

# Oneerlijke handelspraktijken 2016-2017

Deze kroniek biedt een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van oneerlijke handelspraktijken in 2016 en 2017. Met onder meer aandacht voor de update van de leidraad van de Europese Commissie bij de Richtlijn OHP, de toepasselijkheid van de OHP-regels op prijsvergelijkers en de handhavingsactie van de ACM op het gebied van autoreclame.

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Begin 2016 verscheen in dit tijdschrift de eerste Kroniek oneerlijke handelspraktijken, met een bespreking van de belangrijkste ontwikkelingen sinds de inwerkingtreding van de Europese Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.<sup>2</sup> De kroniek in het huidige nummer staat geheel in het teken van de ontwikkelingen op het gebied van oneerlijke handelspraktijken (hierna ook: OHP) in de jaren 2016 en 2017.<sup>3</sup> Per onderwerp wordt integraal besproken wat de belangrijkste ontwikkelingen zijn in Europa én Nederland. Daarbij is vooral aandacht voor de Europese en Nederlandse rechtspraak, maar ook voor de handhavingspraktijk van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) en – incidenteel – een belangwekkende uitspraak van de Reclame Code Commissie.

## 2. Leidraad toepassing en implementatie Richtlijn OHP: update 2016

In 2009 publiceerde de Europese Commissie voor het eerst een leidraad voor de toepassing en implementatie van de Richtlijn OHP (hierna: Leidraad OHP of Leidraad).<sup>4</sup> Dit document bevat aanwijzingen voor de toepassing van de Richtlijn OHP, mede aan de hand van voorbeelden en nationale rechtspraak.

De Leidraad was (en is) bedoeld als ‘living document’, waaraan regelmatig toevoegingen en wijzigingen worden aangebracht. Daar was het tot vorig jaar echter nog niet van gekomen. De nieuwe versie is met 172 pagina’s veel omvangrijker dan de eerste en alleen om die reden al de moeite waard om hier te signaleren.<sup>5</sup> Waar de eerste versie bovendien nog doorspekt was van algemeenheden en *common sense*-uitleg van de bepalingen van de Richtlijn OHP, is de nieuwe versie meer gericht op toepassing in concrete gevallen. Meest opvallend zijn de toegevoegde paragrafen over toepassing van de Richtlijn OHP in

specifieke gevalgroepen, zoals milieueclaims, online praktijken (inclusief reclame via social media), reisaanbiedingen en financiële-dienstverlening.<sup>6</sup> Zo wijst de Leidraad specifiek op het kunstmatig opkrikken van *likes* op een consumentgerichte Facebook-pagina als potentiële oneerlijke handelspraktijk.<sup>7</sup>

Ook noemenswaardig is dat als bijlage bij de Leidraad een chronologisch overzicht is opgenomen van alle beslissingen van het Europees Hof van Justitie in de jaren 2009-2015 die uitleg geven aan de Richtlijn OHP. Per uitspraak wordt kort weergegeven welke relevante juridische thema’s aan bod komen en waar in de Leidraad die thema’s verder zijn uitgewerkt. Handig voor referenties.

Belangrijke kanttekening: de Leidraad Toepassing Richtlijn OHP is opgesteld door de *Commission Staff* en is daarmee nadrukkelijk niet juridisch bindend.<sup>8</sup> Dat betekent dat het Europees Hof van Justitie geenszins is gebonden aan de gegeven uitleg. Dat bleek onlangs nog, toen het Europees Hof de uitleg in een soortgelijke handleiding voor de toepassing van de VIC-verordening (over de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten) nadrukkelijk terzijde schoof.<sup>9</sup> Het document kan dus dienen ter inspiratie, maar is geenszins de harde juridische waarheid.

