

Handelspraktijken

Hof van Justitie 16 april 2015

(A. Tizzano, A. Borg Barthet, E. Levits, M. Berger en F. Biltgen; A-G N. Wabl)

C-388/13

(Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC)

(Zie de noot onder deze uitspraak.)

- *Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken*
- *begrip ‘handelspraktijk’*
- *eenmalige een-op-eencommunicatie*

Hoofdinging en prejudiciële vragen

13. Blijkens de verwijzingsbeslissing verzocht een particulier, László Imre Szabó, die reeds geruime tijd abonnee was bij UPC, een kabelexploitant, en die zijn overeenkomst met dat bedrijf wilde opzeggen, in april 2010 UPC hem mee te delen op welke specifieke periode de in 2010 opgemaakte factuur betrekking had, aangezien dat niet in de factuur werd vermeld.

14. UPC heeft daarop geantwoord dat de meest recente jaarlijkse factuur betrekking had op de ‘periode van 11.01.2010 tot en met 10.02.2011’.

15. L. I. Szabó, die de opzegging van zijn abonnement bij UPC wilde doen samenvallen met de laatste dag waarvoor hij reeds had betaald, heeft de desbetreffende overeenkomst opgezegd per 10 februari 2011.

16. Pas op 14 februari 2011 werd de levering van kabeldiensten stopgezet, en op 12 maart 2011 ontving de betrokkene van UPC een document met het verzoek 5243 Hongaarse forint (HUF) te betalen ter zake van achterstallig abonnementsgeld voor de periode tot en met 14 februari 2011.

17. Szabó maakte bezwaar bij de Budapest Főváros Kormányhivatala Fogyasztóvédelmi Felügyelősége (onder de overheidsinstanties voor de hoofdstad Boedapest ressorterende inspectie ter bescherming van de consument) en stelde dat hij onjuiste informatie had ontvangen en daardoor 5243 HUF extra moest betalen. Hij moest immers voor dezelfde periode aan twee verschillende aanbieders abonnementsgeld betalen, hoewel de betrokken diensten van dien aard waren dat zij niet door beide ondernemingen tegelijk konden worden geleverd.

18. Bij besluit van 11 juli 2011 legde de Budapest Főváros Kormányhivatala Fogyasztóvédelmi Felügyelősége UPC een boete van 25 000 HUF op voor overtreding van wet nr. XLVII van 2008 betreffende het verbod op oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten. Dat besluit is op 10 oktober 2011 bevestigd door de als instantie van het tweede niveau optredende Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, die van mening was dat het enkele feit dat onjuiste informatie was verstrekt, schending opleverde van het vereiste van professionele toewijding en dat de schending van dit vereiste niet afzonderlijk hoefde te worden beoordeeld in het concrete geval.

19. Naar aanleiding van het door UPC ingestelde beroep wijzigde de Fővárosi Törvényszék (hoofdstedelijk hof) het besluit van de genoemde nationale autoriteit van 10 oktober 2011 en werd de aan UPC opgelegde boete ingetrokken. Volgens de Fővárosi Törvényszék moest ook in het geval van verstrekking van onjuiste informatie worden onderzocht of het vereiste van professionele toewijding was geschonden, en was geen sprake van een dergelijke schending omdat uit dat onderzoek bleek dat de betrokken handelaar niet het oogmerk had de consument te misleiden.

20. Naar het oordeel van de Fővárosi Törvényszék vormde de aan UPC verweten gedraging geen voortgezette handeling en kon een eenmalige fout van administratieve aard waar één enkele klant het slachtoffer van is, niet als ‘praktijk’ worden beschouwd. In het onderhavige geval was slechts sprake van een redactiefout die was gemaakt bij het opschrijven van een getal (‘2’ voor de maand februari in plaats van ‘1’ voor januari). Voorts was het zo dat de betrokken consument de juiste informatie kon verkrijgen uit verschillende andere bronnen.

