

Oneerlijke handelspraktijken: praktijkervaringen in België met de sanctie van artikel 41 WMPC

Auteurs:

P.G.F.A. Geerts
H.B. Krans
R. Steennot
A.J. Verheij

Rijksuniversiteit Groningen
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Postbus 716
9700 AS Groningen

In opdracht van:
Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
Ministerie van Justitie
juni 2011

Inhoud

Voorwoord	6
Enkele afkortingen	7
Samenvatting	8
Summary	9
Hoofdstuk 1 Inleiding	10
1. Aanleiding en probleemstelling	10
2. Onderzoeksvragen	11
3. Gevolgde werkwijze	11
4. Onderzoeksgroep en taakverdeling	12
5. Structuur van deze studie	12
Hoofdstuk 2 De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken	14
1. Inleiding	14
2. Verbod op oneerlijke handelspraktijken	15
3. Toepassingsgebied	15
4. Volledige harmonisatie	16
5. Uitvoeringswetgeving	17
Hoofdstuk 3 Nederlands Recht	18
1. Inleiding	18
2. Omzetting van Europese Richtlijnen betreffende consumentenbescherming en de Richtlijn OHP	18
3. Structuur van afdeling 3.3A Boek 6 BW (artikelen 6:193a-j BW)	19
3.1 Inleiding	19
3.2 Algemeen	19
3.3 Misleidende handelspraktijken	20
3.4 Agressieve handelspraktijken	21
3.5 Bewijslast	22
4. Het toepassingsgebied van afdeling 6.3.3A	22
5. Handhavingsmogelijkheden bij overtreding van de artikelen 6:193a-j BW	23
5.1 Inleiding	23
5.2 Collectieve privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving en zelfregulering	24
5.3 Algemeen: remedies voor een teleurgestelde contractspartij	25
5.4 Samenloop	25
5.5 Onrechtmatige daad	26
5.6 Contractenrecht	27
5.6.1 Algemeen	27
5.6.2 Vernietiging	27
5.6.3 Nietigheid	30
5.6.4 Ontbinding	31
5.7 Conclusie	32
6. Bevoegde rechter	32

Hoofdstuk 4 Belgisch Recht	34
1. Inleiding	34
2. Omzetting van Europese Richtlijnen betreffende consumentenbescherming en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken	35
3. Structuur van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken	35
4. Toepassingsgebied van de privaatrechtelijke sanctie bij schending van de regelen betreffende oneerlijke handelspraktijken	36
4.1 Onderneming	36
4.2 Consument	37
5. Inhoud van de bijzondere privaatrechtelijke sanctie	38
5.1 Niet-gevraagde levering	39
5.2 Schending van de artikelen 91, 12°, 16° en 17° en 94, 1°, 2° en 8° WMPC	40
5.3 Schending overige bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken	41
5.4 Onderscheid tussen de onder b) en c) genoemde sancties	41
5.5 Causaal verband	42
5.6 Wijze waarop de zaak voor de rechter kan worden gebracht	44
5.7 Dienstverleningsovereenkomsten van lange duur of gespreid over de tijd	44
6. Redenen voor de invoering van deze sanctie	45
7. Verenigbaarheid van de sanctie met de Richtlijn OHP	45
8. Overige sanctioneringsmechanismen in de Wet Marktpraktijken	45
8.1 Algemeen	46
8.2 Mogelijkheden waarover de Dienst Controle en Bemiddeling beschikt	46
8.3 Vordering tot staken	47
9. Vergelijking van artikel 41 WMPC met privaatrechtelijke sanctionering van inbreuken op andere regels uit de Wet Marktpraktijken	48
10. Vergelijking met gemeen verbintenissenrecht	50
11. Bevoegde rechter	50
 Hoofdstuk 5 Artikel 41 WMPC vergeleken met het Nederlandse verbintenissenrecht	 52
1. Inleiding	52
2. Vergelijking van artikel 41 WMPC met wilsgebreken, ontbinding en onrechtmatige daad	53
2.1 Algemeen	53
2.2 Vernietiging	53
2.3 Ontbinding	53
2.4 Onrechtmatige daad	54
2.5 Conclusie	54
3. Artikel 41 WMPC vergeleken met artikel 7:7 BW	54
3.1 Algemeen	54
3.2 Inhoud artikel 7:7 BW	55
3.3 Ratio van artikel 7:7 BW en van bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken	56
3.4 Vergelijking artikel 7:7 BW en artikel 41 WMPC	57
3.5 Conclusie	59
4. Punitieve rechtsfiguren in het Nederlandse verbintenissenrecht?	59
4.1 Algemeen	59
4.2 Non-compensatoire rechtsfiguren	59
4.2.1 Overeenkomstenrecht	59
4.2.2 Schadevergoedingsrecht (afd. 6.1.10 BW)	61
4.3 Conclusie	62
5. Verbintenissenrechtelijke beginselen	63
6. Conclusie	64

Hoofdstuk 6 Belgische rechtspraak	66
1. Inleiding en opzet	66
2. Uitvoering	66
3. Resultaten	66
4. Conclusie	67
 Hoofdstuk 7 Interviews	 68
1. Inleiding en opzet	68
2. Uitvoering	68
3. Resultaten	68
4. Conclusie	69
 Hoofdstuk 8 Analyse ontbreken Belgische rechtspraak	 70
1. Inleiding	70
2. De toepassingsvoorwaarden zijn onduidelijk	70
3. Consumentengeschillen betreffen vaak beperkte bedragen	70
4. Ondernemingen geven er de voorkeur aan geschillen te vermijden	71
5. Handhaving door concurrenten	71
6. De rol van de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie	71
7. De sanctie uit artikel 41 WMPC is weinig bekend	71
8. Conclusie	72
 Hoofdstuk 9 Beantwoording onderzoeksvragen	 73
1. Inleiding	73
2. Probleemstelling en onderzoeksvragen	74
3. Beantwoording	74
3.1 Beantwoording onderzoeksvragen	74
3.2 Beantwoording probleemstelling	75
4. Conclusies	75
 Appendices	 76
Vragenlijsten	
Literatuur	
Rechtspraak	
• België	
• Nederland	
Internetbronnen	
• België	
• Nederland	
Samenstelling begeleidingscommissie	

Voorwoord

Het Belgische recht kent een bijzondere sanctie ten behoeve van de consument jegens wie een oneerlijke handelspraktijk is gepleegd. Deze studie strekt ertoe om zicht te krijgen op de werking van die sanctie door middel van rechtspraakonderzoek en interviews.

Deze studie kwam tot stand in opdracht van het WODC. Wij danken de begeleidingscommissie onder voorzitterschap van prof. dr. E. Terryn voor haar nuttige commentaar. Dank zijn we ook verschuldigd aan de geïnterviewden voor hun bereidwilligheid ons te woord te staan.

Het onderzoek werd afgerond in april 2011. Met ontwikkelingen nadien werd geen rekening gehouden.

Groningen, juni 2011

P.G.F.A. Geerts
H.B. Krans
R. Steennot
A.J. Verheij

Enkele afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BS	Belgisch Staatsblad (België)
CA	Consumentenautoriteit
CMLR	Common Market Law Review
ERPL	European Review of Private Law
FOD Economie	Federale Overheidsdienst Economie (België)
Ger.W.	Gerechtelijk Wetboek (België)
IER	Intellectuele Eigendom & Reclamerecht
Kh.	Rechtbank van Koophandel (België)
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NRC	Nederlandse Reclame Code
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
TBH	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht (België)
TM	Toelichting Meijers
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht (België)
OHP	Oneerlijke handelspraktijken
Pb	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen/Europese Unie
Rb.	Rechtbank van eerste aanleg (België)
RW	Rechtskundig Weekblad (België)
TvC	Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken
VR	Verkeersrecht
Vred.	Vredegerecht (België)
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
WHPC	Wet Handelspraktijken en Consumentenbescherming (België)
WMPC	Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (België)
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Samenvatting

Het Belgische recht kent met artikel 41 WMPC een bijzondere sanctie ten behoeve van de consument jegens wie een oneerlijke handelspraktijk is gepleegd. De centrale doelstelling van dit onderzoek was te achterhalen hoe de Belgische sanctie van artikel 41 WMPC in de praktijk werkt. Meer bijzonder diende de vraag beantwoord te worden of zij doeltreffend was in de zin dat zij jegens handelaren afschrikwekkende werking had en dat het voor consumenten aantrekkelijk was om daarvan gebruik te maken.

Ter beantwoording van deze vragen werden de remedies geanalyseerd die consumenten naar Nederlands en Belgisch recht ter beschikking staan wanneer zij slachtoffer zijn geworden van een oneerlijke handelspraktijk. De conclusie luidt dat artikel 41 WMPC met name door zijn punitieve strekking verschilt van het bestaande Nederlandse verbintenissenrecht waarin schadevergoeding en herstel centraal staan. Dit wil niet zeggen dat een dergelijke sanctie niet zou passen in het Nederlandse verbintenissenrecht, maar wel dat zij daaraan een nieuw element zou toevoegen.

Door middel van rechtspraakonderzoek en interviews werd de praktische werking van artikel 41 WMPC in kaart gebracht. Aanschrijving van alle tot toepassing van artikel 41 WMPC bevoegde Belgische gerechten (246 in totaal) leverde geen uitspraken op en evenmin werden gepubliceerde uitspraken gevonden. Interviews met 9 personen die werkzaam zijn in verschillende sectoren (advocatuur, bedrijfsleven, consumentenorganisaties en overheid) genereerden een aantal mogelijke verklaringen voor het ontbreken van rechtspraak.

De uitkomst van het onderzoek is dat de sanctie van artikel 41 WMPC een vrijwel dode letter lijkt te vormen. Er is geen rechtspraak gevonden waarin artikel 41 WMPC wordt toegepast en uit de interviews is evenmin gebleken dat deze sanctie in het kader van onderhandelingen tussen consumenten en ondernemingen vaak wordt ingeroepen door of namens consumenten. Evenmin lijken ondernemingen zich bij hun optreden te laten afschrikken door artikel 41 WMPC. Niet uitgesloten kan worden dat de sanctie van artikel 41 WMPC toch af en toe wordt ingeroepen, maar dat dit gebruikelijk zou zijn, is onaannemelijk.

De oorzaken die hiervoor mogelijkwerwijs verantwoordelijk zouden kunnen zijn, hangen niet samen met de aard van de sanctie als zodanig, maar zijn vermoedelijk in belangrijke mate toe te schrijven aan de redactie van artikel 41 WMPC (onduidelijke toepassingsvoorwaarden), aan het feit dat consumentengeschillen veelal een gering financieel bedrag betreffen in combinatie met de kosten van een procedure en het risico om in geval van verlies in een gedeelte van de kosten van de wederpartij te worden veroordeeld, aan het feit dat ondernemingen uit commerciële overwegingen (reputatie is los van eventuele juridische sancties van belang) zullen schikken of zich zullen onthouden van oneerlijke handelspraktijken, aan handhaving door concurrenten en de Belgische Consumentenautoriteit en aan de geringe bekendheid die artikel 41 WMPC geniet, mede door een onlogische plaatsing in de wet.

Summary

Article 41 of the Act on Market Practices and Consumer Protection (the 'Act') provides Belgian law with a unique sanction for the benefit of consumers who have fallen prey to unfair commercial practices. The main objective of this research was to ascertain how the Belgian sanction in Article 41 of the Act works in practice. In particular, the question needed to be answered whether it was effective in the sense of having a deterrent effect against traders and being inviting for consumers to take advantage of it.

The answers to these questions were obtained by analysing the remedies available under Dutch and Belgian law to consumers who have been victims of unfair commercial practices. The conclusion is that, specifically because of its punitive character, Article 41 of the Act differs from the existing Dutch law of obligations in which compensation and recovery are central. That is not to say that such a sanction would not be consistent with the Dutch law on obligations, but that it would add a new element.

The practical effect of Article 41 of the Act was examined through interviews and a review of the case law. A survey among all Belgian courts having jurisdiction to apply Article 41 (246 in total) did not reveal any decisions in this respect, nor were any published decisions found. Interviews with nine persons working in various sectors (the legal profession, businesses, consumer organizations, and the government) generated several possible explanations for the lack of case law.

The result of the research is that the sanction in Article 41 of the Act seems to be a dead letter. No case law could be found in which Article 41 has been applied, nor did the interviews suggest that this sanction is often invoked by or on behalf of consumers in connection with negotiations between consumers and businesses. Moreover, businesses do not appear to be deterred by Article 41 with regard to their conduct. Although the possibility cannot be excluded that the sanction in Article 41 is being invoked every now and then, it appears unlikely that this is common.

The reasons which might explain this are not related to the nature of the sanction as such. Rather, they are presumably attributable in large part to the wording of Article 41 of the Act (ambiguous conditions for application), the fact that disputes between consumers and businesses usually involve only a small amount of money in combination with the cost of litigation and the risk to have to pay part of the attorney's fees of the opposite party, a commercial incentive (reputation is of importance apart from any possible legal sanctions) for businesses to settle or to abstain from unfair commercial practices, enforcement by competitors and the Belgian Consumer Authority, and the relative obscurity of Article 41 of the Act, which is partly due to the illogical placement in the law.

Hoofdstuk 1 Inleiding

1. Aanleiding en probleemstelling

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken van 11 mei 2005 beoogt een hoog niveau van consumentenbescherming te realiseren en de werking van de interne markt te verbeteren.¹

Bij de behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Tweede Kamer 17 oktober 2007, 14 925) diende het toenmalige Tweede Kamerlid Mevrouw Vos van de PvdA een amendement in (Kamerstukken II, 2007-2008, 30928, nr. 12). De strekking hiervan was om aan artikel 6:193j BW de mogelijkheid toe te voegen dat, als door de rechter een oneerlijke handelspraktijk wordt geconstateerd, en daardoor een overeenkomst tot stand is gekomen, de consument gerechtigd is van de handelaar te verlangen dat aan hem de betaalde prijs wordt terugbetaald, zonder dat hij tot ongedaanmaking van de reeds ontvangen prestaties kan worden verplicht. Genoemd amendement was gebaseerd op de nieuwe civiele sanctie die België in 2007 bij de implementatie van de wet oneerlijke handelspraktijken heeft geïntroduceerd: het huidige artikel 41 Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming (WMPC).

Toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin ontraadde het amendement, maar deed vervolgens de toezegging om in 2010 onderzoek te doen naar de praktijkervaringen met de sanctie in België (Handelingen 23 september 2008, Kamerstukken I, 2008-2009, nr. 1, p. 29). Het onderhavige onderzoek is ter uitvoering van die toezegging verricht op verzoek van de Directie Wetgeving in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie.

De centrale doelstelling van dit onderzoek is om de wijze waarop de Belgische sanctie in de praktijk werkt in kaart te brengen.

Om zicht te krijgen op de werking van de Belgische sanctie en vergelijking met het bestaande Nederlandse privaatrecht mogelijk te maken, is de volgende vierledige probleemstelling geformuleerd:

1. Wat zijn de ervaringen in België met de bij de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in de wet geïntroduceerde civiele sanctie, die inhoudt dat de consument bij ontbinding van een overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg van bepaalde oneerlijke handelspraktijken, niet al-

¹ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 11 juni 2005, afl. 149, 22.

leen het recht krijgt om die overeenkomst buitengerechtelijk te vernietigen, maar ook om het goed kosteloos te behouden?

2. Is deze sanctie doeltreffend in de zin dat handelaren ervan worden weerhouden om oneerlijke handelspraktijken te hanteren?
3. Is deze sanctie doeltreffend in de zin dat het voor de consument aantrekkelijk is om daarvan gebruik te maken?
4. Wat zijn de verschillen tussen de Belgische sanctie en de thans naar Nederlands privaatrecht bestaande remedies ter zake van oneerlijke handelspraktijken?

2. Onderzoeksvragen

In het licht van deze probleemstelling zijn ten aanzien van het Belgische recht tien onderzoeksvragen geformuleerd.

1. Wat houdt de Belgische regeling van de civiele sanctie in?
2. Wat zijn de motieven en overwegingen geweest om deze nieuwe sanctie te introduceren?
3. Wat waren de genoemde vermeende voordelen, en welke de vermeende nadelen bij de onderhandelingen over deze nieuwe sanctie?
4. Hoe verhoudt deze regeling zich tot het karakter van totale harmonisatie van de richtlijn volgens de Belgische regering, voor zover blijkt uit de Kamerstukken en daarna volgens de doctrine?
5. Hoeveel zaken zijn er bij de Belgische rechtbanken aangebracht op grond van de wet oneerlijke handelspraktijken?
6. Op welke artikelen werd daarbij een beroep gedaan?
7. In hoeveel zaken heeft de rechter de vordering of het verzoekschrift gegrond geacht, en wat was daarin de uitspraak?
8. In hoeveel van deze gegrond geachte zaken was er reeds sprake van een overeenkomst en heeft de rechter de nieuwe civiele sanctie toegepast? Om wat voor producten of diensten ging het?
9. In hoeveel van deze gegrond geachte zaken waarbij er reeds sprake was van een overeenkomst, heeft de rechter anderszins beslist, bijvoorbeeld een schadevergoeding opgelegd? Om wat voor producten of diensten ging het?
10. Waarom heeft de rechter in deze zaken niet de nieuwe sanctie opgelegd? In hoeverre heeft dat er mee te maken dat de consument geen behoefte meer had aan het product of de dienst?

3. Gevolgde werkwijze

Bij beantwoording van de bovenstaande probleemstelling en onderzoeksvragen is van verschillende bronnen gebruik gemaakt.

1. Beschrijving van de Belgische sanctie (onderzoeksvragen 1-4).
Hiertoe is gebruik gemaakt van parlementaire geschiedenis en literatuur.

2. Inventarisatie van de praktische werking van die sanctie (onderzoeksvragen 5-10 en onderdeel 1 van de probleemstelling).

Deze inventarisatie steunt op:

- onderzoek naar via tijdschriften of internet openbaar gemaakte uitspraken waarin toepassing is gegeven aan de Belgische sanctie (artikel 41 WMPC)
- aanschrijving van in totaal 246 gerechten (187 vredegerechten, 27 rechtbanken van eerste aanleg, 27 rechtbanken van koophandel en 5 hoven van beroep);
- emailcontact met de Geschillencommissie Reizen;
- negen face to face interviews gehouden met personen afkomstig uit verschillende sectoren (rechterlijke macht, advocatuur, bedrijfsleven, consumentenorganisaties, de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie (de Belgische Consumentenautoriteit) en het Belgische ministerie verantwoordelijk voor de betreffende wet). In de oorspronkelijke onderzoeksopzet was voorzien in vijf interviews. Dit is uitgebreid naar negen toen geen rechtspraak werd gevonden.

3. Bepaling van de doeltreffendheid van de sanctie (onderdelen 2 en 3 van de probleemstelling).

Deze bepaling vindt plaats op basis van de in de vorige twee nummers genoemde bronnen.

4. Beschrijving van de thans naar Nederlands recht bestaande remedies ter zake van oneerlijke handelspraktijken en een beschrijving van de verschillen tussen die remedies en de Belgische sanctie (onderdeel 4 van de probleemstelling).

Hiertoe is gebruik gemaakt van parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur.

4. Onderzoeksgroep en taakverdeling

Dit onderzoek is uitgevoerd door de Rijksuniversiteit Groningen. Onderzoeksleders waren prof. mr. H.B. Krans en prof. mr. A.J. Verheij. Dr. R. Steennot, als hoofddocent werkzaam bij de Universiteit Gent, verzorgde de beschrijving van het Belgische recht en heeft de gerechten aangeschreven. Dr. P.G.F.A. Geerts verzorgde de beschrijving van het Nederlandse recht. De interviews werden afgenomen door dr. R. Steennot en prof. mr. H.B. Krans/prof. mr. A.J. Verheij. De analyses en conclusies zijn afkomstig van prof. mr. H.B. Krans en prof. mr. A.J. Verheij.

5. Structuur van deze studie

Dit rapport bestaat buiten dit hoofdstuk (Hoofdstuk 1) uit acht hoofdstukken. Hoofdstuk 2 schetst achtergrond, opzet en karakter van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Hoofdstuk 3 bevat een beschrijving van het Nederlandse recht, in het bijzonder de thans geldende remedies die de consument die het slachtoffer is geworden van een oneerlijke handelspraktijk tegen de handelaar in stelling kan brengen. Hoofdstuk 4 geeft een beschrijving van het Belgische recht waarin de Belgische sanctie (artikel 41 WMPC) centraal staat. In hoofdstuk 5 worden de Nederlandse privaatrechtelijke remedies die in hoofdstuk 4 in kaart zijn gebracht, vergeleken met de Belgische sanctie van artikel 41 WMPC. In hoofdstuk 6 volgt een verslag van het jurisprudentieonderzoek. De zakelijke inhoud van de afgenomen interviews en de gestelde vragen zijn opgenomen in hoofdstuk 7. Hoofdstuk 8 behelst een analyse van de redenen voor het ontbreken van rechtspraak over artikel 41 WMPC. De

probleemstelling en onderzoeksvragen worden afrondend beantwoord in hoofdstuk 9. Ten slotte zijn als appendices opgenomen een lijst van aangehaalde Nederlandse en Belgische literatuur, lijsten van Nederlandse en Belgische rechtspraak waarnaar wordt verwezen, een overzicht van geraadpleegde internetbronnen en de namen en functies van de leden van de begeleidingscommissie.

Hoofdstuk 2 De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken

1. Inleiding

De Richtlijn van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (hierna: de Richtlijn OHP) ziet op handelspraktijken over de gehele linie en beperkt zich niet tot regulering van handelspraktijken binnen slechts één bepaalde sector of voor één bepaald medium. Zij werd tot stand gebracht om de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten te harmoniseren.¹ De Richtlijn OHP streeft daarbij in wezen een dubbele doelstelling na. Ten eerste beoogt de Richtlijn OHP bij te dragen aan de goede werking van de interne markt. Bovendien beoogt de Richtlijn OHP 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.² De Europese wetgever hecht dus belang aan de bevordering van het vrij verkeer en derhalve aan de interne markt en aan een hoog niveau van bescherming van consumenten.

In het verleden heeft de Europese wetgever verschillende initiatieven genomen om de consument beter te beschermen. De rechtvaardiging voor deze maatregelen wordt gevonden in de creatie van een interne markt.³ Bovendien wordt waarde gehecht aan de bescherming van de consument.⁴ Uitgangspunt is dat de interne markt niet goed kan functioneren indien consumenten in sommige lidstaten minder goed beschermd worden dan in andere.⁵ Enerzijds zullen consumenten volgens de Europese wetgever meer bereid zijn om goederen of diensten te verwerven van een professioneel die gevestigd is in een andere lidstaat indien zij er zeker van zijn dat zij bij dergelijke transacties dezelfde bescherming zullen genieten als bij een transactie met een professioneel uit eigen land (of toch minstens een bepaalde minimale bescherming).⁶ Anderzijds zullen volgens de Europese Commissie ook verkopers en dienstverleners meer bereid zijn hun goederen en diensten grensoverschrijdend aan te bieden indien ze niet het risico lopen om in die landen aan strengere bepalingen, i.e. bepalingen die de consument een grotere bescherming bieden, te worden onderworpen.⁷ Overigens wordt in de literatuur ook beargumenteerd dat vooral ondernemingen baat hebben bij harmonisatie van wetgeving. Daarbij wordt

¹ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *Pb L* 11 juni 2005, afl. 149, 22.

² Zie artikel 1 Richtlijn OHP en overweging 5 bij de Richtlijn OHP; vergelijk MvT, Kamerstukken II 2006/2007, 30928, nr. 3, p. 1.

³ De Brouwer 2006, p. 790, Straetmans 2006, p. 233, Stuyck, Terryn en Van Dijck 2006, p. 107-108.

⁴ Zie ook Mak 2009, p. 65, Hesselink 2009, p. 64 en Wilhelmsson 2004, p. 319, die vaststellen dat hoewel consumentenbescherming binnen het verdrag een doel op zich is (artikel 12 en 169 EU-Verdrag), harmonisatie van consumentenwetgeving door de Europese wetgever in eerste instantie gerechtvaardigd wordt vanuit de noodzaak een interne markt te creëren.

⁵ Besluit n° 1926/2006/EC van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 tot vaststelling van een communautair actieprogramma op het gebied van consumentenbeleid (2007-2013), *Pb L* 30 december 2006, afl. 440/39.

⁶ Mak 2009, p. 66.

⁷ Zie ook Terryn 2008-1, p. 67 en Voorstel voor een Richtlijn van de Europese Commissie van 8 oktober 2008 betreffende consumentenrechten, COM 2008) 614 definitief, p. 2.

aangevoerd dat dergelijke harmonisatie, in het bijzonder volledige harmonisatie (waarover hierna in paragraaf 4) kostenbesparend werkt.⁸ Voor consumenten is harmonisatie van het materieel consumentenrecht in werkelijkheid wat minder belangrijk. Het zou, zo wordt gesteld, slechts in beperkte mate bijdragen tot het versterken van hun vertrouwen in de interne markt.⁹

2. Verbod op oneerlijke handelspraktijken

Kern van de Richtlijn OHP is dat zij een verbod bevat op oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten. Artikel 5 lid 1 Richtlijn OHP geeft in het algemeen aan dat oneerlijke handelspraktijken verboden zijn. De Richtlijn OHP wijdt vervolgens diverse voorschriften aan de vraag wanneer sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. Volgens artikel 5 lid 2 Richtlijn OHP wordt een handelspraktijk als oneerlijk beschouwd indien zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economisch gedrag van de consument wezenlijk verstoort of kan verstoren. Daarbij is niet van belang of de consument ook daadwerkelijk een transactie is aangegaan.¹⁰

De oneerlijkheidstoets wordt uitgewerkt met de begrippen misleidende en agressieve handelspraktijken. Een handelspraktijk is in het bijzonder oneerlijk als zij misleidend is.¹¹ Wanneer sprake is van misleidende handelspraktijken wordt uitgewerkt in artikel 6 en 7 Richtlijn OHP. Blijkens artikel 6 Richtlijn OHP is een handelspraktijk misleidend als zij (kort gezegd) gepaard gaat met onjuiste of onduidelijk gepresenteerde informatie over diverse in die bepaling genoemde elementen, waaronder de aard van het product (lid 1 sub a) en de prijs (lid 1 sub d). De artikelen 8 en 9 Richtlijn OHP geven aan wanneer een handelspraktijk agressief is.

De Richtlijn OHP laat het echter niet bij deze omschrijvingen, maar bevat ook een bijlage met een lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.¹² Die lijst (bijlage I) bevat 31 praktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.

3. Toepassingsgebied

Voor het toepassingsgebied van de Richtlijn OHP zijn onder meer artikel 3 en (delen van) artikel 2 van de Richtlijn OHP relevant. Artikel 2 sub d Richtlijn OHP geeft aan wanneer sprake is van een handelspraktijk van een onderneming jegens een consument. Onder een dergelijke handelspraktijk verstaat die bepaling 'iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken van 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'.¹³ In april 2009 kiest het Hof van Justitie in die zin ook voor een ruime uitleg door te oordelen dat de Richtlijn OHP zich verzet tegen een nationale regeling die, behoudens bepaalde uit-

⁸ Mak 2009, p. 66 en Wilhelmsson 2006, p. 470 e.v.

⁹ Wilhelmsson 2004, p. 317-337 en specifiek met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken Wilhelmsson 2006, p. 470 en 484 e.v.

¹⁰ Vergelijk Nederlandse Nota n.a.v. Verslag, Kamerstukken II 2006/2007, 30928, nr. 8, p. 6.

¹¹ Artikel 3 lid 4 Richtlijn OHP.

¹² Artikel 5 lid 5 Richtlijn OHP.

