niet in kort geding. Ook kunnen zij op grond van artikel 3:305d lid 2 door middel van de civielrechtelijke verzoekschriftprocedure bereiken dat een gedragscode die in strijd is met het [de Wet oneerlijke handelspraktijken], wordt aangepast door de codehouder. Verder kunnen consumentenorganisaties (vermoedens van) oneerlijke handelspraktijken onder de aandacht brengen van de Consumentenautoriteit of de Stichting Autoriteit Financiële Markten, die zo nodig bestuursrechtelijk kunnen handhaven.”⁵⁸

Tot slot kunnen ook concurrenten in actie komen tegen het plegen van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten. Duidelijk is dat de Wet oneerlijke handelspraktijken niet van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken gericht op ondernemingen.⁵⁹ Over de mogelijkheden van concurrenten om de oneerlijke handelspraktijken van andere

⁵⁷ Kamerstukken II, 2006/07, 30 928, nr. 2.

⁵⁸ Kamerstukken I, 2007/08, 30 928, E, p. 5.

⁵⁹ Artikel 6:193b lid 1 jo. artikel 6:193a lid 1 aanhef en onder a BW. Dit punt komt in hoofdstuk 4 aan de orde.

ondernemingen jegens consumenten aan te pakken bestaat in de literatuur geen overeenstemming. Onder anderen Kroon en Mastenbroek⁶⁰ en Van Boom⁶¹ menen dat dit niet mogelijk is. Ondanks dat concurrenten in de artikelen 6:193a-j BW niet worden genoemd als partij die op kunnen treden tegen oneerlijke handelspraktijken gericht op consumenten en deze mogelijkheid niet duidelijk aan de orde is geweest bij de parlementaire behandeling,⁶² is Geerts van mening dat concurrenten dit recht wel hebben. Hij wijst erop dat artikel 11 Richtlijn OHP bepaalt dat belanghebbenden - *met inbegrip van concurrenten* - bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken in rechte daartegen moeten kunnen optreden.⁶³ Dit standpunt lijkt mij juist. Ook al worden concurrenten niet genoemd, wanneer zij een procedure starten zal de rechter bij de beoordeling van het geschil de Nederlandse wettelijke bepalingen richtlijnconform uit moeten leggen⁶⁴. Bij de positie van ondernemingen zal ik in hoofdstuk vier uitgebreider stilstaan, waarbij ik ook aandacht zal besteden aan de (on)mogelijkheid van ondernemingen om tegen op hen gerichte oneerlijke handelspraktijken een actie in te stellen.

2.5 Commentaar op de Nederlandse implementatie

De invoering van de Wet oneerlijke handelspraktijken in Nederland heeft geleid tot uiteenlopende commentaren. Hier zal ik een aantal commentaren bespreken. Daarna volgt in paragraaf 6 mijn conclusie, waarbij ik ook mijn eigen visie zal geven op de implementatie.

Het eerste belangrijke aspect van de nieuwe wetgeving is de keuze van de wetgever om oneerlijke handelspraktijken aan te merken als onrechtmatige daad. Niet alle schrijvers zijn blij met deze keuze. Kroon en Mastenbroek vinden de implementatie van de materiële bepalingen uit de richtlijn in de titel over de onrechtmatige daad een juiste keuze. Ze zien dit als logisch gevolg van het feit dat oneerlijke handelspraktijken ook aan de orde kunnen zijn wanneer er geen sprake is van een overeenkomst.⁶⁵ Van Boom wijst echter op een aantal tekortkomingen van deze keuze. Hij vraagt zich af of de Nederlandse implementatie voldoet aan de eisen zoals artikel 13 Richtlijn OHP die stelt: op het plegen van oneerlijke handelspraktijken dienen sancties te staan die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. Hij vindt daarom dat de implementatie van de richtlijn erop gericht moet zijn de

⁶⁰ Kroon en Mastenbroek 2008, p. 253.

⁶¹ Van Boom 2008, p. 18.

⁶² Er is geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen het enerzijds handhaven van oneerlijke handelspraktijken die gericht zijn op ondernemingen en anderzijds het handhaven door belanghebbende ondernemingen in geval van oneerlijke handelspraktijken die gericht zijn op particulieren.

⁶³ Geerts 2009, p. 1-2.

⁶⁴ Barentz & Brinkhorst 2006, p. 186-196.

⁶⁵ Ze wijzen er in een voetnoot wel op dat voordat er sprake is van een onrechtmatige daad moet worden voldaan aan de vereisten van onrechtmatige daad uit artikel 6:162 lid 1 BW: er moet onrechtmatig gehandeld zijn, de daad moet toerekenbaar zijn, en bovendien moet er een causaal verband zijn tussen daad en schade (Kroon en Mastenbroek 2008, p. 256).

materiële normen uit de richtlijn in het privaatrecht effectief te handhaven. Van Boom is van mening dat de Nederlandse oneerlijke handelspraktijkenwetgeving consumenten niet altijd een geschikte mogelijkheid biedt om op te treden tegen handelaren die de wet overtreden. Hij geeft aan dat dit soms via een schadevergoedingsplicht kan, maar dat het in andere gevallen beter zou zijn wanneer een consument de mogelijkheid heeft om een transactie terug te draaien.⁶⁶

Nu de richtlijn in Nederland is geïmplementeerd als onrechtmatige daad betekent dit dat een consument drie mogelijkheden heeft: het eisen van schadevergoeding, een algemeen verbod of rectificatie. Maar

*“praktisch gesproken zal de consument niet snel geneigd zijn om een algemeen verbod of rectificatie te vorderen, nu dit zijn individuele belang bij een concrete handelspraktijk overstijgt. Hij zal zich, zo lijkt mij, vooral richten op schadevergoeding of het terugdraaien (ontbinden of vernietigen) van een transactie”.*⁶⁷

Het vorderen van schadevergoeding is voor de consument niet altijd een goede oplossing. Van Boom wijst er op dat bij veel transacties die worden gesloten onder invloed van oneerlijke handelspraktijken de (materiële) schade van de consument gering is. Het terugdraaien van de transactie is naar zijn overtuiging dan de beste remedie. Bovendien is de geleden schade niet altijd vast te stellen. Denk bijvoorbeeld aan de teleurstelling wanneer men een product heeft gekocht dat niet aan de verwachtingen voldoet die door de verkoper waren gewekt. Van Boom is van mening dat voor dergelijke gevallen het privaatrecht tekort schiet.⁶⁸ Hij wijst daarbij op een motie van Kamerlid Vos. Zij wilde consumenten de mogelijkheid bieden om een handelaar die een oneerlijke handelspraktijk had gepleegd te verplichten de betaalde prijs terug te betalen of de overeenkomst om niet na te komen.⁶⁹

Met de keuze om oneerlijke handelspraktijken als onrechtmatige daad aan te merken hangt ook het tweede punt samen dat ik hier wil bespreken: de aansluiting van de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving bij het Nederlandse privaatrecht. De Vrey heeft naar aanleiding van de vaststelling van de richtlijn uitgebreid besproken in hoeverre de bepalingen uit de richtlijn⁷⁰ aansluiten bij de rechtsfiguren uit het Burgerlijk Wetboek.⁷¹ Hij heeft onderzocht

⁶⁶ Van Boom 2008, p. 8-12.

⁶⁷ Van Boom 2008, p. 7.

⁶⁸ Van Boom 2008, p. 7-12.

⁶⁹ Kamerstukken II 2007/08, 30 928 nr. 12.

⁷⁰ De Wet oneerlijke handelspraktijken is pas later tot stand gekomen, maar de materiële bepalingen uit de richtlijn zijn bijna één op één overgenomen in afdeling 6.3.3a BW, zoals eerder al aangegeven. Daarom is de vergelijking tussen de richtlijn en het Nederlandse privaatrecht die de Vrey maakt nog steeds interessant.

⁷¹.De Vrey 2006b.

welke mogelijkheden er al bestonden om op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken, zoals die door de richtlijn werden gedefinieerd. Hij komt tot de conclusie dat vernietiging van een overeenkomst vanwege wilsgebreken ex artikel 3:44 en 6:228 BW en een rechtsvorderingen bij consumentenkoop vanwege non-conformiteit (artikel 7:17 ev. BW) in veel gevallen van oneerlijke handelspraktijken mogelijk is.⁷²

De Vrey laat zien dat in veel gevallen waar een handelspraktijk door de nieuwe regelgeving als oneerlijk wordt aangemerkt er ook op grond van andere bepalingen in de wet een actiemogelijkheid is. Hij schrijft:

*“Samenloop tussen het consumentenrecht en het contractenrecht – met eventuele nadelige consequenties van dien – is mijns inziens [...] niet te vermijden”.*⁷³

Vooraf de samenloop van oneerlijke handelspraktijken met de vier wilsgebreken bedreiging (artikel 3:44 lid 2 BW), bedrog (lid 3), misbruik van omstandigheden (lid 4) en dwaling (artikel 6:228 BW) wordt door De Vrey uitgebreid besproken. Oneerlijke handelspraktijken vallen in veel gevallen onder de definitie van een van deze wilsgebreken. Als dat het geval is, dan is de rechtshandeling vernietigbaar en heeft de consument de mogelijkheid om het betaalde terug te vorderen op grond van onverschuldigde betaling ex artikel 3:53 lid 1 jo. 6:203 lid 2 BW.⁷⁴

Uit de parlementaire behandeling van de Wet oneerlijke handelspraktijken blijkt deze mogelijkheid van samenloop ook.

*“De regeling van de oneerlijke handelspraktijken vertoont op onderdelen een overlap met die van de wilsgebreken, in die zin dat een oneerlijke handelspraktijk ertoe kan leiden dat een consument een overeenkomst heeft gesloten die ook onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen. Een beroep door de consument op een wilsgebrek sluit niet uit dat hij daarnaast ook schadevergoeding vordert.”*⁷⁵

Van Boom besteedt aandacht aan het naast elkaar bestaan van de regeling van de wilsgebreken en die van de oneerlijke handelspraktijken. Hij verwacht dat er op termijn sprake zal zijn van een kruisbestuiving tussen de regelingen als gevolg van de Nederlandse rechtspraak. Wel zal er vooral invloed uitgaan van de oneerlijke handelspraktijkenregeling

⁷² Naast deze opties noemt hij ook de naar mijn mening minder relevante mogelijkheid van vernietiging vanwege strijd met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 BW) dan wel op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

⁷³ De Vrey 2006b, p 53-54.

⁷⁴ De Vrey 2006b, p. 55.

⁷⁵ Kamerstukken II 2006/07, 30 928 nr. 8 p. 17.

naar de wilsgebreken en niet andersom, vanwege de Europeesrechtelijke achtergrond van de Wet oneerlijke handelspraktijken. De richtlijn gaat immers uit van maximumharmonisatie en de nationale rechter heeft weinig ruimte bij uitleg van de bepalingen.⁷⁶ Van Boom wijst ook op een verschil tussen beide regelingen. De Wet oneerlijke handelspraktijken gaat uit van een ‘gemiddelde consument’⁷⁷ en de regeling van de wilsgebreken kijkt naar de omstandigheden van het geval en de concrete consument. Hij acht het mogelijk dat in de toekomst de objectivering van de oneerlijke handelspraktijkenregeling ook zal doorwerken in de wilsgebrekenregeling. Maar dit kan niet voor alle wilsgebreken gelden, omdat sommige juist erg op individuele gevallen gericht zijn en objectivering niet mogelijk is.⁷⁸

Wanneer een consument een koop- of ruilvereenkomst heeft gesloten is boek 7 Titel 1 BW van toepassing. Artikel 7:17 BW bepaalt dat een afgeleverde zaak moet voldoen aan hetgeen overeengekomen is en geeft daarbij mogelijkheden tot diverse rechtsvorderingen. Hier ziet De Vrey weer een parallel met de oneerlijke handelspraktijkenregeling, waar sprake kan zijn van een oneerlijke handelspraktijk wanneer de handelaar de consument slecht heeft geïnformeerd of de consument een zwakke positie heeft (bijvoorbeeld kinderen of gehandicapten, zie artikel 6:193a lid 2 BW). De regeling van artikel 7:17 BW is echter breder, want deze regeling gaat over alle gevallen waarin het verkochte product niet aan de verwachtingen voldoet, niet alleen wanneer dit het geval is als gevolg van een mededeling of verzwijging van de handelaar. De Vrey denkt desondanks dat wanneer een product is verkocht onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk, een rechtsvordering op grond van non-conformiteit in veel gevallen mogelijk is.⁷⁹

Hoe samenloop van oneerlijke handelspraktijken met andere rechtsfiguren mogelijk is wordt duidelijk in het artikel van Van Boom. Hij wijst op de situatie waarin een onderneming een consument niet goed heeft geïnformeerd bij het aangaan van een overeenkomst. In dergelijke situaties kan zowel non-conformiteit (artikel 7:17 BW), dwaling (artikel 6:228 BW) als de oneerlijke handelspraktijk onjuiste mededelingen (artikel 6:193c BW) van toepassing zijn. Hij vraagt zich af of dan ook de beperkingen van titel 7.1 en afdeling 6.1.9 BW gelden, zoals de klachtplicht van artikel 7:23 BW. Hij vindt dit problematisch, omdat de bepalingen over oneerlijke handelspraktijken minder beperkingen opleggen en het niet duidelijk is of de consument erop vooruit gaat doordat de beperkingen niet gelden bij een beroep op de Wet OHP of dat ze wel gelden en zo afbreuk doen aan de richtlijn.⁸⁰

⁷⁶ Van Boom 2008, p 9.