21. De Fővárosi Törvényszék heeft hieraan toegevoegd dat het aanhangige geding geen betrekking had op de prijs, de wijze waarop de prijs wordt berekend of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel in de zin van artikel 6, lid 1, onder d), van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, zodat de door UPC verstrekte informatie niet misleidend, maar slechts onjuist was. Dit oordeel vond steun in de omstandigheid dat de Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (nationale autoriteit voor media en communicatie) de klacht had afgewezen die met betrekking tot dezelfde zaak bij haar was ingediend.

22. In het bij de Kúria (hooggerechtshof) ingestelde cassatieberoep wijst de Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság er om te beginnen op dat UPC niet weerspreekt dat zij onjuiste informatie heeft meegedeeld. Op basis van die informatie heeft de consument het tijdstip vastgesteld waarop hij zijn abonnement heeft opgezegd.

23. Vervolgens betoogt de Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság dat in het geval van verstrekking van dergelijke informatie niet afzonderlijk hoeft te worden onderzocht of het vereiste van professionele toewijding is geschonden.

24. Verder is zij het niet eens met de stelling dat geen sprake is van een ‘handelspraktijk’ indien de verweten gedraging op slechts één consument betrekking heeft. In de artikelen 6 tot en met 9 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt het begrip ‘consument’ immers steeds in het enkelvoud gebruikt en de richtlijn moet worden uitgelegd in overeenstemming met haar doel.

25. Tot slot betreft de aan de orde zijnde onjuiste informatie de wijze waarop de prijs wordt berekend in de zin van artikel 6, lid 1, onder d), van de richtlijn, dan wel in elk geval het vaststellen van de periode waarop de levering van diensten betrekking heeft, zodat die informatie als

een van de voornaamste kenmerken van de aangeboden diensten onder artikel 6, lid 1, onder b), van de richtlijn valt.

26. Tegen deze achtergrond heeft de Kúria besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

‘1) Dient artikel 5 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus te worden uitgelegd dat in het geval van misleidende handelspraktijken in de zin van lid 4 van dat artikel de criteria van lid 2, onder a), van dat artikel niet afzonderlijk mogen worden getoetst?’

2) Kan de verstrekking van op onwaarheden berustende informatie aan één enkele consument worden aangemerkt als een handelspraktijk in de zin van die richtlijn?’

Beantwoording van de prejudiciële vragen

27. Om te beginnen moet worden vastgesteld dat in de eerste vraag ervan wordt uitgegaan dat een situatie als die in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken valt.

28. Slechts indien de verstrekking van informatie, zoals die welke in het hoofdgeding heeft plaatsgevonden, als ‘handelspraktijk’ in de zin van artikel 2, onder d), van die richtlijn kan worden aangemerkt, moet worden nagegaan aan welke voorwaarden die praktijk dient te voldoen om ‘misleidend’ te zijn in de zin van de artikelen 6 en 7 van de richtlijn.

29. Verder is het zo dat het Hof bij de beoordeling van de tweede vraag zich zal moeten uitspreken over welke betekenis en reikwijdte het begrip ‘handelspraktijk’ heeft voor de toepassing van de richtlijn.

30. Hieruit volgt dat eerst de tweede vraag moet worden beantwoord.

Tweede vraag

31. Met de tweede vraag wordt in wezen beoogd te vernemen of de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus moet worden uitgelegd dat de verstrekking van onjuiste informatie door een handelaar aan een consument, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, kan worden aangemerkt als ‘misleidende handelspraktijk’ in de zin van die richtlijn, ook al had die verstrekking van informatie slechts op één consument betrekking.

32. In dit verband moet in herinnering worden geroepen dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken ertoe strekt een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de regels inzake oneerlijke handelspraktijken volledig te harmoniseren (zie met name arresten *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08, EU:C:2010:660, punt 27; *Citroën Belux*, C-265/12, EU:C:2013:498, punt 20; *CHS Tour Services*, C-435/11, EU:C:2013:574, punt 47, en *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, EU:C:2013:634, punt 34).

33. Voorts dient met het oog op de uniforme toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel als regel te gelden dat de bewoordingen van een Unierechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en reikwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Unie autonoom en uniform moeten worden uitgelegd (zie met name arrest *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, EU:C:2013:634, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34. In de eerste plaats heeft het Hof reeds geoordeeld dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken zich onderscheidt door een bijzonder ruime materiële werkingssfeer (arresten *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, C-540/08, EU:C:2010:660, punt 21, en *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, C-59/12, EU:C:2013:634, punt 40), aangezien de Uniewetgever het begrip ‘handelspraktijk’ als bedoeld in de richtlijn zeer breed heeft opgevat en het in artikel 2, onder d), van de richtlijn definieert als ‘iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar’.