¹³ Onder product moet ingevolge artikel 2 sub c Richtlijn OHP worden verstaan een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen. Een handelaar is volgens artikel 2 sub b een natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekschap van hem optreedt.

zonderingen, elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument op algemene en preventieve wijze verbiedt, ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval.¹⁴ De Richtlijn OHP ziet dus op meer dan reclame-uitingen alleen. Zij raakt aan vrijwel alle commerciële gedragingen en communicatie die op consumenten zijn gericht.¹⁵

Dat de Richtlijn OHP een ruim toepassingsgebied heeft, blijkt ook daaruit dat zij zich niet beperkt tot handelingen voorafgaand aan het tot stand komen van een overeenkomst.¹⁶ De Richtlijn OHP geldt namelijk voor oneerlijke handelspraktijken voor, gedurende en na een commerciële transactie met een consument.¹⁷ Zoals Verkade heeft opgemerkt, strekt de Richtlijn OHP zich uit tot het gehele traject tot en met verkoop of levering van een product aan consumenten, alsmede service en klachtenbehandeling.¹⁸ Ook na de verkoop moet de handelaar dus blijven voldoen aan de eerlijkheidsnorm.¹⁹

De Richtlijn OHP heeft dus een ruim toepassingsgebied. Een belangrijke begrenzing van dat toepassingsbereik schuilt echter daarin dat zij alleen ziet op oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten.²⁰ De Richtlijn OHP veronderstelt derhalve een interactie tussen een handelaar en een consument (B2C; business to consumer). Dat betekent dat de Richtlijn OHP niet van toepassing is op transacties tussen consumenten onderling (C2C; consumer to consumer) en op transacties tussen handelaren onderling (B2B; business to business). Indien een handelaar een andere handelaar (daaronder begrepen de zelfstandige zonder personeel) misleidt, valt die oneerlijke handelspraktijk niet onder het bereik van de Richtlijn OHP. Mogelijk kan die andere handelaar een beroep doen op onrechtmatige daad, dwaling of bedrog.²¹ Zoals bij de Parlementaire behandeling van de omzettingwetgeving in Nederland is opgemerkt, geldt dit uitgangspunt ook voor kleine zelfstandigen.²²

Er zijn meer beperkingen aan het toepassingsgebied van de Richtlijn OHP. Zo ziet de Richtlijn OHP niet op regels over gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten.²³ Ook laat de Richtlijn OHP het verbintenissenrecht onverlet, in het bijzonder de regels over geldigheid, de opstelling en rechtsgevolgen van contracten.²⁴

4. Volledige harmonisatie

De Richtlijn OHP is gericht op volledige harmonisatie.²⁵ Volgens artikel 4 Richtlijn OHP mogen de lidstaten geen beperkingen opleggen aan het vrij verkeer van diensten of het vrije verkeer van goederen om redenen die

¹⁴ HvJ 23 april 2009, zaak C-261/07, VTB-VAB/Total Belgium en C-299/07 Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV.

¹⁵ Broekman 2005, p. 176.

¹⁶ In overweging 13 van de considerans wordt bovendien opgemerkt dat de Richtlijn OHP evenzeer van toepassing is op handelspraktijken die buiten een contractuele relatie tussen een handelaar en een consument staan.

¹⁷ Artikel 3 lid 1 Richtlijn OHP.

¹⁸ Verkade 2009, nr. 2 in fine.

¹⁹ Vergelijk Broekman 2005, p. 176.

²⁰ Onder consument wordt verstaan de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Wij hanteren hier de definitie uit artikel 6:193a lid 1 sub a BW.

²¹ Nederlandse Nota n.a.v. Verslag, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 8, p. 6 en 7.

²² Nederlandse Nadere MvA, Kamerstukken I 2007/2008, 30 928 E, p. 6.

²³ Artikel 3 lid 3 Richtlijn OHP.

²⁴ Artikel 3 lid 2 Richtlijn OHP.

vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied. De Richtlijn OHP wijkt met dit uitgangspunt van volledige harmonisatie af van de (voormalige) Richtlijn Misleidende Reclame.²⁶

Het principe van volledige harmonisatie impliceert dat lidstaten op het geharmoniseerde gebied niet de mogelijkheid hebben verdergaande (strengere) voorschriften ter bescherming van de consument te hanteren dan op communautair niveau is vastgesteld. Lidstaten mogen consumenten dan ook niet verder beschermen dan in de Richtlijn OHP is voorgeschreven.²⁷ Onvoorwaardelijk is het uitgangspunt van volledige harmonisatie echter niet. Zo mogen lidstaten bijvoorbeeld op het gebied van financiële diensten en onroerend goed vereisten opleggen die voor het bij de richtlijn geharmoniseerde gebied strenger zijn dan de bepalingen van deze richtlijn.²⁸

De vaststelling dat de Richtlijn OHP gestoeld is op het concept van volledige harmonisatie is ook bevestigd door het Hof van Justitie.²⁹

Overigens harmoniseert de Richtlijn OHP niet de sancties die toepassing vinden bij overtreding van de OHP-regels. De Richtlijn OHP schrijft voor dat de lidstaten doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties vaststellen.³⁰

5. Uitvoeringswetgeving

Ter uitvoering van de Richtlijn OHP is in Nederland afdeling 6.3.3A BW ingevoerd.³¹ Dat betreft de artikelen 6:193a tot en met 193j BW. Hierna in hoofdstuk 3 gaan wij daar nader op in. In België is de Richtlijn OHP omgezet bij wet van 5 juni 2007. De bepalingen over reclame en handelspraktijken zijn thans te vinden in de Wet Marktpraktijken (afdeling 5 van hoofdstuk 2 en hoofdstuk 4). In hoofdstuk 4 gaan wij daar nader op in.

²⁵ Zie overweging 14 en 15 van de Richtlijn OHP. Zie ook Hesselink 2009, p. 87, Straetmans 2008, p. 24, Stuyck, Terryn en Van Dijck 2006, p. 115 en Wilhelmsson 2006, p. 476-477.

²⁶ Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame.

²⁷ Vergelijk MvT, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 8, p. 4. Overigens mogen lidstaten gedurende zes jaar na het verstrijken van de implementatietermijn (12 juni 2007) onder bepaalde voorwaarden (waaronder een noodzakelijkheidstoets en een plicht tot het notificeren van de Europese Commissie) strengere bepalingen blijven toepassen (artikel 3 lid 5 en lid 6 Richtlijn OHP); vergelijk MvT, Kamerstukken II, 2006/2007, 30 928, nr. 3, p. 4.

²⁸ Artikel 3 lid 9 Richtlijn OHP.

²⁹ HvJ 23 april 2009, zaak C-261/07, VTB-VAB tegen Total Belgium en C- 299/07 Galatea BVBA tegen Sanoma Magazines Belgium NV.

³⁰ Artikel 11 en 13 Richtlijn OHP.

³¹ Deze afdeling is in werking getreden per 15 oktober 2008.

Hoofdstuk 3 Nederlands recht

1. Inleiding

Dit hoofdstuk betreft het Nederlandse recht. Meer concreet bevat dit deel een bespreking van:

- de wijze waarop Europese Richtlijnen, met inbegrip van de Richtlijn OHP, werden omgezet in het Nederlandse recht (paragraaf 2);
- de structuur van afdeling 3.3A Boek 6 BW; de artikelen 6:193a-j BW (paragraaf 3);
- het toepassingsgebied van afdeling 3.3A Boek 6; de artikelen 6:193a-j BW (paragraaf 4);
- privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden van individuele consumenten bij overtreding van de artikelen 6:193a-j BW (paragraaf 5); en
- een overzicht van de bevoegde rechters (paragraaf 6).

2. Omzetting van Europese Richtlijnen betreffende consumentenbescherming en de Richtlijn OHP

De meeste Europese Richtlijnen die strekken tot de bescherming van de consument zijn in Nederland omgezet in verschillende onderdelen in het Burgerlijk Wetboek. Genoemd kunnen worden afdeling 3.3 Boek 6 BW (Productenaansprakelijkheid), afdeling 3.4 Boek 6 BW (Misleidende en vergelijkende reclame),¹ afdeling 5.3 Boek 6 BW (Algemene voorwaarden), titel 7.1 Boek 6 BW (Consumentenkoop), afdelingen 1.1A Boek 3 BW en 3.4A Boek 6 BW (Elektronisch rechtsverkeer), afdeling 1.9A Boek 7 BW (Overeenkomsten op afstand) en titel 1A Boek 7 BW (Overeenkomsten betreffende het gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, bijstand en uitwisseling).²

Ook de Richtlijn OHP is in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd en wel in afdeling 3.3A Boek 6 BW (Oneerlijke handelspraktijken). Deze afdeling bevat de artikelen 6:193a-j BW en is op 15 oktober 2008 in werking getreden.³

¹ Na implementatie van de Richtlijn OHP beschermt art. 6:194 BW (misleidende reclame) alleen nog handelaren tegen misleidende reclame. Zie HR 27 november 2009, BIE 2010, 27 (World Online). Over de vraag wiens belangen art. 6:194a BW (vergelijkende reclame) na implementatie van de Richtlijn OHP beschermt bestaat in de literatuur verschil van mening. Kroon en Mastenbroek 2008 IER, p. 262 e.v. verdedigen dat art. 6:194a BW alleen nog ziet op vergelijkende reclame die zich op handelaren richt en niet meer op vergelijkende reclame die zich op consumenten richt. Een meerderheid in de literatuur is evenwel van mening dat art. 6:194a BW (nog steeds) de belangen van consumenten beschermt en dus ook ziet op vergelijkende reclame die zich op consumenten richt. Zie Verkade 2007, p. 19, Geerts en Vollebregt 2009 p. 7-9, Loos 2010, p. en Bremer NTER 2010, p. 163. In de (lagere) rechtspraak wordt art. 6:194a BW ook (nog steeds) toegepast op vergelijkende reclame-uitingen die zich op consumenten richten. Zie onder meer de volgende recente uitspraken: Vzr. Rb. Amsterdam 18 februari 2011, B9 9426 (Binckbank/Lynx); Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2011, B9 9383 (Tempur/Medicomfort); Vzr. Rb. Den Haag 20 december 2010, B9 9300 (Tempur/Energy+) en Vzr. Rb. Amsterdam 24 december 2009, B9 8512 (KPN/UPC).

² Laatstgenoemde titel strekt ter uitvoering van Richtlijn 2008/122/EG betreffende de bescherming van consumenten net betrekking tot bepaalde aspecten van overeenkomsten betreffende gebruik in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling (Pb L 33/10) en is per 23 februari 2011 in werking getreden. Afdeling 1.10A Boek 7 BW (Timesharing van onroerende zaken) is daarmee komen te vervallen.

³ Stb. 2008, 397 en 398.

3. Structuur van afdeling 3.3A Boek 6 BW (artikelen 6:193a-j BW)

3.1 Inleiding

De Richtlijn OHP is als nieuwe afdeling geïmplementeerd in de titel over de onrechtmatige daad: afdeling 3.3A Boek 6 BW (Oneerlijke handelspraktijken). De nieuwe afdeling is opgenomen vóór afdeling 3.4 Boek 6 BW (Misleidende en vergelijkende reclame). Zij bevat de artikelen 6:193a-j BW. De in die artikelen neergelegde regeling sluit aan bij de systematiek van het Burgerlijk Wetboek, zoals die onder meer geldt voor misleidende en vergelijkende reclame en de onrechtmatige daad.

Inhoudelijk valt deze keuze te rechtvaardigen door het feit dat de regels betreffende oneerlijke handelspraktijken niet zien op door consumenten gesloten overeenkomsten, maar op een door hen genomen ‘besluit over een overeenkomst’ (artikel 6:193a lid 1 sub e BW). Van Boom werpt de vraag op of de consument in veel gevallen niet meer gebaat zou zijn met vernietiging of ontbinding van de onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk gesloten overeenkomst.⁴ Aangezien de sancties die van toepassing zijn op de schending van de ter uitvoering van de Richtlijn OHP vastgestelde nationale bepaling volgens artikel 13 van die richtlijn doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend dienen te zijn zouden de vereisten van vernietiging en ontbinding indien noodzakelijk versoepeld moeten worden door richtlijnconforme interpretatie.

Evenals de misleidende en vergelijkende reclame is de oneerlijke handelspraktijk een species van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Dat betekent dat een handelaar die een oneerlijke handelspraktijk verricht, altijd onrechtmatig handelt jegens de consument die slachtoffer geworden is van die handelspraktijk.⁵ Hieronder volgt een kort overzicht van de artikelen 6:193a-j BW.

3.2 Algemeen

Artikel 6:193a BW bevat definities van begrippen die in de nieuwe afdeling voorkomen of hiervoor relevant zijn, waaronder de begrippen ‘consument’, ‘handelaar’, ‘handelspraktijk’, ‘besluit over een overeenkomst’, ‘professionele toewijding’ en ‘ongepaste beïnvloeding’.

Artikel 6:193b BW is te beschouwen als het kapstokartikel van afdeling 6.3.3A Boek 6 BW. Artikel 6:193b lid 1 BW bevat om te beginnen een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken: een handelaar handelt onrechtmatig jegens een consument indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. In afdeling 6.3.3A wordt het onrechtmatigheidsvereiste van artikel 6:162 BW nader ingevuld. In die omschrijving zit echter ook een causale component.⁶

⁴ Van Boom 2008 NTBR, p. 125.

⁵ Een interessante vraag die buiten het bestek van het onderhavige onderzoek valt, is of de handelaar die de OHP-regels heeft overtreden ook jegens zijn concurrenten onrechtmatig heeft gehandeld. Over het antwoord op deze vraag wordt in de literatuur verschillend gedacht. Zie over deze kwestie Verkade 2009, p. 10, 14 en 81-83 en Geerts en Vollebregt 2009, p. 7-9 en de daar genoemde overige literatuur.

⁶ Verkade 2009, p. 33-34.

Artikel 6:193b lid 2 BW geeft aan wanneer een handelspraktijk oneerlijk is. Dat is het geval indien

- een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding (artikel 6:193b lid 2 sub a BW), en
- het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193b lid 2 sub b BW).

Vervolgens bepaalt artikel 6:193b lid 3 BW dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien de handelaar een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikel 6:193c-g BW of een agressieve handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:193h-i BW, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. De artikelen 6:193g en 6:193i BW bevatten zwarte lijsten van handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend respectievelijk agressief zijn.

Binnen afdeling 6.3.3A zijn derhalve – in navolging van de Richtlijn OHP – drie niveaus te onderscheiden:⁷

- de algemene norm van artikel 6:193b lid 2 BW waarin wordt omschreven wanneer een handelspraktijk oneerlijk is (het eerste niveau);
- de algemene omschrijvingen van misleidende en agressieve handelspraktijken en de uitwerking daarvan in de artikelen 6:193c-f en 6:193h BW (het tweede niveau); en
- de zwarte lijsten van misleidende en agressieve handelspraktijken in de artikelen 6:193g en 6:193i BW (het derde niveau).

3.3 Misleidende handelspraktijken

In de artikelen 6:193c-g BW worden de misleidende handelspraktijken geregeld. Het is een vrij gedetailleerde regeling. De misleidende handelspraktijken worden onderverdeeld in misleidende handelingen (artikel 6:193c BW) en misleidende omissies (artikel 6:193d-f BW).

Van een misleidende handeling is volgens artikel 6:193c lid 1 BW sprake indien de handelaar informatie verstrekt die feitelijk onjuist is of informatie verstrekt die bijvoorbeeld door de wijze van presentatie (hoewel feitelijk gezien correct) de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, waardoor hij een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Artikel 6:193c lid 1 bevat sub a t/m g BW een niet limitatieve lijst van elementen ten aanzien waarvan de consument misleid kan worden. Dat betreft bijvoorbeeld informatie ten aanzien van het bestaan of de aard van het product, de voornaamste kenmerken van het product, de reikwijdte van de verplichtingen van de handelaar, de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend, de noodzaak van een dienst, de hoedanigheid van de handelaar of de rechten van de consument.

⁷ Vgl. Verkade 2009, p. 26-27 die overigens binnen het tweede niveau weer een subniveau ('2A') identificeert.

Krachtens artikel 6:193d lid 1 BW is een handelspraktijk bovendien misleidend indien sprake is van een misleidende omissie. Dat is volgens artikel 6:193d lid 2 BW het geval indien door de handelaar essentiële informatie wordt weggelaten waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen. Niet alleen het weglaten van essentiële informatie is misleidend, maar ingevolge artikel 6:193d lid 3 BW ook het op onduidelijke wijze of laattijdig presenteren van die informatie. Het vierde lid van artikel 6:193d BW bevat een belangrijke nuancering. Het bepaalt dat bij de beoordeling of essentiële informatie is achtergehouden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemiddel alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking worden genomen. In de artikelen 6:193e en 6:193f BW wordt het 'essentiële informatie vereiste' uit artikel 6:193d lid 2 BW nader uitgewerkt. Artikel 6:193e BW geeft een specifieke informatieplicht in het geval er een uitnodiging wordt gedaan tot aankoop, terwijl artikel 6:193f BW verwijst naar essentiële informatie die op basis van communautaire wetgeving verstrekt moet worden.

Artikel 6:193g BW is het laatste artikel over de misleidende handelspraktijken. Het bevat een zwarte lijst van een groot aantal concrete gedragingen (sub a t/m w), welke gedragingen onder alle omstandigheden misleidend zijn. Bedoelde gedragingen zijn per definitie onrechtmatig. Vast staat dat de consument wordt misleid en dat de handelaar onrechtmatig heeft gehandeld.⁸ Enkele voorbeelden van handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend zijn: beweren aan een gedragscode gebonden te zijn en daarnaar te handelen, wanneer dit niet het geval is (sub a), een vertrouwens-, kwaliteits- of ander soortgelijk label aanbrengen zonder daarvoor de vereiste toestemming te hebben verkregen (sub b), beweren dat een handelaar of een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend of goedgekeurd terwijl dat niet het geval is (sub d), producten tegen een genoemde prijs te koop aanbieden en vervolgens weigeren een bestelling op te nemen of het product binnen een redelijke termijn te leveren (sub f), wettelijke rechten van consumenten voorstellen als een onderscheidend kenmerk van het aanbod van de handelaar (sub j), redactionele inhoud in de media, waarvoor de handelaar heeft betaald, gebruiken om reclame te maken voor een product, zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk door de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt (sub k), beweren dat de handelaar op het punt staat zijn zaak te beëindigen of te verhuizen, indien dit niet het geval is (sub o) en bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen (sub q).

3.4 Agressieve handelspraktijken

In de artikelen 6:193h-i BW worden de agressieve handelspraktijken geregeld. Van een agressieve handelspraktijk is sprake indien door intimidatie, dwang (waaronder het gebruik van lichamelijk geweld) en ongepaste beïnvloeding de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen (artikel 6:193h lid 1 BW). Bij de beantwoording van de vraag of een handelspraktijk agressief is, moet met een aantal factoren rekening worden gehouden, zo volgt uit artikel 6:193h lid 2 sub a t/m e BW. Die factoren zijn: het tijdstip, de plaats, de aard

⁸ MvT, Kamerstukken II 2006/2007, 30928, nr. 3, p. 17 en MvA, Kamerstukken I, 2007/2008, 30 928, C, p. 2.

en de vasthoudendheid die bij de handelspraktijk wordt gedemonstreerd, het gebruik van dreigende gedragingen of dreigende of grove taal, het uitbuiten door de handelaar van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, bezwarende of disproporionele door de handelaar opgelegde niet-contractuele belemmeringen en het dreigen met maatregelen die tegen de wet indruisen.

Bepaalde handelingen zijn onder alle omstandigheden agressief. Artikel 6:193i BW bevat een zogenaamde zwarte lijst met dergelijke handelingen. Ook deze handelingen zijn per definitie onrechtmatig. Enkele voorbeelden van handelspraktijken die onder alle omstandigheden agressief zijn: de indruk geven dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld (sub a); het verzoek van de consument om zijn huis te verlaten of niet meer terug te komen, te negeren (sub b); hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia (sub c); kinderen in reclame er rechtstreeks toe aanzetten om geadverteerde producten te kopen of om hun ouders of andere volwassenen ertoe over te halen die producten voor hen te kopen (e) en de consument uitdrukkelijk meedelen dat, als hij het product of dienst niet koopt, de baan of de bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang zijn (sub g).

3.5 Bewijslast

Degene die een vordering instelt op grond van artikel 6:162 BW dient de schade, het causaal verband, de onrechtmatigheid en de toerekening te stellen en zo nodig te bewijzen.⁹ Bij een oneerlijke handelspraktijk zal de vraag of sprake is van causaal verband worden beantwoord in het kader van de vraag of sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. De omschrijving van een oneerlijke handelspraktijk in artikel 6:193b lid 2 sub b BW bevat als gezegd immers een causaal element: 'waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen'.

Artikel 6:193j BW bepaalt verder in afwijking van de normale bewijslastverdeling bij artikel 6:162 BW dat de aangesproken handelaar in beginsel de materiële juistheid en volledigheid van de door hem verstrekte informatie dient te bewijzen (lid 1) en dat de onrechtmatige daad hem kan worden toegerekend, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld is te wijten noch op ander grond voor zijn rekening komt (lid 2).

In afwijking van de hoofdregel van artikel 150 Rv omtrent verdeling van bewijslast hoeft de consument dan ook alleen maar te stellen dat de door de handelaar verstrekte informatie onvolledig of onjuist is.¹⁰

4. Het toepassingsgebied van afdeling 6.3.3A

De artikelen 6:193a-j BW zijn van toepassing op handelspraktijken van handelaren die zich op consumenten richten (B2C).¹¹ De artikelen veronderstellen derhalve een interactie tussen een handelaar en een consument.

⁹ Zij het dat het in de praktijk zeer uitzonderlijk is als niet kan worden toegerekend. In beginsel kan de eiser daarom volstaan met het stellen van de toerekenbaarheid van onrechtmatige gedraging. Het is dan vervolgens aan de gedaagde om aan te tonen dat niet kan worden toegerekend. Zie Van Maanen 2009, p. 87.

¹⁰ Nota n.a.v. Verslag, TK 2006-2007, 30928, nr. 8, p. 19).

Dat betekent dat de artikelen 6:193a-j BW op transacties tussen consumenten onderling (C2C) en transacties tussen handelaren onderling (B2B) niet van toepassing zijn. Met name dat laatste dient goed voor ogen gehouden te worden. Indien een handelaar een andere handelaar (daaronder begrepen de zelfstandige zonder personeel) misleidt, valt die oneerlijke handelspraktijk niet onder het bereik van afdeling 6.3.3A. Met andere woorden: bedrijven in hun rol als koper vallen niet binnen het toepassingsgebied van de artikelen 6:193a-j BW. In de wetsgeschiedenis lezen wij over deze kwestie het volgende:

“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”.¹²

Van belang is verder dat artikel 6:193a lid 1 sub c BW het begrip product definieert als: “goed, elektriciteit daaronder begrepen, of dienst”. Het toepassingsgebied van de afdeling is ten slotte in navolging van de Richtlijn OHP niet beperkt tot handelingen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst, maar ziet ook op handelingen gedurende en na een commerciële transactie met een consument, zie onder meer de ruime omschrijving van het begrip ‘besluit over een overeenkomst’ in artikel 6:193a lid 1 sub e BW.

5. Handhavingsmogelijkheden bij overtreding van de artikelen 6:193a-j BW

5.1 Inleiding

Zoals opgemerkt, harmoniseert de Richtlijn OHP niet de sancties die toepassing vinden bij overtreding van de OHP-regels. Het enige dat de Richtlijn OHP (in artikel 13) op dit punt voorschrijft, is dat de lidstaten doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties vaststellen. Buiten dit onderzoek valt de vraag of Nederland daadwerkelijk aan dit vereiste heeft voldaan.¹³

In het onderstaande staat centraal een bespreking van de remedies die een individuele consument, die het slachtoffer is geworden van een oneerlijke handelspraktijk, jegens de handelaar ter beschikking staan. Buiten

¹¹ Artikel 6:193a lid 1 sub d BW definieert het begrip handelspraktijk als volgt: “iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”. Artikel 6:193a lid 1 sub b BW definieert het begrip handelaar als volgt: “natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf of degene die ten behoeve van hem handelt”. Artikel 6:193a lid 1 sub a BW definieert het begrip consument als volgt: “natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”.

¹² NnavV, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 8, p. 6. Zie ook Nmva, Kamerstukken I 2007/2008, 30 928, E, p. 6-7.

¹³ Kritisch hierover Van Boom 2008 NTBR, p. 125.

beschouwing blijft derhalve de eventuele vordering van een concurrent jegens de handelaar die zich schuldig maakte aan oneerlijke handelspraktijken.¹⁴

Na een algemeen overzicht van de remedies die een teleurgestelde contractspartij tot haar beschikking heeft (paragraaf 5.3) en de regels van samenloop (paragraaf 5.4), volgt een overzicht van de remedies die het onrechtmatige daadsrecht en het contractenrecht de consument bieden (paragraaf 5.5 respectievelijk paragraaf 5.6). Paragraaf 5.7 bevat een conclusie. Allereerst wordt echter in paragraaf 5.2 een kort overzicht gegeven van de andere handhavingsmogelijkheden, te weten de mogelijkheid van collectieve privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving van de OHP-regels en zelfregulering.

5.2 Collectieve privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving en zelfregulering

Via de burgerlijke rechter kan collectieve handhaving door private partijen plaatsvinden (artikel 3:305a BW en artikel 3:305d BW). De Richtlijn OHP wordt door de Consumentenautoriteit niet privaatrechtelijk, maar bestuursrechtelijk gehandhaafd.¹⁵ Dit is in afwijking van het duale stelsel dat ten aanzien van andere regels van consumentenrecht geldt en dat inhoudt dat normen genoemd in bijlage a van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) via het privaatrecht worden gehandhaafd (artikel 2.5 Whc jo. artikel 3:305d BW) en dat normen genoemd in bijlage b bij de Whc via het bestuursrecht worden gehandhaafd (artikel 2.7 Whc). De Richtlijn OHP is op bijlage b geplaatst.

De gedachte was dat open normen zich wegens het lex certa-beginsel van artikel 7 EVRM niet zouden lenen voor punitieve bestuursrechtelijke handhaving en derhalve alleen langs civielrechtelijke weg zouden kunnen worden gehandhaafd. Door het amendement-Vos is het duale stelsel niet gevolgd bij de handhaving van de Richtlijn OHP. Deze gehele richtlijn wordt derhalve enkel bestuursrechtelijk gehandhaafd door de Consumentenautoriteit.¹⁶

Een voorbeeld van zelfregulering is de door de Stichting Reclame Code opgestelde Nederlandse Reclame Code (NRC). Partijen kunnen op basis daarvan een klacht wegens oneerlijke handelspraktijken indienen bij de Reclame Code Commissie. Het gaat dan weliswaar om handhaving via de privaatrechtelijke weg, maar de Reclame Code Commissie kan bij schending van de OHP-regels (die integraal in de NRC zijn opgenomen) enkel (openbare) aanbevelingen doen.¹⁷ Een ander voorbeeld van zelfregulering zijn de geschillencommissies die in stand worden gehouden door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken.

¹⁴ Vergelijk Broekman 2005, p. 182 en Geerts en Vollebregt 2009, p. 40-41.

¹⁵ Zie over de Parlementaire Geschiedenis op dit punt Van Boom 2010, p. 42-46. De Consumentenautoriteit is overigens niet bevoegd indien de overtreding betrekking heeft op een financiële dienst of activiteit (artikel 2.2 Whc).

¹⁶ Zie kritisch over deze ten aanzien van de oneerlijke handelspraktijken gemaakte keuze Van Boom 2008 TvC, p. 4 e.v. en Van Boom 2010. Zie over de ervaringen met het duale stelsel in het kader van de tussentijdse evaluatie van de Wet handhaving consumentenbescherming Mout-Vos 2010, p. 258-265 en Schol, Nagtegaal en Winter 2010.

¹⁷ Zie over deze andere handhavingsmogelijkheden van de OHP-regels onder meer Geerts en Vollebregt, 2009, p. 51-54 en Verkade 2009, p. 75 e.v. De Stichting Reclame Code is door de regering aangewezen als organisatie met een rechtmatig belang bij de beëindiging van of het verbieden van intracommunautaire inbreuken in de zin van artikel 4 lid 2 van Verordening 2006/2004, zie Besluit van 14 mei 2007 tot aanwijzing van instanties met een rechtmatig belang in het kader van Verordening 2006/2004, Stb. 2007, nr. 186.

5.3 Algemeen: remedies voor een teleurgestelde contractspartij

Een teleurgestelde contractspartij kan in het algemeen reageren op één of meer van de volgende vier manieren:

- a. hij kan de overeenkomst vernietigen wegens een wilsgebrek (dwang, bedrog, misbruik van omstandigheden, bedreiging respectievelijk dwaling), zie artikel 3:44 BW en artikel 6:228 BW;
- b. hij kan nakoming vorderen (als de prestatie niet of gebrekkig is nagekomen), zie artikel 3:296 BW;
- c. hij kan schadevergoeding vorderen (als hij schade heeft geleden door de te late of gebrekkige nakoming), zie artikel 6:74 BW;
- d. hij kan de overeenkomst ontbinden, zie artikel 6:265 BW.

Per geval zal moeten worden gezien of voldaan is aan de voorwaarden van het betreffende rechtsmiddel.