⁷⁷ Wat dit inhoudt en wat de complicaties zijn van het hanteren van het begrip ‘gemiddelde consument’ zal ik bespreken in het volgende hoofdstuk.

⁷⁸ Van Boom 2008, p. 9

⁷⁹ De Vrey 2006b, p 64-67.

⁸⁰ Van Boom 2008, p. 10

Er is een grote mate van overlap tussen de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving en andere wettelijke bepalingen, met name die van de wilsgebreken. Dit kan mooi worden samengevat met de woorden van De Vrey. Hij komt tot de conclusie dat

“de consument [...] verschillende vorderingen ten dienste staan op basis van het civiele recht om in rechte genoegdoening te krijgen. Bij nader onderzoek blijken de rechtsvorderingen vrij nauwkeurig aan te sluiten bij de richtlijn, mede door het gebruik van vergelijkbare criteria, zoals de onderzoeks- en mededelingsplicht van de handelaar, de onderzoeksplicht van de consument, de hoedanigheid van partijen en het causaal verband. Het lijkt er aldus op dat de consument die geconfronteerd wordt met een oneerlijke handelspraktijk, afhankelijk van de dogmatische grondslag, verschillende vorderingen in kan stellen, waaronder de vordering tot schadevergoeding, nakoming, herstel, vervanging, vernietiging en ontbinding van de overeenkomst, een verbod en een rectificatie. Het ziet er aldus naar uit dat de richtlijn OH zeker aansluiting zal kunnen vinden bij het (huidige) civiele recht.”⁸¹

Dat in veel gevallen van oneerlijke handelspraktijken sprake is van overeenkomsten, is volgens Van Boom ook van belang in verband met de bewijslastverdeling van artikel 6:193j lid 1 BW. Deze geeft de consument een sterkere positie geeft tegenover de handelaar. Deze bepaling kan volgens hem ook gevolgen hebben voor overeenkomsten. De minister heeft namelijk gezegd dat de omkering van de bewijslast en de betere positie die de consument hierdoor krijgt ook geldt wanneer een beroep wordt gedaan op wilsgebreken om een overeenkomst te vernietigen.⁸² Van Boom juicht dit toe, ook vanwege het probleem dat hij eerder signaleerde, namelijk dat bij oneerlijke handelspraktijken schadevergoeding niet altijd een adequate remedie is.⁸³ Gezien deze opmerking van de minister lijkt mij dat ook in geval van overlap tussen oneerlijke mededelingen, non-conformiteit en dwaling, de beperkingen geen afbreuk kunnen doen aan de richtlijn, maar in het voordeel van de consument niet worden toegepast.

Het laatste punt van kritiek op de Wet oneerlijke handelspraktijken betreft de positie van ondernemingen. Enerzijds gaat het dan om ondernemingen die direct slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken, dus van handelspraktijken in business-to-business verhoudingen (B2B). Dit aspect zal ik uitgebreid aan de orde stellen in hoofdstuk 4. Een punt wat ik in dit hoofdstuk wel zal bespreken is de positie van de onderneming die indirect slachtoffer wordt van oneerlijke handelspraktijken. Het gaat dan om handelspraktijken in business-to-consumer verhoudingen (B2C) waar een andere onderneming slachtoffer van wordt. Wanneer een

⁸¹ De Vrey 2006b, p. 71.

⁸² Handelingen II, 2007/08, 14, p. 938.

⁸³ Van Boom 2008, p. 10.

onderneming jegens een consument oneerlijk handelt, kan dat nadelig zijn voor een concurrent. Deze kan bijvoorbeeld klanten verliezen doordat de andere onderneming op oneerlijke wijze zijn eigen producten mooier voorstelt dan ze in werkelijkheid zijn of doordat hij de concurrent in een kwaad daglicht stelt. In de literatuur is er discussie geweest over de vraag of een benadeelde concurrent de mogelijkheid heeft om een actie in te stellen tegen de pleger van oneerlijke handelspraktijken. De verhouding tussen afdeling 6.3.3a BW over oneerlijke handelspraktijken en afdeling 6.3.4 BW over misleidende en vergelijkende reclame zorgde voor onduidelijkheid.

Onder andere Kroon & Mastenbroek bespreken die verhouding tussen misleidende en vergelijkende reclame en oneerlijke handelspraktijken. Zij zijn van mening dat bij de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is bepaald dat afdeling 6.3.4 BW alleen nog van toepassing is op handelspraktijken tussen bedrijven onderling.⁸⁴ De Studiecommissie Oneerlijke Handelspraktijken van de Vereniging voor Reclamerecht sluit zich bij Kroon & Mastenbroek aan en is van mening dat de bescherming van ondernemingen is verminderd door de nieuwe bepalingen in het BW, met name door de beperking van artikel 6:194 BW tot reclame gericht op ondernemingen. Daardoor, zo meent de commissie, kunnen ondernemingen niet langer met een beroep op dat artikel optreden tegen reclame die gericht is op consumenten.⁸⁵ Dit vindt de commissie een slechte zaak, omdat het merendeel van procedures wegens oneerlijke handelspraktijken (oneerlijke reclame, voor implementatie van Richtlijn 2005/29/EG) door concurrenten gevoerd wordt. Bovendien is de commissie van mening dat Nederlandse wetgever een steek heeft laten vallen bij de implementatie van de richtlijn doordat artikel 11 Richtlijn OHP, dat concurrenten een actiebevoegdheid geeft, niet door de Nederlandse wetgever is geïmplementeerd.⁸⁶

Wat betreft vergelijkende reclame is de commissie van mening dat de positie van concurrenten op dit gebied niet duidelijk is. Er wordt verwezen naar de Memorie van Toelichting waarin indirect staat dat artikel 6:194a BW alleen van toepassing is op B2B relaties. Maar er wordt op gewezen dat het artikel niet is gewijzigd zoals dat wel is gebeurd met artikel 6:194 BW, dat sinds de wet oneerlijke handelspraktijken niet meer van toepassing is op de relatie B2C. De commissie is van mening dat wanneer de wetgever een beperking van deze artikelen voor ogen had die consumenten de mogelijkheid tot een vordering ontnemt, dit dan ook in de artikelen tot uitdrukking had moeten worden gebracht bij de implementatie.⁸⁷ Daarnaast wijst de commissie er op dat uit de MvT ook niet blijkt wat er wordt bedoeld met de zinsnede ‘tussen bedrijven onderling’: betekent dit dat het artikel alleen

⁸⁴ Kroon en Mastenbroek 2008, p. 262 ev.

⁸⁵ Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 1.

⁸⁶ Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 3.

⁸⁷ Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 21.

van toepassing is bij B2B handelspraktijken, of bij zowel B2B als B2C handelspraktijken, maar dat alleen ondernemingen een beroep op deze bepalingen kunnen doen?⁸⁸ Dit laatste geldt ook voor misleidende reclame: kunnen concurrenten mogelijk op grond van artikel 6:194 BW optreden tegen oneerlijke B2C reclame (en consumenten op grond van afdeling 6.3.3a BW)?. De studiec commissie gaat daar in ieder geval van uit.⁸⁹

Steijger staat ook stil bij de positie van consumenten en concurrenten bij vergelijkende reclame. Hij wijst er op dat afdeling 6.4.3 BW alleen ondernemingen beschermt en dat het lijkt dat consumenten door de nieuwe wetgeving minder beschermd worden. Hij wijst er echter ook op dat het toch voornamelijk de concurrenten zijn die zullen optreden tegen verwarrende vergelijkende reclame, dus dat relativeert de schijnbaar mindere bescherming van consumenten.⁹⁰ Hij leidt uit de parlementaire behandeling van de Wet oneerlijke handelspraktijken af dat artikel 6:194a BW over vergelijkende reclame alleen nog betrekking heeft op vergelijkende B2B reclame. Hij vindt dit onduidelijk en daarom is hij is van mening dat artikel 6:194a BW wijziging behoeft, omdat dit artikel naar zijn mening alleen nog betrekking heeft op vergelijkende reclame gericht op ondernemingen.

Op dit punt ben ik het niet eens met Steijger. Naar mijn mening moet artikel 6:194a BW niet zodanig gewijzigd worden dat dit alleen nog betrekking heeft op B2B handelspraktijken. Voor consumenten is vergelijkende reclame in een beperkter aantal gevallen onrechtmatig dan voor een concurrent. Een vergelijkende reclame is jegens een consument niet onrechtmatig wanneer bijvoorbeeld de goede naam van een concurrent wordt geschaad (artikel 6:194a lid e BW). Jegens die concurrent is deze reclame echter wel onrechtmatig en deze dient dan ook een actie te kunnen instellen, ook wanneer het gaat om een B2C reclame. Voor consumenten is het alleen van belang om op te kunnen treden tegen vergelijkende reclame wanneer deze verwarring schept (artikel 6:193c lid 2 BW). In artikel 6:194a BW zijn meer voorwaarden genoemd waaraan vergelijkende reclame moet voldoen. Het is niet nodig om de consument in die gevallen een actiemogelijkheid te verstrekken, als de ondernemer met wiens bedrijf of product een onrechtmatige vergelijking gemaakt wordt maar de mogelijkheid heeft zijn concurrent hierop aan te spreken. Hij zal immers schade lijden doordat de consument een onjuist beeld krijgt. Wat betreft de mogelijkheid voor de consument om op te treden tegen misleidende reclame, waartegen eerder artikel 6:194 BW zowel consumenten en ondernemingen beschermde, wordt nu geboden door artikel 6:193b en verder BW. Wat dat aspect betreft is er geen onduidelijkheid.

⁸⁸ Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 20.

⁸⁹ Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 18.

⁹⁰ Steijger 2007, p. 135.

Ook Geerts is van mening dat bedrijven die indirect slachtoffer zijn van oneerlijke handelspraktijken wel beschermd zijn.⁹¹ Hij bespreekt de passage in de MvT die zou bepalen dat de afdeling 6.3.4 BW alleen nog bescherming biedt aan bedrijven.⁹² Hij is van mening dat de wijze van opstellen onduidelijk is, maar dat het niet de bedoeling kan zijn dat de bescherming van consumenten door de richtlijn op dit punt wordt verminderd. Ook wijst hij op de tekst van artikel 6:194a BW waarin is bepaald onder welke voorwaarden vergelijkende reclame is toegestaan. Deze bepalingen verliezen veel inhoud wanneer deze niet van toepassing zijn op reclame die zich op de consument richt. Hij geeft aan dat het niet alleen een onaanvaardbare conclusie zou zijn, maar vooral ook in strijd met de richtlijn. Hij wijst op Richtlijn 2006/114/EG, de geredigeerde Richtlijn MVR die in preambule 8 zelf spreekt over het feit dat vergelijkende reclame een goed middel kan zijn om consumenten voor te lichten. Ik ben het met Geerts eens, want naar mijn idee maken Kroon en Mastenbroek hier een fout. En niet alleen zij, maar ook de Nederlandse wetgever. Artikel 14 Richtlijn OHP wijzigt namelijk artikel 1 van de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame naar het volgende: “Deze richtlijn beoogt handelaren te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan, en de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd.” Het artikel is niet zo geformuleerd dat het de voorwaarden vast stelt waaronder vergelijkende reclame “gericht op handelaren” is geoorloofd. Dit standpunt is ook bevestigd door Amsterdamse voorzieningenrechter in de uitspraak Specsavers/Hans Anders. De rechter heeft in die uitspraak geoordeeld dat concurrenten op grond van artikel 6:194a BW kunnen optreden tegen onrechtmatige vergelijkingen in business-to-consumer reclame⁹³.

2.6 Conclusie

De richtlijn is zonder grote problemen in de Nederlandse wet geïmplementeerd. De bepalingen zijn grotendeels één op één overgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Op een aantal punten is er kritiek gekomen, die ik niet geheel terecht vind. De Vrey heeft laten zien dat de al bestaande wetgeving adequate mogelijkheden bood om tegen oneerlijke handelspraktijken op te treden. Van Boom is kritisch over de wijze van implementeren, het als onrechtmatige daad aanmerken van oneerlijke handelspraktijken. Voor de consument is dit lang niet altijd een goede oplossing, omdat effectieve handhaving moeilijk is (hoge kosten, beperkte mogelijkheden). Wanneer ik deze twee aspecten van de nieuwe wetgeving naast elkaar zet dringt de vraag zich op wat de toegevoegde waarde is voor de consument van de Wet oneerlijke handelspraktijken. Naar mijn mening is deze zeer beperkt, omdat de wet geen aantrekkelijke actiemogelijkheden schept.

⁹¹ Geerts 2009, p. 2.

⁹² Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 18.

⁹³ Rb. Amsterdam (Vzr) 18 juni 2009, IER 2009, 89.

Toch ben ik van mening dat de nieuwe regelgeving toegevoegde waarde heeft. De reden hiervoor is dat benadeelde concurrenten op basis van deze bepalingen een actie kunnen instellen tegen een oneerlijk handelende onderneming. Hier heeft de consument baat bij. Dit was een tijd lang onduidelijk. Zo waren Kroon en Mastenbroek en Steijger van mening dat de implementatie van de Wet oneerlijke handelspraktijken tot gevolg had dat afdeling 4 van titel 3 van boek 6 BW alleen nog maar van toepassing zou zijn op reclame gericht op ondernemingen. Met name op het gebied van vergelijkende reclame zou dit leiden tot een slechtere positie van de consument, omdat artikel 6:193c lid 2 BW minder zware eisen stelt aan vergelijkende reclame dan artikel 6:194a BW. Dit werd bestreden door Geerts, die van mening was dat het niet de bedoeling kon zijn dat de reikwijdte van artikel 6:194a BW zo zou worden beperkt. Zijn mening is inmiddels bevestigd door een uitspraak van de Amsterdamse voorzieningenrechter, waarin Hans Anders een vordering instelde tegen Specsavers op grond van artikel 6:194a BW en hierin ontvankelijk werd verklaard. Het ging om reclame gericht op consumenten waarin een vergelijking werd gemaakt tussen beide concurrenten.

