

Mr. B.B. Duivenvoorde\*

# Jubileumsymposium TvC: oneerlijke handelspraktijken

## Inleiding

Op vrijdag 28 mei 2010 vierde het *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* in Amsterdam haar vijftienvigjarig jubileum met een symposium over handelspraktijken. Vier uur lang stonden diverse onderwerpen met betrekking tot de Wet oneerlijke handelspraktijken in de belangstelling, waaronder de handhaving van de wet, de relatie tot gedragscodes, de reflexwerking voor niet-consumenten en de doorwerking in het algemene vermogensrecht. Het symposium werd afgesloten met de uitreiking van het eerste exemplaar van het boek *Stilstaan bij de Rijdende Rechter*.

## Handhaving in Nederland

Na een introductie over de Wet oneerlijke handelspraktijken (Wet OHP) door Loos, betreden Van Boom en Terryn het complexe gebied van de handhaving. Van Boom benadrukt dat het vanuit Europees perspectief niet eenvoudig is om te bepalen wanneer de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken voldoende gehandhaafd wordt in de lidstaten. Er is bovendien grote vrijheid overgelaten aan lidstaten om te bepalen hoe er zal worden gehandhaafd.

In Nederland is de handhaving – ondanks de regeling in het BW – weinig privaatrechtelijk. Privaatrechtelijke handhaving is weliswaar mogelijk: individuele consumenten kunnen schadevergoeding eisen en, net als private belangenorganisaties, verbodsacties instellen. Onduidelijk is vooralsnog of ook concurrenten op basis van de Wet OHP in actie kunnen komen. In de praktijk is de publiekrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit en de Autoriteit Financiële Markten van groter belang. Zij hebben niet alleen het voordeel gebruik te kunnen maken van de bestuursrechtelijke bevoegdheden voor het verzamelen van informatie, maar hebben ook de beschikking over het bestuursrechtelijke sanctiearsenaal.

Aanvankelijk zou de handhaving van de toezichthouders worden vormgegeven volgens het zogenoemde duale stelsel: duidelijke regels zouden worden gehandhaafd via het bestuursrecht, vage normen via het privaatrecht. Doordat het Parlement echter niet gecharmeerd was van handhaving via het civiele recht, werd voor de Wet OHP gekozen voor meer bestuursrechtelijke handhaving.

Wat betreft de handhaving door de toezichthouders is het de vraag of de vaak vage normen van de Wet OHP voldoende concreet en kenbaar zijn om bijvoorbeeld een bestuurlijke boete op te leggen. Doordat de mogelijkheid tot cassatie bij de Hoge Raad beperkt is, zal bovendien een belangrijke rol voor de interpretatie van het privaatrecht op dit punt zijn weggelegd voor de hoogste bestuursrechter op dit vlak, het CBB.

## Handhaving in België

Terryn schetst allereerst de geschiedenis van regelingen omtrent oneerlijke handelspraktijken in België. In tegenstelling tot Nederland was België reeds voor de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bekend met dit fenomeen. De reeds bestaande Wet Handelspraktijken is aangepast ten behoeve van implementatie van de richtlijn, maar is uiteindelijk toch vervangen door een nieuwe wet: de Wet Marktpraktijken. Dit heeft alles te maken met het feit dat de Belgische wetgever bij de aanvankelijke implementatie geen rekening heeft gehouden met de deregulerende werking van de richtlijn. De Wet Handelspraktijken kende tal van verboden handelspraktijken die niet voorkomen op de zwarte lijst van de richtlijn. België is hiervoor op de vingers getikt door het Hof van Justitie, hetgeen heeft geleid tot de genoemde Wet Marktpraktijken. Overigens kent ook deze nog een aantal verboden die verder gaan dan de zwarte lijst van de richtlijn. Het is afwachten of deze houdbaar zijn.

In tegenstelling tot Nederland is er geen nieuwe autoriteit ingesteld voor de bestuursrechtelijke handhaving van de richtlijn. Het Directoraat-Generaal Controle en Bemiddeling was en blijft bevoegd handhavend op te treden en is bovendien aangewezen als verbindingsbureau op grond van Richtlijn 2006/2004/EG.