Formeel is het zo dat vernietiging wegens een wilsgebrek betrekking heeft op de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen en dat de overige mogelijkheden de uitvoering van de overeenkomst betreffen. Bij een beroep op een wilsgebrek maakt de consument bezwaar tegen het feit dat zijn wil bij sluiting van de overeenkomst gebrekkig was gevormd; de mogelijkheden b-d betreffen het geval dat de contractspartij ontevreden is over (de kwaliteit van) de prestatie die hem is geleverd. Dit conceptuele onderscheid tussen totstandkomingsfase enerzijds en uitvoeringsfase anderzijds valt in de praktijk soms lastig te maken.¹⁸

5.4 Samenloop

Sommige van de in de vorige paragraaf genoemde reacties laten zich combineren, bijvoorbeeld nakoming of ontbinding gecombineerd met schadevergoeding. In beginsel staat het de teleurgestelde contractspartij vrij om te bepalen voor welke optie hij kiest.¹⁹ Het Nederlandse privaatrecht huldigt het cumulatiebeginsel. Dit houdt in dat alle artikelen waarvan de toepassingsvoorwaarden zijn vervuld tegelijkertijd (cumulatief) van toepassing zijn, tenzij uit wet, wetstelsysteem of wetsgeschiedenis anders volgt.²⁰ Dit heeft tot gevolg dat een teleurgestelde contractspartij in beginsel een vordering uit onrechtmatige daad jegens zijn wederpartij kan indienen.²¹ Hij baseert zijn vordering tot schadevergoeding dan dus niet op artikel 6:74 BW, maar op artikel 6:162 BW. Praktisch gesproken zal het verschil in grondslag hier veelal geen grote verschillen opleveren.²²

Zoals al kort opgemerkt in paragraaf 5.1, harmoniseert de Richtlijn OHP niet de privaatrechtelijke middelen waarmee de consument kan reageren op een oneerlijke handelspraktijk. Artikel 3 lid 2 Richtlijn OHP bepaalt

¹⁸ Zowel bij dwaling (artikel 6:228 BW) als bij conformiteit (artikel 7:17 BW) spelen de onderzoeksplicht van de koper en de mededelingsplicht van de verkoper een belangrijke rol.

¹⁹ Zie echter HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79, LJN: AA9311 (Multi Vastgoed/Nethou) waarin de Hoge Raad oordeelde dat deze keuzevrijheid kan worden beperkt door de redelijkheid en billijkheid. Bij consumentenkoop gelden bijzondere regels op grond waarvan ontbinding pas aan de orde komt als de optie nakoming (herstel of vervanging) geen soelaas biedt (artikel 7:22 lid 2 BW). Verder kan de consument soms alleen de fabrikant en niet zijn contractuele wederpartij aanspreken tot betaling van schadevergoeding (artikel 7:24 lid 2 BW), zie verder Schelhaas 2010, p. 48-51.

²⁰ Zie Boukema 1992, Vriesendorp 2009, p. 334-336 en Houben/Albers 2007.

²¹ Schending van een contractuele norm brengt echter niet automatisch mee dat er ook een onrechtmatige daad is gepleegd, zie HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, LJN: AA3818 (Pratt & Whitney/Franssen).

²² Zie echter HR 22 november 1996, *NJ* 1998, 567, LJN: ZC2204 (Bos/Althuisius).

namelijk dat de Richtlijn OHP het verbintenissenrecht en in het bijzonder de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet laat. Aangezien uit het systeem of de geschiedenis van de Richtlijn OHP evenmin de uitsluiting of subsidiariteit van bepaalde acties volgt, geldt het Nederlands privaatrechtelijk uitgangspunt van cumulatie onverkort en heeft de consument keuzevrijheid ten aanzien van de wijze waarop hij wenst te reageren op een oneerlijke handelspraktijk.²³

Verkade merkt op:

“dat de richtlijn niet wil tornen aan bestaande mogelijkheden van een beroep op ontbrekende toestemming ('Haviltex'), of vernietiging wegens dwang, dwaling, bedrog of misbruik van omstandigheden, of tot nakoming/ontbinding/schadevergoeding in geval van toerekenbare tekortkoming c.q. non-conformiteit. Toch moet ik daarbij consequenterwijs (...) het voorbehoud maken dat die nationale vliegers weer niet zouden moeten kunnen opgaan, indien een consument langs die weg zou proberen iets gedaan te krijgen naar aanleiding van een handeling of omissie waarvan aangenomen moet worden dat die ingevolge (uitleg van het Hof van Justitie van) op maximumharmonisatie gerichte bepalingen van richtlijn 2005/29 apert niet als 'oneerlijk' moet gelden”.²⁴

Het karakter van maximumharmonisatie van de Richtlijn OHP kan dus grenzen stellen aan de mogelijkheden die de consument heeft om te reageren op een oneerlijke handelspraktijk.

5.5 Onrechtmatige daad

Het onrechtmatige daadsrecht biedt de individuele consument - kort gezegd - de volgende mogelijkheden: een verbod (artikel 6:162 BW jo. 3:296 BW), rectificatie (artikel 6:167 BW) en schadevergoeding (artikel 6:162 BW). Van deze sancties is vooral de schadevergoedingsactie van belang.

Verkade verdedigt dat bij misleiding aan de consument geen verbodsvordering toekomt, omdat hij daarbij feitelijk noch rechtens voldoende belang heeft (artikel 3:303 BW).²⁵ De misleide consument behoeft deze misleiding immers niet meer te vrezen. Anders: De Vrey en Van Boom.²⁶ Bij een agressieve handelspraktijk zal in de regel buiten kijf staan dat de consument wel een voldoende belang (artikel 3:303 BW) heeft bij een verbod (op straffe van een dwangsom).

Het meest voor de hand liggende geval is de situatie waarin de consument door de oneerlijke handelspraktijk iets heeft aangeschaft, wat hij zonder de oneerlijke handelspraktijk niet zou hebben gedaan. De consument wil zijn geld terug en deze vermogensschade kan hij ingevolge artikel 6:193b lid 2 BW jo. artikel 6:162 BW in begin-

²³ Verkade 2009, p. 78-79.

²⁴ Verkade 2007, p. 11.

²⁵ Verkade 2009, p. 78.

²⁶ De Vrey 2006, p. 69-70 en Van Boom, 2008 TvC, p. 7-8.

sel vorderen. Daarbij kan de consument profiteren van de bewijslastomkeringen neergelegd in artikel 6:193j BW.

In verband met artikel 6:100 BW (voordeelstoerekening) en artikel 6:109 BW (matiging) zal de consument bereid moeten zijn om de eventueel reeds geleverde zaak die onderwerp was van de transactie aan de oneerlijke handelaar terug te geven.²⁷

5.6 Contractenrecht

5.6.1 Algemeen

Naast de actie uit onrechtmatige daad biedt het Nederlandse verbintenissenrecht aan de consument die slachtoffer is geworden van een oneerlijke handelspraktijk (afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval) nog meer mogelijkheden. In veel gevallen waarin sprake is van een oneerlijke handelspraktijk zal immers een (koop)overeenkomst tot stand komen.²⁸ Er is dan een contractuele relatie tussen handelaar en consument ontstaan. Op grond van het contractenrecht kan de door de oneerlijke handelspraktijk getroffen consument verschillende leerstukken inroepen: vernietiging (paragraaf 5.6.2), nietigheid (paragraaf 5.6.3) en ontbinding (paragraaf 5.6.4).²⁹ Paragraaf 5.7 bevat een conclusie.

5.6.2 Vernietiging

Om te beginnen zal de consument in veel gevallen over kunnen gaan tot vernietiging van de gesloten (koop)overeenkomst. De regeling van de oneerlijke handelspraktijken vertoont op onderdelen een overlap met die van de wilsgebreken, in die zin dat een oneerlijke handelspraktijk er mogelijk toe kan leiden dat de wil van de consument om een (koop)overeenkomst aan te gaan gebrekkig is gevormd. De wilsgebreken zijn neergelegd in artikel 3:44 BW en artikel 6:228 BW. Een rechtshandeling is vernietigbaar wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen (artikel 3:44 BW). Hetzelfde geldt indien een (koop)overeenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten (artikel 6:228 BW).

Tijdens de behandeling van het wetsontwerp is aan de verhouding tussen oneerlijke handelspraktijken en wilsgebreken vrij veel aandacht besteed.³⁰ In de wetsgeschiedenis valt te lezen:

“Hoewel de regeling van oneerlijke handelspraktijken een zeer breed spectrum van praktijken omvat, is er onmiskenbaar een overlap tussen de regeling van de oneerlijke handelspraktijken en de wilsgebreken. Zo sluit de omschrijving van een misleidende handelspraktijk in de artikelen 6:193c en 193d nauw aan bij dwaling. Voor dwaling in de zin van het Burgerlijk Wetboek is immers essentieel

²⁷ Aldus terecht Verkade 2009, p. 77.

²⁸ Afdeling 6.3.3a ziet op 'producten', maar deze zijn gedefinieerd als goederen en diensten, zie artikel 6:193a lid 1 sub c BW.

²⁹ Zie De Vrey 2006, p. 51 e.v. die uitvoerig stilstaat bij de vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken. Zie ook Van Boom 2008 TvC, p. 9 e.v.

³⁰ Zie MvT, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 3, p. 9 en NvW, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 8, p. 17-19.

het ontbreken van een juiste voorstelling van zaken, ten gevolge waarvan de dwalende een overeenkomst heeft gesloten die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. De strekking van de omschrijving van een misleidende handelspraktijk is dezelfde. Ook een beroep op misbruik van omstandigheden is bij veel misleidende handelspraktijken niet ondenkbaar.

Bij agressieve handelspraktijken is er een overlap met bedreiging. Van bedreiging (dwang) is sprake indien iemand een ander tot het sluiten van een overeenkomst beweegt door die ander of een derde (bijvoorbeeld een familielid) onrechtmatig met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. Het is zeer aannemelijk dat indien er sprake is van een agressieve handelspraktijk de rechter bedreiging zal aannemen. Immers een handelspraktijk is agressief indien door intimidatie, dwang, waaronder het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Met de vaststelling van een oneerlijke handelspraktijk is niet per definitie een wilsgebrek gegeven. Het is echter de verwachting dat in een belangrijk deel van de gevallen waarin een oneerlijke handelspraktijk wordt vastgesteld, de consument de overeenkomst zal kunnen vernietigen op grond van artikel 3:44 of artikel 6:228. Het gaat dan uiteraard om die gevallen waarin de consument een overeenkomst heeft gesloten en niet om oneerlijke handelspraktijken op grond waarvan de consument een besluit over een overeenkomst had kunnen nemen. Een uitzondering hierop is vermoedelijk te vinden in de algemene norm voor oneerlijke handelspraktijken zoals deze is neergelegd in het tweede lid van artikel 6:193b (professionele toewijding). Bij het handelen in strijd met professionele toewijding is er geen (direct) verband met wilsgebreken. De elementen die relevant zijn bij de beoordeling of sprake is van een handelen in strijd met de professionele toewijding (bijzondere vak-kundigheid en zorgvuldigheid) zijn van een andere orde”.³¹

Een reden waarom alle oneerlijke handelspraktijken niet één op één tot een succesvolle vernietiging wegens een wilsgebrek kunnen leiden, zou onder meer gelegen kunnen zijn in het feit dat de Richtlijn OHP uitgaat van de gemiddelde consument (een objectief consumentenbegrip), terwijl in het verbintenissenrecht de ‘redelijk oordelende consument’ niet volledig geobjectiveerd moet worden. Daarmee is bedoeld dat bij de beoordeling of een geslaagd beroep op een wilsgebrek kan worden gedaan ook de subjectieve omstandigheden een rol spelen. Met andere woorden: de gemiddelde consument versus de individuele consument. Dat de gemiddelde consument door de handelspraktijk zou zijn misleid, wil nog niet zeggen dat de individuele consument die (vervolgens) een beroep doet op dwaling, ook daadwerkelijk heeft gedwaald.³²

In een later stadium van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is deze kwestie opnieuw aan de orde gekomen en is gevraagd waarom er niet voor is gekozen om per definitie te bepalen

³¹ NvW, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 8, p. 18-19.

³² Zie onder meer De Vrey 2006, p. 56 e.v., Van Boom TvC 2008, p. 9 en Van Dam 2007, p. 59-73.

dat een overeenkomst vernietigbaar is als er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. De minister van Justitie heeft daarop als volgt geantwoord:

“Dat had inderdaad gekund en dan hadden wij de implementatie van de richtlijn gezocht in het spoor van de bepalingen over dwaling en bedrog en dan hadden wij daar bijzondere regels voor gesteld. Het was inderdaad een denkbaar ander spoor geweest om het onderwerp te regelen. Er is echter bewust voor gekozen om dit niet te doen, maar om aanvullende regels te stellen en wel in de vorm van een specifieke onrechtmatigedaadactie. Dat opent voor de consument namelijk de weg voor het krijgen van een schadevergoeding. Kenmerkend aan de regeling die nu getroffen is, is dat het causaliteitsvereiste daar uit wordt gehaald.³³ Dat vergemakkelijkt en versterkt de positie van de consument bij het doen van een beroep op de bepalingen. Het geeft de consument dus meer bescherming. Wij hebben daarbij de lijn gevolgd die ook te vinden was bij de implementatie van de richtlijn inzake misleidende en vergelijkende reclame, waarbij deze richtlijn immers thematisch aansluit. Het leek daarom het beste om deze methodiek te kiezen, al onderken ik dat een andere methodiek denkbaar was geweest. In de kern van de zaak zijn daarvoor twee redenen. De ene is dat de gevolgde lijn aansluit bij wat is gedaan bij de implementatie van de andere richtlijn. De andere is dat deze methodiek de consument extra bescherming biedt, doordat je nu kunt voortbouwen op de onrechtmatigedaadbepalingen”.³⁴

Hoewel met de vaststelling van een oneerlijke handelspraktijk dus niet per definitie een wilsgebrek gegeven is, zijn er vele raakvlakken te vinden tussen de oneerlijke handelspraktijken en de wilsgebreken. Heel globaal zou men kunnen zeggen dat bedrog en dwaling aansluiten bij de misleidende handelspraktijken (het (niet) meedelen van vereiste informatie) en bedreiging en misbruik van omstandigheden bij de agressieve handelspraktijken.³⁵ Bij ‘overlap’ kan de consument ex artikel 6:228 BW of ex artikel 3:44 BW overgaan tot vernietiging van de door hem gesloten overeenkomst.³⁶

Vernietiging houdt in beginsel in dat aan de gewraakte rechtshandeling met terugwerkende kracht alle rechtsgevolgen worden onthouden (artikel 3:53 BW). De (koop)overeenkomst is nietig geweest vanaf het moment waarop zij werd gesloten. De consument die de overeenkomst vernietigt, bevrijdt zich aldus van zijn eigen verplichtingen. Heeft hij al uitvoering gegeven aan de op hem rustende verbintenis (bijvoorbeeld de koopprijs betaald), dan kan hij het door hem betaalde als onverschuldigd betaald ex artikel 3:53 jo. artikel 6:203 BW terugvorderen. De terugwerkende kracht heeft ook goederenrechtelijk effect (zakelijke werking): aan een reeds

³³ Pijls 2008, p. 348 noemt dit een ‘slip of the tongue’. Hij meent dat ook de door de oneerlijke handelspraktijk getroffen consument zal moeten aantonen dat hij schade heeft geleden en dat die schade in causaal verband staat met de door de handelaar gepleegde normschending. Verkade 2009, p. 34 acht deze opmerking van de minister ‘niet begrijpelijk’.

³⁴ Handelingen II 2007/08, 30 928, 14, p. 937.

³⁵ De Vrey 2006, p. 59.

³⁶ Volgens de Nederlandse regering zal die overlap er in zijn algemeenheid *veelal* zijn en bij overtreding van de artikelen 6:193g en 6:193i BW *vrijwel altijd*, MvA, Kamerstukken I 2007/2008, 30 928, C, p. 3-4. Zie ook Nmva, Kamerstukken I 2007/2008, 30 928, E, p. 3 waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat de overlap er *vermoedelijk bijna altijd zal zijn* en daar *doorgaans tevens sprake van zal zijn*.

geschiede levering komt vanaf het begin de titel te ontvallen, zodat de eigendom van de geleverde zaak achteraf beschouwd steeds bij de verkoper is gebleven (causaal stelsel, verankerd in artikel 3:84 lid 1 BW).³⁷

De door de oneerlijke handelspraktijk getroffen consument kan, indien voldaan is aan de voorwaarden voor een wilsgebrek, de (koop)overeenkomst vernietigen hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak (artikel 3:49 BW).

Over de vraag of de omkering van de bewijslast van artikel 6:193j BW ook geldt indien vernietiging wegens een wilsgebrek wordt gevorderd, heeft de minister van Justitie het volgende opgemerkt:

“bij misleidende informatie [is] omkering van de bewijslast (...) zonder meer van toepassing (...), ook als er een beroep wordt gedaan op wilsgebreken ten einde de overeenkomst te vernietigen.”³⁸

Uitgaande van de juistheid van deze opmerking zou de regel van artikel 6:193j BW dus ook voor de bewijslastverdeling bij wilsgebreken gelden. Of dit inderdaad het geval is, valt echter te betwijfelen. In elk geval is het niet zo dat van omkering van de bewijslast ‘zonder meer’ sprake zal zijn, omdat artikel 6:193j lid 1 BW bepaalt dat de bewijslast op de handelaar rust ‘als dat passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure’.³⁹

5.6.3 Nietigheid

Eventueel kan de consument ook een beroep doen op artikel 3:40 lid 1 BW indien hij van mening is dat de handelspraktijk door de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde.⁴⁰ Een nietige overeenkomst is van rechtswege ongeldig. De handeling heeft van meet af aan geen rechtsgevolg. Voor zover een nietige overeenkomst reeds is uitgevoerd, dienen de verrichte prestaties ongedaan gemaakt te worden op grond van onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW).

Van nietigheid of vernietigbaarheid van een overeenkomst wegens strijd met de wet (artikel 3:40 lid 2 BW) kan sprake zijn indien het gaat om dwingende wetsbepalingen die het verrichten van de rechtshandeling betreffen. Bij overeenkomsten betreft het dus dwingende wetsbepalingen die het sluiten van de overeenkomst verbieden.⁴¹

Oneerlijke handelspraktijken betreffen in de kern de onrechtmatige beïnvloeding van besluiten tot het sluiten van een overeenkomst. Niet het sluiten of de inhoud of de strekking van de overeenkomst als zodanig is verboden, maar onrechtmatige beïnvloeding van consumenten. Voor vernietiging op grond van artikel 3:40 BW zal daarom in de regel geen plaats zijn.

³⁷ Asser/Hijma 2007, nr. 222.

³⁸ Handelingen II 2007/08, nr. 14, p. 938.

³⁹ Vgl. Verkade 2009, p. 57.

⁴⁰ NvW, Kamerstukken II 2006/2007, 30 928, nr. 8, p. 17-18.

⁴¹ Zie onder meer Van Dam 2010, nr. 151.

5.6.4 Ontbinding

Zoals hierboven al is opgemerkt, kan de consument die slachtoffer is van een oneerlijke handelspraktijk zich op verschillende rechtsmiddelen beroepen.⁴² Onder omstandigheden kan hij vernietiging van de (koop)overeenkomst vorderen op grond van aanwezigheid van een wilsgebrek. Andere sancties zijn echter ook denkbaar. In veel gevallen zal een product dat is gekocht onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk niet de eigenschappen bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Dat is in strijd met artikel 7:17 BW. Dat artikel bepaalt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden (conformiteit). Wanneer dat niet het geval is (non-conformiteit) en er is sprake van dwaling of bedrog (misleiding) dan kan de koper de overeenkomst vernietigen (zie hierboven). Hem staan echter ook andere sancties ter beschikking. Daarbij kan men denken aan nakoming (artikel 3:296 BW); aflevering van het ontbrekende, herstel of vervanging van de afgeleverde zaak voor zover de kosten niet onevenredig hoog zijn (artikel 7:21 BW); ontbinding of vermindering van de prijs (artikel 7:22 BW) en schadevergoeding (artikel 7:24 BW).⁴³

In het kader van dit onderzoek is het met name van belang om stil te staan bij de ontbinding. Bij non-conformiteit heeft de koper de bevoegdheid om de overeenkomst te ontbinden (artikel 7:22 BW). Dit artikel is ter uitvoering van de Richtlijn consumentenkoop (Richtlijn 99/44/EG van 25 mei 1999) in het BW geïmplementeerd. Artikel 7:22 BW wijkt op een aantal punten af van de algemene ontbindingsregeling neergelegd in artikel 6:265 e.v. BW.⁴⁴ Anderzijds bepaalt artikel 7:22 lid 3 BW dat de algemene ontbindingsregels gelden voor zover daarvan in (afdeling 3) niet is afgeweken. Dat betekent dat ook voor de ontbinding ex artikel 7:22 BW de regel van artikel 6:269 BW geldt: de ontbinding heeft geen terugwerkende kracht. De overeenkomst blijft tot aan het tijdstip van ontbinding in stand, zij vervalt door de ontbinding alleen voor de toekomst. Verbintenisrechtelijk heeft dat tot gevolg dat vóór de ontbinding verrichte prestaties verschuldigd verricht zijn en derhalve niet op grond van onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW) teruggevorderd kunnen worden. Dat neemt evenwel niet weg dat artikel 6:271 BW bepaalt dat partijen verplicht zijn de reeds verrichte prestaties ongedaan te maken. Dat zal er in veel gevallen op neerkomen dat de oneerlijk handelende verkoper de koopsom dient terug te betalen en de koper de zaak terug dient te geven in de toestand waarin hij haar heeft ontvangen. Door het ontbreken van terugwerkende kracht heeft de ontbinding evenmin goederenrechtelijk effect (zakelijke werking). Op het moment van levering bestond een geldige titel (artikel 3:84 BW). Dat die titel later zonder terugwerkende kracht komt te vervallen, brengt daarin geen verandering, zodat de verkrijger ook na ontbinding eigenaar blijft. De vervreemder kan de geleverde zaak niet terugeisen (artikel 5:2 BW), maar de verkrijger dient ingevolge artikel 6:271 BW de zaak terug te geven. Met andere woorden: de ontbinding van de koopovereenkomst leidt dus tot het ontstaan van persoonlijke vorderingen tot ongedaanmaking.⁴⁵

⁴² Zie ook nog MvA, Kamerstukken I 2007/2008, 30 928, C, p. 6-7.

⁴³ Zie uitvoerig over deze kwestie De Vrey 2006, p. 64 e.v.

⁴⁴ Zie voor die verschillen Asser/Hijma 2007, nr. 494a.

⁴⁵ Asser/Hijma 2007, nr. 523.

5.7 Conclusie

Omdat de Richtlijn OHP de overige remedies die het verbintenissenrecht biedt onverlet laat (artikel 3 Richtlijn OHP), kan de consument ook trachten de overeenkomst te ontbinden (artikel 6:265 BW) of te vernietigen wegens een wilsgebrek (artikel 3:44 BW en artikel 6:228 BW).

Een oneerlijke handelspraktijk komt veelal neer op onrechtmatige beïnvloeding van de besluitvorming van de consument. Zonder die beïnvloeding zou de consument de overeenkomst met de handelaar niet zijn aangegaan. Tegen die achtergrond ligt het voor de hand dat de consument de overeenkomst geheel wenst terug te draaien. Vernietiging wegens een wilsgebrek ligt dan het meeste voor de hand. Het invoeren van een wilsgebrek zal echter soms kunnen afstuiten op het feit dat de in dat kader uitgevoerde toets subjectiever is (zou deze persoon de overeenkomst hebben gesloten zonder de onrechtmatige beïnvloeding?) dan de toets die in het kader van de regeling van oneerlijke handelspraktijken wordt uitgevoerd (zou een gemiddelde consument de overeenkomst hebben gesloten zonder de onrechtmatige beïnvloeding?).

6. Bevoegde rechter

Civielrechtelijke vorderingen van individuele consumenten wegens schending van de OHP-regels dienen in Nederland te worden ingesteld bij de rechtbank. Krachtens artikel 42 RO nemen de rechtbanken in eerste aanleg kennis van 'alle burgerlijke zaken', behoudens bij de wet bepaalde uitzonderingen'.⁴⁶ Vervolgens moet worden bezien welke sector van de rechtbank bevoegd is. Onderscheid moet worden gemaakt tussen zaken die behoren tot de bevoegdheid van de sector kanton van de rechtbank (kantonrechter) en overige zaken. De kantonrechter is bevoegd als vordering (kort gezegd) maximaal € 5.000 bedraagt.⁴⁷ Deze competentiegrens zal overigens in verband met de Wet evaluatie modernisering rechterlijke macht zeer waarschijnlijk worden verhoogd naar € 25.000. Het moment waarop die verhoging in werking treedt, is thans nog niet bekend.⁴⁸ Indien de vordering meer dan (thans nog) € 5.000 bedraagt, is de sector civiel van de rechtbank bevoegd tot kennisneming.⁴⁹ Belangrijk verschil tussen beide sectoren is dat partijen bij de kantonrechter in persoon kunnen procederen, terwijl bij de sector civiel tussenkomst van een advocaat nodig is (artikel 79 Rv). Het Hof is bevoegd kennis te nemen van een eventueel hoger beroep (artikel 60 RO). Dat geldt zowel voor kantonzaken als voor zaken die door de civiele sector van de rechtbank zijn behandeld.

Spoedeisende zaken die zich lenen voor behandeling in kort geding worden behandeld door de Voorzieningenrechter.⁵⁰

⁴⁶ Uitzonderingen als bedoeld in artikel 42 RO zijn er niet veel.

⁴⁷ Zie voor de bevoegdheid van de kantonrechter nader artikel 93 Rv. Aldaar is te lezen dat de kantonrechter in (kort gezegd) huur- en arbeidszaken ook bevoegd is, onafhankelijk van de hoogte van de vordering.

⁴⁸ Beoogd was om die verhoging per 1 januari 2011 te laten ingaan, maar dat is niet gehaald. Thans is de streefdatum voor inwerkingtreding 1 juli 2011, zie MvA, Kamerstukken I 2010/2011, 32 021, D, p. 1.

⁴⁹ Rb. Haarlem 2 april 2009, LJN BI1561 is een voorbeeld van een door de kantonrechter behandelde zaak waarin een consument zich met een beroep op de OHP-regels verweerde tegen een vordering tot betaling. De vordering van eiser bedroeg minder dan € 5.000.

⁵⁰ Artikelen 254–360 Rv.

Veel klachten zullen worden afgedaan door een van de geschillencommissies die in stand worden gehouden door de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken.⁵¹ In het kader van dit onderzoek wordt daar verder geen aandacht aan besteed.

⁵¹ Zie www.sgc.nl. Vereist is dan wel dat de ondernemer is aangesloten, dat valt eenvoudig via de website te controleren.

Hoofdstuk 4 Belgisch recht

1. Inleiding

Dit onderzoek betreft de toepassing van artikel 41 van de Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (hierna: Wet Marktpraktijken/WMPC).¹ Inhoudelijk is de inhoud van artikel 41 WMPC gelijk aan de inhoud van het in 2007 ingevoerde artikel 94/14 Wet Handelspraktijken (WHPC) en artikel 76 WHPC. Artikel 41 WMPC bepaalt:

“Wanneer een overeenkomst met een consument werd gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk bedoeld in artikel 91, 12°, 16° en 17°, en artikel 94, 1°, 2° en 8°, kan de consument de terugbetaling van de betaalde bedragen eisen binnen een redelijke termijn vanaf het ogenblik waarop hij kennis had of hoorde te hebben van het bestaan ervan, zonder teruggave van het reeds geleverde product.

Wanneer een overeenkomst met een consument werd gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk bedoeld in de artikelen 84 tot 86, artikel 91, 1° tot 11°, 13° tot 15°, 18° tot 23°, en artikel 94, 3° tot 7°, kan de rechter, onverminderd de gemeenrechtelijke sancties, de terugbetaling aan de consument van de door hem betaalde bedragen bevelen, zonder teruggave van het reeds geleverde product.

In geval van niet-gevraagde levering aan de consument in de zin van artikel 94, 6°, is de consument in elk geval vrijgesteld van betaling van de prijs en van elke andere tegenprestatie. Het feit dat hij niet reageert op de levering betekent niet dat hij ermee instemt”.

Artikel 41 WMPC voorziet derhalve in de sanctie dat een consument het hem geleverde product mag behouden, terwijl hij recht heeft op terugbetaling van de door hem betaalde prijs. Daarbij onderscheidt het artikel achtereenvolgens drie gevallen:

- bij schending van een aantal bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken (het betreft in totaal zes bepalingen uit de zwarte lijsten) vindt de sanctie toepassing zonder dat de consument zich tot de rechter moet wenden²;
- bij schending van een aantal andere bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken, beoordeelt de rechter vrij in welke mate de sanctie wordt toegepast;
- bij een niet gevraagde levering mag de consument het product houden zonder betaling.

Dit hoofdstuk betreft het Belgische recht. Meer concreet bevat dit deel een bespreking van:

- de wijze waarop Europese Richtlijnen, met inbegrip van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, zijn omgezet in het Belgische recht (paragraaf 2);

¹ Belgisch Staatsblad (hierna: BS) 12 april 2010 (<http://www.staatsblad.be>).

² Indien de onderneming weigert tot terugbetaling over te gaan, blijft een beroep op de rechter wel noodzakelijk, doch de rechter is in die gevallen verplicht om de sanctie toe te passen (zie ook verder paragraaf 5 van dit hoofdstuk).