Naar mijn mening kunnen concurrenten ook tegen andere oneerlijke handelspraktijken optreden op grond van de nieuwe regelgeving. Hierover bestaat nog wel discussie tussen enerzijds Van Boom en Kroon en Mastenbroek en anderzijds Geerts. De eersten wijzen erop dat concurrenten in de artikelen 193a-j BW niet worden genoemd als partij die een actie kan instellen. Ik sluit mij echter aan bij Geerts, die wijst op artikel 11 van de richtlijn, waarin staat dat belanghebbenden, met inbegrip van concurrenten, in rechte kunnen optreden tegen oneerlijke handelspraktijken. In deze mogelijkheden voor concurrenten zit wat mij betreft de meerwaarde van de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving.

3. Bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken: wie is de gemiddelde consument?

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk sta ik stil bij het consumentbegrip in de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving. Zoals eerder al aan de orde kwam, wordt bij het bepalen of een handelspraktijk oneerlijk is gekeken naar de ‘gemiddelde consument’. Een handelspraktijk is namelijk oneerlijk wanneer deze in de eerste plaats in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en in de tweede plaats het vermogen van de *gemiddelde consument* om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar beperkt of kan beperken. Er dus sprake van een abstract consumentbegrip en er wordt niet gekeken naar de concrete consument die zich door de handelspraktijk benadeeld voelt.

In dit hoofdstuk zal ik bekijken welke gevolgen de keuze voor een abstract consumentenbegrip heeft voor de bescherming die de regelgeving biedt tegen oneerlijke handelspraktijken. In de volgende paragraaf zal ik de definitie van het begrip bespreken en zal ook de oorsprong van het begrip in de rechtspraak van het Hof van Justitie aan de orde komen. In de derde paragraaf besteed ik aandacht aan de theoretische achtergrond van het consumentenbegrip. Daarbij is aandacht voor de economische en psychologische wortels en ook voor de implicaties van het theoretische consumentbegrip. In paragraaf 4 bespreek ik de kritiek op de toepassing van de ‘gemiddelde consument’ in de oneerlijke handelspraktijkenregelgeving. Ik zal daarbij vanuit de kritiek ook bespreken wat mogelijke alternatieven zijn voor de ‘gemiddelde consument’. In de slotparagraaf trek ik conclusies over de gemiddelde consument. Is het een goede beslissing van de wetgever geweest om met dit abstract begrip te werken of zou het beter zijn geweest om de consument anders te definiëren?

3.2 Definitie en ontstaan van het begrip ‘gemiddelde consument’

3.2.1 Definitie

De gemiddelde consument wordt in Afdeling 6.3.3a BW verschillende keren genoemd⁹⁴. In al deze artikelen staat centraal dat de gemiddelde consument onder invloed van een handelspraktijk een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. Dit wordt veroorzaakt doordat de praktijk van de handelaar het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar beperkt of kan beperken (artikel 6:193b BW). Dit handelen, dat de gemiddelde consument beperkt of kan

⁹⁴ Namelijk in de artikelen 6:193b lid 2, 6:193c leden 1 en 2, 6:193d leden 2 en 3 en 6:193h lid 1 BW.

beperken in zijn besluitvorming, wordt nader uitgewerkt in praktijken die de gemiddelde consument misleiden of kunnen misleiden (6:193c lid 1 BW), het weglaten van informatie die essentieel is voor het nemen van een geïnformeerd besluit (6:193d lid 2 BW) en het beperken van de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de consument met betrekking tot het product door het gebruik van intimidatie, dwang of andere ongepaste beïnvloeding (6:193h lid 1 BW).

De consument is in artikel 6:193 a lid 1 sub a BW gedefinieerd als de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Het begrip ‘gemiddelde consument’ wordt in de Nederlandse wetgeving niet gedefinieerd. De bepalingen in het BW zijn een rechtstreekse implementatie van wat in de richtlijn staat. In de richtlijn zelf wordt het begrip ‘gemiddelde consument’ ook niet verder gespecificeerd. In de preambule van de richtlijn gaat de wetgever wel in op de inhoud van dit begrip. De gemiddelde consument is een fictieve doorsneeconsument. Dit wil zeggen een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument.⁹⁵ Met het gebruik van dit begrip wilde de Europese wetgever zorgen voor harmonisatie van bescherming van consumenten in de hele Unie. Dit doel wordt volgens Van Dam niet helemaal meer bereikt, omdat in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel diverse nuances niet voorkwamen. Daar was het een star begrip⁹⁶, maar in de uiteindelijke versie is wat meer ruimte voor interpretatie. Zo is ten eerste aan het consumentenbegrip toegevoegd dat bij handelspraktijken die gericht zijn op zwakkere groepen (consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor bepaalde praktijken) het gemiddelde lid van die groep als referentiepunt wordt genomen. De richtlijn noemt hierbij specifiek kinderen. In de Nederlandse wetgeving is dit uitgewerkt waarbij genoemd worden groepen die wegens hun beperkingen, leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor de handelspraktijk (artikel 6:193a lid 2 BW). Ten tweede is in overweging 18 van de preambule van de richtlijn aan de definitie toegevoegd dat bij de maatstaf van de gemiddelde consument rekening moet worden gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren.

3.2.2 Ontstaan in jurisprudentie

Het begrip gemiddelde consument zoals dat in de richtlijn is terechtgekomen, vindt zijn oorsprong in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Van Dam merkt op dat het begrip ‘gemiddelde consument’ door het Hof is geïntroduceerd in 1971.⁹⁷ In de jaren ’90 ontwikkelde het begrip zich tot de maatstaf voor de beoordeling “*of een consument kan worden misleid door een aanduiding, merk of reclameuiting*”⁹⁸, zoals dat nu ook is terechtgekomen in de richtlijn. Ik wil kort een aantal arresten bespreken die de ontwikkeling

⁹⁵ Richtlijn oneerlijke handelspraktijken overweging 18.

⁹⁶ COM(2003) 356 def.

⁹⁷ Van Dam 2009, p. 5.

⁹⁸ Temmink 1998, p. 224.

van het consumentbegrip laten zien. Om te beginnen deed het Hof in 1990 een uitspraak in de zaak Pall. Deze draaide om het gebruik van het ® teken in Duitsland voor een merk dat in Italië en niet in Duitsland was geregistreerd. Het Hof oordeelde hierover dat hierbij geen sprake was van misleiding, omdat consumenten meer waarde hechten aan de kwaliteit van een product dan aan de plaats waar het geregistreerd is.⁹⁹ In 1992 volgde de zaak Nissan. Deze betrof een importeur van Nissans die deze in Frankrijk onder de dealerprijs als nieuw aanbod. Deze auto's waren geïmporteerd uit België en daar al geregistreerd geweest. Er was echter nog niet in gereden en ze werden in Frankrijk als nieuw aangeprezen. De importeur werd aangeklaagd omdat hij niet in de advertentie vermeldde dat het om geïmporteerde modellen ging die minder accessoires bevatten dan de 'Franse' Nissans. Het Hof oordeelde in deze zaak dat er pas sprake is van misleiding wanneer een 'aanmerkelijk aantal consumenten' het product zou aanschaffen zonder te begrijpen dat het minder luxe auto's waren.

In de Mars uitspraak ontwikkelt het Hof het consumentbegrip verder. In deze uitspraak ging het om de vraag of de aanduiding +10% op een verpakking misleidend was voor een consument, omdat het stukje van de wikkel waarop stond '+10%' een significant groter gedeelte van de wikkel in beslag nam dan 10%. Het Hof oordeelde dat gekeken moet worden of de uiting misleidend is voor de "consument met een redelijk onderscheidingsvermogen".¹⁰⁰

In 1998 werd het consumentbegrip zoals dat nu nog steeds door het Hof wordt gebruikt geïntroduceerd in de Gut Springenheide uitspraak.¹⁰¹ In dit arrest ging het om een bedrijf dat eieren verkocht met op de verpakking de aanduiding '6-Korn - 10 frische Eier'. In de eierdoos zat tevens een informatieblaadje waarop werd ingegaan op de kwaliteit van de eieren door het speciale voer (dat voor 60% uit zes verschillende granen bestond). De Duitse toezichthouder vond deze informatie misleidend, omdat volgens hem werd gesuggereerd dat het voer volledig uit deze zes granen bestond en dat de eieren daardoor van bijzondere kwaliteit waren. Dit zou dan in strijd zijn met Verordening (EEG) nr. 1907/90, die bepaalt welke informatie op de verpakking van eieren moet voorkomen en dat de verpakking ook verkoopbevorderende vermeldingen mag bevatten, mits deze de consument niet kunnen misleiden.¹⁰² Deze kwestie was voor de Duitse rechter reden om aan het Hof van Justitie te vragen of bij de beoordeling of er sprake is van misleiding moet worden uitgegaan van de feitelijke verwachtingen van de relevante consument of dat een objectief puur juridisch consumentenbegrip moet worden gehanteerd.¹⁰³ Het Hof oordeelde dat een eventuele misleidende werking van een handelspraktijk moet worden uitgegaan van 'de vermoedelijke verwachting van een

⁹⁹ HvJ EG 13 december 1990, nr. C-238/89, *Jur.* 1990, p. I-4827 (*Pall / Dahlhausen*).

¹⁰⁰ HvJ EG 6 juli 1995, nr. C-470/93, *Jur.* 1995, p. I-1923 (*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln / Mars*).

¹⁰¹ HvJ EG 16 juli 1998, nr. C-210/96, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide and Tusky / Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*).

¹⁰² Verordening (EEG) nr. 1907/90 (*PbEG* 1990, L 173/5).

¹⁰³ Temmink 1998, p. 223.

gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument'. Deze definitie van de 'gemiddelde consument' heeft de Europese wetgever ook toegepast in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹⁰⁴

Naast de omschrijving zoals geformuleerd in Gut Springenheide is van belang wat het Hof overwoog in de eerdere uitspraak Graffione.¹⁰⁵ In die zaak maakte het Hof duidelijk dat de consument niet een uniform begrip is, maar dat de rechter bij toepassing van het consumentbegrip rekening moet houden met sociale, taalkundige en culturele factoren.¹⁰⁶ In deze zaak ging het om toiletpapier en papieren zakdoekjes die in Italië op de markt was gebracht onder de naam *Cotonelle*. Dit merk was door de Italiaanse rechter verboden, omdat de naam misleidend zou zijn door de suggestie dat de producten katoen bevatten. Hierop was Graffione gestopt met het aanbieden van de producten. Vervolgens was een ander bedrijf de producten vanuit Frankrijk en Spanje (waar *Cotonelle* niet verboden was) in Italië gaan importeren. Hierop stapte Graffione naar de Italiaanse rechter. Deze stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Dit overwoog hierop onder andere dat:

*“het wegens de taalkundige, culturele en sociale verschillen tussen de lidstaten mogelijk [is], dat een merk in dat de ene lidstaat niet misleidend is voor de consument, dit in een andere lidstaat wel is.”*¹⁰⁷

Dit is een nuance op de 'gemiddelde consument' die ruimte laat voor de nationale rechter om plaatselijke factoren mee te laten wegen. Na Gut Springenheide heeft het Hof deze nuance nog eens bevestigd in de 'Lifting' uitspraak in 2000. Deze zaak ging over een huidcrème die op de markt gebracht was door het bedrijf Lancaster. Het was een crème die de huid verstevigt en die van de fabrikant de aanduiding 'lifting' had gekregen. Concurrent Estée Lauder vond deze term misleidend, omdat dit zou suggereren dat de crème dezelfde werking zou hebben als een operatieve facelift. Het Hof oordeelde in deze zaak dat het aan de rechter is om te oordelen of de term 'lifting' misleidend is, waarbij de rechter sociale, culturele en taalkundige factoren in zijn overwegingen moet meenemen.¹⁰⁸

3.2.3 Verschil tussen de richtlijn en de jurisprudentie van het Hof

Bij de totstandkoming van de richtlijn is de gemiddelde consument zoals het Hof dat had geformuleerd overgenomen. Een handelspraktijk is verboden wanneer deze het keuzegedrag

¹⁰⁴ Richtlijn oneerlijke handelspraktijken overweging 18.

¹⁰⁵ HvJ EG 26 November 1996, nr. C-313/94, *Jur.* 1996 p. I-6039 (*Graffione / Ditta Fransa*).

¹⁰⁶ Van Dam 2009, p. 6.

¹⁰⁷ HvJ EG 26 November 1996, nr. C-313/94, *Jur.* 1996 p. I-6039 (*Graffione / Ditta Fransa*), ro. 22.

¹⁰⁸ HvJ EG 13 januari 2000, nr. C-220/98, *Jur.* 2000 p. I-117 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG / Lancaster Group GmbH ('Lifting')*).

van de gemiddelde consument ten aanzien van een transactie verstoort.¹⁰⁹ In de overweging 18 van de preambule van de richtlijn zegt de wetgever het volgende:

“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, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren, maar wordt er tevens voorzien in bepalingen die voorkomen dat wordt geprofiteerd van consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor oneerlijke handelspraktijken. Indien een handelspraktijk op een bepaalde groep consumenten gericht is, zoals bijvoorbeeld kinderen, is het wenselijk dat het effect van de handelspraktijk vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep wordt beoordeeld.”