De privaatrechtelijke sancties voor niet-naleving van de Wet Marktpraktijken is slechts beperkt uitgewerkt. De consument kan echter op basis van onrechtmatige daad gemakkelijk een claim brengen, doordat het Belgische recht geen *Schutznorm* kent. Daarnaast kan de consument oneerlijke handelspraktijken bestrijden via de regeling van de wilsgebreken. Tot slot kent de Wet Marktpraktijken enkele bijzondere regels, waaronder de mogelijkheid voor de consument om het betaalde bedrag terug te vorderen zonder dat hij het product hoeft terug te geven. Tot nu toe zijn er echter weinig procedures ingesteld door consumenten.

Belangrijker in de praktijk is de vordering tot staking. De vordering tot staking kan worden ingesteld door belanghebbenden (consumenten en concurrenten), maar ook door consumenten- en beroepsorganisaties en bepaalde aangewezen overheidsorganen.

Ook kunnen strafsancities worden ingesteld tegen overtreders van de Wet Marktpraktijken. Hoewel dit geen prioriteit heeft van de parketten en er dus weinig strafrechtelijke procedures plaatsvinden, zijn de strafsancities wel een belangrijk pressiemiddel in de administratieve handhaving. Door te dreigen met het doorsturen van het dossier aan de parketten kan een minnelijke schikking worden afdwongen, hetgeen temeer van belang is gezien het ontbreken van een bestuurlijke boete. Deze mogelijkheid staat ook open bij de handhaving van open normen,

\* Promovendus bij het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) aan de Universiteit van Amsterdam en redactiesecretaris van dit tijdschrift.

hetgeen mogelijk problematisch is in het licht van het recht op een eerlijk proces (artikel 7 EVRM).

Overigens is er een wetsvoorstel voor collectieve schadeafwikkeling in behandeling. Deze stuurt net als de Nederlandse Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam) aan op een collectieve schikking, maar in uitzonderlijke gevallen zal de rechter bevoegd zijn te beslissen.

### Gedragscodes

Vollebregt gaat in zijn voordracht in op de rol van gedragscodes in de Wet oneerlijke handelspraktijken. Gedragscodes kunnen voor de handhaving van de wet van belang zijn doordat klachten van consumenten vanwege de geringe schade vaak niet bij de rechter terecht komen, maar bij de codecommissies. De richtlijn geeft aan dat het wenselijk is dat er een plaats wordt ingeruimd voor gedragscodes. De controle hierop kan worden uitgevoerd op Europees dan wel nationaal niveau en kan inmenging van administratieve en rechterlijke instanties voorkomen. Eerder is op het gebied van reclame op Europees niveau geprobeerd tot zelfregulering te komen. Dit kwam aanvankelijk moeilijk van de grond en is ook nu nog van beperkte waarde, omdat er geen pan-Europese reclamecode bestaat.

Gedragscodes kunnen met name een belangrijke rol spelen bij de invulling van het kernbegrip 'professionele toewijding' in de Wet OHP, doordat gedragscodes regels geven die de normale marktpraktijk binnen een sector of bedrijfstak weergeven. De memorie van toelichting van de Wet OHP geeft aan dat consumenten en handelaren, ook indien zij niet bij de gedragscode zijn aangesloten, geacht worden te weten wat de geldende waarden zijn. Dit kan voor de handelaar problemen veroorzaken wat betreft de voorspelbaarheid van de regels. Een ander probleem voor de handelaar betreft de omkering van de bewijslast ten aanzien van het zich houden aan de professionele toewijding (overweging 20 van de richtlijn).

Verder zijn voor de Wet OHP gedragscodes van belang voor de zwarte lijst. Op basis van de zwarte lijst wordt het te allen tijde als oneerlijk aangemerkt indien een handelaar beweert gebonden te zijn en te handelen naar een gedragscode wanneer dit niet het geval is, of om te beweren dat een gedragscode door een publieke of andere instantie is erkend terwijl dit niet het geval is.