- de structuur van de bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken in de Wet Marktpraktijken (paragraaf 3);
- het toepassingsgebied van de bijzondere privaatrechtelijke sanctie³ (paragraaf 4);
- de inhoud van de privaatrechtelijke sanctie wegens schending van de bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken en de wijze waarop deze in de literatuur wordt geïnterpreteerd (paragraaf 5);
- de redenen voor de invoering van deze bijzondere privaatrechtelijke sanctie (paragraaf 6);
- de verenigbaarheid van de bijzondere sanctie met de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (paragraaf 7);
- andere sanctioneringsmechanismen die in de Wet Marktpraktijken voorhanden zijn om op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (paragraaf 8);
- de vergelijking met andere privaatrechterlijke sancties waarin de Wet Marktpraktijken voorziet bij de miskenning van andere regels uit de Wet Marktpraktijken (paragraaf 9);
- de vergelijking van de bijzondere privaatrechtelijke sanctie met het gemeen verbintenissenrecht (paragraaf 10); en
- de bevoegde rechter (paragraaf 11).

2. Omzetting van Europese Richtlijnen betreffende consumentenbescherming en de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken

De meeste Europese Richtlijnen die strekken tot bescherming van de consument werden in België omgezet in de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna Wet Handelspraktijken/WHPC), die recent werd vervangen door de Wet Marktpraktijken.⁴ Alleen de Richtlijnen met een specifiek toepassingsgebied, zoals de Richtlijn Consumentenkrediet, de Richtlijn Productaansprakelijkheid en de Richtlijnen inzake Timesharing en Pakketreizen zijn in afzonderlijke wetten gegoten. De Richtlijn Consumentenkoop werd geïntegreerd in het Burgerlijk Wetboek.

Meer concreet geschiedde de omzetting van de Richtlijn OHP via de wet van 5 juni 2007 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (wijziging van artikel 93 WHPC en inlassing van een reeks nieuwe bepalingen 94/1, 94/2, 94/3 tot 94/17 WHPC).

3. Structuur van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken

De regels inzake reclame en handelspraktijken zijn thans vervat in afdeling 5 van hoofdstuk 2 en in hoofdstuk 4 van de Wet Marktpraktijken. Afdeling 5 van hoofdstuk 2 van de Wet Marktpraktijken bevat de regels over vergelijkende reclame. De voorschriften inzake vergelijkende reclame kunnen niet los gezien worden van de regels over oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, in die zin dat artikel 19 §1 WMPC vereist dat vergelijkende reclame niet misleidend is. De vraag of de reclame al dan niet misleidend is moet, indien de reclame

³ Wij gebruiken hier niet de term ontbinding aangezien deze term in het Belgische recht wordt gehanteerd voor de beëindiging van de overeenkomst wegens contractuele wanprestatie.

⁴ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, BS 12 april 2010.

mede gericht is tot consumenten, beoordeeld worden aan de hand van de bepalingen inzake misleidende handelspraktijken jegens consumenten. De overige bepalingen inzake reclame en handelspraktijken liggen vervat in hoofdstuk 4 van de Wet Marktpraktijken dat handelt over Verboden Praktijken.

Het is nuttig de structuur van hoofdstuk 4 kort toe te lichten. Afdeling 1 (artikelen 83-94 WMPC) bevat de regels inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten en strekt tot omzetting van de Richtlijn OHP. De wet kopieert daarbij in belangrijke mate de tekst van de Richtlijn. Afdeling 2 (artikelen 95-99 WMPC) bevat voorschriften inzake oneerlijke *marktpraktijken*⁵ jegens andere personen dan consumenten. Afdeling 3 (artikel 100 WMPC) bevat de bepalingen inzake ongewenste communicatie en afdeling 4 (artikelen 101 en 102 WMPC) de regels over verkoop met verlies. In het bijzonder rijst hierbij de vraag wanneer de regels uit afdeling 1 en wanneer de bepalingen uit afdeling 2 toepassing vinden. Deze vraag is van belang aangezien alleen een schending van de bepalingen uit afdeling 1 kan leiden tot een toepassing van de sanctie uit artikel 41 WMPC.

Bepalend is niet de hoedanigheid van de partijen in het geding, maar wel de vraag tot wie de handelspraktijk gericht is.⁶ Is deze uitsluitend gericht op consumenten, dan dient men enkel de bepalingen uit afdeling 1 te hanteren. Is de handelspraktijk uitsluitend gericht op personen die niet als consument kwalificeren, dan past men de regels uit afdeling 2 toe (en is de toepassing van de sanctie uit artikel 41 WMPC niet mogelijk). Is een handelspraktijk zowel gericht op consumenten als professionelen, dan dienen beide categorieën regels cumulatief te worden toegepast.⁷

4. Toepassingsgebied van de privaatrechtelijke sanctie bij schending van de regels betreffende oneerlijke handelspraktijken

De sanctie uit artikel 41 WMPC kan slechts toegepast worden indien een onderneming zich jegens een consument schuldig maakt aan een oneerlijke handelspraktijk. Het is derhalve van belang aandacht te besteden aan de invulling van de begrippen onderneming en consument, in het bijzonder omdat deze begrippen niet volledig dezelfde inhoud hebben als in de Richtlijn OHP.

4.1 Onderneming

Artikel 2, 1° WMPC definieert de onderneming als elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen. Bedoeld wordt in feite elke persoon die op duurzame wijze een economische activiteit verricht.⁸ Het begrip “economische activiteit” moet ruim geïnterpreteerd worden en omvat elke commerciële, industriële en financiële activiteit. De rechtsvorm waarin de economische activiteit wordt verstrekt, is niet van belang, evenmin als de vraag of er al dan niet winst wordt

⁵ De term “marktpraktijken” wordt niet gedefinieerd in de wet. Ook de memorie van toelichting bevat hieromtrent weinig informatie. Enkel waar het gaat over de vervanging van de titel van de wet (van handelspraktijken naar marktpraktijken) wordt bepaald dat de praktijken die in de wet aan bod komen praktijken zijn die zich op de markt in de ruime zin van het woord afspelen. Net zoals dit het geval is omvat de term “marktpraktijken” alle verklaringen, gedragingen, voorstellingen van zaken, omissies die verband houden met de bevordering van verkoop van producten.

⁶ Kh. Brussel 5 maart 2008, Bank Fin. R. 2008; 227; Voorz. Kh. 23 april 2008, T. Verz. 2008, 246, en Voorz. Kh. Brussel 29 mei 2008, T. Verz. 2008, 254, noot R. Steennot en L. Van den Steen.

⁷ Voorz. Kh. Brussel 29 mei 2008, T. Verz. 2008, 254, noot R. Steennot en L. Van den Steen.

⁸ Straetmans en Stuyck 2010, p. 387. Zie ook Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer, Doc. 52, 2340/001, p. 36.

nagestreefd. Wat wel vereist is, is dat de economische activiteit op duurzame wijze wordt verricht, i.e. binnen een zekere structuur en met regelmaat. Een persoon, bijvoorbeeld een particulier, die slechts af en toe producten verkoopt (bijvoorbeeld via e-bay), zal dan ook niet onderworpen zijn aan de privaatrechtelijke sanctie uit artikel 41 WMPC die enkel geldt voor ondernemingen.

Het begrip “onderneming” sluit op het eerste zicht aan bij het door de Richtlijn gehanteerde concept “handelaar”.⁹ Het staat immers buiten twijfel dat het begrip “handelaar” uit de Richtlijn veel ruimer is dan het begrip “handelaar” uit het Belgische handelsrecht, waar het concept handelaar beperkt is tot het verrichten van daden van koophandel en veronderstelt dat winst wordt nagestreefd (artikel 1-2 Wetboek van Koophandel).

Hoewel het begrip “onderneming” niet meer naar handelsdaden verwijst en derhalve ook de beoefenaren van vrije beroepen omvat – ook zij verrichten immers op duurzame wijze een economische activiteit – gelden de bepalingen uit de Wet Marktpraktijken niet voor de “klassieke” beoefenaren van vrije beroepen. Artikel 3 §2 WMPC bepaalt immers dat de wet niet van toepassing is op de beoefenaren van een vrij beroep, tandartsen en kinesisten (fysiotherapeuten).¹⁰ Het begrip “vrij beroep” wordt daarbij gedefinieerd als elke onderneming die geen koopman is in de zin van artikel 1 van het Wetboek van koophandel en die onderworpen is aan een bij wet opgericht tuchtorgaan. Het betreft bijvoorbeeld advocaten, notarissen, geneesheren, gerechtsdeurwaarders en architecten. De definitie van vrij beroep maakt meteen ook duidelijk waarom het noodzakelijk was kinesisten en tandartsen uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van de wet uit te sluiten. Er bestaat immers geen bij wet opgericht tuchtorgaan voor tandartsen en kinesisten. Bepaalde andere beoefenaren van vrije beroepen, waarvoor geen bij wet opgericht tuchtorgaan bestaat, zijn dus wel onderworpen aan de bepalingen uit de Wet Marktpraktijken. Men denke bijvoorbeeld aan zelfstandige verplegers, psychologen, privé-detectives en zelfstandige vroedvrouwen. In een arrest oordeelde het Grondwettelijk Hof echter dat de artikelen 2, 1° en 2° en 3 §2 het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel schenden waar zij tot gevolg hebben dat beoefenaren van vrije beroepen, tandartsen en kinesisten uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de Wet Marktpraktijken.¹¹

4.2 Consument

Een consument wordt in de Wet Marktpraktijken omschreven als iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten¹² verwerft of gebruikt (artikel 2, 3° WHPC). In tegenstelling tot hetgeen het geval was onder de Wet Handelspraktijken (artikel 1, 7° WHPC) kunnen

⁹ Een handelaar wordt in artikel 2 b) Richtlijn OHP gedefinieerd als: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor reke n-schap van hem optreedt.

¹⁰ Dit betekent evenwel niet dat er voor de beoefenaren van vrije beroepen, tandartsen en kinesisten geen regels bestaan die strekken tot de bescherming van consumenten. We verwijzen ter zake naar de wet van 2 augustus 2002 betreffende misleidende en vergelijkende reclame, oneerlijke bedingen en overeenkomsten op afstand inzake de vrije beroepen. Zie over deze wet Clavie losbl., Debussère, p. 516-524, Saint-Remy 2003, p. 137-181 en Steennot 2004, p. 160-186.

¹¹ Gw. Hof 6 april 2011, arrest nr. 55/2011.

¹² De begrippen “product” (artikel 2.4° WMPC) wordt in de Belgische Wet Marktpraktijken op identieke wijze gedefinieerd als in de Richtlijn OHP.

rechtspersonen niet meer als consumenten worden beschouwd.¹³ Om uit te maken of iemand al dan niet consument is, dient men het bestemmingscriterium te hanteren. Men moet onderzoeken wat de bestemming is van de goederen of diensten die de consument aanschafft, met andere woorden of de consument de goederen voor privé of professionele doeleinden zal aanwenden.¹⁴ De definitie in de Wet Marktpraktijken sluit op deze punten aan bij de definitie uit de Richtlijn OHP, zoals zij wordt geïnterpreteerd door het Hof van Justitie.

Er bestaat evenwel ook een verschil – in elk geval terminologisch – tussen de definitie in de Wet Marktpraktijken en de omschrijving in de Richtlijn OHP. De Wet Marktpraktijken vereist, net als de Wet Handelspraktijken dat de goederen of diensten uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden worden verworven.¹⁵ Een natuurlijk persoon zal zich derhalve niet op de bepalingen die alleen de consument beschermen kunnen beroepen indien de aankoop geschiedt voor gemengd gebruik (deels privé en deels professioneel), zelfs niet indien de goederen of diensten worden verworven voor een hoofdzakelijk privé gebruik.¹⁶

De vraag rijst of deze bijzonder enge invulling van het consumentenbegrip in overeenstemming is met het Europese consumentenbegrip. Aanvaardt men dat de interpretatie van het consumentenbegrip uit het arrest *Gruber*¹⁷ kan worden doorgetrokken naar het consumentenbegrip uit de Richtlijn OHP, dan kan men niet anders dan vaststellen dat de Wet Marktpraktijken een engere invulling geeft aan het begrip “consument” dan de Europese Richtlijnen, waaronder de Richtlijn OHP. Volgens het Hof van Justitie is het immers niet noodzakelijk dat een uitsluitend privé gebruik wordt beoogd. Het volstaat dat de overeenkomst zo losstaat van de beroepsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en derhalve in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, slechts een onbetekenende rol speelt.

5. Inhoud van de bijzondere privaatrechtelijke sanctie

Artikel 41 WMPC onderscheidt drie gevallen:

- het geval van niet-gevraagde levering aan de consument in de zin van artikel 94, 6° WMPC.
- de overeenkomst is tot stand gekomen ingevolge een oneerlijke handelspraktijk, zoals bedoeld in de artikelen 91, 12°, 16° en 17° WMPC of de artikelen 94, 1°, 2° en 8° WMPC
- de overeenkomst is tot stand gekomen ingevolge een oneerlijke handelspraktijk zoals bedoeld in de artikelen 84 tot 86, artikel 91, 1° tot 11°, 13° tot 15°, 18° tot 23° en artikel 94, 3° tot 7° WMPC.

¹³ Men mag echter het praktische belang van deze vaststelling niet overdrijven aangezien in het verleden slechts zelden werd beslist tot de kwalificatie als consument in hoofde van een rechtspersoon. Zie bijvoorbeeld: Hof van beroep Antwerpen 30 november 2004, NjW 2005, 91. Bekritiseerd door Wellens, p. 102 e.v.

¹⁴ Hof van beroep Antwerpen 30 november 2004, RW 2006-2007, 100, noot V. Wellens; NjW 2005, 91, Jaarboek Handelspraktijken 2004, 699; Hof van beroep Gent 4 april 2007, NjW 2008, 174; Demuyne 1999, p. 202, Schamp en M. Van Den Abeele 1992, p. 592-595, Wéry 2003, p. 800; Wytinck, 28-29. Indien een persoon bedrieglijk beweert de producten voor privé-doeleinden te zullen gebruiken, kan hij niet als consument beschouwd worden.

¹⁵ Hof van beroep Brussel 25 april 2003, TBH 2005, 18, noot J. Libouton; Hof van beroep Gent 13 april 2005, Jaarboek Handelspraktijken 2005, 348. Anders: Kh. Bergen 9 augustus 2005, DAOR 2006, 435, kritische noot G. Straetmans.

¹⁶ Straetmans 2006, p. 237.

¹⁷ Hof van Justitie 20 januari 2005, zaak C-464/01, (Gruber/Bay Wa AG).

5.1 Niet-gevraagde levering

Artikel 94, 6° WMPC verbiedt de onderneming te vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de onderneming heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd. In geval van een dergelijke niet-gevraagde levering, i.e. een levering waartoe de consument zijn instemming niet heeft verleend,¹⁸ is de consument bij toepassing van artikel 41, lid 3 WMPC in elk geval vrijgesteld van betaling van de prijs en van elke andere tegenprestatie. In geval van een niet-gevraagde levering, hoeft de consument dus niets te betalen en niets terug te geven. Het is duidelijk dat het niet enkel verboden is de consument te vragen het goed op zijn kosten terug te zenden. De onderneming kan evenmin vereisen dat de consument het goed ergens gaat afgeven of dat de consument het goed bij zich houdt tot de onderneming het terug komt ophalen.¹⁹ Het is de onderneming immers verboden de consument te vragen om het goed te bewaren. De consument wordt eigenaar van het goed, zonder enige betaling verschuldigd te zijn.

Artikel 41, lid 3 WMPC bepaalt tevens dat het feit dat de consument niet reageert op de levering niet betekent dat hij ermee instemt. Uit de afwezigheid van protest bij de levering mag men dus niet afleiden dat de consument de levering stilzwijgend zou hebben aanvaard. Zelfs indien een begeleidende brief bepaalt dat de afwezigheid van protest gelijk staat met een aanvaarding, kan niet tot een stilzwijgende aanvaarding worden besloten. Het is aan de onderneming om aan te tonen dat de consument voorafgaand aan de levering wel degelijk een bestelling heeft geplaatst.

Met betrekking tot artikel 76 WHPC, de voorloper van het huidige verbod,²⁰ werd aanvaard dat in het geval de consument tot een vrijwillige betaling was overgegaan, hij naderhand, i.e. na te vernemen wat zijn rechten als consument waren, de betaalde bedragen kon terugvorderen. Beargumenteerd werd dat er zelfs geen natuurlijke verbintenis tot betaling aanwezig is bij een afgedwongen aankoop.²¹ Dezelfde conclusie dringt zich op bij toepassing van de Wet Marktpraktijken.

Het is tot slot belangrijk te benadrukken dat de Richtlijn OHP een niet in de Wet Marktpraktijken vervatte uitzondering bevat op het verbod van niet-gevraagde leveringen. Meer concreet volgt uit de Richtlijn dat een niet-gevraagde levering mogelijk is indien het geleverde product een vervangingsgoed is zoals bedoeld in artikel 7, lid 3 Richtlijn 97/7/EG (Richtlijn verkoop op afstand). Volgens de wetgever diende deze uitzondering op het verbod tot een niet-gevraagde levering over te gaan niet te worden overgenomen omdat artikel 7, lid 3 van de Richtlijn verkoop op afstand voor de lidstaten geen dwingende bepaling is. Aangezien België nooit gebruik heeft gemaakt van de door artikel 7, lid 3 van de Richtlijn verkoop op afstand voorziene mogelijkheid om de verkoper toe te laten een vervangingsgoed te leveren, was de Belgische wetgever van oordeel dat hij deze uitzondering in de regeling aangaande oneerlijke handelspraktijken niet diende over te nemen.²² Deze stelling

¹⁸ Stuyck 2003, 417.

¹⁹ Artikel 76 WHPC verbood niet uitdrukkelijk dat de onderneming de consument zou vragen het goed te bewaren Stuyck 2008, p. 105. Deze regel werd reeds in die zin geïnterpreteerd door Ballon, Artikel 76 WHPC.

²⁰ Straetmans en Stuyck 2010, p. 400-401.

²¹ Ballon, Artikel 76 WHPC.

²² Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 52, 2340/001, 76-77.

wordt bekritiseerd.²³ De verwijzing in de Richtlijn OHP naar artikel 7, lid 3 van de Richtlijn Verkoop op Afstand heeft immers enkel tot doel enerzijds te bepalen over welk soort vervangingsgoed het moet gaan, met name een goed of een dienst van gelijke kwaliteit en prijs en anderzijds te verduidelijken dat het contract in de mogelijkheid tot het leveren van een vervangingsgoed moet voorzien.

5.2 Schending van de artikelen 91, 12°, 16° en 17° en 94, 1°, 2° en 8° WMPC

Komt een overeenkomst tot stand ingevolge een oneerlijke handelspraktijk, zoals bedoeld in de artikelen 91, 12°, 16° en 17° WMPC of de artikelen 94, 1°, 2° en 8° WMPC, dan kan de consument de terugbetaling van de betaalde sommen eisen binnen een redelijke termijn vanaf het moment dat hij kennis had of hoorde te hebben van het bestaan ervan,²⁴ zonder teruggave van het reeds geleverde product of de verleende dienst (artikel 41, lid 1 WMPC). De consument dient de terugbetaling te eisen binnen een redelijke termijn, te rekenen vanaf het moment waarop hij kennis had of behoorde te hebben van de inbreuk. Het is onduidelijk welke termijn als een redelijke termijn kan worden beschouwd.²⁵

De consument die zich op deze sanctie wenst te beroepen, dient in principe niet naar de rechter²⁶ te stappen. Dit zal in de praktijk slechts anders zijn indien de betrokken onderneming weigert in te gaan op de vraag tot terugbetaling. Verwacht kan op dit punt worden dat enkel ondernemingen die weinig belang hechten aan hun imago niet spontaan geneigd zullen zijn tot een terugbetaling over te gaan.

Meer concreet vindt deze sanctie toepassing indien de onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan de volgende oneerlijke handelspraktijken uit de zwarte lijsten van misleidende en agressieve handelspraktijken:

- feitelijk onjuiste beweringen doen betreffende de aard en de omvang van het gevaar dat de persoonlijke veiligheid van de consument of zijn gezin zou bedreigen indien de consument het product niet koopt;
- beweren dat producten het winnen bij kansspelen kunnen vergemakkelijken;
- bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen;
- de indruk geven dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld;
- de consument thuis opzoeken en zijn verzoek om weg te gaan of niet meer terug te komen negeren, behalve indien, en voor zover gerechtvaardigd volgens de wettelijke of reglementaire bepalingen, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven;
- de bedrieglijke indruk wekken dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen dan wel door een bepaalde handeling te verrichten een prijs zal winnen of een ander soortgelijk voordeel zal behalen:

²³ De Brouwer 2008, p. 161 en Stuyck 2008, p. 105.

²⁴ Voor het overige voorziet de wet niet in een bijzondere verjarings- of vervaltermijn, zodat de gemeenrechtelijke verjaringstermijn (die in principe 5 jaar zal bedragen) toepassing vindt.

²⁵ Ook in één van de interviews kwam dit ter sprake.

²⁶ Geschillencommissies spelen in België slechts in bepaalde sectoren een belangrijke rol (Geschillencommissie Reizen).

- o als er in feite geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel; of
- o als het ondernemen van stappen om in aanmerking te kunnen komen voor de prijs of voor een ander soortgelijk voordeel afhankelijk is van de betaling van een bedrag door de consument of indien daaraan voor hem kosten zijn verbonden.

In deze gevallen vereist de wet dat de consument zich op deze sanctie beroept binnen een redelijke termijn vanaf het ogenblik waarop hij kennis had of behoorde te hebben van de inbreuk.

Waarom de wetgever precies heeft gekozen voor deze zes inbreuken wordt in de voorbereidende werken niet echt verantwoord.²⁷

5.3 Schending overige bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken

Werd een overeenkomst gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk bedoeld in de artikelen 84 tot 86, artikel 91, 1° tot 11°, 13° tot 15°, 18° tot 23°, en artikel 94, 3° tot 7° WMPC – het betreft de overige bepalingen uit de zwarte lijsten en de open normen – dan kan de rechter de terugbetaling aan de consument van de door hem reeds betaalde sommen bevelen zonder teruggave van het reeds geleverde product of de verleende dienst (artikel 41, lid 2 WMPC).

5.4 Onderscheid tussen de onder b) en c) genoemde sancties

Het grote onderscheid tussen beide bepalingen bestaat erin dat in het eerste geval de rechter over geen enkele beoordelingsvrijheid beschikt. Is de overeenkomst gesloten ingevolge de miskenning van de artikelen 91, 12°, 16° en 17° WMPC of de artikelen 94, 1°, 2° en 8° WMPC, dan moet hij de in de wet voorziene sanctie toepassen²⁸ (bijvoorbeeld indien de consument het reeds betaalde van de onderneming terugvordert en de onderneming weigert het betaalde terug te storten). Wordt daarentegen een andere bepaling geschonden, dan oordeelt de rechter vrij of hij deze sanctie toepast.²⁹ Hij beschikt terzake over een bijzonder grote beoordelingsvrijheid. Zo kan hij bijvoorbeeld oordelen dat de consument geen recht heeft op een volledige terugbetaling van hetgeen hij heeft betaald, doch slechts van een gedeelte ervan. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat de rechter zich kan laten leiden door de ernst van de inbreuk, de mate waarin het gedrag van de consument erdoor werd beïnvloed, de financiële gevolgen van de inbreuk voor de consument en het proportioneel karakter van de toekenning van de maatregelen ten aanzien van de gepleegde inbreuk en de door de consument geleden schade. Wellicht zal de rechter zich, wat de sanctionering betreft, minder streng opstellen bij een schending van de open normen (in het bijzonder de norm inzake misleidende en oneerlijke handelspraktijken) dan bij een schending van de zwarte lijsten, aangezien het vooraf niet altijd voorspelbaar is of er sprake zal zijn van een schending van de open norm.³⁰ Een onderneming daarentegen die een bepaling uit de zwarte lijst schendt zal veelal weten of minstens behoren te weten dat zij iets verkeerd doet.

²⁷ Zie: Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 51, 2983/001, p. 38.

²⁸ De Boeck 2007, p. 38.

²⁹ De Boeck 2007, p. 37 en Terry 2008-2, p. 82-83.

³⁰ De Bauw 2008, p. 140-142.

5.5 Causaal verband

Toepassing van de sanctie uit artikel 41 WMPC veronderstelt dat de overeenkomst is gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk. Daarbij rijst de vraag of elke miskenning van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken die heeft geleid tot het sluiten van een overeenkomst kan leiden tot de toepassing van de hierboven geschetste sanctie. De Boeck en Terryn zijn van oordeel dat een enkele miskenning van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken niet volstaat en argumenteren dat het gebruik van het woord “ingevolge” inhoudt dat er een wilsgebrek aanwezig moet zijn dat gemeenrechtelijk beschouwd tot de nietigverklaring van het contract zou kunnen leiden.³¹ Deze auteurs baseren zich op de parlementaire geschiedenis. Meer concreet bepaalt de Memorie van Toelichting dat de consument het slachtoffer moet zijn geweest van een oneerlijke praktijk die hem er heeft toe gebracht het contract af te sluiten.³² De minister verklaarde dat de sanctie enkel zou kunnen worden toegepast indien het contract nooit gesloten zou zijn zonder de oneerlijke handelspraktijk.³³ Er kan inderdaad geen twijfel over bestaan dat in het geval van een oneerlijke handelspraktijk, de wil van de consument is aangetast.

Minder duidelijk is of het daadwerkelijk noodzakelijk is dat de aantasting van de wil van die aard moet zijn dat er sprake is van een wilsgebrek dat doorslaggevend was om de overeenkomst te sluiten. Terryn maakt de analogie met de traditionele wilsgebreken.³⁴ Dwaling, bedrog en geweld hebben inderdaad gemeen dat zij slechts tot de nietigheid van de overeenkomst kunnen leiden indien de dwaling, het bedrog of het geweld doorslaggevend is geweest, i.e. dat zonder de dwaling, het bedrog of het geweld de overeenkomst niet gesloten zou zijn geweest. Met andere woorden, zou de consument zonder de oneerlijke handelspraktijk ook het contract gesloten hebben, dan zou de in artikel 41 WMPC bepaalde sanctie niet kunnen worden toegepast.

Andere auteurs zijn van oordeel dat deze interpretatie te streng is.³⁵ De argumentatie luidt als volgt. Bekijkt men de open normen inzake misleidende en agressieve handelspraktijken, dan stelt men vast dat voor een schending van deze normen wordt vereist dat de consument mogelijk een besluit heeft genomen over een transactie dat hij anders niet zou hebben genomen. Een besluit over een transactie wordt gedefinieerd als elk door een consument genomen besluit over de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden, hij een product koopt (artikel 2, 35° WMPC). Met andere woorden, voor een oneerlijke handelspraktijk is niet vereist dat het gebrek in de toestemming doorslaggevend was om de overeenkomst te sluiten. Bovendien lijkt het eigenaardig voor de toepassing van de in de wet bepaalde sanctie plots wel te vereisen dat de oneerlijke handelspraktijk, die eventueel zelfs voorkomt op de zwarte lijst, als een doorslaggevend wilsgebrek kan worden gekwalificeerd, zonder het welke de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Wanneer de wet vereist dat een overeenkomst werd gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk, dan bedoelt men daar volgens deze auteurs mee dat er een causaal verband moet bestaan tussen de oneerlijke handelspraktijk en de overeenkomst. Met andere woorden, de in de wet bepaalde sanctie kan niet gehanteerd worden indien de consument bij het nemen van zijn aan-

³¹ De Boeck 2007, p. 39 en Terryn 2008-2, 83-84.

³² Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer, Doc. 51, 2983/001, 38.

³³ Verslag Commissie Bedrijfsleven, Parl. St. Kamer, Doc. 51, 2983/004, 9.

³⁴ Terryn 2008-2, p. 84.

³⁵ Steennot, Bogaert, Bruloot en Goens 2010, 67.

koopbeslissing op geen enkele manier werd beïnvloed door de oneerlijke handelspraktijk. Een voorbeeld: een onderneming beweert op haar website een gedragscode te hebben ondertekend, terwijl dat niet het geval is. Indien een consument nu een overeenkomst sluit zonder de website van de onderneming bezocht te hebben, dan is niet voldaan aan het vereiste dat de consument een overeenkomst heeft gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk.

Deze stelling hoeft overigens niet tot absurde situaties te leiden waarbij de consument omwille van een minder ernstige schending van de zwarte lijst het goed kan behouden zonder ervoor te moeten betalen. Men mag immers niet vergeten dat de rechter in de meeste gevallen zelf beslist of en in welke mate hij de sanctie uit de wet toepast (artikel 41, lid 2 WMPC), waarbij de rechter zich uiteraard kan laten leiden door de mate waarin de betrokken oneerlijke handelspraktijk een impact heeft gehad op de aankoopbeslissing van de consument. Wat de in artikel 41, lid 1 WMPC genoemde gevallen betreft, heeft de rechter die beoordelingsvrijheid uiteraard niet en moet de sanctie van een afgedwongen aankoop worden toegepast als er een causaal verband bestaat tussen de overeenkomst en de oneerlijke handelspraktijk.