Hier wordt een duidelijk verschil aangegeven tussen de richtlijn en de jurisprudentie van het Hof. In de rechtspraak van het Hof zijn deze kwetsbare groepen niet aan de orde gekomen. In overweging 19 van de richtlijn zijn deze kwetsbare groepen nader uitgewerkt. Als mogelijke kenmerken worden daar genoemd de leeftijd en geestelijke of lichamelijke handicap of lichtgelovigheid. In Nederland is deze bepaling geïmplementeerd in artikel 6:193 a lid 2 BW.

3.3 Het achterliggende consumentenbegrip

3.3.1 Naïeve consument en bovengemiddelde consument

In de richtlijn wordt uitgegaan van een geobjectiveerd consumentbegrip. Dit kan voor consumenten, en zeker naïeve consumenten, in voorkomende gevallen nadelige gevolgen hebben. De Vrey geeft als voorbeeld dat er in het geval van bedreiging in de zin van art 3:44 BW een verschil kan zijn in de bescherming op grond van het ‘gemiddelde consument’ criterium en het in de Nederlandse literatuur en wetgeving gehanteerde criterium van de redelijk oordelende consument.¹¹⁰ Bij het criterium van de redelijk oordelende consument speelt namelijk de situatie van de persoon in kwestie een rol, waardoor er in dit criterium ook een subjectief aspect zit. In het criterium van de gemiddelde consument is geen ruimte voor subjectivering. Wel wordt er rekening gehouden met de kwetsbaarheid van bepaalde groepen, maar in gevallen dat een kwetsbare groep direct wordt benaderd door de handelaar is het altijd het gemiddelde lid van die groep dat als referentiepunt geldt. Ook wanneer rekening wordt gehouden met de eerder genoemde maatschappelijke, culturele of taalkundige factoren zal niet de individuele consument centraal staan, maar altijd de (nationale, regionale) groep

¹⁰⁹ Artikel 5 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

¹¹⁰ De Vrey 2006b, p.56-57.

consumenten waartoe hij behoort. Gevolg van het objectieve consumentbegrip is dat consumenten die naïef zijn niet onder de bescherming vallen van handelspraktijkenwetgeving.

Naast naïeve consumenten bestaat ook de consument die juist sterker staat dan de gemiddelde consument. Deze deskundige consument, die mogelijk geen bescherming nodig heeft, omdat hij immers bijzondere kennis en ervaring heeft, wordt echter wel beschermd, mits de handelspraktijk zich richt op consumenten in het algemeen. Dit is een vreemde situatie, omdat zo iemand die deskundig is, maar zich naïef gedraagt, toch beschermd wordt. In het TMF-arrest van de Hoge Raad uit 2008 deed deze situatie zich voor.¹¹¹ TMF Financial Services gaf een brochure uit teneinde investeerders te vinden voor een bouwproject in Spanje. Dit bouwproject ging uiteindelijk niet door en de beleggers, allen met ervaring in de zakenwereld, leden schade. Zij vorderden schadevergoeding omdat er naar hun mening in de brochure sprake was van misleidende reclame (artikel 6:194 BW). Naar het oordeel van de Hoge Raad was vast komen te staan dat de brochure wel gericht was op deze ervaren beleggers, maar de exclusiviteit van die doelgroep was niet gewaarborgd. De Hoge Raad oordeelde dat wanneer die exclusiviteit niet is gewaarborgd, de handelaar zijn handelspraktijken moet afstemmen op de gemiddeld geïnformeerde omzichtige en oplettende consument in het algemeen, met als gevolg dat er zwaardere eisen worden gesteld aan de informatieplicht van de handelaar.¹¹²

3.3.2. Kwetsbare groepen

In het voorgaande kwam al aan de orde dat de wetgever groepen die vanwege bepaalde kenmerken naar zijn idee gevoeliger zijn voor bepaalde handelspraktijken extra bescherming wil geven, wanneer een handelaar zich specifiek op die groep richt. Een treffend voorbeeld hiervan zijn de in Nederland bekende busreisjes met verkoopdemonstratie die met name zijn gericht op ouderen¹¹³. Consumenten kunnen gratis of voor een klein bedrag deelnemen aan dergelijke reisjes, waarbij allerlei lokkertjes worden gebruikt zoals gratis koffie, lunch en cadeaus. Tijdens de reis krijgen de deelnemers een indringende verkoopdemonstratie, waarbij ze onder druk worden gezet om dure producten te kopen. Veel deelnemers kunnen of durven geen ‘nee’ te zeggen tegen de ervaren verkopers en schaffen artikelen aan die niet aan hun verwachtingen voldoen.¹¹⁴ De extra bescherming voor kwetsbare groepen kan ouderen mogelijk de nodige bescherming bieden tegen oneerlijke handelaren die hen lokken met mooie reisjes.

¹¹¹ HR 30 mei 2008, RvdW 2008, 565.

¹¹² Hirdes & Lusingh Scheurleer 2008, p. 252. Zij geven het hanteren van beperkingen in de circulatie en verkoop als voorbeeld om de exclusiviteit te waarborgen.

¹¹³ Zie hierover bijvoorbeeld de website van de Consumenten Autoriteit, ConsuWijzer.nl: http://www.consuwijzer.nl/Consumentennieuws/Nieuwsarchief/2007/December_2007/Infoflits_Aankopen_tijdens_busreis en het nieuwsbericht van 8 juli 2010 op de website van de consumentenbond:

<http://www.consumentenbond.nl/actueel/nieuws/nieuwsoverzicht-2010/>

¹¹⁴ Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 2 april 2004, LJN BI1561.

Op het bieden van extra bescherming aan kwetsbare groepen is in de literatuur kritisch gereageerd. Stuyck, Terryn en Van Dyck hebben vraagtekens gesteld bij de criteria die worden genoemd om ‘zwakkere’ groepen te definiëren. De richtlijn kijkt naar de factoren leeftijd, geestelijke of lichamelijke handicap en lichtgelovigheid. Stuyck e.a. wijzen op twee Amerikaanse onderzoeken naar frauduleuze handelspraktijken. In geen van beide onderzoeken kwamen de criteria die in de richtlijn zijn opgenomen naar voren als risicofactoren om slachtoffer te worden van deze praktijken. In het eerste onderzoek werd geconcludeerd dat de factoren die de kwetsbaarheid vergroten vooral ras, etniciteit, verwachtingen over het toekomstige inkomen en tevredenheid over de schuldenlast zijn. Uit het tweede onderzoek bleek dat de relevante factoren leeftijd en opleidingsniveau zijn, maar niet op de manier zoals misschien verwacht zou worden. Oudere consumenten en consumenten zonder middelbare schooldiploma liepen juist minder risico om slachtoffer te worden van fraude. Deze onderzoeken roepen de vraag op of de criteria zoals die nu gelden wel de juiste zijn.¹¹⁵

Ook Incardona & Poncibò zijn kritisch over het speciale beleid voor ‘kwetsbare’ consumentengroepen. Zij zien diverse onduidelijkheden, bijvoorbeeld in de definiëring van de groepen (wat is goedgelovigheid bijvoorbeeld) en de afbakening van de groepen. Dit leidt tot rechtsonzekerheid bij handelaren en kan daardoor de handel belemmeren, terwijl het doel van de richtlijn juist is om de grensoverschrijdende handel te bevorderen. Daarnaast vinden zij het benoemen van deze groepen ook paternalistisch en geen toegevoegde waarde hebben naast de bestaande definitie van de gemiddelde consument.¹¹⁶

Duivenvoorde wijst er in zijn artikel op dat de drie criteria waaraan moet worden voldaan om als kwetsbare groep extra bescherming te krijgen, moeilijk zijn te vervullen: de groep consumenten moet voor de handelaar duidelijk herkenbaar zijn, de handelspraktijk moet zich alleen op die specifieke groep richten en het risico van benadeling van de groep moet ook nog eens voorzienbaar zijn voor de handelaar. Deze cumulatieve voorwaarden maken het niet makkelijk om extra bescherming te krijgen. Bovendien is de kwetsbaarheid beperkt tot de drie factoren die genoemd worden in de wettelijke bepaling: leeftijd, handicap of goedgelovigheid. Hij vraagt zich af of het vaak structureel niet-rationele gedrag van de consument door deze uitzonderingen wordt ondervangen, omdat mensen *in het algemeen* beperkt rationeel handelen en niet alleen specifieke groepen.¹¹⁷

¹¹⁵ Stuyck, Terryn & Van Dyck 2006, p. 122.

¹¹⁶ Incardona & Poncibò 2007, p. 28-29.

¹¹⁷ Duivenvoorde 2010, p. 534.

3.4 Achtergrond van het consumentenbeeld

Om goed te begrijpen waarom de wetgever ervoor heeft gekozen om het begrip ‘gemiddelde consument’ te hanteren in de richtlijn is het belangrijk om het achterliggende consumentenbeeld te kennen. Deze ‘gemiddelde consument’ is redelijk geïnformeerd, redelijk omzichtig en oplettend. Zoals in het voorgaande duidelijk werd is de gemiddelde consument geleidelijk ontstaan in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Incardona en Poncibò zien de gemiddelde consument zoals deze is geformuleerd in het Gut Springenheide arrest als de laatste stap van een proces waarin het Hof de consument heeft gedefinieerd als verstandig, oplettend en omzichtig. Daarbij is het Hof van mening dat de consument in staat is om de boodschap die schuil gaat achter handelspraktijken kritisch en genuanceerd te analyseren.¹¹⁸ Dit wordt goed weergegeven in de opinie van AG Fennely in de ‘Lifting’ zaak:

*“The opinion is that consumers will inform themselves about the quality and price of products and will make intelligent choices”.*¹¹⁹

Incardona en Poncibò menen dat het Hof van Justitie het beeld van de consument baseert op de traditionele rechtseconomie. Daarin wordt er van uitgegaan dat consumenten bij het maken van beslissingen anticiperen op de verwachte uitkomsten van hun beslissingen. Consumenten zijn rationeel en in staat om in te schatten wat de verwachte uitkomsten zijn van onzekere beslissingen. Zo kunnen ze de uitkomst kiezen die hun nut maximaliseert op het moment dat ze de beslissing nemen. Als gevolg van deze veronderstelde rationaliteit zijn consumenten in belangrijke mate verantwoordelijk voor hun eigen keuzes. Dit beperkt tegelijkertijd de potentiële aansprakelijkheid van de handelaar. Dit beeld van de rationele consument rust op twee grondslagen. De eerste is dat de consument rationeel is en altijd in staat is om met de informatie waar hij over beschikt de beslissing te nemen die op basis van die informatie de beste is. Het tweede hangt daar sterk mee samen: omdat de goed geïnformeerde consument altijd de juiste keuze maakt, moet hij beschikken over alle relevante informatie. Heeft de consument alle benodigde informatie dan maakt hij altijd de juiste keuze.¹²⁰

Op dit consumentbeeld is door verschillende auteurs kritiek geleverd. Tegen de aanname dat de consument de goede rationele beslissing neemt mits hij alle benodigde informatie krijgt zijn verschillende bezwaren aan te voeren. Het uitgangspunt in de richtlijn is dat de consument juiste informatie moet krijgen, zo niet dan is er sprake van een oneerlijke handelspraktijk (zie artikel 6 lid 1 en 7 lid 1 Richtlijn OHP). Incardona en Poncibò betogen dat ook indien de consument alle informatie krijgt, dit niet zonder meer betekent dat hij

¹¹⁸ Incardona & Poncibò 2007, p. 30.

¹¹⁹ Opinie van AG Fennely van 16 december 1999 in de zaak *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG / Lancaster Group GmbH* (‘Lifting’), nr. C-220/98, *Jur.* 2000 p. I-117 r.o. 25.

¹²⁰ Incardona & Poncibò 2007, p. 31.

hierdoor de juiste keuze maakt. Het aanbieden van de informatie betekent niet dat deze ook de aandacht van de consument krijgt. Consumenten zijn niet in staat om alle informatie om hen heen in zich op te nemen, hun waarnemingsvermogen is beperkt.¹²¹ Daarbij kan een consument ook niet een oneindige hoeveelheid informatie verwerken. Wanneer er teveel van is ontstaat er een overdaad aan informatie die kan leiden tot het nemen van verkeerde beslissingen. Het risico bestaat dat essentiële informatie over het hoofd wordt gezien of de consument in verwarring raakt. Ook kan het verwerken van teveel informatie veel tijd en moeite kosten, wat niet in verhouding staat tot de baten. Een en ander kan er toe leiden dat de consument door een te groot informatieaanbod verkeerde keuzes maakt.¹²²

Naast de problemen bij het aanbieden en verwerken van informatie is een belangrijk aspect dat iedere consument informatie op zijn eigen manier interpreteert. Mensen verwerken informatie niet volledig objectief. Verwachtingen spelen een rol, mensen zien en horen wat ze verwachten te zien en te horen.

