

Welke regels zijn van toepassing op misleidende mededelingen en wie kunnen bij overtreding van die regels daarop een beroep doen?

1. Met de uitkomst van deze procedure kan ik goed leven, met de gevolgde weg niet. Inmiddels is het drie jaar geleden dat de OHP-regels op 15 oktober 2008 in werking zijn getreden (afdeling 6.3.3A), maar het blijkt nog steeds lastig te zijn de consequenties van de invoering van die regels te overzien. De onderhavige procedure bewijst dat weer eens.

2. Eiser – zo leid ik uit het vonnis af – heeft zijn vorderingen tegen de misleidende mededelingen van Euclaim gebaseerd op art. 6:194 en 6:162 BW. Dat is merkwaardig. De handelingen die Euclaim verricht kunnen immers worden aangemerkt als een handelspraktijk in de zin van art. 6:193a onder d BW. Euclaim is een handelaar en haar uitingen zijn gericht op luchtvaartpassagiers en dat zullen vooral consumenten zijn in de zin van art. 6:193a onder a BW. Het gaat met andere woorden om een interactie tussen een handelaar (Euclaim) en consumenten; om een B2C-verhouding (zie hierna nr. 10 waar aandacht zal worden besteed aan de B2B-verhouding). Of dergelijke B2C-handelingen misleidend zijn, moet sinds 15 oktober 2008 beoordeeld worden aan de hand van art. 6:193a-j BW. Het had dus voor de hand gelegen dat Transavia haar vorderingen primair op deze OHP-regels had gebaseerd.

3. Maar – zo kan men zich afvragen – kan Transavia zich wel rechtstreeks beroepen op (overtreding van) die OHP-regels? Met andere woorden: wiens belangen beschermen de OHP-regels? Er zijn schrijvers die menen dat alleen consumenten (die slachtoffer zijn geworden van een oneerlijke handelspraktijk) een rechtstreeks beroep op (overtreding van) de OHP-regels kunnen doen.¹ Zij wijzen erop dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van art. 6:193a-j BW heeft nagelaten om uitdrukkelijk te erkennen dat het overtreden van het verbod op oneerlijke handelspraktijken, (tevens) als een onrechtmatigheid jegens anderen (met name concurrenten) heeft te gelden.

4. Op het gevaar af een stokpaardje te berijden herhaal ik hier nog maar eens dat die uitdrukkelijke erkenning wellicht

wenselijk zou zijn geweest, maar niet noodzakelijk.² Met Verkade en andere schrijvers meen ik dat overweging 8 van de considerans van de Richtlijn OHP en art. 11 Richtlijn OHP de Nederlandse rechter voldoende basis bieden om (via een richtlijn conforme interpretatie) anderen (met name concurrenten) met een rechtstreeks beroep op afdeling 6.3.3A te beschermen tegen een handelaar die de OHP-regels aan zijn laars lapt. Daarvoor is een uitdrukkelijke erkenning van de Nederlandse wetgever niet noodzakelijk. Ik vind dat een erg formalistisch standpunt en wijs er in dit verband op dat uit de totstandkominggeschiedenis van art. 6:193a-j BW evenmin kan worden afgeleid dat de Nederlandse wetgever anderen (met name concurrenten) een dergelijke rechtstreekse vordering uitdrukkelijk heeft willen onthouden.

5. Bij dit alles moet ook niet vergeten worden dat na de inwerkingtreding per 15 oktober 2008 van art. 6:193a-j BW, misleidende reclame-uitingen die zich op consumenten richten onder de werkingssfeer van deze nieuwe artikelen vallen. Onder het oude recht moesten deze handelingen getoetst worden aan art. 6:194 (oud) BW. Tegen overtreding van die bepaling konden niet alleen de door de misleidende reclame-uiting getroffen consument optreden maar ook anderen (met name concurrenten). Sterker nog, het waren vrijwel uitsluitend concurrenten die een rechtstreeks beroep deden op (overtreding van) art. 6:194 (oud) BW. Uit de wetgeschiedenis van wetsontwerp 30 928 blijkt nergens dat de Nederlandse wetgever met de invoering van art. 6:193a-j BW (op dit punt) een andere weg heeft willen inslaan.