Het voorgaande maakt in ieder geval duidelijk dat de Belgische wet een aantal gebreken heeft. Het ware nuttig geweest enerzijds te bepalen welke beoordelingscriteria de rechter moet hanteren wanneer hij beslist de in artikel 41 WMPC bepaalde sanctie (gedeeltelijk) toe passen, anderzijds te preciseren wat het vereiste van een causaal verband precies inhoudt. Ook de aanwezigheid van het vereiste in artikel 41, lid 1 WMPC om binnen een redelijke termijn de terugbetaling te vragen, kan tot interpretatieproblemen leiden.

In dit kader rijst ook de vraag of de consument daadwerkelijk het causaal verband moet bewijzen tussen enerzijds de miskenning van één van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken en anderzijds de totstandkoming van het contract.³⁶ Het gaat hier dus niet over de vraag of de praktijk al dan niet oneerlijk is,³⁷ doch over de vraag naar het bestaan van een causaal verband tussen enerzijds de oneerlijke handelspraktijk en anderzijds de overeenkomst die de consument heeft gesloten. Strikt genomen ligt de bewijslast op de consument. Immers, wanneer een partij zich beroept op een bepaalde sanctie, zal deze de feiten moeten aanleveren waaruit blijkt dat aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan (artikel 870 Gerechtelijk Wetboek (hierna: Ger.W.)). Men zou zich evenwel ook consumentvriendelijker kunnen opstellen en een weerlegbaar vermoeden kunnen hante-
ren.³⁸ De overeenkomst wordt dan geacht het gevolg te zijn van de oneerlijke handelspraktijk, tenzij indien de onderneming kan bewijzen dat de oneerlijke handelspraktijk geen invloed heeft gehad op de aankoopbeslissing

³⁶ In die zin De Bauw 2008, p. 141.

³⁷ Art. 103 WMPC bevat een bewijsregeling, doch deze geldt niet in het kader van een procedure waarin een consument zich beroept op de privaatrechtelijke sanctie uit artikel 41 WMPC. Meer concreet bepaalt artikel 103 §1 WMPC dat de bevoegde ambtenaren de onderneming kunnen vragen dat zij het bewijs levert betreffende de materiële juistheid van de feitelijke gegevens die zij meedeelt in het kader van een handelspraktijk. Indien dit bewijs niet wordt geleverd of onvoldoende wordt geacht kan de bevoegde ambtenaar oordelen dat de betrokken praktijk oneerlijk is. Art. 103 §2 WMPC bepaalt dat de onderneming ertoe gehouden is hetzelfde bewijs te leveren indien de minister een vordering tot staken instelt. Wordt de vordering ingesteld door een andere entiteit (bijvoorbeeld concurrent) dan kan de rechter de bewijslast op de onderneming leggen indien rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van alle bij de procedure betrokken partijen en voor zover dit aangepast is aan de omstandigheden van het concrete geval. Wanneer het vereiste bewijs niet wordt geleverd of onvoldoende wordt geacht kan de voorzitter van de rechtbank van koophandel de feitelijke gegevens als onjuist beschouwen.

³⁸ Steennot, Bogaert, Bruloot en Goens 2010, 67.

van die consument.³⁹ In ieder geval valt het te betreuren dat de wetgever niet uitdrukkelijk heeft bepaald wie de bewijslast draagt inzake de aanwezigheid / afwezigheid van een causaal verband.

5.6 Wijze waarop de zaak voor de rechter kan worden gebracht

Tot dusver werd er steevast van uitgegaan dat het de consument is die zich tot de rechter wendt om terugbetaling te verkrijgen van de sommen die hij heeft betaald. Het is echter mogelijk dat een rechter op een geheel andere manier geconfronteerd met de toepassing van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken in de verhouding tussen de onderneming en een consument. Meer concreet is het mogelijk dat een onderneming, die geen betaling heeft verkregen, de consument voor de rechter daagt en dat deze laatste zich verweert door te stellen dat hij de overeenkomst heeft gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk van de onderneming. In een dergelijk geval kan de rechter evenzeer de sanctie uit artikel 41 WMPC toepassen.⁴⁰

5.7 Dienstverleningsovereenkomsten van lange duur of gespreid over de tijd

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt hoe deze sanctie gehanteerd moet worden indien men te maken heeft met een dienstverleningsovereenkomst van lange duur of een dienstovereenkomst die voorziet in een dienstverlening gespreid over de tijd.⁴¹ In een dergelijk geval kan de consument terugbetaling eisen van al hetgeen hij reeds heeft betaald, doch slechts het deel van de reeds geleverde dienst blijft verworven voor de consument.⁴² Met andere woorden, de consument kan niet eisen dat de diensten die in de toekomst bij toepassing van het contract nog verschuldigd waren hem worden gepresteerd, dit zonder dat hij ervoor betaalt. Meer concreet, indien de consument ingevolge een misleidende handelspraktijk een overeenkomst van 1 jaar heeft gesloten met een telecomoperator en na zes maanden zich op de in artikel 41 WMPC bepaalde sanctie beroept, dan kan dit er in geen geval toe leiden dat de consument voor de resterende zes maanden zonder betaling verder gebruik zou kunnen maken van de door de telecomoperator aangeboden diensten. In dit kader zou men dan kunnen stellen dat het voor de consument van belang is om de schending van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken zo laat mogelijk te melden. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat bij inbreuken waarvoor de sanctie uit artikel 41 WMPC automatisch geldt, de consument terugbetaling moet eisen binnen een redelijke termijn. In alle andere gevallen beschikt de rechter over een ruime beoordelingsvrijheid, zodat de rechter rekening kan houden met het feit dat de consument lang heeft gewacht zich op de sanctie te beroepen.

³⁹ Claey's 2010, p. 67 en De Boeck 2007, p. 39.

⁴⁰ Zie ook De Bauw 2008, p. 140.

⁴¹ Hetzelfde lijkt ons te gelden bij een overeenkomst die voorziet in de levering van producten, gespreid over de tijd.

⁴² Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer, Doc. 51, 2983/001, 38.

6. Redenen voor de invoering van deze sanctie

De Memorie van Toelichting verduidelijkt dat het voornaamste doel van de sanctie uit artikel 41 WMPC erin bestaat te vermijden dat de consument naar het gerecht moet stappen om de vernietiging van het contract (nietigheidssanctie)⁴³ en de vergoeding van de schade die hij heeft geleden te realiseren.⁴⁴

Verder wordt beargumenteerd dat de sanctie een afschrikwekkend effect heeft en onderneming ertoe zal brengen zich te onthouden van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten.⁴⁵ De nietigheidssanctie zou daartoe niet volstaan omdat bij een nietigheid de partijen in hun oorspronkelijke situatie worden hersteld, hetgeen onder meer impliceert dat de consument het geleverde goed aan de onderneming moet teruggeven (en de onderneming het goed dus terug krijgt). De sanctie uit artikel 41 WMPC stelt de consument nu net vrij van deze teruggaveverplichting zodat de onderneming met lege handen achter blijft.

7. Verenigbaarheid van de sanctie met de Richtlijn OHP

De vraag rijst of de Belgische wetgever de mogelijkheid had deze strenge sanctie in te voeren, gelet op het feit dat de Richtlijn OHP gesteund is op het principe van volledige harmonisatie. Bij het beantwoorden van deze vraag dient men rekening te houden met het feit dat de Richtlijn OHP de sancties die toepassing vinden in het geval van oneerlijke handelspraktijken niet harmoniseert. Het is aan de lidstaten om doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties vast te stellen die van toepassing zijn op schendingen van de nationale bepalingen die in uitvoering van de Richtlijn werden genomen (artikel 13 Richtlijn OHP).

In de literatuur wordt gesteld dat artikel 41 WMPC in strijd zou kunnen zijn met het Europees recht dit omdat het disproportioneel is.⁴⁶ Dat argument dient noodzakelijkerwijze te steunen op het gemeen verdragsrecht, i.e. op de onverenigbaarheid met het vrij verkeer van goederen en diensten. In ieder geval lijkt er enkel sprake te kunnen zijn van enige disproportionaliteit waar het gaat om de gevallen waarin de sanctie automatisch toepassing vindt. In andere gevallen kan de rechter, ingevolge de beoordelingsvrijheid die hem toekomt, erover waken dat de sanctie niet op een disproportionele wijze wordt gehanteerd.

8. Overige sanctioneringsmechanismen in de Wet Marktpraktijken

Artikel 41 WMPC betreft de privaatrechterlijke sanctionering van een oneerlijke handelspraktijk in de verhouding tussen de onderneming en de getroffen consument. In wat volgt, schetsen we kort de overige middelen die ter beschikking staan om op te treden tegen oneerlijke handelspraktijken van een onderneming.

⁴³ De nietigheidssanctie houdt in dat de partijen hersteld worden in de situatie waarin ze zich bevonden voor het sluiten van de overeenkomst. Er wordt met andere woorden gedaan alsof er nooit een overeenkomst is geweest. Dit is niet gesteund op een uitdrukkelijke wettelijke bepaling.

⁴⁴ Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer, Doc. 51, 2983/001, 38. Een bijzondere regeling is daartoe noodzakelijk, ook al omdat de buitengerechterlijke ontbinding, bij afwezigheid van een uitdrukkelijk ontbindend beding in het voordeel van de consument (dit komt in de praktijk nagenoeg nooit voor), onder Belgisch recht normalerwijze niet mogelijk is. Bovendien zou in geval van ontbinding ook het goed teruggegeven moeten worden.

⁴⁵ Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer, Doc. 51, 2983/001, 38 waar wordt opgemerkt dat deze sanctie vooral 'ontradend' wil zijn.

⁴⁶ B. Keirsbilck, The new European Law of unfair commercial Practices and competition law, Hart 2011, p. 413.

8.1 Algemeen

Aangezien de regels inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten vervat liggen in de Wet Marktpraktijken, kunnen ook de algemene sanctioneringsmechanismen die vervat liggen in de Wet Marktpraktijken gehanteerd worden. Het betreft enerzijds de mogelijkheid voor de daartoe bevoegde ambtenaren om inbreuken op de wet op te sporen en vast te stellen (artikel 133 e.v. WMPC), om een waarschuwing te formuleren (artikel 123 WMPC) en om een minnelijke schikking aan te bieden (artikel 136 WMPC), anderzijds de mogelijkheid om een stakingsvordering in te stellen (artikel 110 e.v. WMPC). Deze verschillende mechanismen hebben alle tot doel om de onderneming de betrokken praktijk te laten stoppen. Zij voorzien niet in een concrete sanctie die de consument ten goede komt in de privaatrechtelijke verhouding die hij heeft met de onderneming.

8.2 Mogelijkheden waarover de Dienst Controle en Bemiddeling beschikt

Vooreerst besteden we kort aandacht aan de bevoegdheden waarover de bevoegde ambtenaren, dit is de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie,⁴⁷ beschikken. Vooraf merken we daarbij op dat deze regels op geen enkele manier afbreuk doen aan de mogelijkheid van de consument om zich op de in artikel 41 WMPC bepaalde sanctie te beroepen. Uit het interview afgenomen bij de FOD Economie blijkt dat de ambtenaren bij het opsporen en vaststellen van inbreuken op de regels inzake oneerlijke handelspraktijken geen rekening houden met de in artikel 41 WMPC voorziene sanctie.

De ambtenaren van de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie zijn bevoegd om inbreuken op de strafrechtelijk gesanctioneerde bepalingen uit de Wet Marktpraktijken (artikelen 86, 91 en 94 WMPC)⁴⁸ op te sporen en vast te stellen (artikel 133 WMPC). De processen-verbaal welke door die ambtenaren worden opgesteld, hebben bewijskracht tot het tegendeel is bewezen.⁴⁹

Wat de eigenlijke maatregelen betreft, kan eerst melding gemaakt worden van de waarschuwingsprocedure (artikel 125 WMPC). Meer concreet kunnen de bevoegde ambtenaren een waarschuwing richten tot de overtreder waarbij de overtreder wordt aangemaand om de inbreuk stop te zetten. De overtreder wordt aldus de kans geboden om zich alsnog aan de wet te houden. De waarschuwing moet aan de overtreder ter kennis gebracht worden binnen een termijn van drie weken volgend op de vaststelling van de feiten, dit bij een ter post aangetekende brief met ontvangstmelding of door de overhandiging van een afschrift van het proces-verbaal waarin de feiten zijn vastgesteld. De waarschuwing moet melding maken van (1) de ten laste gelegde feiten en

⁴⁷ Dit is een dienst binnen de Federale Overheidsdienst Economie.

⁴⁸ Zie artikel 124 en 127 WMPC, die respectievelijk voorzien in een geldboete van € 250 tot € 10.000 (artikel 124) en een gevangenisstraf van één maand tot vijf jaar en een geldboete van € 26 tot € 20.000 (artikel 127). De strafsancie uit artikel 127 geldt enkel bij een schending van de artikelen 91, 12°, 14°, 16° en 17° en 94, 1°, 2° en 8° WMPC.

⁴⁹ In de uitoefening van hun ambt mogen de in § 1 bedoelde ambtenaren: 1° tijdens de gewone openings- of werkuren binnentreden in de werkplaatsen, gebouwen, belendende binnenplaatsen en besloten ruimten waar zij voor het vervullen van hun opdracht toegang moeten hebben; 2° alle dienstige vaststellingen doen, zich op eerste vordering ter plaatse de documenten, stukken of boeken die zij voor hun opsporingen en vaststellingen nodig hebben, doen voorleggen en daarvan afschrift nemen; 3° tegen ontvangstbewijs, beslag leggen op de onder punt 2 opgesomde documenten, noodzakelijk voor het bewijs van een inbreuk of om de mededaders of medeplichtigen van de overtredders op te sporen; 4° monsters nemen op de wijze en onder de voorwaarden door de Koning bepaald; 5° indien zij redenen hebben te geloven aan het bestaan van een inbreuk, in bewoonde lokalen binnentreden met voorafgaande machtiging van de rechter bij de politierechtbank; de bezoeken in bewoonde lokalen moeten tussen acht en achttien uur en door minstens twee ambtenaren gezamenlijk geschieden (artikel 133 §2 WMPC).

de geschonden wetsbepalingen, (2) de termijn waarbinnen zij dienen te worden stopgezet, (3) het feit dat, indien aan de waarschuwing geen gevolg wordt gegeven, ofwel een vordering tot staking zal ingesteld worden, ofwel de daartoe bevoegde ambtenaren de procureur des Konings kunnen inlichten of de regeling in der minne kunnen toepassen en (4) het feit dat de toezegging van de overtreder dat de inbreuk zal worden beëindigd openbaar kan worden gemaakt.

Daarnaast verschaft artikel 136 WMPC de daartoe aangewezen ambtenaren de mogelijkheid om een minnelijke schikking voor te stellen aan de consument in het geval waarin een onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan een strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuk op de Wet Marktpraktijken. De betaling van de minnelijke schikking aan de consument binnen de aangegeven termijn doet de strafvordering vervallen. Een minnelijke schikking wordt daarom in de praktijk niet voorgesteld indien de consument aangeeft dat hij zijn schade vergoed wil zien (via burgerlijke partijstelling).

8.3 Vordering tot staken

Wat de mogelijkheid een vordering tot staken in te stellen betreft, wijzen wij er op dat een individuele consument in de praktijk in België veelal niet de mogelijkheid zal hebben om een stakingsvordering in te stellen. Wanneer de consument het slachtoffer is geworden van een oneerlijke handelspraktijk zal hij er in veel gevallen immers geen belang meer bij hebben (hetgeen vereist wordt in het Belgische procesrecht (artikel 17 Ger.W.)) dat de staking van de inbreuk wordt bevolen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de consument door een bepaalde praktijk reeds werd misleid. Er zijn echter voorbeelden te vinden waarin een vordering tot staken, ingesteld door een individuele consument wel zinvol kan zijn. Men kan bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin een persoon een vordering tot staking instelt tegen het hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon (artikel 94, 3° WMPC), een situatie waarin een vader een vordering tot staken wenst in te stellen tegen reclame die onder meer zijn kinderen er rechtstreeks toe aanzet om de geadverteerde producten te kopen (artikel 94, 5° WMPC) of nog een consument die een stakingsvordering instelt tegen zijn verzekeringsmaatschappij waarbij wordt gevorderd dat de maatschappij wordt verboden nog documenten te vragen die redelijkerwijze niet relevant worden geacht bij de beoordeling van de geldigheid van het verzoek tot vergoeding (artikel 94, 4° WMPC).

In de praktijk zal een stakingsvordering echter meestal uitgaan van de bevoegde minister⁵⁰ (of eventueel de directeur generaal van de algemene Directie Controle en Bemiddeling van de FOD Economie), een consumentenorganisatie in de zin van artikel 113, 4° WMPC, of een concurrent van de onderneming die zich schuldig maakt aan een inbreuk op de regels inzake oneerlijke handelspraktijken. In de praktijk worden regels inzake oneerlijke handelspraktijken vooral toegepast in geschillen tussen ondernemingen onderling, waarin de staking

⁵⁰ De minister bevoegd voor Economie.

wordt gevorderd van een bepaalde praktijk (veelal reclame). Consumenten kunnen derhalve indirect voordeel halen uit een vordering die door een concurrent wordt ingesteld om de eerlijke concurrentie te vrijwaren.⁵¹

De stakingsrechter heeft de mogelijkheid om een dwangsom op te leggen als bijkomend pressiemiddel (artikel 1385bis Ger.W.).⁵² Het opleggen van een dwangsom moet door de eiser worden gevorderd. De stakingsrechter mag niet ambtshalve een dwangsom opleggen.

9. Vergelijking van artikel 41 WMPC met privaatrechtelijke sanctionering van inbreuken op andere regels uit de Wet Marktpraktijken

Wat de sanctionering in de privaatrechtelijke verhouding tussen consument en onderneming betreft, is het nuttig de sanctie uit artikel 41 WMPC te vergelijken met andere privaatrechtelijke sancties waarin de Wet Marktpraktijken voorziet. Daarbij is het vooreerst van belang op te merken dat de Belgische wetgever ervoor geopteerd heeft om verschillende sancties vast te stellen voor de onderscheiden inbreuken op de Belgische wet marktpraktijken. De sanctie erin bestaande dat de consument de goederen of diensten mag behouden zonder tot betaling te moeten overgaan, komt slechts op één andere plaats uitdrukkelijk voor. Het betreft het geval waarin de consument bij een overeenkomst op afstand niet uiterlijk bij de levering van het goed of voor met de uitvoering van de dienstenovereenkomst wordt begonnen, op papier of op een andere duurzame draager wordt geïnformeerd over het bestaan van een herroepingsrecht (artikel 46 WMPC). Daarnaast wordt aangevaard dat deze sanctie ook kan worden gehanteerd indien de onderneming bij een verkoop buiten de onderneming die onder de wet valt, zich schuldig maakt aan een overtreding van het verbod om binnen de bedenktijd te starten met de uitvoering van de dienstenovereenkomst (artikel 61 WMPC).⁵³

Een andere sanctie waarin de Wet Marktpraktijken voorziet is nietigheid. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen de nietigheid van een beding (bijvoorbeeld onrechtmatig beding: zie artikel 75 WMPC) en de nietigheid van de overeenkomst. De sanctie van de nietigheid van de overeenkomst is voorzien indien een overeenkomst die werd gesloten buiten de onderneming en die onder de toepassing van de bijzondere regeling valt,⁵⁴ niet schriftelijk werd gesloten in zoveel exemplaren als er partijen zijn met een onderscheiden belang, alsmede indien dergelijke overeenkomst geen melding maakt van het herroepingsrecht waarover de consument beschikt (artikel 60 WMPC). Meer concreet houdt de nietigheid⁵⁵ van de overeenkomst in dat partijen hersteld moeten worden in hun oorspronkelijke situatie. De nietigheid heeft dus niet enkel uitwerking voor de toekomst, doch tevens voor het verleden. Dit impliceert dat de consument de ontvangen goederen terug moet

⁵¹ In één van de interviews kwam de gedachte aan de orde dat een geschil voor de rechter vaak wordt vermeden door eerst door middel van een ingebrekestelling de adverteerder aan te manen de wet te respecteren.

⁵² Van deze mogelijkheid wordt vaak gebruik gemaakt: De Vroede 2004, p. 235.

⁵³ Stuyck 2003, p. 444.

⁵⁴ Zie artikelen 58 en 59 WMPC.

⁵⁵ In België wordt een onderscheid gemaakt tussen de absolute en de relatieve nietigheid. Enkel de relatieve nietigheid kan bevestigd worden (dit enkel met kennis van zaken). Enkel bij een schending van regels van openbare orde is een overeenkomst absoluut nietig. Gaat het om een schending van bepalingen die van louter dwingend recht zijn – dit omdat zij enkel strekken tot de bescherming van private belangen – is sprake van relatieve nietigheid. In consumentenzaken kan men er, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, van uitgaan dat zowel de relatieve als de absolute nietigheid ambtshalve kan en moet worden opgeworpen. Omtrent de aard van de nietigheidssanctie uit de Wet Marktpraktijken bestaat in de rechtspraak en de literatuur nogal wat discussie. Zie hierover Steennot en Dejonghe, 2007, p. 158 e.v. en 287.

geven. In geval het gaat om diensten is teruggave echter onmogelijk, zodat de teruggave enkel bij equivalent (schadevergoeding) kan geschieden. Veelal wordt echter geoordeeld dat de onderneming geen schadevergoeding kan verkrijgen omdat zij geen rechten kan verkrijgen op grond van een nietige overeenkomst en omdat zij de nietigheid zelf heeft veroorzaakt.⁵⁶

In dit kader rijst dan de vraag waarin de in artikel 41 WMPC bepaalde sanctie zich onderscheidt van de nietigheidssanctie. Zoals vermeld moeten de partijen in geval van nietigheid van de overeenkomst in hun oorspronkelijke situatie hersteld te worden, hetgeen impliceert dat de consument het ontvangen goed zou moeten teruggeven. De in artikel 41 WMPC bepaalde sanctie stelt de consument vrij van deze teruggaveverplichting. Hij betaalt niets en mag het goed behouden.

Mede daarom zou de in artikel 41 WMPC vervatte sanctie volgens bepaalde auteurs draconisch zijn.⁵⁷ Deze vaststelling is door andere auteurs genuanceerd.⁵⁸ Zij brengen hiertoe de volgende argumenten naar voren. Ten eerste is er maar een beperkt aantal gevallen waarin de sanctie automatisch toepassing vindt. Ten tweede, kan ook de toepassing van het gemeen recht tot hetzelfde resultaat leiden. Immers in geval van nietigheid kan de rechter zich steunen op het adagium *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*⁵⁹ om de consument vrij te stellen van zijn teruggaveverplichting.⁶⁰ Ten derde zijn afschrikwekkende sancties vaak een noodzaak om ondernemingen te dwingen bepalingen van consumentenrecht toe te passen. In de mate waarin de oneerlijke handelspraktijk bestaat uit een schending van een duidelijke bepaling uit de zwarte lijst en voor zover het duidelijk is dat de onderneming zich voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst heeft bezondigd aan een oneerlijke handelspraktijk en deze de aankoopbeslissing van de consument heeft beïnvloed, argumenteren deze auteurs dat het niet disproportioneel is om de sanctie van de afgedwongen aankoop geheel of eventueel gedeeltelijk⁶¹ (gedeeltelijke terugbetaling of vrijstelling betalingsverplichting) toe te passen. Een voorbeeld is het geval van een verkoper van een GSM die op zijn website ten onrechte het label van Test-Aankoop⁶² vermeldt en aangeeft dat de contractvoorwaarden werden goedgekeurd door Test-Aankoop, terwijl dit in werkelijkheid niet het geval is en de consument via die website een GSM aankoopt.

Andere specifieke sancties waarin de Wet Marktpraktijken voorziet, zijn de verlenging van de bedenktijd bij een miskenning van bepaalde informatieverplichtingen die gelden bij overeenkomsten op afstand (artikel 47 WMPC) en de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen bij een miskenning van bepaalde informatieverplichtingen bij overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten (artikel 55 §2 WMPC). Het is duidelijk dat deze sancties minder streng zijn dan de sanctie van artikel 41 WMPC.

⁵⁶ Hof van beroep Antwerpen 1 juni 2004, *NjW* 2005, 801; Hof van beroep Gent 26 mei 2004, *TGR* 2004, 388, *Jaarboek Handelspraktijken* 2004, 373 noot P. De Vroede; Rb. Brugge 6 mei 2003, *TGR* 2004, 147, Hof van beroep Gent 7 december 2005, *NjW* 2006, 854.

⁵⁷ Terryn 2008-2, p. 82.

⁵⁸ Steennot, Bogaert, Bruloot en Goens 2010, p. 66-67.

⁵⁹ In geval van gelijk schandelijk bedrag is terugvorderen niet toegelaten.

⁶⁰ De Boeck 2007, p. 37-38.

⁶¹ Artikel 41, lid 2 WMPC biedt deze mogelijkheid. Bijvoorbeeld: de consument koopt een tweedehandswagen van een onderneming die bedrieglijk beweert door Test-Aankoop als betrouwbaar te zijn bestempeld. In een dergelijk geval is het overdreven de consument het volledige aankoopbedrag terug te geven. Een prijsvermindering volstaat.

⁶² Dit is een consumentenorganisatie.

Indien de Wet Marktpraktijken geen bijzondere sanctie verschaft, moeten de gemeenrechtelijke sanctieringsmechanismen worden toegepast.

10. Vergelijking met gemeen verbintenissenrecht

Het gemeen verbintenissenrecht biedt slechts een beperkte bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken. Meer concreet bestaan bij toepassing van het gemeen recht slechts twee remedies om een oneerlijke handelspraktijk in de verhouding tussen een onderneming en een consument te sanctioneren. Het betreft enerzijds de toekenning van een schadevergoeding, anderzijds de nietigverklaring van de overeenkomst omdat de toestemming van de consument ingevolge de oneerlijke handelspraktijk behept is met een gebrek (zie hiervoor paragraaf 5).

Wil de consument een schadevergoeding verkrijgen, dan zal hij moeten aantonen dat hij schade heeft geleden door de oneerlijke handelspraktijk (artikel 1382 BW)⁶³. De oneerlijke handelspraktijk kwalificeert als fout, zodat enkel het bestaan van de oneerlijke handelspraktijk, de schade en het causaal verband moet bewezen worden. Het bestaan van de omvang van de schade en causaal verband is geen sinecure.

11. Bevoegde rechter

De rechterlijke organisatie in België, voor zover relevant voor dit onderzoek, kan als volgt worden geschetst. De vrederechter neemt kennis van alle vorderingen waarvan het bedrag € 1.860 niet te boven gaat, behalve die welke de wet aan zijn rechtsmacht onttrekt. De rechtbank van eerste aanleg neemt kennis van alle vorderingen, behalve die welke rechtstreeks voor het hof van beroep en het Hof van Cassatie komen. Het betreft een zogenaamde volstreekte bevoegdheid, zodat een zaak in een geschil van meer dan € 1.860 euro steeds voor de rechtbank van eerste aanleg gebracht kan worden. De rechtbank van eerste aanleg neemt ook kennis van beroepen ingesteld tegen uitspraken van het vredegerecht (voor geschillen <€ 1.250 is geen beroep mogelijk). De rechtbank van koophandel neemt kennis van de geschillen tussen kooplieden, die handelingen betreffen die de wet als daden van koophandel aanmerkt en die niet onder de algemene bevoegdheid van de vrederechter (of onder de bevoegdheid van de politierechtbanken) vallen. Een consument kan een geschil waarvan het bedrag € 1.860 overschrijdt naar keuze voor de rechtbank van koophandel of rechtbank van eerste aanleg brengen. De onderneming dient een vordering boven dit bedrag steeds voor de rechtbank van eerste aanleg te brengen. De hoven van beroep tenslotte nemen kennis van beroepen ingesteld tegen beslissingen van de rechtbank van koophandel en beslissingen van de rechtbank van eerste aanleg (voor zover de uitspraak van deze laatste niet geschiedt in een beroep tegen een uitspraak van het vredegerecht).

Verder kan in dit kader worden opgemerkt dat er in België geen geschillencommissies bestaan die in het algemeen bevoegd zijn om kennis te nemen van geschillen tussen consumenten en ondernemingen. Slechts in

⁶³ Dit is de algemene zorgvuldigheidsnorm (onrechtmatige daad): elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.

bepaalde sectoren spelen geschillencommissies in de praktijk een belangrijke rol. Met name in de reissector wordt vaak een beroep gedaan op de Geschillencommissie Reizen. De uitspraken van deze geschillencommissie zijn bindend voor de partijen. Verder is er bijvoorbeeld een Geschillencommissie Meubelen. Daarnaast bestaan er ook buitengerechtelijke instanties voor de behandeling van klachten, zoals de Bemiddelingsdienst Banken, Kredieten en Beleggingen, waarvan de uitspraken niet bindend zijn voor de partijen.