35. Het enige criterium dat in die bepaling wordt gesteld, is dus dat de praktijk van de handelaar rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een goed of dienst aan een consument (zie met name arresten *Plus Warenhandelsgesellschaft*, C-304/08, EU:C:2010:12, punt 39, en *CHS Tour Services*, C-435/11, EU:C:2013:574, punt 27).

36. In de tweede plaats omvat het in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken gebruikte begrip ‘handelspraktijk’ overeenkomstig artikel 3, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 2, onder c), van de richtlijn, ook de na een commerciële transactie met betrekking tot een goed of dienst plaatsvindende handelingen van de handelaar. Ook volgt uit overweging 13 van de richtlijn dat de richtlijn van toepassing is op tussen een consument en een handelaar bestaande handelspraktijken die na de sluiting van een contract of gedurende de uitvoering daarvan worden toegepast.

37. Gelet op het voorgaande moet de verstrekking van informatie die, zoals in het hoofdgeding, geschiedt door de klantenservice van een onderneming met betrekking tot een kabeltelevisieabbonnement van een particulier worden geacht te vallen onder het begrip ‘handelspraktijk’ in de zin van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

38. Voorts zijn volgens artikel 5, leden 1 en 4, van die richtlijn meer in het bijzonder misleidende handelspraktijken oneerlijk en verboden.

39. Zoals blijkt uit de bewoordingen van artikel 6, lid 1, van de richtlijn, wordt als misleidend beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of de gemiddelde consument op enigerlei wijze bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van met name de voornaamste kenmerken van een goed of dienst, waaronder de klantenservice, de

prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend en de rechten van de consument, en die de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

40. Op basis van de verwijzingsbeslissing moet worden geoordeeld dat van alle in die bepaling genoemde factoren sprake is in een situatie als die in het hoofdgeding. De aan de orde zijnde situatie kenmerkt zich immers door de omstandigheid dat een consument van een handelaar, in reactie op zijn verzoek om gebruik te maken van zijn recht de met de handelaar gesloten overeenkomst voor de levering van diensten op te zeggen, onjuiste informatie heeft gekregen over de looptijd van de relatie tussen beide partijen, en door de omstandigheid dat de particulier als gevolg van de door het bedrijf begane vergissing geen bewuste keuze heeft kunnen maken en bovendien ook extra kosten heeft gemaakt.

41. In dit verband moet erop worden gewezen dat het feit dat de gedraging van de betrokken handelaar slechts éénmalig was en slechts één consument betrof, in deze context irrelevant is.

42. De definities van de artikelen 2, onder c) en d), 3, lid 1, en 6, lid 1, van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken noch de richtlijn als zodanig bevatten aanwijzingen dat de handeling of omissie aan de zijde van de handelaar herhaaldelijk moet plaatsvinden of meer dan één consument moet betreffen.

43. Gelet op het aan de richtlijn ten grondslag liggende streven om de consument te beschermen, kunnen die bepalingen niet aldus worden uitgelegd dat daarin dergelijke voorwaarden worden gesteld, ook al worden die voorwaarden niet expliciet genoemd (zie in die zin arrest CHS Tour Services, C-435/11, EU:C:2013:574, punt 41).

44. Daarenboven zou het betoog van UPC dat een eenmalige gedraging van een handelaar, die slechts één consument betrof, niet kan worden aangemerkt als 'praktijk' in de zin van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken tot aanzienlijke nadelen kunnen leiden.

45. In de eerste plaats zijn in die richtlijn, wat de frequentie of het aantal getroffen consumenten betreft, geen drempelwaarden opgenomen bij overschrijding waarvan een handeling of omissie binnen het bereik van de richtlijn behoort te vallen, zodat de door UPC voorgestane stelling strijdig is met het rechtszekerheidsbeginsel.