## 3. Reikwijdte Richtlijn OHP en volledige harmonisatie

### 3.1. Citroën/ZLW: brede toepassing en voorrang Richtlijn prijsaanduiding producten

De eerste in deze kroniek te bespreken uitspraak is meteen ook de merkwaardigste. Het betreft de beslissing van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Citroën/ZLW*.<sup>10</sup> Aanleiding voor de rechtsgang was een reclame van automerk Citroën in een lokale Duitse krant. In de uiting

\* Advocaat bij Hoogenraad & Haak advertising + IP advocaten, *external fellow* bij de Universiteit van Amsterdam en vaste medewerker van dit tijdschrift

1. De auteur bedankt Sophie Schneiders voor haar nuttige voorbereidende werkzaamheden, verricht als student-stagiair bij Hoogenraad & Haak.  
 2. B.B. Duivenvoorde, ‘Kroniek oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2016, afl. 1, p. 16-23.  
 3. Deze kroniek beschrijft de ontwikkelingen t/m 22 november 2017.  
 4. Europese Commissie, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, SEC(2009)1666.  
 5. Europese Commissie, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, SWD(2016)163 def.  
 6. Zie de verschillende paragrafen van hoofdstuk 5 van de Leidraad Toepassing Richtlijn OHP.  
 7. Zie Leidraad OHP, p. 144.  
 8. Zie Leidraad OHP, p. 5.  
 9. HvJ EU 22 september 2016, C-113/15, ECLI:EU:C:2016:718, r.o. 26 en 77-78 (*Breitsamer*).  
 10. HvJ EU 7 juli 2016, C-476/14, ECLI:EU:C:2016:527, *IER* 2017/9, m.nt. B.B. Duivenvoorde (*Citroën/ZLW*). De bespreking in deze kroniek is een verkorte weergave van de eerdere annotatie van de hand van de auteur in het tijdschrift *IER* (*Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*).

stond onder meer de prijs vermeld voor de ‘Citroën C4 VTI 120 Exclusive’. De vanafprijs was voorzien van een cijfer in superscript (<sup>11</sup>), dat verwees naar de disclaimer-tekst onderaan de pagina. Hierin stond vermeld dat de prijs exclusief een bedrag van € 790 was voor ‘transportkosten’. Dit bedrag moest worden voldaan door de klant voor het transport van de auto van de fabrikant naar de dealer. De advertentie leidde uiteindelijk tot prejudiciële vragen van het Duitse Bundesgerichtshof aan het Europees Hof van Justitie. Bij het Bundesgerichtshof was onder andere discussie over de vraag op basis van welke (Europese) regelgeving de advertentie moest worden beoordeeld. Was hier de Richtlijn OHP van toepassing, of (ook) de Richtlijn prijsaanduiding producten (98/6/EG)? De vragen, kort weergegeven:

1. Is een reclame-uiting waarin een prijs wordt aangegeven een aanbieding in de zin van de Richtlijn prijsaanduiding producten?
2. Zo ja, moet de prijs in de advertentie volgens de Richtlijn prijsaanduiding producten de verplichte kosten omvatten?
3. Moet volgens de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bij een uitnodiging tot aankoop voor een auto de prijs ook de verplichte kosten omvatten voor het transport van de fabrikant naar de dealer?

Naar mijn idee was de reikwijdte van de Richtlijn prijsaanduiding producten altijd beperkt tot de verplichting tot het vermelden van de prijs per meeteenheid van consumentenproducten. Het is de Richtlijn prijsaanduiding producten die voorschrijft dat in de supermarkt bij de prijs voor (bijvoorbeeld) een pak hagelslag staat vermeld wat de prijs per kilo is. Zo kan de klant zien welk pak hagelslag de beste prijs heeft per kilo, zonder zelf te hoeven hoofdrekennen. Dit idee is in lijn met de doelstelling van de richtlijn (die zich nadrukkelijk richt op de weergave van de prijs per meeteenheid<sup>11</sup>) en de hoofdplichting die de richtlijn stelt, namelijk de prijs per meeteenheid vermelden.<sup>12</sup> Zo vond ook advocaat-generaal Mengozzi, die in zijn conclusie benadrukt dat de Richtlijn prijsaanduiding producten ‘niet is bedoeld als een soort kaderrichtlijn inzake prijsaanduiding of reclame in het algemeen’.<sup>13</sup>