Tot slot verdient in dit kader aandacht dat er in België vooralsnog geen mogelijkheid bestaat om een collectieve vordering (class-action) in te stellen die een gelijktijdig beroep op artikel 41 WMPC door een grote hoeveelheid consumenten (die allen slachtoffer zijn van dezelfde oneerlijke handelspraktijk) toelaat. Evenmin bestaat een op de Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade gelijkende regeling.

Hoofdstuk 5 Artikel 41 WMPC vergeleken met het Nederlandse verbintenissenrecht

1. Inleiding

De Nederlandse wetgever heeft geen met artikel 41 WMPC vergelijkbare sanctie in de wet opgenomen, omdat een dergelijke regel niet goed zou passen in het bestaande Nederlandse privaatrecht. De toenmalige minister van Justitie heeft hierover opgemerkt:

“Ik ontraad dit niet omdat het geen sympathiek doel heeft – dat is hier wel in confesso – maar omdat het, zonder dat er heel veel ervaring in en zicht op is wat dat zou betekenen in de praktijk, een nieuwe methodiek introduceert in het privaatrecht. Wij weten op dit moment niet of dat een wanverhouding betekent ten opzichte van andere privaatrechtelijke bepalingen die de consument beschermen en wij weten dus ook niet of dat in de effecten ervan nu allemaal binnen redelijke proporties blijft. Het is namelijk nogal wat om te zeggen dat het quid pro quo bij de overeenkomst geheel wordt losgelaten en zonder betaling wel de volledige prestatie verschuldigd blijft. Bovendien kan deze sanctie wat dingen uit het lood slaan ten opzichte van andere elementen van de consumentenbescherming, als zij naast andere situaties waarin die bescherming moet worden geboden, wordt gezet”.¹

Het doel van dit hoofdstuk is om concreet in kaart te brengen of, en zo ja in welke opzichten, de Belgische sanctie van artikel 41 WMPC nu precies verschilt van het huidige Nederlandse verbintenissenrecht.² Daartoe worden vier vergelijkingen gemaakt. Allereerst wordt artikel 41 WMPC vergeleken met de in hoofdstuk 3 genoemde verbintenissenrechtelijke remedies die de Nederlandse consument ter beschikking staan wanneer hij het slachtoffer is geworden van een oneerlijke handelspraktijk (paragraaf 2). Vervolgens wordt artikel 41 WMPC vergeleken met het op het eerste gezicht gelijksoortige artikel 7:7 BW (paragraaf 3). Daarna wordt het punitieve karakter van artikel 41 WMPC vergeleken met het karakter van bestaande rechtsfiguren uit het Nederlandse verbintenissenrecht (paragraaf 4). In paragraaf 5 staat de vraag centraal in hoeverre artikel 41 WMPC valt te beschouwen als de uitwerking van een in het Nederlandse verbintenissenrecht erkend rechtsbeginsel. Paragraaf 6 ten slotte bevat een conclusie.

¹ Handelingen II 2007/08, 30 928, 14, p. 936.

² Deze vergelijking met het verbintenissenrecht in het algemeen is ingegeven door het feit dat schending van de OHP-regels weliswaar onrechtmatig is, maar dat de Richtlijn OHP ertoe strekt om consumenten te beschermen bij het nemen van een besluit over een overeenkomst.

2. Vergelijking van artikel 41 WMPC met wilsgebreken, ontbinding en onrechtmatige daad

2.1 Algemeen

De consument die het slachtoffer is geworden van een oneerlijke handelspraktijk zal onder omstandigheden kunnen kiezen uit een drietal opties: vernietiging wegens een wilsgebrek (artikel 3:44 en 6:228 BW), ontbinding wegens non-conformiteit (artikel 7:22 jo. artikel 6:265 e.v. BW) of schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:193b jo. 6:162 BW). Deze mogelijkheden hebben gemeenschappelijk dat de consument in de positie wordt gebracht waarin hij zich zou hebben bevonden indien de oneerlijke handelspraktijk niet zou hebben plaatsgevonden. Dat kan de situatie zijn die zou zijn ontstaan indien geen overeenkomst zou zijn gesloten, maar ook de situatie die zou zijn ontstaan indien de overeenkomst correct zou zijn nagekomen. Onderstaand worden genoemde drie opties geschetst en vergeleken met artikel 41 WMPC.

2.2 Vernietiging

Van de drie genoemde opties is vernietiging het meest verstrekkend wegens de daaraan verbonden terugwerkende kracht (artikel 3:53 lid 1 BW). De overeenkomst wordt geacht juridisch nooit te hebben bestaan zodat de over en weer verrichte prestaties kunnen worden teruggevorderd als zijnde onverschuldigd betaald (artikel 6:203 BW). Op het moment van vernietiging wordt alles juridisch weer zoals het was voor sluiting van de vernietigde overeenkomst.

Het gevolg van toepassing van de sanctie van artikel 41 WMPC laat zich niet vergelijken met het gevolg van vernietiging naar Nederlands recht. Er is geen sprake van een verval met terugwerkende kracht van de rechtsgrondslag van de over en weer geleverde prestaties. De sanctie van artikel 41 WMPC heeft immers slechts tot gevolg dat alleen de consument wordt vrijgesteld van zijn teruggaveverplichting.

2.3 Ontbinding

Ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, maar de verrichte prestaties dienen te worden teruggedraaid (artikel 6:271 BW). Als dit is gebeurd, verkeren beide partijen in dezelfde situatie als waarin zij zich bevonden voordat de onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk gesloten overeenkomst tot stand kwam, met dien verstande dat degene jegens wie wanprestatie is gepleegd in beginsel het positieve contractsbelang kan vorderen.³

Hoewel artikel 41 WMPC soms wordt aangeduid als 'ontbindingssanctie' moge duidelijk zijn dat deze rechtsfiguur niet vergelijkbaar is met de Nederlandse ontbindingsregeling van artikel 6:265 e.v. BW. Anders dan bij de Nederlandse ontbinding (artikel 6:271 BW) leidt de toepassing van artikel 41 WMPC niet tot teruggaveverplichtingen over en weer. De consument mag de hem geleverde prestatie immers behouden, terwijl zijn betalingsverplichting vervalt of, indien hij reeds heeft betaald, hij dit bedrag als onverschuldigd betaald kan terugvorderen.

³ Zie artikel 6:277 BW en HR 19 mei 1995, *NJ* 1995, 531 (Ordemans/Lademo IV).

2.4 Onrechtmatige daad

Kiest de consument ten slotte voor de route van de onrechtmatige daad, dan zal hij in de regel de betaalde koopprijs als schade kunnen terugvorderen, terwijl hij op zijn beurt de gekochte zaak zal dienen terug te geven op grond van artikel 6:100 BW (voordeelstoerekening) of eventueel artikel 6:109 BW (matiging). Hoewel de overeenkomst niet formeel wordt vernietigd of ontbonden, is het resultaat hetzelfde: de over en weer verrichte prestaties zullen ongedaan worden gemaakt. Ook dit resultaat wijkt af van het resultaat waartoe toepassing van artikel 41 WMPC leidt, te weten een eenzijdig recht van de consument tot terugvordering van de betaalde prijs of, indien nog geen betaling plaatsvond, tot verval met terugwerkende kracht van de betalingsverplichting.

2.5 Conclusie

Het belang waarin de consument wordt beschermd door de Richtlijn OHP, te weten het in vrijheid en op basis van juiste en volledige informatie nemen van een beslissing, wordt derhalve door genoemde remedies gediend. De consument kan de gevolgen van de onrechtmatige beïnvloeding feitelijk ongedaan maken. Opmerking verdient dat deze remedies niet gericht zijn op een afschrikwekkende werking.⁴ De consument kan er met enige inspanning (denk aan het schrijven van een brief al dan niet na juridisch advies te hebben ingewonnen) slechts voor zorgen dat de overeenkomst feitelijk ongedaan wordt gemaakt. De handelaar verliest in dat geval het voordeel dat hij bij de overeenkomst had, maar daar is dan ook alles mee gezegd.

Deze remedies zijn daarmee van een geheel andere orde dan het Belgische artikel 41 WMPC. Dit artikel is punitief van karakter. De consument mag de prestatie die aan hem is geleverd behouden, maar kan de prijs die hij daarvoor heeft betaald terug vorderen. Indien hij nog niet heeft betaald, komt zijn betalingsverplichting te vervallen. De consument komt dus in een gunstiger positie te verkeren dan indien hij geen overeenkomst zou hebben gesloten. De handelaar komt in een slechtere positie te verkeren: hij heeft achteraf beschouwd gratis een goed of dienst geleverd. In wezen is hier sprake van een boete ter hoogte van de waarde van de geleverde prestatie.

De conclusie is derhalve dat de huidige Nederlandse verbintenissenrechtelijke remedies voor een oneerlijke handelspraktijk een compensatoir karakter hebben, terwijl het Belgische artikel 41 WMPC een punitief karakter heeft. In zoverre is de in de vorige paragraaf aangehaalde opmerking van de toenmalige minister van Justitie juist dat de Belgische sanctie 'een nieuwe methodiek' zou introduceren in het Nederlandse privaatrecht.

3. Artikel 41 WMPC vergeleken met artikel 7:7 BW

3.1 Algemeen

Artikel 41 WMPC – zo luidde de conclusie van de vorige paragraaf – verschilt van de thans bestaande algemene remedies (schadevergoeding, vernietiging en ontbinding) die de consument kan inzetten. Er bestaat echter een

⁴ Mogelijk heeft bijvoorbeeld de vordering uit onrechtmatige daad overigens feitelijk soms wel een afschrikwekkend effect.

artikel met een beperkte strekking dat qua opzet hetzelfde punitieve karakter heeft als artikel 41 WMPC, te weten artikel 7:7 BW. Onderstaand komen aan de orde de inhoud van artikel 7:7 BW (paragraaf 3.2) de ratio daarvan en van de bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken (paragraaf 3.3) en wordt een vergelijking gemaakt tussen artikel 41 WMPC en artikel 7:7 BW (paragraaf 3.4). Paragraaf 3.5 bevat een conclusie.

3.2 Inhoud artikel 7:7 BW

Dit artikel verschaft degene aan wie ongevraagd een zaak is toegezonden een bijzondere remedie en is van dwingend recht bij een consumentenkoop (artikel 7:6 lid 1 BW). De ontvanger van een zaak die redelijkerwijze mag aannemen dat toezending is geschied ten einde hem tot een koop te bewegen, is bevoegd de zaak om niet te behouden, tenzij het hem is toe te rekenen dat de toezending is geschied. De ontvanger kan derhalve de ongevraagd toegezonden zaak behouden zonder daarvoor te betalen. Het betreft een bevoegdheid, de ontvanger hoeft daar geen gebruik van te maken, maar kan de zaak ook terugzenden. De kosten die daarmee gemoeid zijn, komen voor rekening van de verzender (artikel 7:7 lid 3 BW). De ontvanger die de hem toegezonden zaak om niet behoudt, wordt derhalve met de waarde daarvan verrijkt.

Artikel 7:7 lid 1 BW geldt voor alle ontvangers van ongevraagd toegezonden zaken, ongeacht hun hoedanigheid en dus niet alleen voor consumenten. Artikel 7:7 lid 2 BW behelst een verbod van de ongevraagde toezending van een zaak aan een consument met het verzoek tot betaling, terugzending of bewaring. Anders dan bij lid 1 geldt hier niet als vereiste dat de consument niet de schijn heeft gewekt de zaak te bestellen. Voldoende is dat de zaak is toegezonden zonder voorafgaand verzoek daartoe van de consument en zonder diens expliciete toestemming daartoe.⁵ Krachtens artikel 7:7 lid 4 BW geldt het verbod van artikel 7:7 lid 2 BW gelijkelijk voor aan consumenten ongevraagd opgedrongen diensten.⁶ Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat artikel 7:7 BW van overeenkomstige toepassing is buiten het terrein van de koopovereenkomst.⁷

Over het gevolg van artikel 7:7 BW schrijft Hijma:

“De ontvanger wordt bezitter en, aangenomen dat de verzender beschikkingsbevoegd was, *eigenaar* van de toegezonden zaak.

Art. 7:7 lid 1 ontnemt de verzender in de eerste plaats de mogelijkheid om de zaak met een vordering uit onverschuldigde betaling terug te eisen; in zoverre kan het artikel als een aan het algemene art. 6:203 derogerende *lex specialis* worden beschouwd. Maar bovendien staat de bepaling er aan in de weg dat de verzender zich langs goederenrechtelijke weg (revindicatie) tot de ontvanger zou kunnen wenden; de strekking van de regeling – volledige ‘rust’ voor de ontvanger – zou

⁵ Castermans en Krans 2009, Art. 7:7, aant. 3.

⁶ Artikel 7:7 lid 2 en lid 4 BW hebben een Europeesrechtelijke achtergrond. Ze zijn ingevoerd ter implementatie van artikel 9 van richtlijn 97/7/EG (koop op afstand) en artikel 15 Richtlijn OHP. Doordat artikel 7:7 lid 2 en lid 4 BW genoemd worden in artikel 8.5 Whc kan overtreding van dit verbod bestuursrechtelijk worden gehandhaafd door de Consumentenautoriteit indien collectieve belangen van consumenten in het geding zijn. Artikel 8.5 Whc wordt genoemd in bijlage b bij de Whc en de daarop staande regels worden krachtens artikel 2.7 Whc bestuursrechtelijk gehandhaafd.

⁷ MvA II, PG Inv. Boek 7, p. 92.

anders op ongerijmde wijze worden ondergraven. Vergelijk, in ander kader, het tweede lid van art. 6:211 en de TM daarbij, Parl. Gesch. Boek 6, p. 822”.⁸

Het gevolg van artikel 7:7 BW is derhalve dat de ontvanger die de zaak om niet behoudt, noch verbintenisrechtelijk, noch goederenrechtelijk door de verzender kan worden aangesproken.

3.3 Ratio van artikel 7:7 BW en van bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken

Over de achtergrond van art. 7:7 BW heeft de minister van Justitie destijds opgemerkt:

“Niettemin acht ik (...) een wettelijke bepaling gewenst die de consument de bevoegdheid geeft de zaak om niet te behouden. Slechts aldus wordt bereikt dat de ontvanger op geen enkele wijze verplicht is de ontvangen zaak ten behoeve van de verzender te bewaren en dat hij derhalve niet lastig gevallen kan worden met eventuele vorderingen tot teruggave van de zaak of tot schadevergoeding wegens beschadiging daarvan”.⁹

en

“De ratio van de bepaling is te bewerken dat de ontvanger op geen enkele wijze verplicht is de ontvangen zaak ten behoeve van de verzender te bewaren en dat hij derhalve niet lastig gevallen kan worden met eventuele vorderingen tot teruggave van de zaak of tot schadevergoeding wegens beschadiging daarvan”.¹⁰

Het belang dat artikel 7:7 BW beoogt te beschermen, is dat degene die ongevraagd een zaak krijgt toegezonden niet met allerlei vorderingen kan worden lastig gevallen. Krachtens lid 2 van artikel 7:7 BW is de ongevraagde toezending van zaken aan consumenten niet toegestaan. Artikel 7:7 BW waarborgt in wezen de rust van mensen. In het verlengde daarvan beoogt het artikel te voorkomen dat mensen onder druk een overeenkomst sluiten waartoe zij anders niet waren overgegaan. Artikel 7:7 BW beschermt daarmee het beginsel van de autonomie (zelfbeschikking) en het daaruit afgeleide beginsel van de contractsvrijheid. Dit laatste beginsel impliceert de vrijheid om *geen* overeenkomst te sluiten.¹¹

Er valt daarmee een duidelijk verband te leggen met de ratio van bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken in het algemeen. De Richtlijn OHP is er immers mede op gericht te waarborgen dat consumenten in vrijheid een geïnformeerd besluit kunnen nemen.¹² Artikel 6 lid 1 Richtlijn OHP bepaalt namelijk:

⁸ Asser/Hijma 2007, nr. 155.

⁹ PG Inv. Boek 7, p. 89-90.

¹⁰ PG Inv. Boek 7, p. 92.

¹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010, nr. 41 en Hijma 2010, p. 14-15.

¹² Zij het dat de Richtlijn OHP niet slechts bescherming biedt met het oog op het al dan niet sluiten van overeenkomsten, maar ook ziet op oneerlijke handelspraktijken gedurende en na een commerciële transactie, zie artikel 3 lid 1 Richtlijn OHP en onder meer artikel 6:193a lid 1 sub e BW: “besluit over een overeenkomst: een door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij (...) een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument overgaat tot handelen”.

“Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie (...) of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen (...) en *de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen*”.¹³ (cursivering toegevoegd)

Terwijl artikel 8 Richtlijn OHP luidt:

“Als agressief wordt beschouwd een handelspraktijk die (...) *de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument (...) beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen*”.¹⁴ (cursivering toegevoegd)

In lijn hiermee bepaalt artikel 6:193b lid 2 sub b BW:

“Een handelspraktijk is oneerlijk indien (...) b. het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, *waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet zou hebben genomen*”. (cursivering toegevoegd)

In de Parlementaire Geschiedenis van artikel 7:7 BW wordt nergens opgemerkt dat degene die ongevraagd een zaak toezendt, gestraft dient te worden met het verlies daarvan. Het accent ligt op de doeltreffendheid. Indien de consument geen eigenaar van de hem ongevraagd toegestuurde zaak zou worden, zou hij houder zijn voor de verzender en daarmee aansprakelijk zijn voor eventueel aan de zaak ontstane schade. Hij zou zo buiten zijn wil en schuld om, aansprakelijk kunnen worden jegens de verzender.¹⁵ Om te voorkomen dat de ontvanger onder druk van een vordering tot schadevergoeding een koopovereenkomst mocht sluiten, is overgang van de eigendom van de toegezonden zaak op de ontvanger onvermijdelijk.

3.4 Vergelijking artikel 7:7 BW en artikel 41 WMPC

Een eerste belangrijk verschil met de Belgische sanctie is dat artikel 7:7 BW een veel kleiner toepassingsgebied heeft. Daar waar artikel 41 WMPC op overtreding van alle oneerlijke handelspraktijken van toepassing is, ziet artikel 7:7 BW slechts op het ongevraagd toezenden van een zaak of het ongevraagd verrichten van een dienst. Er zijn oneerlijke handelspraktijken denkbaar die vallen binnen het bereik van artikel 7:7 BW, maar in het me-

¹³ Zie ook de considerans van de Richtlijn OHP onder 14: “Het is wenselijk dat onder misleidende handelspraktijken die praktijken worden verstaan waarbij de consument wordt bedrogen en hem wordt belet een geïnformeerde en dus efficiënte keuze te maken, inclusief misleidende reclame”.

¹⁴ Zie ook de considerans van de Richtlijn OHP onder 16: “De bepalingen betreffende agressieve handelspraktijken moeten van toepassing zijn op praktijken die de keuzevrijheid van de consument aanzienlijk beperken”.

¹⁵ Denk aan de hond van de ontvanger die de zaak beschadigt en waarvoor hij risico-aansprakelijk is (artikel 6:179 BW).

rendeel van de gevallen zal daarvan geen sprake zijn. Bij overtreding van de OHP-regels zal de consument daarom slechts in een zeer beperkt aantal gevallen kunnen profiteren van de in artikel 7:7 BW neergelegde sanctie.

Denk bijvoorbeeld aan het ongevraagd toezenden van een armband, waarbij in de begeleidende brief bedrieglijk wordt beweerd dat de armband bepaalde ziekten kan genezen (artikel 6:193g sub q BW). De misleide consument kan in zo'n geval van de door artikel 7:7 BW geboden bevoegdheid gebruikmaken en de armband behouden zonder daarvoor te betalen.

Een tweede verschil is dat het juridische gevolg van artikel 7:7 BW is dat er tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen, terwijl het feit dat een overeenkomst onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk is gesloten op zichzelf niet automatisch de geldigheid daarvan verhindert.¹⁶ De Richtlijn OHP laat de geldigheid van overeenkomsten nu juist onverlet (artikel 3 lid 2). Artikel 41 WMPC heeft evenmin tot gevolg dat geen overeenkomst tot stand is gekomen of dat de gehele overeenkomst met terugwerkende kracht wordt vernietigd. Een beroep op artikel 41 WMPC door de consument of de toepassing daarvan door de rechter heeft tot gevolg dat alleen de verplichting van de consument (met terugwerkende kracht) komt te vervallen. Een door de consument eventueel verrichte betaling kan als onverschuldigd worden teruggevorderd. Terwijl de overgang van eigendom bij de ongevraagd toegezonden zaak haar grondslag vindt in de wet (artikel 7:7 BW), vindt de overgang van eigendom in de gevallen die door artikel 41 WMPC worden bestreken haar grondslag in de gesloten overeenkomst.

Ten slotte hebben artikel 7:7 BW en artikel 41 WMPC niet dezelfde ratio, hoewel zij beide leiden tot verrijking van de consument. Artikel 41 WMPC beoogt een punitieve sanctie te creëren in de hoop handelaren ervan te weerhouden zich schuldig te maken aan oneerlijke handelspraktijken.¹⁷ Artikel 7:7 BW is daarentegen niet met die doelstelling ontworpen. Het feit dat de ontvanger wordt verrijkt ten koste van de verzender is een kwestie van logica geweest. Het gestelde doel (voorkomen dat ontvangers onder druk van vorderingen van verzenders een overeenkomst sluiten) had niet bereikt kunnen worden met een andere, minder vergaande, bepaling.

Vanuit het perspectief van de wederpartij van de consument mag dit verschil gering lijken, voor de bepaling van het karakter van artikel 7:7 BW en van artikel 41 WMPC is dit wel relevant. De aansprakelijke persoon die uit hoofde van een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) schadevergoeding moet betalen, ervaart dit wellicht als een straf, maar dat betekent nog niet dat de onrechtmatige daad een punitief karakter heeft. Voor de kwalificatie van een bepaalde remedie is derhalve niet de beleving van degene jegens wie de remedie wordt ingezet van belang en evenmin beslissend is de invloed die zij heeft op het gedrag van personen. Niet het effect maar

¹⁶ Er komt bij ongevraagde toezending pas een koopovereenkomst tot stand wanneer de ontvanger het hem gedane aanbod aanvaardt. In de Parlementaire Geschiedenis (Parl. Gesch. Boek 7, p. 92) wordt gesteld dat in betaling van de koopsom aanvaarding besloten kan liggen (artikel 3:33 BW) of dat door betaling het vertrouwen van aanvaarding bij de verzender wordt gewekt (artikel 3:35 BW); de omstandigheden van het geval zijn beslissend. Zie ook Asser/Hijma 2007, nr. 152.

¹⁷ Zie hoofdstuk 4 paragraaf 6.

de objectieve strekking van een remedie is bepalend voor het karakter daarvan.¹⁸ De strekking van artikel 7:7 BW is bescherming van de ontvanger, terwijl artikel 41 WMPC ertoe strekt de handelaar te bestraffen.

3.5 Conclusie

Hoewel artikel 41 WMPC op het eerste gezicht niet meer dan een uitbreiding van artikel 7:7 BW lijkt te zijn, blijkt dit bij nadere beschouwing niet het geval te zijn. Het belangrijkste verschil is dat artikel 41 WMPC een punitieve strekking heeft, terwijl dat van artikel 7:7 BW niet kan worden gezegd.

4. Punitieve rechtsfiguren in het Nederlandse verbintenissenrecht?

4.1 Algemeen

De conclusie van de vorige paragraaf was dat artikel 41 WMPC een punitief karakter heeft en daarmee afwijkt van artikel 7:7 BW. In deze paragraaf wordt meer algemeen onderzocht hoe dit punitieve karakter zich verhoudt tot het Nederlandse verbintenissenrecht. Anders gezegd: in hoeverre bevat het Nederlandse verbintenissenrecht punitieve rechtsfiguren?

Ter beantwoording van deze vraag volgt allereerst een overzicht van non-compensatoire rechtsfiguren in het overeenkomstenrecht en het schadevergoedingsrecht. Non-compensatoir houdt in dat er geen relatie is tussen vergoeding en schade zodat de benadeelde meer dan zijn volledige schade vergoed kan krijgen.¹⁹

In de tweede plaats zal per non-compensatoire rechtsfiguur de vraag moeten worden beantwoord of deze ook een punitief karakter heeft. Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven, dient het karakter van een rechtsfiguur niet bepaald te worden aan de hand van het effect, maar aan de hand van de objectieve strekking daarvan. Uit het feit dat een bepaalde rechtsfiguur een non-compensatoir karakter heeft, volgt daarom niet automatisch dat deze een punitief karakter heeft.

4.2 Non-compensatoire rechtsfiguren

4.2.1 Overeenkomstenrecht

Boetebedingen

Naar Nederlands recht kunnen partijen een boetebeding opnemen in hun overeenkomst voor het geval dat de schuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis tekort schiet (artikel 6:91 BW). De boete mag hoger zijn dan de werkelijk geleden schade, zij het dat de rechter op verlangen van de schuldenaar en indien de billijkheid dit

¹⁸ Vgl. Van Boom, 2010 AA, p. 123.

¹⁹ Sommige auteurs (Barendrecht/Storm 1995, p. 16-17) onderscheiden tussen compensatie en herstel. Bloembergen 1965, nr. 82 relateert dit verschil. Kritisch over de herstelfunctie Maeijer 1962, p. 77-81. In de opvatting van Van Boom 2010 AA, p. 123-124 maakt de herstelfunctie het mogelijk dat de benadeelde in een betere positie komt te verkeren dan zonder wanprestatie of onrechtmatige daad het geval zou zijn geweest zonder dat moet worden gesproken van straf. Het beginsel van volledige vergoeding kent overigens vele uitzonderingen, onder meer artikel 6:98 BW (toerekening naar edelijkheid), artikel 6:100 BW (voordeelstoerekening), artikel 6:101 BW (eigen schuld) en artikel 6:109 BW (matigingsbevoegdheid). Zie Hartlief 2009, p. 228-229.

klaarblijkelijk eist de boete kan matigen tot het bedrag aan schadevergoeding waartoe de schuldeiser op grond van de wet was gerechtigd (artikel 6:94 lid 1 BW).²⁰ Daarmee hebben partijen de mogelijkheid om in hun onderlinge verhouding af te wijken van het beginsel dat iemand niet meer dan zijn schade krijgt vergoed. Het boetebeding kan twee functies hebben.²¹ In de eerste plaats kan het boetebeding tot doel hebben de omvang van de schadevergoedingsaanspraak bij voorbaat vast te leggen (schadefixatiefunctie). In de tweede plaats kan een contractuele boete tot doel hebben om aan de wederpartij een financiële prikkel te verschaffen om na te komen (aansporingsfunctie). Deze tweede functie is punitief van aard.

Wettelijke (handels)rente

De schade als gevolg van de vertraging in de betaling van een geldsom wordt gefixeerd op de wettelijke rente (artikel 6:119 BW).²² De debiteur dient de volgens deze artikelen berekende wettelijke rente te betalen ongeacht de werkelijk door de crediteur door de vertraging in de betaling geleden schade. Het is dus mogelijk dat de crediteur meer dan zijn schade vergoed krijgt. Er is daarmee geen sprake van een louter op compensatie gerichte regeling. De debiteur wordt wellicht feitelijk geprikkeld om snel na te komen.²³ Dat is echter niet de strekking van het fixatiestelsel. De Hoge Raad heeft verschillende keren beslist dat de strekking van artikel 6:119 BW is bevordering van de rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht.²⁴

Ter implementatie van richtlijn 2000/35/EG²⁵ zijn de artikelen 6:119a en 6:120 lid 2 BW ingevoerd. Op grond van deze bepalingen is – kort gezegd – de debiteur bij een handelsovereenkomst zonder ingebrekestelling een wettelijke rente verschuldigd die hoger is dan de wettelijke rente van artikel 6:119 BW. Evenals artikel 6:119 BW fixeert artikel 6:119a BW de schade. Het doel van deze richtlijn is de bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties. De wettelijke handelsrente dient zo hoog te zijn dat zij fungeert als een prikkel tot betaling.²⁶ Daarmee heeft de wettelijke handelsrente, anders dan de ‘gewone’ wettelijke rente, een boetekarakter.

Te late uitbetaling loon

Artikel 7:625 BW bepaalt dat de werknemer recht heeft op een procentuele verhoging van zijn loon indien de werkgever dit niet tijdig betaalt. Deze verhoging heeft een boetekarakter en beoogt de werkgever te prikkelen tijdig na te komen. De verhoging is niet zo zeer bedoeld als schadevergoeding, maar veeleer als prikkel voor de werkgever om het loon op tijd te betalen.²⁷ De werknemer is van zijn loon afhankelijk voor betaling van huur of hypotheek en voedsel maakt de werknemer zeer kwetsbaar en verklaart de invoering van de boeteverhoging.

²⁰ Bovendien kan de schuldeiser niet zowel nakoming vorderen van de verbintenis als nakoming van het boetebeding dat aan die verbintenis verbonden is (artikel 6:92 lid 2 BW).

²¹ Zie artikel 6:91 BW en Schelhaas 2004, p. 5.