46. In de tweede plaats zou in dat geval de consument moeten aantonen dat andere particulieren in hun belangen zijn geschaad door dezelfde aanbieder, ook al is dat bewijs in de praktijk heel moeilijk te leveren.

47. Voorts is ook de omstandigheid dat een gedraging als die in het hoofdgeding beweerdelijk niet opzettelijk was, geheel irrelevant.

48. Artikel 11 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken bepaalt immers uitdrukkelijk dat aan de handhaving van de door de lidstaten genomen maatregelen om dergelijke

praktijken te bestrijden niet de voorwaarde is verbonden dat bewijs wordt geleverd van opzet of zelfs onachtzaamheid van de handelaar en van door de consument daadwerkelijk geleden schade.

49. In elk geval heeft artikel 6 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, zoals blijkt uit het gebruik van het woord 'kan', in wezen een preventief karakter, zodat het voor de toepassing van dit artikel voldoende is dat de handelaar objectief onjuiste informatie heeft verstrekt die van nadelige invloed kan zijn op het besluit van de consument over een transactie.

50. In het onderhavige geval staat vast dat zonder de door UPC begane vergissing omtrent de datum, haar contractspartij haar overeenkomst niet zou hebben opgezegd per 10 februari 2011, terwijl de relevante datum 10 januari 2011 was, en dat voor de periode tussen die twee datums extra kosten in rekening zijn gebracht. Verder is niet van belang, zoals in punt 48 van het onderhavige arrest reeds is verklaard en naar analogie van hetgeen het Hof heeft overwogen in het arrest Purely Creative e.a. (C-428/11, EU:C:2012:651, punt 57), dat de aan de consument in rekening gebrachte extra kosten verwaarloosbaar zijn.

51. Deze uitlegging vindt steun in het feit dat daarmee de volle werking van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken kan worden verzekerd door, in overeenstemming met het met name in artikel 1 van die richtlijn genoemde vereiste dat een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand wordt gebracht, ervoor te zorgen dat oneerlijke handelspraktijken overeenkomstig artikel 11, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn 'in het belang van de consumenten' doeltreffend worden bestreden. Zoals volgt uit haar overwegingen 7, 8, 11, 13 en 14, voorziet de richtlijn daartoe in een algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken die het economische gedrag van consumenten verstoren (zie arrest Trento Sviluppo en Centrale Adriatica, C-281/12, EU:C:2013:859, punt 32).

52. Het Hof heeft dan ook reeds geoordeeld dat de bepalingen van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken vooral zijn geformuleerd vanuit de optiek van de consument als doelwit en slachtoffer van oneerlijke handelspraktijken (zie arrest Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, C-59/12, EU:C:2013:634, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53. Het met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken beoogde doel, namelijk de consument volledig beschermen tegen dergelijke praktijken, is ingegeven door de omstandigheid dat de consument zich tegenover een handelaar in een zwakkere positie bevindt en met name over minder informatie beschikt, in die zin dat hij als de economisch zwakkere en juridisch minder ervaren contractspartij moet worden beschouwd (zie arrest Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, C-59/12, EU:C:2013:634, punt 35).

54. Gelet op de voorgaande overwegingen is het betoog van UPC dat de consument in het onderhavige geval zelf de juiste informatie kon verkrijgen, derhalve irrelevant.

55. Geoordeeld moet dan ook worden dat een gedraging als die welke in het hoofdgeding aan UPC wordt verweten, onder de richtlijn oneerlijke handelspraktijken valt, zodat het daarin bepaalde geldt.

56. Vervolgens moet er nog op worden gewezen dat die richtlijn in artikel 5, lid 1, slechts aangeeft dat oneerlijke handelspraktijken 'zijn verboden'.

57. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, laat de richtlijn de lidstaten dus een beoordelingsmarge bij de keuze van de nationale maatregelen om oneerlijke handelspraktijken overeenkomstig de artikelen 11 en 13 van de richtlijn te bestrijden, op voorwaarde dat deze maatregelen passend en doeltreffend zijn en de vastgestelde sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn (arrest Köck, C-206/11, EU:C:2013:14, punt 44).