Ook de ervaring van de individuele consument is belangrijk bij het ontvangen en verwerken van informatie. Mensen nemen vaak beslissingen op basis van ervaringen in het verleden of op grond van vuistregels die ze zich eigen hebben gemaakt. Als consumenten goede ervaringen hebben gehad met een product of dienst, dan is het voor de hand liggend om daar weer opnieuw voor te kiezen. Ook al weet men dat het goed mogelijk is dat er betere alternatieven bestaan. Bij verschillende typen producten en diensten kan dezelfde consument ook op een verschillende manier tot een beslissing komen. Bij producten voor dagelijks gebruik die vaak worden aangeschaft zal een consument makkelijk op grond van zijn ervaringen kiezen, bij duurzame goederen kan dit anders liggen.¹²³

Incardona & Poncibò betogen ook dat de consument lang niet altijd rationeel handelt, maar zich vaak door zijn emoties laat leiden. Zij wijzen op onderzoek waaruit blijkt dat de stemming waarin een consument verkeert van invloed is op de waardering voor een product. Een goed gehumeurde consument oordeelt positiever, neemt sneller een beslissing en is makkelijker te overtuigen. Bij een negatief gemoed is dit tegenovergesteld. Daarnaast speelt ook de sociale omgeving van de consument een rol. Consumenten kiezen niet altijd voor het beste product, maar maken een keuze die ze sociaal wenselijk achten, bijvoorbeeld omdat ze kiezen voor de status die het product hen zou geven. Ook laten consumenten zich beïnvloeden door anderen. Zo kan het dat voorkomen dat consumenten geschreven waarschuwingen op producten negeren, omdat hen iets anders gezegd wordt door iemand die zij vertrouwen.¹²⁴

¹²¹ Incardona & Poncibò 2007, p. 31.

¹²² Van Raaij 2010, p. 59-61.

¹²³ Incardona & Poncibò 2007, p. 32-33.

¹²⁴ Incardona & Poncibò 2007, p. 33-34.

Het consumentenbeeld dat als uitgangspunt is genomen voor de gemiddelde consument is, zo blijkt, niet onomstreden. Er zijn diverse factoren die er voor zorgen dat de consument, ook wanneer hem volledige informatie wordt aangeboden, niet op een rationele manier tot de meest optimale keuze komt. In de volgende paragraaf zal ik bespreken of er alternatieven zijn voor dit consumentbeeld.

3.5 Alternatieve benadering

Zoals duidelijk is geworden zijn er bezwaren tegen het gebruik van het begrip ‘gemiddelde consument’. Op het rationele mensbeeld wordt vanuit de gedragswetenschappen veel kritiek geuit.

“We baseren onze beslissingen vaak meer op basis van emotie dan op rationele analyse. We hebben vaak niet de beschikking over de informatie die we nodig hebben om een rationele beslissing te maken, hebben moeite om de informatie tot ons te nemen of hebben simpelweg niet de tijd om die informatie door te nemen. En we maken vaak gebruik van heuristieken (mental shortcuts) om tot beslissingen te komen, zeker met betrekking tot complexe beslissingen. Op basis hiervan kan men zich afvragen of de consument wel zo geïnformeerd, oplettend en omzichtig is als op basis van het criterium wordt verondersteld.”¹²⁵

De vraag die dan gesteld kan worden is waarom er ondanks al die kritiek toch gebruik wordt gemaakt van een consumentbegrip dat is gebaseerd op onjuiste veronderstellingen. De toepassing van het begrip gemiddelde consument (redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend) leidt er toe dat er hoge eisen worden gesteld aan de consument. De reden om dit begrip gemiddelde consument te hanteren wordt uitgelegd door advocaat-generaal Trstenjak in de Mediaprint zaak. Trstenjak merkt hierover kort samengevat het volgende op:

Het evenredigheidsbeginsel ligt aan de basis: er is een afweging nodig tussen aan de ene kant het streven naar een interne markt met vrije mededinging en aan de andere kant de bescherming van consumenten. Een te grote consumentenbescherming zou het vrije verkeer van goederen en daarmee de interne markt kunnen beperken. Daarnaast draagt het begrip bij aan een uniforme rechtspraak in de Europese Unie.¹²⁶

Duivenvoorde wijst erop dat het voor het recht niet noodzakelijk is dat de consument daadwerkelijk rationeel handelt. Voor het recht wordt hij in ieder geval geacht om zo te

¹²⁵ Van Duivenvoorde 2010, p. 533.

¹²⁶ Opinie AG Trstenjak van 24 maart 2010 in de zaak *Mediaprint*, C-540/08, r.o. 102.

handelen en wanneer hij dit niet doet, is dit voor eigen rekening. Hij merkt op dat als het ware een gedragsstandaard wordt gesteld voor de consument.¹²⁷

Is er een bruikbaar alternatief consumentbegrip dat tevens recht doet aan de doelen van Europese consumentenbescherming? In de literatuur is hierover weinig te vinden. Veel auteurs wijzen op de beperkingen van het gemiddelde consumentbegrip en de theorie over de rationeel handelende mens. Incardona en Poncibò suggereren dat cognitieve psychologie en het onderzoeksgebied recht en sociale wetenschappen zouden kunnen bijdragen aan een beter begrip van de gemiddelde consument. Hun suggestie is dat de Europese wetgever meer aandacht moet besteden aan het gedrag van de consument, die geen puur rationele actor is. Zij adviseren om het consumentbegrip aan te passen. Er moet niet worden uitgegaan van een gemiddelde of kwetsbare consument, maar van een consument die daadwerkelijk beïnvloed wordt door psychologische, sociale en culturele factoren.¹²⁸

Kabel sluit hier bij aan in zijn inaugurele rede. Hij bespreekt daarin het gebruik van marktonderzoek door de rechter bij het bepalen welke gevolgen gedrag van handelaren heeft op consumenten. Hij heeft het daarbij over de wakkere consument, waarmee hij doelt op de definitie van de gemiddelde consument zoals deze is gegeven in de Gut Springenheide zaak: ‘een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’.¹²⁹ Kabel meent dat de “wakkere consument in de rechterlijke uitspraken over bekendheid, onderscheidend vermogen en verwarring eigenlijk alleen maar een verplichte riedel oplevert, zonder inhoudelijk doorslaggevende betekenis.” De fictie van de ‘wakkere consument’ staat te ver van de werkelijkheid af en hij pleit daarom voor een feitelijke empirische benadering, in plaats van te werken met veronderstellingen over consumentengedrag. Op deze manier kan er met een genuanceerdere fictie worden gewerkt dan die van de wakkere consument.¹³⁰

3.6 Conclusie

Consumentenbescherming staat centraal in de oneerlijke handelspraktijkenregeling. Deze bescherming botst in potentie met een van de belangrijkste doelen van de Europese Unie: het tot stand brengen van een interne markt met vrij verkeer van goederen. Te grote bescherming voor de consument kan belemmerend werken op de handel doordat ondernemingen aan teveel eisen moeten voldoen. Om dit te voorkomen is in de richtlijn het door het Hof van Justitie geïntroduceerde begrip ‘gemiddelde consument’ opgenomen. Handelspraktijken zijn alleen verboden wanneer zij oneerlijk zijn tegenover de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument. Het gebruik van dit abstracte consumentbegrip heeft als nadelig effect

¹²⁷ Duivenvoorde 2010, p. 533.

¹²⁸ Incardona & Poncibò 2007, p 35-36.

¹²⁹ Kabel 2005, p. 12.

¹³⁰ Kabel 2005, p. 25.

dat consumenten niet altijd de bescherming van de nieuwe regelgeving genieten. Zoals blijkt uit de gedragswetenschappelijke onderzoeken zijn consumenten vaak niet zo goed geïnformeerd en oplettend als wordt verondersteld en nemen zij hun beslissingen ook vaak niet omzichtig. De in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken opgenomen extra bescherming voor kwetsbare groepen blijkt in de praktijk bijna een wassen neus te zijn, omdat de omschrijving zo strikt is dat het moeilijk is om onder de regeling te vallen. Daarnaast sluit de definiëring van de groepen niet aan bij de variabelen waarvan uit onderzoek is gebleken dat deze bepalend zijn voor een verhoogde kwetsbaarheid voor oneerlijke handelspraktijken.

Het is zaak om de consument beter te beschermen, maar tegelijkertijd het vrije verkeer niet te belemmeren. Hoe dit gerealiseerd zou moeten worden is in de literatuur nog niet uitgewerkt. Schrijvers komen niet verder dan te constateren dat de consument niet adequaat wordt beschermd. Incardona en Poncibò doen een poging om tot een oplossing te komen, maar zij komen niet verder dan de suggestie dat het consumentbegrip concreter moet worden en beter aan moet sluiten bij de sociale, culturele en psychologische factoren die de consument beïnvloeden. Kabel zoekt het in de rechtspraak door de suggestie dat de rechter bij het bepalen van de 'gemiddelde consument' gebruik moet maken van marktonderzoek in plaats van een fictief begrip en algemene ervaringsregels. Het gebruik van de abstractie van de gemiddelde consument is geen optimale oplossing, maar een bruikbaar alternatief is dus vooralsnog niet voorhanden.

4. Bescherming van ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken

4.1 Inleiding

De richtlijn beschermt consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen. Bij de Nederlandse implementatie van deze richtlijn heeft de wetgever ervoor gekozen om dit toepassingsgebied over te nemen en geen andere groepen onder de bescherming van de richtlijn te brengen, ook al was die mogelijkheid er wel. Niet-consumenten zoals ondernemingen worden daarom niet op dezelfde manier beschermd tegen oneerlijke handelspraktijken als consumenten. Dit lijkt een vreemde keuze, zoals wordt verwoord in het advies dat de Vereniging voor Reclamerecht uitbracht naar aanleiding van de richtlijn en de toen nog aanstaande implementatie daarvan in Nederland:

“Wat oneerlijk is, hoeft natuurlijk niet afhankelijk te zijn van de vraag tegenover wie iets oneerlijk is. [...] Een misleidende of agressieve handelspraktijk zou tegenover niemand toelaatbaar mogen zijn, ook niet tegenover diegenen die niet beantwoorden aan de definitie van ‘consument’.”¹³¹

In Nederland is een groot aantal kleine ondernemingen actief, waaronder ongeveer een half miljoen zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers)¹³². Zoals ik in dit hoofdstuk zal laten zien verschillen met name deze kleine ondernemingen in het economisch verkeer weinig van consumenten. Het zou daarom voor de hand liggend zijn om zeker kleine ondernemingen ook te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken.

De keuze ondernemingen niet te laten vallen onder de bescherming van de nieuwe oneerlijke handelspraktijkenwetgeving betekent niet dat ondernemingen in het geheel geen bescherming krijgen tegen oneerlijke handelspraktijken. Ondernemingen kunnen alternatieve rechtsmiddelen aanwenden. De al bestaande Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame blijft tenslotte bestaan¹³³ en beschermt sinds de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken alleen nog niet-consumenten tegen deze oneerlijke reclame. De bescherming die de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame biedt is echter beperkter dan die van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De agressieve handelspraktijken uit de nieuwe richtlijn (geïmplementeerd in artikel 6:193h en 6:193i BW) zijn niet opgenomen in de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame. Bovendien kent de Richtlijn misleidende en

¹³¹ Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 2.

¹³² Verdel 2008, p. 34.

¹³³ Zij het opnieuw gecodificeerd in Richtlijn 2006/114/EG.

vergelijkende reclame geen zwarte lijst met handelspraktijken die te allen tijde als oneerlijk worden aangemerkt.. Een dergelijke lijst komt wel voor in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Deze lijst, die in Nederland is opgenomen in de artikelen 6:193g en 6:193i BW, geeft slachtoffers van oneerlijke handelspraktijken een sterke positie ten opzichte van de handelaar.¹³⁴

In dit hoofdstuk zal ik onderzoeken waarom de keuze is gemaakt om ondernemingen (en andere niet-consumenten) niet dezelfde bescherming te geven als consumenten. Ik zal mij daarbij richten op de onderneming als direct slachtoffer van oneerlijke handelspraktijken. Acquisitiefraude en het verzenden van spooknota's zijn praktijken die oneerlijk zijn en specifiek gericht worden op ondernemingen. Aan de orde komt of het problematisch is dat de Wet oneerlijke handelspraktijken ondernemingen niet beschermt, of dat ondernemingen andere mogelijkheden hebben om op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken. Hebben zij bijvoorbeeld de mogelijkheid om via reflexwerking toch onder de bescherming te vallen? Kleine ondernemingen hebben die mogelijkheid namelijk ook bij onredelijke bedingen in algemene voorwaarden. Zij kunnen een beroep doen op reflexwerking van de grijze en zwarte lijsten die zijn ingevoerd om consumenten te beschermen. Een dergelijke constructie zou ook in het geval van oneerlijke handelspraktijken kunnen worden gebruikt om ondernemers toch onder de bescherming van de Wet oneerlijke handelspraktijken te brengen.

4.2 Achtergrond van het onderscheid tussen ondernemingen en consumenten

De richtlijn is tot stand gekomen vanuit de behoefte om enerzijds te zorgen voor goede consumentenbescherming in de hele Europese Unie en anderzijds om de intracommunautaire handel te bevorderen. Zoals in hoofdstuk 1 al aan de orde kwam werd het initiatief voor de richtlijn genomen door het directoraat-generaal Gezondheids- en Consumentenbescherming van de Europese Commissie dat zich richt op de belangen van consumenten binnen de Unie. Het is daarom niet vreemd dat de richtlijn alleen consumenten beschermt tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen.¹³⁵ Er is wel gesproken over de vraag of ondernemingen dezelfde bescherming zouden moeten krijgen als consumenten, maar dit vond de Europese Commissie niet nodig. Een belangrijke reden om die bescherming niet toe te kennen aan ondernemingen blijkt uit het werkdocument van de Commissie.

¹³⁴ Verdel 2008, p. 35.

¹³⁵ De Vrey 2004, p. 4.

*“Het is zo dat commerciële relaties tussen bedrijven op zich veel gelijkjer zijn dan de relaties tussen bedrijven en consumenten, daarom hebben bedrijven over het algemeen minder behoefte aan bescherming..”*¹³⁶

Verdel bestrijdt dit argument.¹³⁷ Hij geeft aan dat er in Nederland van de ongeveer 800.000 ondernemingen ongeveer een half miljoen zzp-ers zijn. Net als consumenten staan deze ondernemers er betrekkelijk alleen voor in hun verhouding tot andere ondernemingen. Het ontbreekt zzp-ers in veel gevallen aan macht om te kunnen spreken van een gelijkwaardige verhouding.