²² HR 2 november 1990, NJ 1992, 83 (Kaiser/Interpolis) en HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uitert).

²³ Zie in dat verband ook artikel 6:83 sub b BW. Dit artikel heeft tot gevolg dat degene die aansprakelijk is uit onrechtmatige daad in verzuim is met de verplichting tot betaling van schadevergoeding ook als de omvang van deze verplichting nog niet vast staat. De schuldenaar wordt zo aangemoedigd om de schadeafwikkeling vlot te laten verlopen.

²⁴ HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uitert) en HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481 (Ahold/Staat).

²⁵ Richtlijn van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, Pb 2000, L 200/35.

²⁶ Rank 2009, Art. 120, aant. 2. Zie ook de considerans onder 16 en 20 waarin ontmoediging van betalingsachterstanden als doel wordt vermeld. Verder over deze richtlijn Wissink en Van Wechem 2006.

²⁷ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207 (Swaen/Van Hees).

Vergelijking met artikel 41 WMPC

In alle bovenstaande gevallen wordt de schuldenaar geprikkeld om correct na te komen. De heel algemene gedachte lijkt te zijn dat voorkomen moet worden dat een schuldeiser schade lijdt door tekortschieten van zijn schuldenaar. Bij de sanctie op de te late uitbetaling van het loon speelt bovendien de grote afhankelijkheid van de werknemer een rol. Artikel 41 WMPC beoogt geen correcte nakoming te bevorderen, maar beoogt te waarborgen dat de consument zonder onrechtmatige beïnvloeding een besluit over een overeenkomst kan nemen. Bij de meeste consumententransacties is de consument bovendien veel minder kwetsbaar dan de werknemer die zijn loon nodig heeft.

4.2.2 Schadevergoedingsrecht (afd. 6.1.10 BW)

Inbreuken op de privacy

Uit een analyse van de rechtspraak blijkt dat rechters bij inbreuken op de privacy en aantastingen van de reputatie door de roddelpers soms bedragen aan smartengeld toekennen die in vergelijking met fysiek letsel zeer hoog kunnen worden genoemd. Kennelijk wordt aldus gewicht toegekend aan het opzettelijk karakter dat veel inbreuken op de privacy en aantastingen van de reputatie kenmerkt en wordt het smartengeld hoger vastgesteld met het oog op bestraffing en preventie.²⁸ Dit oogmerk blijkt echter niet met zoveel worden uit de vonnissen. Van een officiële in de rechtspraak erkende punitieve sanctie is dan ook geen sprake.

Begroting van schade

In een drietal gevallen kan de begroting van schade ertoe leiden dat de benadeelde meer dan zijn werkelijke schade vergoed krijgt. In al deze gevallen lijkt het echter om rechtshandhaving en niet om de toepassing van een punitieve sanctie te gaan.²⁹

1. Bij abstracte begroting van schade op grond van artikel 6:97 BW kan een benadeelde meer schade vergoed krijgen dan de door hem concreet geleden schade. Dit is verklaard vanuit de rechtshandhavingfunctie.³⁰
2. Artikel 6:104 BW richt de blik op de winst van de aansprakelijke persoon en niet op de schade van de benadeelde. Artikel 6:104 BW behelst daarom meer dan compensatie alleen.³¹ De Hoge Raad heeft echter recent expliciet uitgemaakt dat geen sprake is van 'punitive damages'.³²
3. Bij bepaling van de schadevergoeding bij ontbinding van een onderhoudsovereenkomst werd de winst uit eventuele vervangende contracten niet meegenomen.³³ Vanuit compensatoir oogpunt is dat niet goed verde-

²⁸ Verheij 2002, nr. 242.

²⁹ Zie over het begrip rechtshandhaving onder meer Bloembergen/Lindenbergh 2001, hoofdstuk II; Engelhard 2009; Kortmann en Sieburgh 2009; Van Nispen 2003, p. 4-6 en Verheij 2002, hoofdstuk X.

³⁰ De Groot 1980, p. 49-58.

³¹ Zie uitgebreid Linssen 2001.

³² De Hoge Raad spreekt uitdrukkelijk van het niet-punitieve karakter van artikel 6:104 BW in HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 771, rov. 3.6 en 3.7 en HR 18 juni 2010, *RvdW* 2010, 772, rov. 3.3.2. Daarom behoort de rechter – aldus de Hoge Raad – bij de toepassing van dit voorschrift in zoverre terughoudendheid in acht te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Indien de winst de schade niet aanmerkelijk te boven gaat, kan dus kennelijk de gehele winst als 'schade' worden begroot. De band met de schade van de benadeelde is hier derhalve los. Zie over deze uitspraak verder Van Boom 2010 AA.

³³ HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43, nt. JH, LJN: BI3402 (Vos/TSN). Vos kwam haar contractuele verplichting om haar trailers door TSN te laten onderhouden niet na. TSN ontbond en vorderde vergoeding van het positieve contractsbelang. Vos verweerde zich zonder succes met het

digbaar omdat de benadeelde aldus wordt verrijkt (het positieve contractsbelang plus de winst uit eventuele andere contracten die hij bij behoorlijke nakoming van zijn wederpartij niet zou hebben gesloten),³⁴ maar vanuit rechtshandavingsperspectief bestaat hiertegen geen bezwaar. De schade wordt abstract berekend ter handhaving van het beginsel dat overeenkomsten dienen te worden nagekomen (*pacta sunt servanda*).³⁵

Verwijtbaarheid als relevant gezichtspunt

In het schadevergoedingsrecht is de mate van verwijtbaarheid van de aansprakelijke persoon in verschillende gevallen een relevant gezichtspunt.³⁶ Kort gezegd geldt: hoe groter de mate van verwijtbaarheid des te ruimer de toekenning van schadevergoeding. De compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht komt zo beter tot haar recht. Gevolgen verbinden aan verwijtbaarheid heeft dan ook geen punitieve functie, maar maakt dat overwegingen die aan volledige schadevergoeding in de weg staan aan belang inboeten.³⁷

Vergelijking met artikel 41 WMPC

In alle bovenstaande gevallen heeft de benadeelde schade geleden, zij het dat de omvang daarvan soms moeilijk valt vast te stellen. Bij artikel 41 WMPC is de benadeelde vooral geschonden in zijn belang om zonder onrechtmatige beïnvloeding een besluit te nemen.

4.3 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er rechtsfiguren zijn die ertoe strekken om gedrag te sturen door het verschaffen van een afschrikwekkende prikkel: het aansporende boetebeding, de wettelijke handelsrente en de wettelijke verhoging bij te late betaling van het loon. Bij de inbreuk op de privacy lijkt daarvan soms sprake te zijn gezien de hoogte van het toegekende smartengeld, hoewel rechters zich daar niet expliciet over uitlaten.

In andere gevallen is de strekking van de rechtsfiguur niet punitief, maar op rechtszekerheid, hanteerbaarheid van de regel of rechtshandhaving gericht: wettelijke rente, winstafdracht, abstracte schadeberekening en bepaling van de schadevergoeding bij ontbinding van een overeenkomst.

In de derde plaats is er de ruimere toekenning van schadevergoeding in geval van verwijtbaar handelen door de schadeveroorzaker. Op het eerste gezicht hiermee uitdrukking te worden aan een punitieve gedachte, maar bij nadere beschouwing past dit goed in een compensatoire benadering:

betoog dat bij begroting van de schade van TSN diende te worden meegenomen dat TSN na ontbinding andere contracten had kunnen sluiten en ook had gesloten.

³⁴ Om die reden kritisch Hartlief 2010.

³⁵ Keirse 2009, p. 105-109 brengt dit vooral in verband met het beginsel om rekening te houden met elkaars belangen (fraternalisme).

³⁶ Bij een grotere mate van verwijtbaarheid wordt ruimer toegerekend (artikel 6:98 BW), bij oogmerk om immateriële schade toe te brengen, gelden de beperkingen van artikel 6:107-108 BW niet meer (HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216) en bij aansprakelijkheid buiten schuld (onder meer de artikelen 6:162 lid 3, 6:165 lid 1, 6:169 lid 1 en 6:170-179 BW) ligt matiging op grond van artikel 6:109 BW eerder voor de hand.

³⁷ En soms zelfs dat niet, zie HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 waarin werd beslist dat de vereisten voor vergoeding van shockschade niet versoepteld worden in geval van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval.

Eenzijds luidt de conclusie dat het Nederlandse verbintenissenrecht enkele punitieve rechtsfiguren kent, maar anderzijds moet worden vastgesteld dat het geïsoleerde gevallen betreft zonder conceptuele of feitelijke samenhang. Er valt geen vastomlijnd punitief beginsel te identificeren waarop al deze gevallen zijn terug te voeren. Zo kan bijvoorbeeld niet worden gezegd dat de genoemde afschrikwekkende prikkels er steeds toe dienen om natuurlijke personen extra te beschermen tegen grote en professionele partijen. De toepasselijkheid van rechtsfiguren als de wettelijke handelsrente en het boetebeding zijn immers niet afhankelijk van de hoedanigheid van partijen.

Er zijn ook overigens geen aanwijzingen te vinden dat de wetgever zich bij de totstandkoming van de gevonden punitieve rechtsfiguren door een punitief beginsel heeft laten leiden of zelfs maar van een min of meer coherente visie is uitgegaan. De bestaande punitieve rechtsfiguren lijken daarmee geheel op zichzelf te staan.

Dit alles leidt tot de volgende tweeledige conclusie. In de eerste plaats is het punitieve karakter van artikel 41 WMPC op zichzelf niet geheel vreemd aan het Nederlandse verbintenissenrecht. In de tweede plaats bestaat naar geldend Nederlands verbintenissenrecht geen punitief beginsel waarvan de sanctie van artikel 41 WMPC de uitwerking zou kunnen vormen. In zoverre is het punitieve karakter van artikel 41 WMPC vreemd aan het Nederlandse verbintenissenrecht.

5. Verbintenisrechtelijke beginselen

Het bijzondere karakter van artikel 41 WMPC is bij de beschrijving van het Belgische recht genuanceerd met de opmerking dat ook de toepassing van het gemeen recht tot hetzelfde resultaat kan leiden.³⁸ De Belgische rechter kan namelijk onder verwijzing naar het adagium *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (in geval van gelijk schandelijk gedrag is terugvorderen niet toegestaan) de consument vrijstellen van zijn teruggaveverplichting. In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord of een dergelijke nuancering ook naar geldend Nederlands privaatrecht mogelijk is. Onderzocht wordt derhalve in hoeverre op grond van thans erkende soortgelijke privaatrechtelijke beginselen eenzelfde resultaat zou kunnen worden bereikt.

Voorop gesteld dient te worden dat genoemd beginsel of een daaraan verwant beginsel geen expliciete erkenning heeft gevonden in de Nederlandse jurisprudentie.³⁹ Dat neemt niet weg dat in de context van de onrechtmatige daad geaccepteerd is dat het gedrag van de benadeelde in de weg kan staan aan schadevergoeding. Zo geldt in sport- en spelsituaties een verhoogde drempel voor onrechtmatigheid. Slechts de zeer grove overtreding van de spelregels kwalificeert als onrechtmatig.⁴⁰ De gedachte is dat de benadeelde bewust heeft gekozen voor deelneming aan de sport en dat normale overtredingen in de hitte van de strijd voorzienbaar zijn.

³⁸ Zie hiervoor hoofdstuk 4 paragraaf 9.

³⁹ Historisch gesproken zijn er verschillende adagia met ongeveer dezelfde strekking: *in pari delicto potior est conditio defendentis* (bij gelijke onrechtmatigheid is de positie van de gedaagde sterker) en *ex turpi causa non oritur actio* (op een onzedelijke grondslag wordt geen vordering gebaseerd). Zie voor de historische achtergrond van deze adagia Feenstra 1987, p. 31-36. Haazen 2009, p. 827-836 geeft een overzicht van de door deze adagia geïnspireerde Nederlandse rechtspraak en onderscheidt verschillende categorieën gevallen.

⁴⁰ HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (Dekker/Van der Heide).

Meer specifiek is in verschillende zaken het zogenaamde 'pot verwijt de ketel'-argument aanvaard.⁴¹ De globale gedachte is dat als de benadeelde hetzelfde verwijt valt te maken als de pleger van de onrechtmatige daad, hij geen recht heeft op schadevergoeding. Anders dan bij sport- en spelsituaties gaat het hier om gevallen waarin de benadeelde laakbaar of zelfs immoreel handelt. De Hoge Raad heeft verschillende keren beslist dat wie zelf een bepaalde norm schendt, zijn recht verspeelt om een ander wegens schending van diezelfde norm aan te spreken.⁴² De redenering is dan dat de norm zich niet tot dat geval uitstrekt, met andere woorden, dat niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste (artikel 6:163 BW).

Buiten het gebied van de onrechtmatige daad bestaan enkele gevallen waaraan een soortgelijke redenering ten grondslag lijkt te liggen. Zo bepaalt artikel 6:235 lid 3 BW dat door een partij die meermalen (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt geen beroep kan worden gedaan op de vernietigingsgronden van de artikelen 6:233 en 6:234 BW (onredelijk bezwarende bedingen en geen redelijke mogelijkheid bieden tot kennisname). Verder verhindert artikel 6:211 BW dat in bepaalde gevallen een op basis van een nietige overeenkomst verrichte prestatie als onverschuldigd wordt teruggevorderd. Klassieke voorbeelden zijn de overeenkomst met de huurmoordenaar en de omkoping. Het wordt maatschappelijk onwenselijk geacht als de opdrachtgever na het plegen van het misdrijf het door hem betaalde geld als onverschuldigd zou kunnen terugvorderen.

Er zijn derhalve verschillende gevallen waarin gewicht wordt toegekend aan het 'de pot verwijt de ketel'-argument, maar daarmee is niet het bestaan van een algemeen erkend beginsel aangetoond. Anders dan naar Belgisch recht het geval is, zou de Nederlandse rechter niet onder verwijzing naar een dergelijke algemeen beginsel tot een resultaat kunnen komen dat gelijk is aan de toepassing van artikel 41 WMPC.

6. Conclusie

In dit hoofdstuk is artikel 41 WMPC vergeleken met in het Nederlandse verbintenissenrecht voorkomende remedies en rechtsfiguren en met daaraan ten grondslag liggende beginselen.

Vastgesteld is dat anders dan bestaande Nederlandse remedies (vernietiging, ontbinding, schadevergoeding en artikel 7:7 BW) artikel 41 WMPC een punitief karakter heeft (paragrafen 2 en 3). Voorts bleek dat de in het Nederlandse verbintenissenrecht voorkomende punitieve rechtsfiguren geen uitdrukking vormen van een punitief beginsel waarvan artikel 41 WMPC als uitwerking kan worden beschouwd (paragraaf 4). Evenmin viel een Nederlands verbintenissenrechtelijk beginsel te identificeren waarvan de toepassing tot een gelijk resultaat zou leiden als de toepassing van artikel 41 WMPC (paragraaf 5).

De conclusie luidt derhalve dat artikel 41 WMPC, met name door zijn punitieve strekking, verschilt van het bestaande Nederlandse verbintenissenrecht. Daarmee is overigens niet gezegd dat de sanctie van artikel 41

⁴¹ Soms wordt ook gesproken van de *in pari delicto*-doctrine.

⁴² HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463, nt. HB (Maas/Willems) en HR 23 februari 2007, NJ 2008, 492, nt. JBMV (De Groot/Io Vivat). Zie kritisch over deze laatste uitspraak Tjong Tjin Tai 2007.

WMPC systematisch niet zou passen in het Nederlandse verbintenissenrecht, maar wel dat het daaraan een nieuw element zou toevoegen.

Hoofdstuk 6 Belgische rechtspraak

1. Inleiding en opzet

Ter beantwoording van de praktische werking van artikel 41 WMPC (onderzoeksvragen 5-10 en onderdeel 1 van de probleemstelling, zie hoofdstuk 1) is onderzoek gedaan naar rechtspraak waarin toepassing wordt gegeven aan dit artikel.

Hiertoe is gezocht naar (via internet of in tijdschriften) gepubliceerde rechterlijke uitspraken. Tevens is onderzocht of de Geschillencommissie Reizen uitspraken heeft gedaan in geschillen tussen consumenten en ondernemingen inzaken oneerlijke handelspraktijken. Gelet op het feit dat in de praktijk vooral de Geschillencommissie Reizen een belangrijke rol speelt, werd ervoor geopteerd enkel deze commissie te benaderen.

Ten slotte zijn alle relevante Belgische gerechten¹ benaderd met de volgende vragen:

- 1) hoe vaak werd het gerecht gevraagd zich uit te spreken over artikel 41 WMPC of artikel 94/14 WHPC?
- 2) zou het gerecht de desbetreffende vonnissen kunnen toezenden?

Om het aantal beslissingen betreffende artikel 41 WMPC te vergelijken met het totaal aantal beslissingen inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, werd tevens gevraagd:

- 1) aan te geven hoeveel beslissingen in geschillen tussen ondernemingen en consumenten betrekking hebben op de artikelen 83 tot en met 94 Wet Marktpraktijken en de artikelen 94/4-94/11 Wet Handelspraktijken en
- 2) om deze beslissingen indien mogelijk toe te zenden.

2. Uitvoering

De Geschillencommissie Reizen werd per mail benaderd. Daarnaast zijn in totaal 246 gerechten aangeschreven (187 vredegerechten, 27 rechtbanken van eerste aanleg, 27 rechtbanken van koophandel en 5 hoven van beroep) met genoemde vragen. Na een maand is een schriftelijke herinnering verzonden aan de gerechten die nog niet hadden gereageerd. De uiteindelijke respons bedroeg 42%.

3. Resultaten

Er zijn geen (via tijdschriften of internet) gepubliceerde uitspraken gevonden waarin artikel 41 WMPC is toegepast. De Geschillencommissie Reizen gaf eveneens aan geen uitspraken op dit vlak te hebben gedaan.

Evenmin werden via het schriftelijk benaderen van gerechten uitspraken gevonden waarin toepassing werd gegeven aan artikel 41 WMPC. Door de aangeschreven rechtbanken werd telkens gemeld dat men geen weet had van uitspraken betreffende artikel 41 WMPC (of het oude artikel 94/14 WHPC dat dezelfde sanctie bevat-

¹ Zie voor een overzicht welke gerechten bevoegd zijn, hiervoor hoofdstuk 4 paragraaf 11.

te). Meer nog, geen enkel geschil tussen ondernemingen en consumenten betrof de regels aangaande oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten.

Bij de waardering van deze uitkomst dient bedacht te worden dat er geen centrale databank is waarin uitspraken worden opgeslagen en dat Belgische gerechten hun uitspraken niet zo opslaan dat concreet kan worden gezocht naar uitspraken die op basis van een bepaalde regeling, of een artikel daaruit, zijn geweest.

4. Conclusie

Gezien de hoogte van de respons lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat artikel 41 WMPC niet leeft in de rechtspraktijk. Meer in het algemeen komen geschillen tussen consumenten en ondernemingen wegens oneerlijke handelspraktijken in België kennelijk niet voor de rechter of de Geschillencommissie Reizen. Dit laat onverlet de mogelijkheid dat artikel 41 WMPC een rol speelt bij de buitengerechtelijke regeling van geschillen tussen consumenten en ondernemingen. Deze mogelijkheid is in verschillende interviews (waarover het volgende hoofdstuk) aan de orde gekomen.

Hoofdstuk 7 Interviews

1. Inleiding en opzet

Om een beeld te krijgen van de praktische werking van artikel 41 WMPC zijn personen uit verschillende sectoren geïnterviewd. In totaal werden negen face to face interviews afgenomen.

Het aantal geïnterviewden werd uitgebreid van vijf naar negen, nadat werd vastgesteld dat in de rechtspraak geen toepassingen van de sanctie uit artikel 41 WMPC werden gevonden. Meer concreet vonden interviews plaats met personen uit:

- de rechterlijke macht (1),
- de advocatuur (2),
- het bedrijfsleven (1),
- een consumentenorganisaties (1),
- het Belgische ministerie verantwoordelijk voor de betreffende wet, de Federale Overheidsdienst Economie (2), en
- de Dienst Controle en Bemiddeling (de Belgische Consumentenautoriteit) bij de Federale Overheidsdienst Economie (2).

2. Uitvoering

In de Appendices zijn de bij de interviews gebruikte vragenlijsten opgenomen. Deze zijn in de meeste gevallen op voorhand toegezonden. In een enkel geval waarin dat niet geschiedde, zijn deze nagestuurd met de vraag of de geïnterviewde nog aanvullende opmerkingen had.

Van ieder interview is een kort verslag gemaakt. Dit verslag is ter controle en goedkeuring aan de geïnterviewde voorgelegd. De begeleidingscommissie heeft kennisgenomen van de verslagen.

3. Resultaten

Gezien de afwezigheid van rechtspraak is bij alle interviews de nodige aandacht besteed aan de vraag welke oorzaak of oorzaken hieraan ten grondslag zouden kunnen liggen. Voor het overzicht zijn deze verklaringen in het volgende hoofdstuk geconcentreerd weergegeven.

Voorts is aan alle geïnterviewden gevraagd of zij uit persoonlijke ervaring of desnoods via andere kanalen konden zeggen of, en zo ja hoe vaak, artikel 41 WMPC bij de buitengerechtelijke regeling van geschillen werd ingeroepen door of ten behoeve van consumenten. Geen van de geïnterviewden zei te weten dat artikel 41 WMPC in de buitengerechtelijke praktijk een rol van enige betekenis speelt.

4. Conclusie

In het vorige hoofdstuk werd de vraag opgeworpen of artikel 41 WMPC bij de buitengerechtelijke regeling van geschillen tussen consumenten en ondernemingen een rol speelde. Volgens de geïnterviewde personen is dat niet het geval. Gezien de spreiding van de geïnterviewde personen over een groot aantal sectoren lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat artikel 41 WMPC nauwelijks een rol speelt in de praktijk.

Hoofdstuk 8 Analyse ontbreken van rechtspraak artikel 41 WMPC

1. Inleiding

Uit het jurisprudentieonderzoek en uit de interviews is gebleken dat de in artikel 41 WMPC voorziene sanctie (die een algemene toepassing inhoudt van de sanctie bij ongevraagde levering van een goed of dienst, vgl. artikel 7:7 BW) nog niet wordt toegepast in de Belgische rechtspraak. Onderstaand, in paragraaf 2-7, worden zes elementen gepresenteerd die, al dan niet tezamen, een verklaring kunnen bieden voor het ontbreken van rechtspraak. Deze elementen zijn gebaseerd enerzijds op een onderzoek van de literatuur, anderzijds op hetgeen naar voren is gekomen in de interviews. Paragraaf 8 bevat een conclusie.

2. De toepassingsvoorwaarden zijn onduidelijk

Uit de analyse van de Belgische literatuur is gebleken dat er enige onduidelijkheid bestaat omtrent de toepassingsvoorwaarden van de sanctie uit artikel 41 WMPC. In het bijzonder rijst de vraag of er sprake moet zijn van een wilsgebrek in de traditionele betekenis van het woord en wie het bewijs moet leveren van het causaal verband. In deze context kan worden benadrukt dat het bijzonder moeilijk zal zijn voor de consument om zich op de in artikel 41 WMPC neergelegde sanctie te beroepen indien hij het bewijs van een wilsgebrek en een volledig vaststaand causaal verband moet leveren. Het invoeren van de sanctie van artikel 41 WMPC levert de consument daardoor geen niet te weerspreken argument op en een gerechtelijke procedure wordt eveneens minder aantrekkelijk.

Ook uit de interviews blijkt dat er heel wat discussie mogelijk is omtrent de toepassingsvoorwaarden. Waar bepaalde geïnterviewden van oordeel zijn dat er wel degelijk sprake moet zijn van een wilsgebrek en dat de consument zelf het bewijs moet leveren van het bestaan van een causaal verband, zijn anderen van oordeel dat er helemaal geen wilsgebrek hoeft te zijn en dat bij een schending van een bepaling uit de zwarte lijst het causaal verband kan worden vermoed indien de consument het bewijs levert van de oneerlijke handelspraktijk en de gesloten overeenkomst. Deze stelling steunt onder meer op de overweging dat de sanctie bij een te strenge invulling van de toepassingsvoorwaarden een dode letter zou blijven. In een van de interviews werd opgemerkt dat een soepele invulling van de toepassingsvoorwaarden (geen wilsgebrek vereist en vermoeden van causaal verband bij schending zwarte lijst) het best beantwoordt aan de bedoeling van de Belgische wetgever.

3. Consumentengeschillen betreffen vaak beperkte bedragen

In vele gevallen gaat het in consumentengeschillen over beperkte bedragen waardoor het voor de consument, in het geval waarin de onderneming niet spontaan tot een terugbetaling overgaat, niet de moeite loont om naar de rechter te stappen. Daarbij komt nog dat in veel gevallen de consument die in het ongelijk wordt gesteld, naast de eigen advocatenkosten, de proceskosten en de rechtsplegingsvergoeding zal moeten dragen. De rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de

in het gelijk gestelde partij (artikel 1022, al. 1, van het Ger. W.). De consument zal dit risico niet willen lopen, enerzijds omdat het soms over open normen gaat (misleiding bijvoorbeeld), anderzijds omdat op heel wat punten discussie bestaat over de toepassingsvoorwaarden van artikel 41 WMPC.

4. Ondernemingen geven er de voorkeur aan geschillen te vermijden

In verschillende interviews werd benadrukt dat ondernemingen die begaan zijn met hun imago in de regel zullen trachten om zich niet schuldig te maken aan oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten. Een veroordeling wegens misleidende of agressieve handelspraktijken vormt immers slechte publiciteit en kan bovendien strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Deze ondernemingen geven er dan ook de voorkeur aan om vooraf advies in te winnen omtrent de geplande handelspraktijken.

Indien de consument dan toch werd misleid en zich op artikel 41 WMPC beroept, zullen dergelijke ondernemingen er vaak de voorkeur aan geven om het geschil in der minne op te lossen, eventueel door de sanctie van artikel 41 WMPC spontaan toe te passen.

De kans dat artikel 41 WMPC voor de rechter wordt ingeroepen, lijkt dan ook beperkt te zijn tot het geval waarin de consument gedagvaard wordt tot betaling en artikel 41 WMPC als verweermiddel wordt opgeworpen. In deze context moet dan benadrukt worden dat in consumentenzaken er natuurlijk vaak contant moet worden betaald, zodat dit geval zich niet zo bijzonder vaak zal voordoen (men zou kunnen denken aan consument die telecomschulden niet heeft betaald).

5. Handhaving door concurrenten

In de praktijk vinden regels inzake oneerlijke handelspraktijken vooral toepassing in de relatie tussen ondernemingen onderling: de ene onderneming vordert onder dreiging van gerechtelijke stappen staking van een bepaalde praktijk (veelal reclame) van een andere onderneming. Consumenten halen indirect voordeel uit een dergelijk optreden dat tot doel heeft de eerlijke concurrentie te waarborgen.

6. Handhaving door de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie

Tot slot werd er in de interviews ook op gewezen dat heel wat consumenten die een klacht indienen bij de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie reeds tevreden zijn indien de onderneming door de Dienst op de vingers wordt getikt en geen vergoeding verlangen. Tegelijkertijd bestond de indruk dat de strafrechtelijke sancties waarin de Wet Marktpraktijken voorziet (afhankelijk van de inbreuk gelden geldboetes met een maximum variërend van € 10.000 tot € 20.000 en ook een gevangenisstraf van één maand tot vijf jaar) als afschrikwekkend worden ervaren door ondernemingen.

7. De sanctie van artikel 41 WMPC is weinig bekend

Uit verschillende interviews is gebleken dat de sterke indruk bestaat dat niet alleen consumenten, maar ook heel wat advocaten niet op de hoogte zijn van het bestaan van de in artikel 41 WMPC opgenomen sanctie. Dit

kan te wijten zijn aan het feit dat de sanctie relatief nieuw is, alsook aan het gegeven dat consumentenorganisaties en de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie niet systematisch verwijzen naar de mogelijkheid om artikel 41 WMPC in te roepen. In België staat de sanctie bijvoorbeeld niet vermeld op de website van de Belgische Consumentenautoriteit (<http://economie.fgov.be/nl/consument>). Ook het feit dat de sanctie momenteel op een eigenaardige plaats in de wet staat, namelijk meer dan 40 artikelen vóór de bepalingen die de regels betreffende oneerlijke handelspraktijken bevatten, zou een rol kunnen spelen.