Anders: het Europees Hof van Justitie. Het Europees Hof oordeelt namelijk dat een reclame-uiting waarin een prijs van een product wordt genoemd een aanbod is in de zin van de Richtlijn prijsaanduiding producten en daarmee valt onder de reikwijdte van die richtlijn. Volgens het Europees Hof is het toepassingsgebied van de richtlijn dus niet beperkt tot producten waarvoor een prijs per meeteenheid kan worden gegeven: de richtlijn is kennelijk van toepassing op alle producten die een handelaar aanbiedt. Daarnaast volgt volgens het Europees Hof uit de Richtlijn prijsaanduiding producten dat de adverteerder, wanneer hij een prijs vermeldt, altijd de prijs inclusief de vaste kosten moet weergeven. Geen ruimte dus voor een

vanafprijs waarin niet alle kosten worden opgenomen, ook niet als die kosten wel in een disclaimer staan vermeld.

Wat betreft de toepasselijke regelgeving is dit een uitspraak met significante gevolgen, ook voor de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Die moet namelijk volgens het Europees Hof van Justitie buiten toepassing blijven. De Richtlijn prijsaanduiding producten is namelijk een meer specifieke, Unierechtelijke regeling en gaat daarmee – zo volgt uit artikel 3 lid 4 Richtlijn OHP – voor op de Richtlijn OHP.

Wat betekent dit voor de praktijk? Ten eerste: prijsaanduidingen in advertenties werden tot nu toe – in ieder geval in Nederland – beoordeeld aan de hand van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Dat gebeurde ofwel via een gevals-specifieke toets op basis van de misleidingsregels, zonder strikte eis om de bijkomende kosten te vermelden, ofwel via de (strengere) regels voor de uitnodiging tot aankoop. Ook bij de uitnodiging tot aankoop is de inhoud van de verplichting in het concrete geval nog afhankelijk van het gebruikte medium.<sup>14</sup> Met de uitspraak van het Europees Hof van Justitie zou die benadering overboord moeten. Zodra er sprake is van een aanbod met prijsvermelding voor een product in de zin van de Richtlijn prijsaanduiding producten gaat die richtlijn voor. Aanbiedingen voor producten vallen wat betreft de verplichting om de uiteindelijke prijs weer te geven niet meer onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Let wel: andersoortige misleiding, ook op prijsgebied, valt nog wél onder de reikwijdte van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Denk bijvoorbeeld aan een prijsaanbieding waarbij de prijs niet overeenkomt met het afgebeelde product.

Ten tweede: prijsaanbiedingen voor *diensten* vallen niet onder de reikwijdte van de Richtlijn prijsaanduiding producten. Diensten zijn namelijk geen ‘producten’ in de zin van deze richtlijn. Voor prijsaanbiedingen voor diensten gelden dus nog ‘gewoon’ de regels van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, die net even iets minder streng zijn dan de voorschriften van de Richtlijn prijsaanduiding producten.

Ten derde: de Richtlijn prijsaanduiding producten schrijft minimumharmonisatie voor.<sup>15</sup> Dat betekent dat lidstaten binnen de reikwijdte van deze richtlijn strengere regels kunnen stellen. Dat waren we niet meer gewend sinds de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, die regelgeving op het gebied van handelspraktijken volledig harmoniseert. Heeft het Europees Hof zich dit gerealiseerd?

Tot slot: volgens de meeste Nederlandse rechters kan een concurrent in rechte opkomen tegen een oneerlijke (business-to-consumer)handelspraktijk van een concurrent (zie ook par. 5 verderop in deze kroniek). Maar hoe zit dat nu bij een aanbod voor een product in de zin van

11. Artikel 1 Richtlijn prijsaanduiding producten.

12. Artikel 3 lid 1 Richtlijn prijsaanduiding producten.

13. Conclusie advocaat-generaal Mengozzi, punt 43.

14. Zie ook de bespreking van de *DHL*-uitspraak in par. 5.1 hierna.

15. Artikel 10 Richtlijn prijsaanduiding producten.

de Richtlijn prijsaanduiding producten? Kan een concurrent opkomen tegen de incorrecte prijsvermelding van een product van een andere concurrent? Dit ligt om praktische redenen voor de hand, maar de uitspraak van het Europees Hof biedt ruimte voor (wederom) discussie.