58. Hieruit volgt dat de lidstaten een geschikt sanctiesysteem moeten opzetten voor handelaars die gebruikmaken van oneerlijke handelspraktijken, en ervoor moeten zorgen dat de sancties met name voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Daarbij kan dan terdege rekening worden gehouden met factoren zoals de frequentie van de verweten praktijk, de vraag of opzet aanwezig is en de omvang van de door de consument geleden schade.

59. In de onderhavige zaak staat het aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met alle omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak, te beoordelen of de gevolgen die volgens de nationale wettelijke regeling tot omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken voortvloeien uit het verbod op de door de handelaar in casu gebruikte misleidende handelspraktijk, in overeenstemming zijn met de eisen van die richtlijn en in het bijzonder met het evenredigheidsbeginsel.

60. Gelet op al het voorgaande moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus moet worden uitgelegd dat de verstrekking van onjuiste informatie door een handelaar aan een consument, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, moet worden aangemerkt als 'misleidende handelspraktijk' in de zin van die richtlijn, ook al had die verstrekking van informatie slechts op één consument betrekking.

Eerste vraag

61. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus moet worden uitgelegd dat indien een handelspraktijk voldoet aan alle in artikel 6, lid 1, van die richtlijn genoemde criteria om te kunnen spreken van een misleidende praktijk jegens de consument, nog nagegaan moet worden of die praktijk ook in strijd is met de vereisten van professionele toewijding in de zin van artikel 5, lid 2, onder a), van de richtlijn om de praktijk als

oneerlijk en daarmee als verboden op grond van artikel 5, lid 1, van de richtlijn te kunnen aanmerken.

62. Het Hof heeft zich over deze vraag reeds uitgelaten in het arrest CHS Tour Services (C-435/11, EU:C:2013:574) en het daarin gegeven antwoord geldt onverkort voor de onderhavige zaak.

63. Om dezelfde redenen als die welke zijn uiteengezet in de punten 31 tot en met 47 van het arrest CHS Tour Services (C-435/11, EU:C:2013:574), moet op de eerste vraag dus worden geantwoord dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aldus moet worden uitgelegd dat een handelspraktijk die voldoet aan alle in artikel 6, lid 1, van die richtlijn genoemde criteria om te kunnen spreken van een misleidende praktijk jegens de consument, als oneerlijk en daarmee als verboden op grond van artikel 5, lid 1, van de richtlijn kan worden aangemerkt zonder dat nog hoeft te worden nagegaan of die praktijk ook in strijd is met de vereisten van professionele toewijding in de zin van artikel 5, lid 2, onder a), van de richtlijn.

NOOT

1. Inleiding

Hongarije is dan misschien politiek in zekere opzichten een buitenbeentje geworden in Europa, maar op het gebied van het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie doen ze goed mee.¹ De nieuwste bijdrage: een prejudiciële vraag die raakt aan de basis van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Valt een-op-eencommunicatie onder het begrip 'handelspraktijk', en dus binnen de reikwijdte van de richtlijn? Dat deze vraag tot verschillende antwoorden kon leiden, blijkt goed uit de tegenovergestelde oordelen van advocaat-generaal Wahl en het Hof van Justitie.²

2. Feiten en prejudiciële vragen

Een Hongaarse consument vroeg in 2010 zijn kabelexploitant UPC wanneer zijn contract zou eindigen. Doel: het afsluiten van een contract bij een andere aanbieder, zodra zijn contract zou aflopen. De door UPC aangegeven datum was echter onjuist: er werd gezegd dat het contract afliep op 10 februari 2011, maar het contract liep door tot 14 februari 2011. Met als gevolg dat de consument enkele dagen overlap had van kabeldiensten en daarvoor 5234 Hongaarse forint (omgerekend naar huidige koers: € 16,50) extra betaalde.

Niet bepaald een hoog bedrag, maar genoeg reden voor de consument om een klacht in te dienen bij de *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, de Hongaarse consumentenautoriteit. Deze besloot UPC een (bescheiden) boete op te leggen van 25 000 Hongaarse forint, omgerekend iets meer dan € 80.