De Nederlandse wetgever had de mogelijkheid om in ons land bij de implementatie van de richtlijn ook ondernemingen dezelfde bescherming te geven als consumenten. In hoofdstuk 1 besprak ik al de maximumharmonisatie van de richtlijn. Deze maximumharmonisatie ziet op het niveau van bescherming, dat mag niet verhoogd of verlaagd worden. De richtlijn laat lidstaten echter vrij om het bereik van de bescherming uit te breiden naar niet-consumenten. De Nederlandse regering heeft bij de implementatie getracht om de richtlijn zo direct mogelijk over te nemen in de wetgeving. Daarbij is gekozen om het bereik van de richtlijn niet uit te breiden. Tijdens de behandeling van de implementatiewetgeving in het parlement zijn hier door diverse fracties wel vragen over gesteld. Met name de positie van kleine ondernemingen kreeg hierbij aandacht, onder andere van de CDA fractie:

*“De leden van de CDA-fractie zijn van mening dat het midden- en kleinbedrijf (MKB) in verschillende wetten ten onrechte gelijk wordt gesteld aan het grootbedrijf, onder meer omdat grote bedrijven vaak over meer specialistische kennis beschikken. De filosofie achter de regeling van de algemene voorwaarden in het Burgerlijk Wetboek, waarin alleen consumenten en kleinere bedrijven een beroep kunnen doen op de open norm van art. 6:233, spreekt deze leden aan. De bepalingen van de onderhavige richtlijn gelden alleen in de verhouding tussen ondernemingen en consumenten. Is het naar de mening van de regering wenselijk om naast consumenten ook kleinere bedrijven te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken?”*¹³⁸

¹³⁶ Werkdocument van de diensten van de Commissie. Uitgebreide effectbeoordeling richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke ‘business-to-consumer’-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de Richtlijnen 84/50/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). COM(2003)356 final, 18 juni 2003, (SEC2003) 724.

¹³⁷ Verdel 2008, p. 34.

¹³⁸ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 6, p. 3 (Verslag).

De regering deed deze vraag met een kort antwoord af:

*“Het wetsvoorstel ziet alleen op de bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken. Dit is in overeenstemming met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Wij zijn van oordeel dat er geen reden is de bescherming waarin het wetsvoorstel voorziet, uit te breiden tot kleine ondernemingen. Dat laat onverlet dat kleine bedrijven die worden benadeeld door oneerlijke handelspraktijken, hiertegen kunnen optreden op basis van bestaande mogelijkheden in het burgerlijk recht (zoals onrechtmatige daad, dwaling of bedrog) of aangifte kunnen doen van oplichting of verduistering bij de politie.”*¹³⁹

Ook de PvdA had aandacht voor de positie van kleine ondernemingen. Ook hierop reageerde de regering afwijzend met de opmerking dat bescherming van kleine ondernemingen niet in Nederland zou moeten worden opgepakt, maar op Europees niveau:

*“De leden van PvdA-fractie vragen of de in het wetsvoorstel geregelde consumentenbescherming ook gaat gelden voor (kleinere) MKB-ondernemers of zelfstandigen zonder personeel. Ook stelden zij de vraag of op grond van het wetsvoorstel ook acquisitiefraude met spooknota's en dergelijke kunnen worden aangepakt. Het wetsvoorstel volgt op dit punt de richtlijn. De vraag of het MKB dezelfde bescherming behoeft, vraagt een afweging die, gelet op het niveau van rechtsbescherming, beter op Europees niveau kan worden gemaakt. Acquisitiefraude met spooknota's en dergelijke wordt in de praktijk vaak gepleegd jegens (kleine) ondernemers. Aangezien het wetsvoorstel niet ziet op de bescherming van ondernemers tegen oneerlijke handelspraktijken, kunnen dergelijke praktijken gericht op de ondernemer niet op basis van het wetsvoorstel worden bestreden.”*¹⁴⁰

Er is dus door verschillende politieke partijen vergeefs gepleit voor een betere bescherming van kleine ondernemingen. Was de vraag van deze partijen terecht? Zijn kleine ondernemingen vergelijkbaar met consumenten? Verdel laat in zijn artikel zien dit het geval is.¹⁴¹ Hij betoogt dat de reden dat consumenten meer bescherming behoeven dan ondernemingen, namelijk dat zij minder ervaring, kennis en draagkracht hebben bij het aangaan van overeenkomsten, ook geldt voor veel ondernemingen en zeker voor zzp'ers. Wanneer specifiek wordt gekeken naar deze zzp'ers dan blijkt dat het vooroordeel dat zelfstandigen ondernemer zijn geworden vanuit financiële motieven lang niet altijd opgaat. Een groot deel van de zelfstandigen is dit geworden uit noodzaak, omdat zij anders niet aan de

¹³⁹ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 6 (NV).

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 7 (NV).

¹⁴¹ Verdel 2008, p. 35-36.

slag konden komen vanwege leeftijd, economische omstandigheden of arbeidsongeschiktheid. Dat zij ondernemer geworden zijn betekent daarom niet dat zij als zzp'er (vanzelf) de sterke positie bezitten die zij verondersteld worden te hebben. Verdel merkt in dit verband op:

*“Juridische kennis, boekhoudkundige kennis en andere ondernemersvaardigheden behoren niet tot het pakket dat automatisch verstrekt wordt wanneer iemand zzp'er wordt.”*¹⁴²

Ook betekent het ondernemerschap voor veel zzp'ers niet dat zij hogere inkomsten hebben dan werknemers die vergelijkbaar werk doen. De verdiensten van zzp'ers zijn over het algemeen lager dan die van werknemers in een vergelijkbare positie.¹⁴³ Ook het beeld dat kleine ondernemers van zichzelf hebben verschilt niet wezenlijk van dat van een consument. Illustratief is het voorbeeld dat door een ondernemer wordt gegeven in het onderzoek van Huisman en Van de Bunt naar acquisitiefraude in Nederland:

*“Stel dat iemand twee koffiezetapparaten koopt waarvan een voor zichzelf en de ander wordt bij het bedrijf neergezet. Voor degene die hij voor thuis koopt wordt hij wel beschermd en voor de andere niet. Dat is toch vreemd? Er is geen wezenlijk verschil tussen de twee aankopen.”*¹⁴⁴

Een laatste illustratie van het geringe verschil tussen consumenten en zzp'ers ontleent Verdel aan recent Eurobarometer onderzoek. Uit dat onderzoek bleek dat zowel een groot deel van de consumenten (45%), als een groot deel van de zelfstandigen (41%) onzeker is bij het kopen over de grens. Deze percentages liggen niet ver uiteen, er is weinig verschil in economisch gedrag. Met het oog op één van de doelen van de richtlijn, het bevorderen van de intracommunautaire handel, zou het zinvol zijn om ook kleine ondernemingen te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken.¹⁴⁵

Er zijn dus goede argumenten om kleine ondernemingen op dezelfde manier te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken als consumenten. De richtlijn en de Nederlandse implementatie hebben niet geleid tot bredere bescherming van (kleine) ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken. Kritische vragen in de Tweede Kamer hierover hebben niet geleid tot aanpassing van de regelgeving. Het is de vraag of dat terecht is, want is er wel een wezenlijk verschil tussen (kleine) ondernemingen en consumenten als we kijken naar de macht die zij hebben in hun relaties tot (grote) ondernemingen? Deze vraag zal ik in paragraaf

¹⁴² Verdel 2008, p. 36.

¹⁴³ Verdel 2008, p. 36.

¹⁴⁴ Huisman & Van de Bunt 2009, p. 80.

¹⁴⁵ Verdel 2008, p. 37.

5 aan de orde stellen, waarin ik commentaar op het onderscheid tussen ondernemingen en consumenten zal bespreken. Eerst zal ik in paragraaf 3 bekijken of ondernemingen eigenlijk wel slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken. Is de vraag of zij bescherming nodig hebben geen theoretische kwestie? In paragraaf 4 zal ik aandacht besteden aan de mogelijkheden die ondernemingen hebben om op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken.

4.3 Oneerlijke handelspraktijken gericht op ondernemingen

Zoals in paragraaf 2 bleek is er een onderscheid gemaakt tussen ondernemingen en consumenten waar het gaat om bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken. Het achterliggende motief is dat ondernemingen deze bescherming niet nodig zouden hebben, omdat zij minder kwetsbaar zouden zijn. Zij worden geacht een sterkere positie in te kunnen nemen tegenover handelaren. In de praktijk blijkt dat ook ondernemingen slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken. Er zijn bovendien malafide handelaren die zich met oneerlijke handelspraktijken specifiek op ondernemingen richten. De oneerlijke praktijken die daarbij worden toegepast zijn toegespitst op ondernemingen als afnemer.

*“Nederlandse ondernemingen worden geregeld geconfronteerd met misleidende aanbiedingen voor advertenties in een tijdschrift of naamsvermeldingen op een website. Ook worden massaal spookfacturen verstuurd met betrekking tot diensten die in het geheel niet verricht zijn.”*¹⁴⁶

De hier bedoelde misleidende aanbiedingen worden ook wel acquisitiefraude genoemd en zijn per definitie gericht op ondernemingen en niet op consumenten. De praktijken die deze aanbieders gebruiken vallen veelal onder het bereik van oneerlijke handelspraktijken uit afdeling 6.3.3a BW. De methode die het meest wordt gebruikt is het ongewenst en hardnekkig aandringen per telefoon, fax en e-mail. Dit is een praktijk die is opgenomen in de zwarte lijst van artikel 6:193i onder c BW.¹⁴⁷ Ook komt het regelmatig voor dat een aanbieder zich voordoet als een betrouwbare organisatie. Een bekend voorbeeld is de organisatie Kantoor voor Klanten (KvK) die facturen stuurde naar ondernemingen in heel Nederland voor de registratie op de website kvkhandelsregister.nl. Door het gehanteerde logo en de briefopmaak werd verwarring gesticht, omdat het leek alsof bedrijven een factuur kregen van de Kamer van Koophandel. Veel ondernemers betaalden de factuur in de veronderstelling dat ze betaalden voor hun registratie bij de Kamer van Koophandel.¹⁴⁸ Ook deze praktijk kan als oneerlijk worden aangemerkt, omdat het misleidend is volgens artikel 6:193g onder m BW: het doen alsof een dienst van een andere organisatie afkomstig is.

¹⁴⁶ Huisman & Van de Bunt 2009, p. 1.

¹⁴⁷ Huisman & Van de Bunt 2009, p. 79.

¹⁴⁸ Huisman & Van de Bunt 2009, p. 38.

Niet-consumenten kunnen net als consumenten slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken. Er worden op grote schaal oneerlijke handelspraktijken gehanteerd die specifiek gericht zijn op ondernemingen. Deze handelspraktijken vallen vaak onder de omschrijving van de Wet oneerlijke handelspraktijken. Door de beperking tot bescherming van consumenten hebben gedupeerde ondernemingen daar echter geen baat bij.

4.4 Bescherming van ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken

Ondernemingen genieten niet de bescherming van afdeling 6.3.3a BW tegen oneerlijke handelspraktijken. De vraag is daarom of ondernemingen op andere manieren wel bescherming krijgen tegen oneerlijke praktijken. Dit is inderdaad het geval. Al eerder kwam de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame aan de orde, die in Nederland is geïmplementeerd in afdeling 6.3.4 BW. Deze wetgeving, die tot 2008 zowel consumenten als niet-consumenten beschermde tegen oneerlijke reclame beschermt nu alleen nog ondernemingen. Zoals ik hiervoor al in paragraaf 4.1 aangaf biedt de nieuwe regelgeving een uitgebreidere bescherming. Met name de zwarte lijsten uit de artikelen 6:193g en 6:193i BW geven consumenten een sterkere positie ten opzichte van handelaren. Voor ondernemers geldt deze grotere bescherming niet. Daarnaast bevatten de bepalingen over misleidende en vergelijkende reclame geen bescherming tegen agressieve praktijken. Ook is het bereik van handelspraktijken groter dan alleen reclame, het gaat om gedrag van handelaren voor, tijdens en na het sluiten van een transactie. Er is dus wel enige bescherming van ondernemingen tegen oneerlijke handelspraktijken, maar deze is beperkter dan de bescherming die consumenten krijgen. Ik zal hier kort stilstaan bij de verdere mogelijkheden die ondernemingen hebben.

In de eerste plaats kunnen ondernemingen die het slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken een beroep doen op de wilsgebreken van artikel 3:44 BW en 6:228 BW. Dit is niet anders dan de mogelijkheden die consumenten hebben, besproken in hoofdstuk 2. Met name De Vrey bespreekt uitgebreid de samenloop van oneerlijke handelspraktijken met de wilsgebreken.¹⁴⁹ In de tweede plaats kan een ondernemer een beroep doen op wanprestatie (artikel 6:74 BW). Er kleven bezwaren aan deze twee opties. De ondernemer heeft eigenlijk alleen de mogelijkheid om een actie in te stellen wanneer er sprake is van een overeenkomst. Dit is een verschil met de oneerlijke handelspraktijkenregeling, die ook van toepassing is wanneer een consument onder invloed van een handelspraktijk juist afziet van het doen van een transactie. De derde mogelijkheid is een beroep op de algemene bepaling van de

¹⁴⁹ De Vrey 2006b, p. 51-71.

onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW), maar vanwege de vereisten waaraan moet worden voldaan bij een onrechtmatige daad is dit niet eenvoudig.