### 3.2. *Luc Vandenberght: reclameverbod tandarts niet in strijd met Richtlijn OHP*

Een andere uitspraak van het Europees Hof over de reikwijdte van de Richtlijn OHP betreft *Luc Vandenberght*.<sup>16</sup> In deze procedure stond het Belgische wettelijke verbod op reclame door tandartsen ter discussie. In eerdere uitspraken was België al terechtgewezen door het Europees Hof vanwege het behouden van specifiek omschreven verboden op het gebied van oneerlijke handelspraktijken. Zo werd het Belgische verbod op koppelverkoop in strijd bevonden met de volledige harmonisatie van de Richtlijn OHP.<sup>17</sup>

Het Belgische reclameverbod voor tandartsen is volgens het Europees Hof echter niet in strijd met de Richtlijn OHP. Het Hof merkt op dat de Belgische wetgeving weliswaar valt onder de reikwijdte van de Richtlijn OHP (het gaat immers om regelgeving rondom handelspraktijken), maar de richtlijn doet geen afbreuk aan (i) nationale regelingen betreffende gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten (artikel 3 lid 3 Richtlijn OHP) en (ii) gedragscodes of andere specifieke voorschriften voor gereguleerde beroepen (artikel 3 lid 8 Richtlijn OHP). Binnen die onderwerpen mogen lidstaten nog steeds eigen maatregelen treffen. Omdat het Belgische reclameverbod voor tandartsen de volksgezondheid en de waardigheid van het beroep van tandarts bedoelt te beschermen, is deze nationale wetgeving toelaatbaar – ondanks de door de Richtlijn OHP voorgeschreven volledige harmonisatie.<sup>18</sup> Zie in deze zin ook de uitspraak van het Europees Hof over een gelijksoortige Belgische regel op gebied van ‘esthetische heelkunde’ en ‘niet-heelkundige esthetische geneeskunde’.<sup>19</sup>

Overigens houdt het Belgische reclameverbod voor tandartsen uiteindelijk geen stand, want een dergelijk absoluut verbod is wél in strijd met de Richtlijn elektronische handel (2000/31/EG). Die richtlijn verplicht namelijk om commerciële communicatie via elektronische weg (zoals in de onderhavige zaak het geval was) toe te staan, ook wanneer deze de dienstverlening betreft van gereglementeerde beroeps groepen.<sup>20</sup>

### 3.3. *Europamur Alimentación: nationaal verbod verkoop met verlies in strijd met Richtlijn OHP*

Ook de laatste hier te bespreken uitspraak over de reikwijdte van de Richtlijn OHP is een merkwaardige – zij het niet zó merkwaardig als *Citroën/ZLW*. De *Europa-*

*mur Alimentación*-uitspraak van het Europees Hof van Justitie betreft een Spaans nationaal verbod voor bedrijven om producten onder de inkoop prijs te verkopen.<sup>21</sup> Een Spaanse groothandel is op basis van dit verbod beboet: zij verkocht levensmiddelen met verlies aan supermarkten. Het verbod heeft volgens de verwijzende rechter – zonder duidelijke uitleg te geven – mede tot doel om consumenten te beschermen. Dit geldt volgens de verwijzende rechter óók voor de situatie dat groothandelaren verkopen aan de detailhandel, aangezien dergelijke transacties ‘gevolgen hebben voor de consument’.<sup>22</sup>

Het antwoord van het Europees Hof komt er kort en goed gezegd op neer dat:<sup>23</sup>

- i. het Europees Hof in de *Euronics*-zaak<sup>24</sup> heeft bepaald dat de Richtlijn OHP zich verzet tegen een nationaal algemeen verbod om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen, mits deze regel beoogt de consument te beschermen;
- ii. de Spaanse nationale regel een algemeen verbod inhoudt om goederen met verlies aan te bieden of te verkopen en mede beoogt om de consument te beschermen;
- iii. de Spaanse regel dus in strijd is met de Richtlijn OHP.