Daarmee hield de zaak niet op. Na een beroepsprocedure bij de Hongaarse consumentenautoriteit en een oordeel van het hoofdstedelijk hof van Budapest, kwam de zaak terecht bij het Hongaarse hooggerechtshof, die besloot vragen te stellen aan het Hof van Justitie. De belangrijkste

1. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 4 juni 2009, C-243/08, *Jur.* 2009, p. I-04713 (*Pannon*) en HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kásler*).

2. Deze uitspraak is ook geannoteerd door P.G.F.A. Geerts in *IER* 2015/33.

vraag: kan eenmalige verstrekking van onjuiste informatie aan één enkele consument worden aangemerkt als een handelspraktijk in de zin van de richtlijn? Daarnaast ook nog een andere vraag: moet bij de toepassing van artikel 5 van de richtlijn (het verbod op misleidende handelspraktijken) apart getoetst worden of de handelaar in strijd met de professionele toewijding handelt, of is de enkele misleiding voldoende? Deze noot gaat alleen in op de eerste vraag. De tweede vraag was namelijk al eerder beantwoord door het Hof van Justitie in de *CHS Tour Services*-uitspraak: toetsing aan de hand van misleiding is voldoende.³

3. *Advocaat-generaal Wahl: geen handelspraktijk*

De Zweedse advocaat-generaal Nils Wahl is zeer stellig in zijn Conclusie: informatie verstrekt aan één consument is geen handelspraktijk in de zin van de richtlijn. Dit is volgens hem inherent aan het begrip 'handelspraktijk': de communicatie moet een breder publiek bereiken dan een enkele consument. De praktijk moet, aldus Wahl, ofwel gericht zijn aan een grotere groep consumenten (bijvoorbeeld een reclame-uiting), ofwel herhaaldelijk worden gericht aan individuele consumenten (bijvoorbeeld telemarketing).

Dat is op zich een logisch idee, want is een handelspraktijk niet inderdaad iets dat groter of in ieder geval meer structureel is dan een enkele op één consument afgestemde communicatie? Een goed argument dus. De verdere argumentatie van Wahl is echter minder overtuigend.

Behalve een tekstuele uitleg van het begrip (handels)praktijk, verdedigt Wahl zijn stelling aan de hand van de relatie van de richtlijn tot het verbintenissenrecht en het systeem van handhaving dat door de richtlijn wordt voorgestaan. Wat betreft het verbintenissenrecht: Wahl stelt dat, omdat de richtlijn het verbintenissenrecht 'onverlet laat' (artikel 3 lid 2), het scharen van een-op-eencommunicatie een ongewenste inbreuk zou maken op de scheiding tussen het privaat- en publiekrecht.⁴

Naar mijn mening is die scheiding echter niet de bedoeling van artikel 3 lid 2 van de richtlijn. Deze bepaling beoogt zeker te stellen dat het nationale contractenrecht niet wordt aangetast door de volledige harmonisatie van de richtlijn. Zo blijft het lidstaten (via bijvoorbeeld een leerstuk als dwaling) toegestaan om via het contractenrecht meer bescherming te bieden aan consumenten, ook indien het specifieke geval binnen de reikwijdte van de richtlijn valt. Van een beoogde scheiding tussen publiek- en privaatrecht is echter geen sprake. Sterker nog: de richtlijn laat deze keuze in feite geheel over aan de lidstaten. De richtlijn stelt, ondanks haar volledige harmonisatie, namelijk zo goed als geen voorschriften over de inbedding en handhaving van de richtlijn in het nationale recht.

Dat betekent dat lidstaten de mogelijkheid hebben om de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken privaatrechtelijk in te bedden en zelfs contractenrechtelijke remedies kunnen koppelen aan overtreding van de bepalingen van de richtlijn. Zie in deze context ook het recent ingevoerde artikel 6:193j lid 3 BW, dat contracten tot stand gekomen onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk vernietigbaar maakt.