6. En wat als sinds 15 oktober 2008 het slaafs nabootsen van het uiterlijk van andermans product niet meer onder de werkingssfeer van art. 6:162 BW valt, maar onder de werkingssfeer van de OHP-regels (zie nr. 16)? Kunnen concurrenten daar dan ook niet met een rechtstreeks beroep op afdeling 6.3.3A tegen optreden? Als dat inderdaad niet het geval is, hoe kunnen zij tegen die oneerlijke handelspraktijk dan wel met succes optreden? Kortom: het door sommige schrijvers ingenomen formalistische standpunt leidt niet alleen tot rechtsonzekerheid, maar zou zelfs tot gevolg kunnen hebben dat door invoering van de OHP-regels consumenten er in bescherming op achteruit zijn gegaan. Dat gaat

¹ Zie onder meer W.H. Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008-1, p. 18; L. Kroon en C.S. Mastenbroek, 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk', *IER* 2008/64, p. 260-261; M.B.M. Loos, 'Boekbespreking', *TvC* 2010-3 en B. Keirsbilck, *The new European law of unfair commercial practices and competition law*, Hart 2011, p. 471.

² D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Kluwer 2009, p. 10, 14 en 81-83; D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Kluwer 2011, p. 5-11; P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame*, Kluwer 2009, p. 7-9 en de in beide uitgaven genoemde overige literatuur.

volledig in tegen de bedoeling van de Europese wetgever en zou dus onaanvaardbaar zijn.

7. Kortom:

“Een (overigens voor de hand liggende) verbinding tussen het consumentengerichte en mededingersgerichte handelspraktijkenrecht legt richtlijn 2005/29 nog wél, doordat overweging 8 de consumentenbeschermende bepalingen uitdrukkelijk mede als een ‘Schutznorm’ voor de wél eerlijke ondernemer aanduidt. In art. 11 worden ondernemers en ondernemersorganisaties ook uitdrukkelijk als actiegerechtigd gelegitimeerd. Deze (overigens op zichzelf niet nieuwe) ‘geprivatiseerde ondernemershandhaving’ kan tegelijkertijd de consumentenorganisaties en een nieuwe instantie als de Consumentenautoriteit handenvol geld besparen”.³

8. Nu is de hierboven besproken discussie tot nu toe vooral gevoerd met betrekking tot (en is die vooral van belang voor) het antwoord op de vraag of *concurrenten* een rechtstreeks beroep op art. 6:193a-j BW kunnen doen wanneer een handelaar de OHP-regels aan zijn laars lapt. Maar hoe zit het dan met Transavia die geen concurrent van Euclaim is? Ook Transavia komt in mijn ogen een rechtstreeks beroep toe op (overtreding van) de OHP-regels. Art. 11 Richtlijn OHP spreekt immers over personen en organisaties die een rechtmatig belang hebben bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken, *met inbegrip* van de concurrenten. Hieruit volgt m.i. dat ook handelaren die geen concurrent zijn, rechtstreeks door de OHP-regels kunnen worden beschermd wanneer zij een rechtmatig belang hebben. Welnu dat rechtmatige belang had Transavia, zodat Transavia haar vorderingen rechtstreeks op art. 6:193a-j BW had moeten baseren en de voorzieningenrechter de handelingen van Euclaim (via een richtlijn conforme uitleg) rechtstreeks aan art. 6:193a-j BW had moeten toetsen.

9. Voor de uitkomst van de onderhavige zaak is, denk ik, geruststellend te weten dat in het geval eiser en de voorzieningenrechter de weg via art. 6:193a-j BW zouden hebben bewandeld, de voorzieningenrechter (die art. 6:162 BW heeft toegepast) waarschijnlijk niet tot een andere uitkomst zou zijn gekomen. Maar dat betekent niet dat de eiser noch de rechter van hun verplichting zijn ontslaan hun vordering resp. oordeel op de juiste rechtsgrondslag te baseren.

10. In nr. 2 is opgemerkt dat de uitingen van Euclaim gericht zijn op luchtvaartpassagiers en het lijkt aannemelijk dat die luchtvaartpassagiers vooral consumenten zullen zijn in de zin van art. 6:193a onder a BW. Onder de

luchtvaartpassagiers zullen zich echter ook handelaren bevinden die een ticket in de uitoefening van hun bedrijf of beroep hebben gekocht. Hoe moet ten aanzien van deze zakelijke luchtvaartpassagiers worden beoordeeld of zij door de uitingen van Euclaim zijn of kunnen worden misleid? In dit geval gaat het om een interactie tussen een handelaar (Euclaim) en een handelaar; om een B2B-verhouding. Wij weten dat dergelijke handelingen sinds de invoering van de OHP-regels onder de werkingssfeer van art. 6:194 BW vallen.⁴ Aan de hand van dit artikel zal moeten worden beoordeeld of de zakelijke luchtvaartpassagier is of kan worden misleid.