Deze redenering is te kort door de bocht. Op basis van artikel 4 Richtlijn OHP mogen lidstaten binnen het door de richtlijn geharmoniseerde gebied geen verdere beperkingen opleggen aan de vrije handel. Om te bepalen of een nationale maatregel strijdig is met de Richtlijn OHP, moet men dus eerst nagaan of de nationale regel valt binnen de reikwijdte van de Richtlijn OHP. Die reikwijdte is beperkt tot handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Daarvoor geldt een brede definitie, maar deze kent wél de beperking dat het moet gaan om een praktijk van een handelaar ‘die rechtsreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten’.<sup>25</sup> Nationale regels die niet zien op een dergelijke handelspraktijk, kunnen dus niet in strijd zijn met de Richtlijn OHP. Wellicht zijn ze wel in strijd met een andere Europese richtlijn of verordening, of met het principe van het vrije verkeer van goederen en diensten. Maar niet met de Richtlijn OHP.

Op basis van de beschikbare informatie lijkt mij dat het Spaanse verbod, voor zover die ziet op de verkoop door groothandelaars aan detailhandel, niet rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten. Dergelijke transacties hebben hoogstens een indirect effect op de consument. Het Europees Hof had op zijn minst moeten

16. HvJ EU 4 mei 2017, C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335 (*Luc Vandenberght*).

17. HvJ EG 23 april 2009, gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244, *Jur.* 2009, p. I-2949 (*VTB-VAB/Total en Galatea/Sanoma*). Zie hierover E. Terryn, ‘Afbakeningsproblemen en maximumharmonisatie: een pingpongspel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximumharmonisatie’, *TvC* 2009, afl. 5, p. 169-175.

18. R.o. 25-30.

19. HvJ EU 26 oktober 2017, C-356/16, ECLI:EU:C:2017:809 (*Wamo en Luc Cecile Jozef Van Mol*).

20. Artikel 8 lid 1 Richtlijn elektronische handel.

21. HvJ EU 19 oktober 2017, C-295/16 (*Europamur Alimentación*).

22. R.o. 35.

23. R.o. 34-35.

24. HvJ EU 7 maart 2013, C-343/12, ECLI:EU:C:2013:154 (*Euronics*).

25. Artikel 2 sub d Richtlijn OHP.

motiveren waarom een rechtstreeks verband zou bestaan met de verkoopbevordering aan consumenten. Een slordige uitspraak, terwijl gezien de vele prejudiciële vragen juist op dit onderwerp helderheid geboden is.

#### 4. Definitie handelspraktijk

4.1. *Gelvora: incassopraktijken zijn handelspraktijken*  
De Richtlijn OHP is primair geschreven voor de precontractuele fase, waarin de consument te maken krijgt met bijvoorbeeld reclame en een-op-een-verkooppraktijken. De Richtlijn OHP is echter niet tot die fase beperkt. Het begrip ‘handelspraktijk’ is breed gedefinieerd en omvat bijvoorbeeld ook *after-sales*praktijken. De praktijken moeten naar de definitie – ik herhaal het nog maar even – wel rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.<sup>26</sup>

In de *Gelvora*-zaak lag de vraag voor of ook activiteiten rondom de invordering van schuldvorderingen vallen onder de Richtlijn OHP.<sup>27</sup> Daarbij speelde in het bijzonder dat de schuldvorderingen door de oorspronkelijke kredietgever waren gecedeerd aan een incassobedrijf: *Gelvora*.

Het Europees Hof van Justitie benadrukt in de uitspraak de brede definitie van ‘handelspraktijken’. Daaronder vallen volgens het Europees Hof ook incassopraktijken, omdat die moeten worden beschouwd als handelspraktijken na de verkoop. Interessant: het Hof sluit expliciet aan bij de uitleg van de Europese Commissie in de Leidraad OHP en het feit dat – zo blijkt uit de Leidraad – ook een aantal nationale rechtelijke instanties hebben geoordeeld dat incassopraktijken onder de reikwijdte van de Richtlijn OHP vallen.