Ook het tweede argument van Wahl, namelijk dat de richtlijn een systeem van publiekrechtelijke collectieve consumentenbescherming tot doel heeft, klopt naar mijn mening niet.⁵ De richtlijn schrijft lidstaten voor om effectieve procedures aan te bieden om consumenten te beschermen en geeft daarvoor verschillende opties.⁶ Deze keuzevrijheid leidt tot grote maar toegestane verschillen tussen lidstaten. Zo is in Italië de handhaving van de richtlijn vrijwel uitsluitend publiekrechtelijk,⁷ wordt de handhaving in Duitsland aan private partijen overgelaten⁸ en heeft Nederland gekozen voor een tweesporenbeleid, met handhavingsmogelijkheden voor zowel private partijen als voor de Autoriteit Consument en Markt.⁹

4. *Hof van Justitie: wel een handelspraktijk*

Het Hof van Justitie oordeelt anders dan Wahl, en heeft al met al meer overtuigende argumenten. Het Hof gaat voorbij aan het argument dat een praktijk taalkundig-intuïtief lijkt te duiden op een herhaalde of aan een groep gerichte handelswijze. In plaats daarvan benadrukt het Hof de door de richtlijn beoogde consumentenbescherming. Omdat de richtlijn niet expliciet de eis stelt dat een handelspraktijk herhaald moet worden of gericht moet zijn aan een groep consumenten, dient – in lijn met het streven naar een hoog niveau van consumentenbescherming – het begrip breed te worden uitgelegd.¹⁰

Het streven naar een hoog niveau van consumentenbescherming staat ook centraal in een ander argument van het Hof. Als aan het begrip 'handelspraktijk' de eis zou worden verbonden dat de praktijk wordt herhaald en/of gericht is op meerdere consumenten, dan moet de consument, concurrent of toezichthouder die optreedt tegen de praktijk dit element ook bewijzen. Dit kan in de praktijk problematisch zijn. Dat geldt niet zozeer voor reclame-uitingen (die immers steeds gericht zijn tot meerdere consumenten), maar wel voor andere handelspraktijken. Juist dit argument rechtvaardigt naar mijn mening dat het begrip 'handelspraktijk' breed wordt uitgelegd. Niet om meer gevallen onder de term 'handelspraktijk' te scharen, maar om niet nodeloos een bewijsbarrière op te werpen ten nadele van de consument. Het Hof neemt dit terecht mee in zijn oordeel.¹¹

Het Hof merkt verder nog op dat lidstaten de nodige vrijheid hebben ten aanzien van sancties. Lidstaten moe-

3. Zie overweging 61-63 van het arrest.

4. Overweging 27-28 van de Conclusie.

5. Overweging 30 van de Conclusie.

6. Artikel 11 Richtlijn.

7. Zie B.B. Duivenvoorde, *The consumer benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, München: Springer 2015, p. 131-132.

8. *Idem*, p. 80-81.

9. Zie over de handhaving in Nederland onder meer W. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008, afl. 1, p. 4-24. Zie over de privaatrechtelijke mogelijkheden tot handhaving in de Europese Unie ook G. de Cristofaro, 'Die zivilrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen das Verbot unlauterer Geschäftspaktiken: eine vergleichende Analyse der Lösungen der EU-Mitgliedstaaten', *GRUR Int.* 2010, p. 1017-1025.

10. Overweging 41-43 van het arrest.

11. Overweging 46 van het arrest.

ten een 'geschikt' sanctiesysteem hebben, maar kunnen zowel bij het ontwerp als de toepassing van dat systeem grotendeels naar eigen inzicht handelen.¹² Publiekrechtelijke toezichthouders zouden op basis van de richtlijn dus tegen elk individueel geval kunnen optreden, maar zijn daartoe niet gehouden. Niet elke oneerlijke handelspraktijk hoeft dus tot publiekrechtelijk optreden te leiden. Wel moeten toezichthouders handhaven in lijn met het evenredigheidsbeginsel, zo merkt ook het Hof op. Dat

betekent dat rekening kan worden gehouden met factoren zoals de frequentie van de praktijk, de al dan niet opzettelijkheid aan de kant van de handelaar, alsmede de omvang van de door de consument geleden schade.¹³ Conclusie: handelaren hoeven niet als gevolg van deze uitspraak een vloedgolf aan hoge boetes te verwachten voor onjuiste een-op-eenmededelingen.

Mr. dr. B.B. Duivenvoorde