11. Wie kan/kunnen op overtreding van die bepaling een beroep doen? Tegen overtreding van dit artikel kan in ieder geval worden opgetreden door de handelaar die slachtoffer is geworden van de misleidende reclame-uiting en concurrenten van de handelaar die art. 6:194 BW aan zijn laars lapt. Kan ook Transavia op een eventuele overtreding van dit artikel een rechtstreeks beroep doen? Volgens de voorzieningenrechter niet, omdat (r.o. 4.2):

“deze bepaling eerst en vooral bedoeld is om concurrenten onderling te beschermen tegen misleidende reclame. Transavia kan echter niet als een concurrent van Euclaim worden aangemerkt. Euclaim biedt immers geen vluchten aan maar biedt passagiers hulp bij het indienen van claims bij diverse luchtvaartmaatschappijen. Artikel 6:194 BW heeft derhalve niet de strekking Transavia te beschermen tegen commerciële activiteiten van Euclaim”.

12. Het standpunt van de voorzieningenrechter lijkt mij niet juist te zijn. Art. 6:194 BW spreekt immers over het onrechtmatig handelen jegens ‘een ander in de uitoefening van zijn bedrijf (lees: of beroep)’, wat een ruimer begrip is dan het begrip concurrenten. Zie in dit verband ook art. 6:196 BW dat bepaalt dat indien iemand door het openbaar maken van een in art. 6:194 BW omschreven mededeling *aan een ander schade* heeft toegebracht of dreigt toe te brengen, kan de rechter hem *op vordering van die ander* niet alleen het openbaar maken van zodanige mededeling verbieden, maar ook (...). Met andere woorden: art. 6:194 BW heeft dus wel degelijk de strekking Transavia te beschermen tegen de commerciële activiteiten van Euclaim die gericht zijn op de zakelijke luchtvaartpassagier, zodat de voorzieningenrechter de handelingen van Euclaim in het onderhavige geval rechtstreeks aan art. 6:194 BW had moeten toetsen.

13. Ook hier geldt evenwel dat de voorzieningenrechter indien hij de weg van art. 6:194 BW zou hebben bewandeld, waarschijnlijk niet tot een andere uitkomst zou zijn gekomen. Maar, dat ontslaat de rechter niet van de

³ D.W.F. Verkade, ‘Misleidende en vergelijkende reclame, en oneerlijke handelspraktijken’, in: *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Kluwer 2007, p. 9.

⁴ HR 27 november 2009, *BIE* 2010/27, m.nt. Van Nispen (*World Online*). Zie uitvoerig over deze kwestie D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Kluwer 2011, p. 5-11.

verplichting zijn oordeel op de juiste rechtsgrondslag te baseren.

14. Het bovenstaande laat fraai zien dat één en dezelfde (misleidende) mededeling gericht kan zijn op zowel consumenten als handelaren. Verkade noemt dit de duaal gerichte reclamemededeling.⁵ Als ik het allemaal goed begrepen heb dan moet aan de hand van art. 6:193c-g BW worden beoordeeld of die uiting voor *de consument* misleidend is of kan zijn en aan de hand van art. 6:194 BW of die uiting voor *de handelaar* misleidend is of kan zijn. Openbaarmakers moeten derhalve aan beide regimes voldoen, waarbij voorshands valt aan te nemen dat het consumentenregime van art. 6:193c-g BW het strengste is.⁶

15. Deze problematiek hebben Vollebregt en ondergetekende ook wel eens aangeduid met de term 'tweesporenverschijnsel'.⁷ Daarover is opgemerkt dat dit verschijnsel op het eerste gezicht wellicht wat merkwaardig lijkt, maar voor de rechter (hoogstwaarschijnlijk en hopelijk) niet onwerkbaar, omdat in beide gevallen de uitkomst niet wezenlijk anders zal zijn. Zonder daar in deze noot verder heel uitvoerig bij stil te staan moet ik, na lezing van de recente bespreking van Verkade van deze problematiek, bekennen dat wij op dit punt wel een beetje te kort door de bocht zijn gegaan. Er komt nog heel wat bij kijken.⁸ Niettemin lijken wij met Verkade op hetzelfde spoor te zitten:⁹ de vraag of bij een duale reclamemededeling zowel de consument als de handelaar misleid kunnen worden, zal in het merendeel van de gevallen hetzelfde antwoord opleveren. Om tot dat(zelfde) resultaat te (kunnen) komen moet de rechter bij de beoordeling van een duale reclamemededeling met dezelfde maatman werken: de gewone (niet gespecialiseerde) *handelaar* wordt met de 'gemiddelde geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone *consument*' (de Gut Springenheide-consument) gelijk gesteld. Verkade schrijft hierover:

"Het lijkt mij geen bijzonder gewaagde stap om als regel aan te nemen dat de mogelijkheid dat een niet gespecialiseerde B2B-maatman misleid wordt in het algemeen niet kleiner is dan de mogelijkheid van misleiding

van een niet gespecialiseerde B2C-maatman door dezelfde reclame.

De rechter kan er bij dit uitgangspunt ook gemakkelijk toe overgaan om aan de 'zwarte lijst' van art. 6:193g BW een positieve reflexwerking (vgl. nr. 37) ten gunste van niet gespecialiseerde ondernemers en vrijeberoepsbeoefenaren toe te kennen".¹⁰

16. Over de gevolgen van de invoering van de OHP-regels is het laatste woord nog lang niet gesproken. Niet alleen het antwoord op de vraag wie zich rechtstreeks op art. 6:193a-j BW kunnen beroepen zal de gemoederen nog wel even bezig blijven houden, maar bijvoorbeeld ook de vraag of het slaafs nabootsen van andermans product een handelspraktijk is in de zin van art. 193a lid 1 onder d BW (zie nr. 6). Als ik het goed zie dan zou dat best eens het geval kunnen zijn.¹¹ Wellicht dat het Hof van Justitie in het *Lego*-arrest in r.o. 61 een vingerwijzing heeft gegeven dat de bescherming tegen slaafse nabootsing door de Richtlijn OHP inmiddels inderdaad Europees geharmoniseerd is.¹² Ik ken in ieder geval één Europese uitspraak waarin de rechter het slaafs nabootsen van een product via de nationale OHP-regels heeft verboden.¹³

17. Indien door de Richtlijn OHP de bescherming tegen slaafse nabootsing inderdaad Europees is geharmoniseerd, dan moeten wij ons goed realiseren dat niet meer de Hoge Raad de hoogste (uitleg)rechter is, maar het Hof van Justitie. Het slaafse nabootsingsrecht heeft dan een Europese dimensie gekregen en het zal interessant zijn om te zien welke regels het Hof van Justitie uit de door de Hoge Raad in de afgelopen zestig jaar geformuleerde slaafse nabootsingsleer 'zal volgen'.¹⁴ Op 25 april 2012 zal tijdens een symposium onder meer aan deze kwestie aandacht besteed worden.¹⁵ Ik kijk daar met veel belangstelling naar uit.

P.G.F.A. Geerts

⁵ D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Kluwer 2011, p. 13.

⁶ D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Kluwer 2011, p. 13.

⁷ P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, 'Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?', *IEF* 9516, nr. 12 en 29.

⁸ Zie D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Kluwer 2011, p. 11-16.

⁹ Zie in dit verband ook nog Wichers Hoeth/Geerts, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Kluwer 2011, nr. 733.

¹⁰ D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Kluwer 2011, p. 15.

¹¹ HvJ 14 januari 2010, *IER* 2010/42, m.nt. Geerts, p. 312 (*Wetbewerbscentrale/Plus*). Zie ook Visser *NJB* 2011, Kroniek van de intellectuele eigendom, p. 978.

¹² HvJ 14 september 2010, *IER* 2010/85, m.nt. De Wit en Vlaar, p. 573, *BIE* 2010/408, m.nt. AAQ (*Lego*).

¹³ Rb. van Koophandel, Brussel 5 december 2011 (*Lego/Ice-Watch*).

¹⁴ P.G.F.A. Geerts en R. Steennot, 'De implementatie van de Richtlijn oneerlijke Handelspraktijken in België en Nederland', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2011, p. 782.

¹⁵ Symposium M.H. Bregstein Stichting, *Oneerlijke handelspraktijken en intellectuele eigendom: verschuivende grenzen?* Zie *IEF* 10618 en *B9* 10500.