Daarnaast geldt voor alle drie de opties dat de bewijsvoering in de praktijk een lastig punt is wanneer een ondernemer iets wil doen tegen een oneerlijke handelspraktijk.¹⁵⁰ Er is een verschil met de nieuwe afdeling 6.3.3a BW waar in artikel 6:193j BW een omkeringsregel voor de bewijslast is opgenomen. De handelaar die de handelspraktijk heeft gehanteerd die onderwerp is van het geschil heeft de plicht te bewijzen dat hij de juiste en volledige informatie heeft verstrekt. Voor grondslagen van de vorderingen die de ondernemer tot zijn beschikking heeft geldt de algemene regel voor de bewijslast: wie stelt bewijst (artikel 150 Rv). Volledigheidshalve wijs ik ook nog op de mogelijkheid voor ondernemers om via een strafrechtelijke procedure (via voeging in de strafzaak) de geleden schade trachten te verhalen).¹⁵¹

Verdel bespreekt een bijzondere variant van een beroep op de onrechtmatige daad, waarbij het voor de (kleine) onderneming wel mogelijk zou kunnen zijn dezelfde bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken te genieten als consumenten. Hij wijst op de bijzondere positie van kleine ondernemingen in het overeenkomstenrecht. In artikel 6:236 en 6:237 BW zijn grijze en zwarte lijsten opgenomen met bedingen in algemene voorwaarden bij overeenkomsten die vermoed worden onredelijk bezwarend te zijn (artikel 6:237 BW), dan wel te allen tijde onredelijk bezwarend zijn (artikel 6:236 BW). Alleen consumenten kunnen een beroep doen op deze bepalingen. Kleine ondernemingen kunnen op grond van artikel 6:235 lid 1 BW wel een beroep doen op de open norm van artikel 6:233 BW die bepaalt wanneer een beroep gedaan kan worden op de onredelijkheid van bedingen in algemene voorwaarden. In de praktijk is het voor kleine ondernemingen mogelijk geworden om een beroep te doen op de grijze en zwarte lijst, omdat in de rechtspraak bij de uitleg van artikel 6:233 BW is aangenomen dat de in deze lijsten opgenomen bedingen ook jegens kleine ondernemingen onredelijk bezwarend zijn (reflexwerking). Verdel acht het goed mogelijk dat ook reflexwerking wordt toegepast voor de zwarte lijsten van de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving.¹⁵²

De richtlijn is gebaseerd op maximumharmonisatie, hetgeen betekent dat de nationale wetgevers aan consumenten geen grotere bescherming mogen toekennen dan zij op grond van de richtlijn krijgen. Het staat de lidstaten wel vrij om het bereik van de richtlijn te verruimen en niet-consumenten dezelfde bescherming toe te kennen. Nationale rechters hebben ook de mogelijkheid om indirecte werking van de bepalingen jegens niet-consumenten toe te kennen

¹⁵⁰ Huisman & Van de Bunt 2009, p. 77.

¹⁵¹ Huisman & Van de Bunt 2009, p. 81-89.

¹⁵² Verdel 2008, p. 39-41.

door privaatrechtelijke regelgeving uit te leggen naar analogie van de richtlijn. De oneerlijke handelspraktijkenwetgeving is in Nederland geïmplementeerd als een *lex specialis* van de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Wanneer een onderneming nu het slachtoffer is van handelspraktijken, die als ze jegens een consument gepleegd waren, op grond van afdeling 6.3.3a BW als oneerlijk zouden kunnen worden aangemerkt, kan hij een actie instellen op grond van artikel 6:162 BW. De rechter heeft dan de mogelijkheid om de handelspraktijken te beoordelen als onrechtmatige daad jegens deze onderneming, omdat deze in strijd zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Bij het bepalen van wat in het maatschappelijk verkeer betamelijk is, kan de rechter reflexwerking toekennen aan de zwarte lijsten uit de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving: deze praktijken zijn per definitie oneerlijk jegens consumenten, daarom lijkt het redelijk om aan te nemen dat deze ook onbetamelijk zijn jegens kleine ondernemingen. Kroon en Mastenbroek bespreken de reflexwerking van de oneerlijke handelspraktijkenregeling ook. Zij verwachten hier veel van:

*“Wij zijn van mening dat het vanzelfsprekend is dat de rechter ten minste positieve reflexwerking aan de zwarte lijst van de Wet oneerlijke handelspraktijken zal toekennen (hoe kleiner de onderneming is, hoe meer deze positieve reflexwerking voor de hand ligt.”*¹⁵³

Het is de vraag of de Nederlandse rechter inderdaad deze reflexwerking zal gaan toekennen, mij zijn nog geen zaken bekend waarin deze vraag aan de rechter is voorgelegd. Ook vraag ik mij af of het wel zo vanzelfsprekend is dat de rechter reflexwerking zal toepassen op de oneerlijke handelspraktijken regeling. Het zou een goede zaak zijn wanneer (kleine) ondernemingen bescherming krijgen tegen oneerlijke handelspraktijken, maar reflexwerking is naar mijn idee geen zuivere oplossing. De wetgever heeft de bescherming van kleine ondernemingen bewust niet willen opnemen in de Wet oneerlijke handelspraktijken, ook al was de argumentatie om dit niet te doen summier. Het zou dan opmerkelijk zijn wanneer de rechter hieraan voorbij zou gaan door ondernemingen middels reflexwerking toch deze bescherming toe te kennen. Overigens laat de Minister van Justitie de rechter vrij om in voorkomende gevallen zelf de toelaatbaarheid van reflexwerking te beoordelen.¹⁵⁴

Wanneer reflexwerking zal worden toegepast verwacht Verdel dat de grootte van ondernemingen bepalend zal zijn bij de vraag of extra bescherming wordt toegekend. Hij sluit hierbij ook aan bij de reflexwerking van de grijze en zwarte lijsten met onredelijk bezwarende bepalingen. Er is geen harde grens aan te geven die bepaalt of een onderneming beschermd

¹⁵³ Kroon & Mastenbroek, p. 262.

¹⁵⁴ Kamerstukken I 2007/08, 30 928, nr. E, p. 6-7 (NMvA)

moet worden, het belangrijkste criterium is de mate waarin het economisch karakter van een onderneming op dat van een consument lijkt.¹⁵⁵

4.5 Kritiek op het onderscheid tussen ondernemingen en consumenten

In de oneerlijke handelspraktijkenregelgeving wordt onderscheid gemaakt tussen ondernemingen en consumenten. De bescherming die de regelgeving biedt is alleen van toepassing op B2C relaties en niet op B2B relaties. In literatuur gaan veel auteurs aan dit aspect voorbij. Wanneer wordt gesproken over ondernemingen als benadeelde van oneerlijke handelspraktijken gaat het over het algemeen over de ‘eerlijke’ ondernemer die schade lijdt doordat zijn concurrent oneerlijke handelspraktijken pleegt jegens consumenten. De welwillende ondernemer is indirect slachtoffer van deze praktijken. Er is weinig aandacht voor de ondernemer die zelf door een andere onderneming wordt benaderd met oneerlijke handelspraktijken en zo direct slachtoffer wordt. Oneerlijke handelspraktijken in B2B verhoudingen worden door de wetgever niet als een reëel probleem gezien. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel kwam dit punt wel aan de orde, maar de regering vond het niet nodig om zelf actie te ondernemen om kleine ondernemingen te beschermen. De Minister van Justitie verwees hiervoor naar een komende Europese herziening van het consumentenacquis, waarbij ook gekeken zou worden naar eventuele uitbreiding van de definitie van ‘consument’. Hij vond het niet nodig om als Nederlandse wetgever ondernemingen meer bescherming te bieden.¹⁵⁶

In de literatuur wordt door enkele schrijvers wel aandacht besteed aan het onderscheid tussen B2B en B2C handelspraktijken. De studiegroep Implementatie OHP Richtlijn van de Vereniging voor Reclamerecht werpt een naar mijn mening terecht principiële punt op, te lezen in het citaat dat ik al opnam in paragraaf 4.1. De studiegroep vraagt zich af wat de noodzaak is om alleen diegenen die beantwoorden aan de definitie van consument te beschermen tegen misleidende en agressieve handelspraktijken. Deze praktijken zouden tegenover niemand toelaatbaar mogen zijn.¹⁵⁷ Ook Kroon en Mastebroek gaan hierop in.¹⁵⁸ Ik vind deze kritiek terecht.

Kroon en Mastebroek betogen dat het niet nodig was geweest dat de Nederlandse wetgever ondernemers op een achterstand heeft gezet ten opzicht van consumenten in de bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken.¹⁵⁹ Bij de implementatie van de richtlijn had de wetgever kunnen bepalen dat het voor de handhaving van oneerlijke handelspraktijken niet uitmaakt

¹⁵⁵ Verdel 2008, p. 40-41.

¹⁵⁶ Kamerstukken I 2007/08, 30 928, nr. E, p. 6 (NMvA).

¹⁵⁷ Vereniging voor Reclamerecht 2007, p. 2.

¹⁵⁸ Kroon & Mastebroek 2008, p. 259.

¹⁵⁹ Kroon & Mastebroek 2008, p. 260.

tegen wie de handelspraktijk gericht is. Opvallend is dat de Stichting Reclame Code, die sinds februari 2008 de regels van de richtlijn toepast, er nadrukkelijk voor heeft gekozen om geen onderscheid te maken tussen ondernemingen en consumenten. Iedereen die zich benadeeld voelt door reclame moet hierover kunnen klagen. Er is geen plaats voor een onderscheid tussen consument en niet-consument. De wetgever heeft er in tegenstelling tot de Stichting Reclame Code voor gekozen om dat onderscheid wel te maken. Als gevolg hiervan moeten ondernemingen die worden getroffen door op hen gerichte oneerlijke handelspraktijken zich beroepen “op de gewone rechtsmiddelen zoals het algemene onrechtmatige daadsrecht, en het leerstuk van de misleidende en vergelijkende reclame, en hopen dat de rechter een zekere positieve reflexwerking aan de Wet oneerlijke handelspraktijken toekent”.¹⁶⁰

Naast Kroon en Mastenbroek en de Adviesgroep van de Vereniging voor Reclamerecht heeft ook Steijger aandacht besteed aan de mogelijkheid dat ondernemingen slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken. Zijn kritiek sluit aan bij die van eerder genoemde auteurs. Hij wijst erop dat kleine ondernemingen vaak geen sterkere positie hebben dan consumenten. Bovendien vraagt hij zich af of het handelspraktijkenrecht, dat een sterke mededingingsrechtelijke inslag heeft, in het commerciële verkeer niet uitgaat van eerlijkheid, “*in beginsel zonder aanzien des persoons*”.¹⁶¹ Steijger betreurt het dat de MvT deze keuze voor het alleen beschermen van consumenten, die hij niet per se logisch vindt, niet toelicht.

Bij ondernemers zelf bestaat de behoefte aan bescherming door de Wet oneerlijke handelspraktijken. Dit blijkt uit het onderzoek van Huisman en Van de Bunt uit 2009 naar acquisitiefraude in Nederland. De meeste respondenten (ondernemingen) bij hun onderzoek zijn van mening dat (kleine) ondernemers dezelfde bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken moeten krijgen als de consument.¹⁶²

De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie van de richtlijn gekozen om alleen consumenten te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken. Zoals eerder al is aangegeven had de wetgever de mogelijkheid om ook niet-consumenten bescherming te bieden. Dat dit een reële optie was, blijkt uit de implementatie van de richtlijn in België en Oostenrijk. Deze landen kozen ervoor om ook ondernemingen te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken.¹⁶³ Verdell wijst er in dit verband op dat de

“gewoonte van de Nederlandse wetgever om zijn taak nogal minimalistisch op te vatten en bij voorkeur niet verder te gaan dan waartoe de richtlijn hem verplicht,

¹⁶⁰ Kroon & Mastenbroek 2008, p. 261.

¹⁶¹ Steijger 2007, p. 128.

¹⁶² Huisman & Van de Bunt 2009, p. 80-81.

¹⁶³ Kroon & Mastenbroek 2008, p. 264.

*[ervoor lijkt] te gaan zorgen dat [...] niet-consumenten in België beter af zijn dan in Nederland.”*¹⁶⁴

4.6 Conclusie

Zowel consumenten als ondernemingen kunnen het slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken. De nieuwe regelgeving beschermt echter alleen consumenten, omdat ondernemingen geacht worden zich beter te kunnen beschermen tegen oneerlijke praktijken. In B2B relaties is sprake van een meer gelijkwaardige verhouding tussen partijen dan in B2C, zo menen de Europese en Nederlandse wetgever. Met name Verdel en Huisman en Van de Bunt laten zien dat dit beeld van de ondernemer genuanceerd moet worden. Voor veel ondernemingen, zelfstandigen zonder personeel in het bijzonder, geldt dat hun positie in het economisch verkeer niet wezenlijk verschilt van die van consumenten. Daar komt bij dat ondernemingen slachtoffer kunnen worden van specifiek op ondernemingen gerichte oneerlijke handelspraktijken, zoals acquisitiefraude. Het zou daarom goed zijn om ook ondernemingen te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken. De bescherming die ondernemingen genieten op grond van andere wetgeving (misleidende en vergelijkende reclame, wilsgebreken, onrechtmatige daad) is beperkter dan de bescherming die consumenten krijgen door de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving.