### Reflexwerking en doorwerking

Castermans behandelt het onderwerp reflexwerking van de wet voor niet-consumenten en de doorwerking van de Wet OHP in het algemene vermogensrecht.

Castermans benadrukt dat als een bepaalde praktijk oneerlijk is voor de consument, het niet moeilijk is zich voor te stellen dat deze dit ook is voor een kleine ondernemer. De Nederlandse regering was echter niet bereid het toepassingsbereik van de Wet OHP uit te breiden naar het midden- en kleinbedrijf. Wat betreft mogelijke reflexwerking heeft de regering geen duidelijk standpunt ingenomen: dit moet worden gezien door de rechter op basis van het voorliggende geval. Verboden heeft de regering het dus in ieder geval niet. Ook de richtlijn staat reflexwerking niet in de weg.

De Wet OHP kan buiten diens eigen toepassingsgebied bijvoorbeeld van belang zijn bij toepassing van artikel 6:162 BW, door invulling van de zorgvuldigheidsnorm aan de hand van de Wet OHP. Hierbij moet met name gedacht worden aan de bedingen opgenomen op de zwarte lijst. Een probleem van reflexwerking bij de onrechtmatige daad is echter dat diens normen, bijvoorbeeld die van de zwarte lijst, buiten de context van een gesloten contract niet zonder meer onbetamelijk zullen zijn. Om die reden zal reflexwerking aan de hand van artikel 6:162 BW waarschijnlijk teleurstellende resultaten opleveren. Daarnaast kan de Wet OHP een rol gaan spelen bij de invulling van artikel 6:194 BW, met betrekking tot (misleidende en) vergelijkende reclame. Belangrijker is echter mogelijke reflexwerking bij de wilsgebreken, zoals dwaling.

### Oneerlijke incassopraktijken

Ter gelegenheid van het vijftienvigjarig bestaan van TvC en de uitreiking van het boek *Stilstaan bij de Rijdende Rechter* geeft Visser – voor het grote publiek beter bekend als de rijdende rechter – als laatste spreker een voordracht over oneerlijke incassopraktijken.

Incassopraktijken, zo stelt Visser, zijn over de jaren sterk veranderd. In het verleden was er een sterke rol voor deurwaarders, die over het algemeen goed contact onderhielden met de rechters in hun regio en zich onafhankelijk voelden van hun opdrachtgevers. Door de vrijmaking van de markt kregen deurwaarders de mogelijkheid door het hele land te werken, hetgeen heeft geleid tot een sterkere concurrentie. In deze concurrentiestrijd werd de positie van de incassobureaus sterker.

De prijzen gingen omlaag, maar tegelijkertijd vervlakte als gevolg van vergaande automatisering de kwaliteit. In de automatische procedures wordt vaak geen onderzoek gedaan naar het concrete geval en worden bezwaren van de geadresseerde vaak met standaardantwoorden afgedaan. Incassobureaus stellen regelmatig onzinnige procedures in, die echter niet zelden bij verstek worden toegewezen. De enkele oplettende procederende burger krijgt indien hij in het gelijk wordt gesteld vrijwel geen onkostenvergoeding toegewezen, in tegenstelling tot de kosten die hij moet voldoen indien het incassobureau wint. Al met al draagt de kleine man vaak de rekening voor de lage prijzen van de incassobureaus en wordt het rechtssysteem onnodig belast. Is er geen mogelijkheid voor toezichthouders om in te grijpen, bijvoorbeeld bij incassoprocedures voor langlopende telefoonabonnementen? Of is er misschien plaats voor een vorm van *punitive damages* voor onzinnig gevoerde procedures?

### Slot

Als afsluiting van het jubileumsymposium reikt Van Mierlo, redactielid van TvC, zijn boek *Stilstaan bij de Rijdende Rechter* uit aan Visser. Het betreft een bundel van stukken die onder dezelfde titel zijn verschenen in het *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, bijgewerkt en aangevuld met nieuw materiaal en voorzien van cartoons.