8. Conclusie

De hierboven genoemde verklaringen hangen niet samen met de sanctie zelf, maar met de wijze waarop deze is vormgegeven en met andere factoren. Ten eerste had het probleem van de onduidelijke toepassingsvoorwaarden verholpen kunnen worden door deze expliciet in de wet op te nemen. In de tweede plaats is het feit dat consumentengeschillen veelal een gering financieel belang betreffen in relatie tot de kosten van een juridische procedure een algemeen probleem dat los staat van de sanctie als zodanig. Dit laatste probleem zal niet in dezelfde mate bestaan in andere landen waar dit anders wordt geregeld (bijvoorbeeld omdat consumentengeschillen via geschillencommissies kunnen worden opgelost). Het bestaan of de invoering van een class-action (die in België wordt overwogen), zou de analyse kunnen veranderen. In verschillende interviews werd de invoering van een class-action overigens ook als een oplossing genoemd voor het probleem van de onbekendheid van de sanctie en het probleem van de proceskosten. Voorts geven ondernemingen soms de voorkeur aan schikken of zullen zij door concurrenten worden aangespoord om zich aan de regels te houden. Verder zou een betere bekendmaking van artikel 41 WMPC en mogelijk ook een betere plaatsing in de wet, partijen meer bewust hebben kunnen maken van het bestaan van deze sanctie. Ten slotte beperken veel consumenten zich tot het indienen van een klacht bij de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie.

De afwezigheid van toepassing van artikel 41 WMPC in de rechtspraak is derhalve het gevolg van omstandigheden die los staan van de sanctie waarin artikel 41 WMPC voorziet. Uit het feit dat deze sanctie tot op heden niet of nauwelijks is toegepast kunnen dan ook geen conclusies worden getrokken over deze sanctie zelf.

Hoofdstuk 9 Beantwoording probleemstelling en onderzoeksvragen

1. Inleiding

De centrale doelstelling van dit onderzoek was om de wijze waarop de Belgische sanctie in de praktijk werkt in kaart te brengen. Daartoe werden in hoofdstuk 1 een vierledige probleemstelling geformuleerd en tien onderzoeksvragen opgesteld. In de voorgaande hoofdstukken is hierop verspreid antwoord gegeven. In dit hoofdstuk volgt na een recapitulatie van de probleemstelling en de onderzoeksvragen (paragraaf 2) een systematische beantwoording (paragraaf 3). Paragraaf 4 bevat een conclusie.

2. Probleemstelling en onderzoeksvragen

Om zicht te krijgen op de werking van de Belgische sanctie en vergelijking met het bestaande Nederlandse privaatrecht mogelijk te maken, werd de volgende vierledige probleemstelling geformuleerd:

1. Wat zijn de ervaringen in België met de bij de implementatie van de Richtlijn OHP in de wet geïntrodeerde civiele sanctie, die inhoudt dat de consument bij ontbinding van een overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg van bepaalde oneerlijke handelspraktijken, niet alleen het recht krijgt om die overeenkomst buitengerechtelijk te vernietigen, maar ook om het goed kosteloos te behouden?
2. Is deze sanctie doeltreffend in de zin dat handelaren ervan worden weerhouden om oneerlijke handelspraktijken te hanteren?
3. Is deze sanctie doeltreffend in de zin dat het voor de consument aantrekkelijk is om daarvan gebruik te maken?
4. Wat zijn de verschillen tussen de Belgische sanctie en de thans naar Nederlands privaatrecht bestaande remedies ter zake van oneerlijke handelspraktijken?

In het licht van deze probleemstelling werden ten aanzien van het Belgische recht de volgende tien onderzoeksvragen geformuleerd.

1. Wat houdt de Belgische regeling van de civiele sanctie in?
2. Wat zijn de motieven en overwegingen geweest om deze nieuwe sanctie te introduceren?
3. Wat waren de genoemde vermeende voordelen, en welke de vermeende nadelen bij de onderhandelingen over deze nieuwe sanctie?
4. Hoe verhoudt deze regeling zich tot het karakter van totale harmonisatie van de richtlijn volgens de Belgische regering, voor zover blijkt uit de Kamerstukken en daarna volgens de doctrine?
5. Hoeveel zaken zijn er bij de Belgische rechtbanken aangebracht op grond van de wet oneerlijke handelspraktijken?
6. Op welke artikelen werd daarbij een beroep gedaan?

7. In hoeveel zaken heeft de rechter de vordering of het verzoekschrift gegrond geacht, en wat was daarin de uitspraak?
8. In hoeveel van deze gegrond geachte zaken was er reeds sprake van een overeenkomst en heeft de rechter de nieuwe civiele sanctie toegepast? Om wat voor producten of diensten ging het?
9. In hoeveel van deze gegrond geachte zaken waarbij er reeds sprake was van een overeenkomst, heeft de rechter anderszins beslist, bijvoorbeeld een schadevergoeding opgelegd? Om wat voor producten of diensten ging het?
10. Waarom heeft de rechter in deze zaken niet de nieuwe sanctie opgelegd? In hoeverre heeft dat er mee te maken dat de consument geen behoefte meer had aan het product of de dienst?

3. Beantwoording

De beantwoording van de vierledige probleemstelling is gebaseerd op informatie die in het kader van de beantwoording van de onderzoeksvragen is verkregen. Om die reden volgt onderstaand eerst beantwoording van de onderzoeksvragen.

3.1 Beantwoording onderzoeksvragen

Onderzoek naar de vormgeving en de overwegingen die aan artikel 41 WMPC ten grondslag lagen (onderzoeksvragen 1-4) leverde het volgende op. Allereerst is geconstateerd dat artikel 41 WMPC een punitief karakter heeft. De bedoeling van de introductie van deze sanctie was om ondernemingen af te schrikken van het plegen van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten. De vraag of een dergelijke sanctie past in het Belgische privaatrecht is bij de parlementaire behandeling niet aan de orde geweest en evenmin heeft een afweging van de voor- en nadelen van introductie plaatsgevonden. In de literatuur is het punitieve karakter van artikel 41 WMPC door sommige auteurs bekritiseerd als zijnde onevenredig. De Belgische wetgever is er vanuit gegaan dat het maximumkarakter van de Richtlijn OHP zich niet verzet tegen invoering van artikel 41 WMPC omdat artikel 13 Richtlijn OHP bepaalt dat het aan de lidstaten is om doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties te treffen. In de literatuur is de mogelijke onverenigbaarheid van artikel 41 WMPC met de Richtlijn OHP door één auteur opgeworpen.

Feitelijke informatie over de toepassing van artikel 41 WMPC in de rechtspraak (onderzoeksvragen 5-10) kon bij ontstentenis van uitspraken van rechters niet worden achterhaald. In theorie zijn er twee manieren om dit te duiden. In de eerste plaats zou dit kunnen betekenen dat kwesties niet voor de rechter worden gebracht, maar dat de sanctie wel leeft bij partijen. In de tweede plaats kan het ontbreken van rechtspraak er ook op duiden dat de sanctie niet leeft. Er zijn aanwijzingen dat dit laatste het geval is. De toepassingsvoorwaarden van artikel 41 WMPC zijn niet duidelijk. In onderhandelingen tussen een consument en een onderneming levert het invoeren van artikel 41 WMPC de consument daardoor waarschijnlijk geen niet te weerspreken argument op. Consumenten zullen gezien het veelal geringe belang bovendien vaak afzien van een procedure, niet alleen met het oog op vermindering van door henzelf te maken kosten, maar ook ter vermindering van het risico dat ze proceskosten van de wederpartij (gedeeltelijk) zullen moeten vergoeden in geval van verlies. Ondernemingen

zullen verder in verband met hun imago en uit vrees voor strafrechtelijke sancties in veel gevallen afzien van oneerlijke handelspraktijken. Verder profiteren consumenten van handhaving door concurrerende ondernemingen en het optreden van de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie. Op grond van de interviews bestaat bovendien de indruk dat consumenten, maar ook advocaten, mede door de onlogische plaatsing van artikel 41 WMPC, veelal niet op de hoogte zijn van het bestaan van deze sanctie.

3.2 Beantwoording probleemstelling

De Belgische ervaring is dat artikel 41 WMPC niet door de rechter wordt toegepast en er zijn aanwijzingen dat deze bepaling ook buiten de rechtszaal niet of nauwelijks door of namens consumenten wordt ingeroepen jegens ondernemingen (onderdeel 1 probleemstelling). Van doeltreffendheid in de zin dat het voor consumenten aantrekkelijk is de sanctie in te roepen, lijkt dan ook geen sprake te zijn (onderdeel 3 probleemstelling). Van doeltreffendheid in de zin dat de sanctie jegens ondernemingen afschrikwekkend werkt, zijn geen aanwijzingen gevonden. Eerder lijkt een afschrikwekkende werking uit te gaan van de strafrechtelijke sancties waarin de Wet Marktpraktijken voorziet en de mogelijkheid dat de concurrent een vordering tot staking zou instellen en lijkt het zo te zijn dat ondernemingen uit commerciële overwegingen (reputatie) gemotiveerd zijn om het plegen van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten te vermijden (onderdeel 2 probleemstelling). Vergelijking met het Nederlandse recht leidde tot de conclusie dat artikel 41 WMPC, met name door zijn punitieve karakter, niet overeenkomt met thans beschikbare remedies. Evenmin kan deze sanctie worden opgevat als de uitwerking van één of meer erkende rechtsbeginselen die aan het Nederlandse verbintenissenrecht ten grondslag liggen (onderdeel 4 probleemstelling).

4. Conclusies

De centrale doelstelling van dit onderzoek was te achterhalen hoe de Belgische sanctie van artikel 41 WMPC in de praktijk werkt. De uitkomst is dat deze sanctie tot op heden een vrijwel dode letter lijkt te vormen. Er is geen rechtspraak gevonden waarin artikel 41 WMPC wordt toegepast en uit de interviews is evenmin gebleken dat deze sanctie in het kader van onderhandelingen tussen consumenten en ondernemingen vaak wordt ingeroepen door of namens consumenten. Evenmin lijkt artikel 41 WMPC een doorslaggevende rol te spelen in de afwegingen van ondernemingen om zich conform de Richtlijn OHP te gedragen. Niet uitgesloten kan worden dat de sanctie van artikel 41 WMPC toch af en toe wordt ingeroepen, maar dat dit gebruikelijk zou zijn, is onaanneemelijk.

De oorzaken die hiervoor mogelijkwerwijs verantwoordelijk zijn, hangen niet samen met de aard van de sanctie als zodanig, maar zijn vermoedelijk in belangrijke mate toe te schrijven aan andere factoren en omstandigheden (zie hiervoor hoofdstuk 8).

Appendices

Vragenlijsten

Voorafgaand aan de interviews zijn de volgende vragenlijsten opgesteld. De interviewers hebben tijdens de interviews bijkomende vragen gesteld naar aanleiding van de antwoorden.

Algemeen:

- Hoe wordt de consument geïnformeerd over het bestaan van de ontbindingssanctie? Ziet u mogelijkheden voor verbetering?
- Hoe werkt de ontbindingssanctie thans in de praktijk (hoe vaak wordt er gebruik van gemaakt en wat zijn de verklaringen hiervoor)?
- Hoe komt de ontbindingssanctie in de praktijk ter sprake? Is het de consument die er zich op beroept naar aanleiding van een tegen hem ingestelde vordering of stapt de consument zelf naar de rechter (in die gevallen waar de rechter de sanctie kan, doch niet hoeft toe te passen)?
- Hoe verhoudt de ontbindingssanctie zich tot de andere privaatrechtelijke instrumenten die in geval van een oneerlijke handelspraktijk ter beschikking staan?
- Bent u van mening dat de wet voldoende duidelijk is in die gevallen waarin de ontbindingssanctie niet automatisch toepassing vindt of bent u van mening dat de wet nadere beoordelingscriteria zou dienen te bevatten?
- Is de afwezigheid van beoordelingscriteria voor de consument een rem om zich op deze sanctie te beroepen?
- Wat is uw mening omtrent de volgende criteria ter beantwoording van de vraag of de sanctie dient te worden toegepast: de prijs, de ernst van de inbreuk, de voorspelbaarheid van een inbreuk (zwarte lijst of open norm), acht u andere criteria relevant?
- Moet er sprake zijn van een wilsgebrek (dwaling of bedrog bij een misleideinde handelspraktijk en geweld bij een agressieve handelspraktijk, zie artikel 1109 Belgisch BW) opdat de sanctie kan worden toegepast? Dient de consument te stellen en te bewijzen dat hij zonder de oneerlijke handelspraktijk geen overeenkomst met de onderneming zou hebben gesloten?
- Hoe moet het vereiste inzake causaal verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en de totstandkoming van de overeenkomst worden ingevuld?
- Levert het bewijzen van het causaal verband voor de consument problemen op?
- Bent u van mening dat de bewijslast inzake het causaal verband uitdrukkelijk zou moeten worden geregeld in de wet en zo ja, in welke zin?

Advocatuur:

- Hoe vaak heeft u zich als advocaat beroepen op deze sanctie?
- Welke criteria haalt u als advocaat aan om de rechter te overtuigen om deze sanctie al dan niet toe te passen en welke criteria worden door de rechter het vaakst gehanteerd?
- Welke criteria hanteerde de rechter uiteindelijk?

Rechterlijke macht:

- Hoe vaak heeft u als rechter meegemaakt dat consumenten/hun advocaten zich op de sanctie beroepen (of is uw indruk dat zij deze niet kennen)?
- Welke criteria haalden advocaten aan om u ervan te overtuigen om deze sanctie al dan niet toe te passen?
- Welke criteria heeft u als rechter gehanteerd om te bepalen of de sanctie toegepast diende te worden?

Consumentenorganisatie:

- Heeft Test-aankoop reeds initiatieven genomen om de consumenten te informeren omtrent het bestaan van deze sanctie?
- Heeft de invoering van deze sanctie een impact gehad op de reclame / handelspraktijken van ondernemingen? Zijn er minder (indien mogelijk graag aantallen of percentages noemen) oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten dan voor de introductie van de sanctie?
- Wanneer consumenten zich tot Test-aankoop wenden omdat zij het slachtoffer zijn van een oneerlijke handelspraktijk, wordt hen dan aangeraden zich op de ontbindingssanctie te beroepen?

Bedrijfsleven:

- Hoe worden ondernemingen geïnformeerd over het bestaan van de ontbindingssanctie?
- Heeft de invoering van deze sanctie een impact gehad op de reclame / handelspraktijken van uw onderneming of weet u van impact op de reclame / handelspraktijken van andere ondernemingen/branchegenoten?

FOD Economie en Dienst Controle en Bemiddeling:

- Hoe vaak wordt de sanctie naar uw weten ingeroepen/toegepast?
- In hoeverre stelt u sedert de invoering van de ontbindingssanctie een daling vast (graag schattingen van aantallen of percentages noemen indien mogelijk) van het aantal inbreuken op de regelen inzake reclame?
- Worden consumenten die zich wenden tot de Dienst Controle en Bemiddeling gewezen op de mogelijkheid om deze sanctie in te roepen?
- Beïnvloedt de ontbindingssanctie de handhaving door de Dienst Controle en Bemiddeling bij de FOD Economie bijvoorbeeld doordat geen of een lagere boete wordt opgelegd?

Aangehaalde literatuur

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen overeenkomstenrecht. Deel III*, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2010

Asser/Hijma 2007

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 2007

Ballon

E. Ballon, "Artikel 76 WHPC", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

Barendrecht/Storm 1995

J.M. Barendrecht en H.M. Storm e.a., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

De Bauw 2008

H. De Bauw, De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument, in: *Handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 140-142

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1965

Bloembergen/Lindenbergh 2001

A.R. Bloembergen en S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 1, Monografieën Nieuw BW, Deventer: Kluwer 2001

De Boeck 2007

De Boeck, A., De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder, in: *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, Brugge: Vandenbroele 2007, p. 37-40

Van Boom 2008 NTBR

W.H. van Boom, Oneerlijke handelspraktijk is onrechtmatige daad. Maar wat schieten we daar mee op?, *NTBR* 2008, p. 125-133

Van Boom 2008 TvC

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

Van Boom 2010

W.H. van Boom, *Handhaving consumentenbescherming. Een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010

Van Boom 2010 AA

W.H. van Boom, Twee arresten over 'winstafoming' ex artikel 6:104 BW, *Ars Aequi* 2011, p. 118-125

Boukema 1992

C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992

Bremer 2010

J.J.E. Bremer, Vergelijkende reclame; enkele beschouwingen, *NTER* 2010, p. 155-163

Broekman 2005

M.F.H. Broekman, De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, *TvC* 2005, p. 175-186

De Brouwer 2005

L. De Brouwer, Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2005, p. 790

De Brouwer 2008

L. De Brouwer, "De oneerlijke handelspraktijken en de gereguleerde handelspraktijken", in *Handelspraktijken anno 2008*, Mechelen: Kluwer, 2008, p. 161

Brunner 1973

C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 1973

Castermans en Krans 2009

A.G. Castermans en H.B. Krans, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk en M.H. Wissink, *Vermogensrecht Tekst & Commentaar, De tekst van de Boeken 3, 5, 6 en de titels 1, 2, 7, 7A, 9, 14 en 15 van Boek 7 van het BW, verwante regelgeving en IPR voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2009

Claeys 2010

S. Claeys, Overeenkomsten met consumenten, in: T. Heremans, *De nieuwe wet marktpraktijken en consumentenbescherming: volledig overzicht van oud en nieuw*, Brussel: Larcier 2010

Clavie

M. Clavie, "La loi du 2 août 2002 notamment relative aux clauses abusives dans les contrats entre les titulaires de profession libérale et leurs clients", in *Guide juridique de l'entreprise*, Brussel, Kluwer, losbl.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989

Van Dam 2007

C.C. van Dam, De gemiddelde consument in Europa – een pluriforme verschijning, in: D. Busch en H. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs – Promoti-bundel Prof. mr. E.H. Hondius*, Deventer: Kluwer 2007, p. 59-73

Van Dam 2010

C.C. van Dam, in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010

Debusseré

F. Debusseré, "Een wettelijke regeling voor overeenkomsten op afstand inzake vrije beroepen", *NjW* 2002-2003, p. 516-524

Demuynck 1999

I. Demuynck, "De bescherming van de consument tegen een onrechtmatig bevoegdheidsbeding", noot onder Vred. Brussel 29 april 1999, *Jaarboek Handelspraktijken* 1999, p. 202

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht: vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Feenstra 1987

R. Feenstra, 'Nemo auditur turpitudinem allegans', in: J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.), *Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh*, Deventer: Kluwer 1987, p. 31-36

Geerts en Vollebregt

P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Deventer: Kluwer 2009

De Groot 1980

G.R.J. de Groot, Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening, *VR* 1980, p. 49-58

Haazen 2009

I. Haazen, Schade in een niet-rechtmatig belang, *WPNR* (6816) 2009, p. 827-836

Hartlief 2009

T. Hartlief, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009

Hartlief 2010

T. Hartlief, Vos/TSN: schade, voordeel en schadebeperkingsplicht, *WPNR* 6829 (2010), p. 92-96

Hesselink 2009

M. Hesselink, Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c?, in: *Het Voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2009, p. 64 e.v.

Hijma 2010

Jac. Hijma, in: Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010

Hondius 2011

E.H. Hondius, Richtlijn consumentenrechten: De nieuwe kleren van de keizer? *WPNR* (6878) 2011, p. 219-221

Houben/Albers 2007

I.S.J. Houben en H.S.J. Albers (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007

Hugenholtz/Heemskerk 2009

W.H. Heemskerk en W. Hugenholtz, *Hoofdpijnen van Nederlandse burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord, *Contracteren* 2009, p. 105-109

Kortmann en Sieburgh 2009

C.H. Sieburgh en J.S. Kortmann, Rechtshandhaving door privaatrecht, in: A. Scheltema (red.), *Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht*, Preadviezen Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Kroon en Mastenbroek 2008

L. Kroon, C.S. Mastenbroek, De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk, *IER* 2008, p. 262-264

Linssen 2001

J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking* (diss. UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001

Van Maanen 2009

G.E. van Maanen, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009

Maeijer 1962

J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen), Vermijs: Breda 1962

Loos 2010

M.B.M. Loos, Boekbespreking: P.G.F.A. Geerts & E.R. Vollebregt, Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame - een bespreking van de art. 6:193a - 6:196 BW, Deventer: Kluwer 2009, 112 p., *TvC* 2010, p. 140

Mak 2009

V. Mak, Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?, *ERPL* 2009, p. 65

Mout-Vos 2010

E.L.M. Mout-Vos, Het duale stelsel van handhaving van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), een tussenstand, *TvC* 2010, p. 258-265

Van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Monografieën BW A11, Deventer: Kluwer 2003

Oosterveen 2009

W.J.G. Oosterveen in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk en M.H. Wissink, *Vermogensrecht Tekst & Commentaar, De tekst van de Boeken 3, 5, 6 en de titels 1, 2, 7, 7A, 9, 14 en 15 van Boek 7 van het BW, verwante regelgeving en IPR voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2009

Pijls 2008

A.C.W. Pijls, Misleiding van het beleggende publiek, een oneerlijke handelspraktijk!, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 342-349

Rank 2009

W.A.K. Rank, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk en M.H. Wissink, *Vermogensrecht Tekst & Commentaar, De tekst van de Boeken 3, 5, 6 en de titels 1, 2, 7, 7A, 9, 14 en 15 van Boek 7 van het BW, verwante regelgeving en IPR voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2009

Rank-Berenschot 2009

E.B. Rank-Berenschot, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk en M.H. Wissink, *Vermogensrecht Tekst & Commentaar, De tekst van de Boeken 3, 5, 6 en de titels 1, 2, 7, 7A, 9, 14 en 15 van Boek 7 van het BW, verwante regelgeving en IPR voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2009

Reehuis en Heisterkamp 2006

W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, Pitlo. *Het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Saint-Remy 2003

G. Saint-Remy, "Les contrats à distance conclus avec des titulaires de professions libérales", in C. Biquet-Mathieu (ed.), *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Luik: CUP, 2003, p. 137-181

Schamp en Van Den Abeele 1992

J. Schamp en M. Van Den Abeele, "La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d'application et problèmes de droit transitoire", *JT* 1992, p. 592-595

Schelhaas 2004

H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004

Schelhaas 2010

H.N. Schelhaas, Koopovereenkomst, in: B. Wessels, A.J. Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 21-59

Schol, Nagtegaal en Winter 2010

M.J. Schol, J. Nagtegaal en H.B. Winter, *Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming. Ervaringen met het duale handhavingstelsel en de handhavingsbevoegdheid inzake massaschade*, Groningen: Pro Facto Rijksuniversiteit Groningen 2010

Steennot 2004

R. Steennot, "Actuele ontwikkelingen in het consumentenrecht", *CBR-Jaarboek 2003-2004*, Antwerpen: Maklu, 2004, p. 160-186

Steennot en Dejonghe 2007

R. Steennot, m.m.v. S. Dejonghe, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Antwerpen: Intersentia 2007

Steennot, Bogaert, Bruloot en Goens 2010

R. Steennot, F. Bogaert, D. Bruloot en D. Goens, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen : Intersentia 2010

Straetmans 2006

G. Straetmans, Recente tendensen in Handelspraktijken, *CBR-Jaarboek 2005-2006*, Antwerpen : Maklu 2006, p. 233

Straetmans 2008

G. Straetmans, Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de Belgische omzettingswetgeving, in: *De Wet Handelspraktijken anno 2008*, Mechelen: Kluwer 2008, p. 24

Straetmans en Stuyck 2010

G. Straetmans en J. Stuyck, De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming – een onvoldoende stap in, de goede richting, *RW 2010-2011*, p. 386-403

Stuyck 2003

J. Stuyck, Handelspraktijken, in: *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer - Story 2003, p. 417

Stuyck 2008

J. Stuyck, Agressieve Handelspraktijken, in: *Handelspraktijken anno 2008*, Mechelen: Kluwer 2008, p. 104-105

Stuyck, Terryn en Van Dijck 2006

J. Stuyck, E. Terryn en T. van Dijck, Confidence Through Fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, *CMLR* 2006, p. 107-152

Terryn 2008-1

E. Terryn, *Bedenk tijden in het consumentenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008

Terryn 2008-2

E. Terryn, Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, in: *Handelspraktijken anno 2008*, 2008, p. 82-84

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Aansprakelijkheidsrecht: vuile handen en relativiteit, *Bb* 2007/19

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars

Aequi Libri 2002

Verkade 2007

D.W.F. Verkade, Misleidende en vergelijkende reclame, en oneerlijke handelspraktijken, in: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, (red. A.S. Hartkamp L.A.D. Keus, en C.H. Sieburgh), Serie Onderneming en Recht deel 42-2, Deventer: Kluwer 2007, p. 3-19

Verkade 2009

D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Monografieën BW B49a, Deventer: Kluwer 2009

De Vrey 2006

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

Vriesendorp 2009

R.D. Vriesendorp, Samenloop, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 334-336

De Vroede 2004

P. De Vroede, "Handelspraktijken: de doeltreffendheid van het stakingsbevel", *TPR* 2004, p. 235

Wellens

V. Wellens, "De overheid en de wet handelspraktijken: verkoper of consument?", *RW* 2006-2007, p. 82-114

Wéry 2003

P. Wéry, "Les clauses abusives relative à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *JT* 2003, p. 797-809

Wilhelmsson 2004

T. Wilhelmsson, The abuse of the 'Confident Consumer' as a justification for EC Consumer Law, *Journal of Consumer Policy* 2004, p. 317-337

Wilhemsson 2006

T. Wilhelmsson, Harmonizing unfair commercial practices law: the cultural and social dimensions, *Osgoode Hall Law Journal* 2006, p. 461 e.v.

Wissink en Van Wechem 2006

M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem (red.), Betalingsachterstanden bij handelstransacties. *De richtlijn betalingsachterstanden in het Nederlandse recht*, CRBS-Reeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Wytinck

P. Wytinck, "Artikel 1 WHPC", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

Rechtspraak

België

Rechtspraak betreffende oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (uitspraken in de periode 2008-2010)

Hieronder wordt een overzicht gegeven van beslissingen waarin de regelen betreffende oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten werden toegepast. Het betreft telkenmale procedures die werden opgestart door een andere partij dan een consument.

a) Door concurrent:

- Brussel 16 december 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008, 2009, Kluwer, 94.
- Brussel 8 mei 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008, 2009, Kluwer, 75.
- Brussel 20 januari 2009, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, 2010, Kluwer, 62.
- Brussel 5 oktober 2009, IRDI 2010, 175.
- Gent 24 november 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008, 2009, Kluwer, 520.
- Voorz. Kh. Brussel 30 januari 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008, 2009, Kluwer, 139.
- Voorz. Kh. Brussel 5 maart 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, Kluwer, 351.
- Voorz. Kh. Dendermonde, 5 november 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008, 2009, Kluwer, 175.
- Voorz. Kh. Turnhout 13 juni 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008, 2009, Kluwer, 160.
- Voorz. Kh. Brussel 11 februari 2009, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, 2010, Kluwer, 125.
- Voorz. Kh. Brussel 2 februari 2009, IRDI 2009, 297.
- Voorz. Kh. Nijvel 18 februari 2009, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, 2010, Kluwer, 132.
- Voorz. Kh. Brussel 8 juni 2009, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, 2010, Kluwer, 142.
- Voorz. Kh. Brussel 17 juli 2009, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, 2010, Kluwer, 144.
- Voorz. Kh. Brussel 17 juli 2009, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, 2010, Kluwer, 160.

b) Door consumentenorganisatie

- Hier kan melding gemaakt worden van de uitspraken in de zaak Test-Aankoop tegen Lidl (2010), die weldra in het NjW gepubliceerd zullen worden.

c) Door professionele vereniging

- Voorz. Kh. Antwerpen 29 mei 2008, T. Verz. 2008, 254.
- Voorz. Kh. Brussel 23 april 2008, T. Verz. 2008, 246.
- Voorz. Kh. Brussel 17 september 2008, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008, 2009, Kluwer, 57.
- Voorz. Kh. Antwerpen 22 oktober 2009, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2009, 2010, Kluwer, 530.

Nederland

HR 27 november 2009, BIE 2010, 27 (World Online)

Uitspraak waarin op grond van een schending van een OHP-regel een sanctie is uitgesproken
Rb. Haarlem 2 april 2009, LJN BI1561 (Paardenmelk)

Vzr. Rb. Amsterdam 24 december 2009, B9 8512 (KPN/UPC)

Vzr. Rb. Den Haag 20 december 2010, B9 9300 (Tempur/Energy+)

Vzr. Rb. Den Haag 4 februari 2011, B9 9383 (Tempur/Medicomfort)

Vzr. Rb. Amsterdam 18 februari 2011, B9 9426 (Binckbank/Lynx)

Internetbronnen

<http://economie.fgov.be/nl/consument>

www.staatsblad.be

Samenstelling begeleidingscommissie

Door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum is voor dit onderzoek de volgende begeleidingscommissie ingesteld:

voorzitter

mevr. prof. dr. E. Terryn, Katholieke Universiteit Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid

leden

mevr. mr. E.C. van Ginkel, Ministerie van Veiligheid en Justitie – Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

mevr. mr. drs. J. Kok, Ministerie van Veiligheid en Justitie – Directie Wetgeving

mevr. dr. V. Mak, Universiteit van Tilburg, Faculteit Rechtswetenschappen

mevr. mr. S.J.G. van Steenbergen, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