Voor kleine ondernemingen zou bescherming op grond van onrechtmatige daad, waarbij reflexwerking wordt toegekend aan afdeling 6.3.3a BW een mogelijkheid kunnen zijn om beter beschermd te worden. Via deze weg worden ondernemingen die in het economisch verkeer op consumenten lijken ook als consumenten beschermd. Het is echter de vraag of de rechter deze mogelijkheid zal gebruiken, omdat de wetgever er expliciet voor heeft gekozen om (kleine) ondernemingen niet de bescherming te geven die consumenten genieten.

Reflexwerking zou een werkbare manier kunnen zijn om ondernemingen te beschermen, maar naar mijn mening is deze indirecte bescherming minder zuiver. Het zou beter zijn wanneer de wetgever de keuze maakt voor directe bescherming van ondernemers door deze wettelijk te verankeren. Dit schept rechtszekerheid voor zowel potentiële slachtoffers als voor handelaren. Bescherming voor ondernemers zou ook in het kader van het beleid van het kabinet Balkenende IV in de lijn der verwachting liggen. Dit kabinet wilde zelfstandig ondernemerschap stimuleren en het gemakkelijker maken om ondernemer te worden.¹⁶⁵ Het is daarom vreemd dat het kabinet deze drempel voor de overstap naar het ondernemerschap niet wegneemt, terwijl dat eenvoudig had gekund.

¹⁶⁴ Verdel 2008, p. 38.

¹⁶⁵ Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007, p. 15 (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/02/07/coalitieakkoord-balkenende-iv.html>).

5. Eindconclusie

Op 11 mei 2005 werd de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken aangenomen door het Europees Parlement en de Raad. Deze richtlijn is onderdeel van het beleid van de Europese Commissie om consumenten binnen de Europese Unie te beschermen. De richtlijn verbiedt handelaren om oneerlijke handelspraktijken toe te passen. Dit zijn praktijken waarbij de handelaar misleiding of dwang uitoefent op een consument en er zo voor zorgt dat deze mogelijk een aankoopbeslissing neemt die hij anders niet had genomen.

Naast de bescherming van de Europese consument heeft de richtlijn tot doel om door harmonisatie de grensoverschrijdende handel binnen de Unie te bevorderen. Door diverse uitzonderingen die nog zijn toegestaan zal de richtlijn op korte termijn nog niet leiden tot een uniforme consumentenbescherming in de hele Europese Unie. Wel kan de richtlijn zorgen voor een grotere rechtszekerheid voor zowel ondernemingen als consumenten en zo de grensoverschrijdende handel in de Unie bevorderen.

De richtlijn is in Nederland op 15 oktober 2008 geïmplementeerd in de Wet oneerlijke handelspraktijken. Deze wet voegt een nieuwe afdeling 6.3.3a toe aan het Burgerlijk Wetboek. De bepalingen van de richtlijn zijn bijna één op één overgenomen in de Nederlandse wetgeving. Oneerlijke handelspraktijken worden in Nederland aangemerkt als onrechtmatige daad. Het belangrijkste gevolg hiervan is dat slachtoffers van een oneerlijke handelspraktijk schadevergoeding kunnen vorderen van de handelaar. Andere mogelijkheden zijn het eisen van rectificatie en het vorderen van een verbod op het voortzetten van de praktijk. Door het als onrechtmatige daad kwalificeren van oneerlijke handelspraktijken heeft de nieuwe regelgeving voor consumenten beperkte waarde. Omdat het voor de individuele consument vaak om een beperkte schade zal gaan zullen de kosten van een procedure tegen de handelaar veelal niet opwegen tegen de geleden schade. Het voordeel voor de consument hangt naar mijn mening af van handhaving door andere partijen.

De Autoriteit Financiële Markten en de Consumentenautoriteit kunnen het verbod op oneerlijke handelspraktijken bestuursrechtelijk handhaven. Ook belangenorganisaties voor consumenten kunnen handhavend optreden door het instellen van een collectieve actie. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of ook concurrenten in rechte kunnen optreden tegen een ondernemer die oneerlijke handelspraktijken toepast jegens consumenten. Naar mijn mening hebben concurrenten die mogelijkheid, omdat artikel 11 Richtlijn OHP nadrukkelijk bepaalt dat zij die moeten hebben.

De oneerlijke handelspraktijkenwetgeving beschermt de consument: de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf. Ondernemingen zijn hierdoor niet beschermd tegen op hen gerichte oneerlijke handelspraktijken. In de richtlijn en de wet wordt gesproken over de 'gemiddelde consument', die als maatstaf wordt genomen bij het bepalen of een praktijk oneerlijk is. De gemiddelde consument is redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplettend. Het gebruik van dit abstracte consumentbegrip heeft tot gevolg dat ietwat naïeve consumenten niet altijd de bescherming van de nieuwe regelgeving genieten. Ook kunnen consumenten die voor wat betreft kennis en oplettendheid uitstijgen boven het niveau van de gemiddelde consument bescherming genieten die zij eigenlijk niet nodig hebben. De bescherming die de wetgeving biedt, sluit niet goed aan bij de praktijk, omdat onvoldoende aandacht wordt besteed aan sociale, culturele en psychologische factoren die de consument beïnvloeden bij zijn aankoopbeslissing. Een bruikbaar alternatief, waarbij voor de bescherming van de consument beter rekening wordt gehouden met diens individuele omstandigheden en tegelijkertijd de handel niet te veel wordt belemmerd, is helaas niet voor handen.

Ondernemingen worden door de Europese richtlijn en de Nederlandse wet niet beschermd wanneer zij direct slachtoffer worden van oneerlijke handelspraktijken (praktijken in het B2B handelsverkeer). Ondernemingen worden echter wel degelijk slachtoffer van oneerlijke handelspraktijken. Acquisitiefraude is een oneerlijke handelspraktijk die zelfs specifiek op ondernemingen gericht is. Zowel de Europese wetgever als de Nederlandse wetgever hebben er bewust voor gekozen om ondernemingen niet te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken. Het argument dat met name is gebruikt om deze keuze te motiveren is dat ondernemingen in het economisch verkeer een sterkere positie hebben dan consumenten en daarom de bescherming niet nodig hebben. In de praktijk blijkt echter dat veel ondernemingen weinig verschillen van consumenten in hun economische positie en gedrag. De middelen die ondernemingen kunnen gebruiken om op te treden tegen handelspraktijken die op hen gericht zijn, zijn beperkter dan die van consumenten. Een interessante mogelijkheid voor kleine ondernemingen is een beroep op reflexwerking van de oneerlijke handelspraktijkenwetgeving. Het is de vraag of dit beroep zal worden gehonoreerd, gelet op de nadrukkelijke keuze van de wetgever om ondernemingen niet te beschermen.

De oneerlijke handelspraktijkenregelgeving is een interessante poging om de grensoverschrijdende handel binnen de Europese Unie te bevorderen en te zorgen voor meer rechtszekerheid voor zowel ondernemingen als consumenten door geharmoniseerde wetgeving. Ik ben van mening dat vergroting van de bescherming voor consumenten beperkt is. Ondernemingen worden in het geheel niet beschermd door de nieuwe regelgeving. Mogelijk biedt reflexwerking een oplossing voor kleine ondernemingen. Het lijkt mij echter de meest zuivere oplossing wanneer de wetgever middels een aanpassing van de wet

ondernemingen op dezelfde manier beschermt als consumenten. Het dient naar mijn mening niet uit te maken wat de status is van het slachtoffer van een handelspraktijk om te kunnen bepalen of deze praktijk oneerlijk is.

Bijlage 1: Omzettingstabel materiële bepalingen oneerlijke handelspraktijken¹⁶⁶

Afdeling 6.3.3a BW	Richtlijn 2005/29/EG
Artikel 193a lid 1 onder a	artikel 2 onder a
Artikel 193a lid 1 onder b	artikel 2 onder b
Artikel 193a lid 1 onder c	artikel 2 onder c
Artikel 193a lid 1 onder d	artikel 2 onder d
Artikel 193a lid 1 onder e	artikel 2 onder k
Artikel 193a lid 1 onder f	artikel 2 onder h
Artikel 193a lid 1 onder g	artikel 2 onder i
Artikel 193a lid 1 onder h	artikel 2 onder j
Artikel 193a lid 1 onder i	artikel 2 onder f
Artikel 193a lid 1 onder j	artikel 2 onder g
Artikel 193a lid 2	artikel 5 lid 2 onder b
Artikel 193a lid 3	artikel 3 lid 10
Artikel 193b lid 1	artikel 5 lid 1
Artikel 193b lid 2	artikel 5 lid 2
Artikel 193b lid 3	artikel 5 lid 4 en 5
Artikel 193c lid 1	artikel 6 lid 1
Artikel 193c lid 2	artikel 6 lid 2
Artikel 193d lid 1	artikel 7 lid 1
Artikel 193d lid 2	artikel 7 lid 1
Artikel 193d lid 3	artikel 7 lid 2
Artikel 193d lid 4	artikel 7 lid 3
Artikel 193e	artikel 7 lid 4
Artikel 193f	artikel 7 lid 5 en Bijlage II
Artikel 193g	artikel 5 lid 5 en Bijlage I, nummers 1 tot en met 23
Artikel 193h lid 1	artikel 8
Artikel 193h lid 2	artikel 9
Artikel 193i	artikel 5 lid 5 en Bijlage I nummers 24 tot en met 31
Artikel 193j lid 1	artikel 12
Artikel 193j lid 2	artikel 13

¹⁶⁶ Ontleend aan Verkade, D.W.F., Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, monografieën BW B49a, Kluwer, Deventer 2009, p. 13-14

Literatuurlijst

Barentz & Brinkhorst 2006

R. Barentz & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht, 12^{de} Druk*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Boom 2008

W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008-1, p 4-24.

Broekman 2005

M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2005-5, p. 175-186.

Van Dam 2009

C.C. van Dam, 'De gemiddelde Euroconsument – een pluriform fenomeen. Over de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de rechtspraak van het Hof van Justitie', *SEW* 2009-1, p. 3-11.

Drijber 2005

B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, een eerlijk compromis', *NTER* 2005-9, p. 179-184.

Duivenvoorde 2010

B.B. Duivenvoorde, 'De "gemiddelde consument" als rationele actor', *WPNR* 2010, p. 533-534.

Geerts 2009

P.G.F.A. Geerts, 'Naschrift bij het artikel van Kroon en Mastenbroek in *IER* 2008, 64', *IER* 2009, 1.

Hirdes & Lunsingh Scheurleer 2008

S.M.E. Hirdes & D.F. Lunsingh Scheurleer, 'De misleide maatmens. Misleiding ex art. 6:194 BW', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2008-7, p. 250-253.

Huisman & Van de Bunt 2009

K. Huisman & H.G. van de Bunt e.a., *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Incardona & Poncibò 2007

R. Incardona & C. Poncibò, 'The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution', *Journal of Consumer Policy* 2007-1, p. 21-38.

Kabel 2005

J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Cramwinckel 2005.

Kroon & Mastenbroek 2008

L. Kroon & C.S. Mastenbroek, 'De richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk', *IER* 2009, 64.

Van Raaij 2010

W.F. van Raaij, 'Het beeld van de consument in het privaatrecht empirisch getoetst', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 51-64.

SER-advies Oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU 2004

Advies van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden inzake oneerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU (advies van 13 april 2004, SER 04/06), Den Haag: SER 2004.

Steijger 2007

L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland', *NTER* 2007, p. 124-136.

Stuyck, Terryn & Van Dyck 2006

J. Stuyck, E. Terryn, & T. van Dyck, 'Confidence through fairness? The New directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market', *CML Rev.* 2006, p. 107-152.

Temmink 1998

H.A.G. Temmink, 'Verbod op misleidende informatie aan de consument: welk type consument?', *NTER* 1998-10, p. 222-226.

Verdel 2008

J.J.C. Verdel, 'Bescherming van niet-consumenten door het ontstaan van reflexwerking van de 'zwarte lijsten' uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008-1, p. 34-41.

Vereniging voor Reclamerecht 2007

Advies van de studiegroep implementatie OHP-richtlijn aan het bestuur van de Vereniging voor Reclamerecht, Amsterdam 2007,
http://vvr.nl/VVRR/Publicaties_files/Advies%20OHP.PDF.

Verkade 2009

D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009.

De Vrey 2004

R.W. de Vrey, 'Eerlijk is eerlijk: de consument voorop? Het richtlijnvoorstel 'oneerlijke handelspraktijken' nader bezien', *TvC* 2004, p. 2-11.

De Vrey 2006a

R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

De Vrey 2006b

R.W. de Vrey, 'Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006-1, p. 51-71.

De Vries 2006

S.A. de Vries, 'De relatie tussen de Europese interne markt en de bescherming van consumenten: tijd voor ontspanning', *TvC* 2006-6, p. 183-192.

Jurisprudentielijst

HvJ EG 13 december 1990, nr. C-238/89, *Jur.* 1990, p. I-4827 (*Pall / Dahlhausen*).

HvJ EG 6 juli 1995, nr. C-470/93, *Jur.* 1995, p. I-1923 (*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln / Mars*).

HvJ EG 26 November 1996, nr. C-313/94, *Jur.* 1996 p. I-6039 (*Graffione / Ditta Fransa*).

HvJ EG 16 juli 1998, nr. C-210/96, *Jur.* 1998, p. I-4657 (*Gut Springenheide and Tusky / Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*).

HvJ EG 13 januari 2000, nr. C-220/98, *Jur.* 2000 p. I-117 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG / Lancaster Group GmbH ('Lifting')*).

HR 30 mei 2008, RvdW 2008, 565

Rb. Amsterdam (Vzr) 18 juni 2009, IER 2009, 89.

Rb. Haarlem 2 april 2004, LJN BI1561