Dat de schuldvorderingen zijn gecedeerd aan een andere partij doet hieraan volgens het Europees Hof niet af. Ook incassoactiviteiten op zich kunnen de consument namelijk beïnvloeden in het besluit om te betalen, zo redeneert het Europees Hof. Bovendien zou het buiten toepassing laten van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in geval van cessie afbreuk doen aan de bescherming die de richtlijn bedoelt te bieden aan consumenten. Daarmee zouden handelaren in de verleiding kunnen komen om de toepassing van de richtlijn te omzeilen door de vorderingen te cederen. Dat is niet de bedoeling.

#### 4.2. *Skyscanner: vergelijkingsplatform als handelspraktijk*

Website Skyscanner vergelijkt voor consumenten de prijzen van vliegtickets van verschillende aanbieders. Dat

blijkt niet altijd goed te gaan: soms is de informatie die Skyscanner ontvangt van aanbieders onvolledig of onjuist. Bijvoorbeeld in een geval dat de aanleiding werd voor een klachtprocedure bij de Reclame Code Commissie (RCC), gevolgd door een procedure bij de burgerlijke rechter.

De zaak betrof een op Skyscanner weergegeven vluchtprijs naar Miami van aanbieder Govolo. Het ticket van Govolo stond als goedkoopste bovenaan de lijst van vluchten naar Miami. Maar wat bleek: de onvermijdelijke boekingskosten waren ten onrechte niet opgenomen in de weergegeven prijs. De klacht bij de RCC was gericht tegen zowel Govolo als Skyscanner. Skyscanner verdedigde zich echter door te stellen dat haar activiteiten geen handelspraktijk inhouden in de zin van de Richtlijn OHP. De vergelijking was immers niet gericht op de aanprijzing van het product van Skyscanner, namelijk de vergelijkingswebsite als zodanig. Dat verweer wordt verworpen door de RCC en het College van Beroep (CvB) van de RCC.<sup>28</sup> Het CvB verwijst naar de (ten tijde van de uitspraak geldende) Leidraad OHP, waarin de aanbieders van prijsvergelijkingsites expliciet worden aangemerkt als handelaren in de zin van de Richtlijn OHP. Ook het beroep van Skyscanner op de (analoge) toepassing van de ‘hostingexceptie’ (artikel 6:196c lid 4 BW) wordt afgewezen.

Skyscanner vocht de uitspraak vervolgens aan bij de Rechtbank Amsterdam, gevolgd door hoger beroep bij het Amsterdamse hof. Volgens Skyscanner waren de uitspraken van de RCC en het CvB – kort gezegd – onjuist en daarmee onrechtmatig. Zowel rechtbank als hof zijn echter van mening dat de uitspraken van de RCC en het CvB niet onrechtmatig zijn tegenover Skyscanner.<sup>29</sup> Volgens het gerechtshof is van belang dat Skyscanner zelf inkomsten genereert uit het aanbieden van de prijsvergelijking. Het opnemen van een individueel aanbod (zoals dat van Govolo) houdt daardoor rechtstreeks verband met de verkoopbevordering van het platform Skyscanner. Dit is voor het Hof Amsterdam voldoende aanleiding om aan te nemen dat naast Govolo ook Skyscanner zich bediende van een oneerlijke handelspraktijk.<sup>30</sup>

#### 5. Inroepen Richtlijn OHP door concurrenten

In de vorige Kroniek Oneerlijke Handelspraktijken signaleerde ik al de discussie over de vraag of een bedrijf kan opkomen tegen een oneerlijke *business-to-business* handelspraktijk van een concurrent. De meeste Nederlandse rechters lijken (m.i. terecht) van mening te zijn dat dit inderdaad mogelijk is.<sup>31</sup> Toch zien we ook in 2016 en 2017 nog rechters die oordelen dat een benadeelde concurrent géén rechtstreeks beroep kan doen op de bepalingen

26. Artikel 2 sub d Richtlijn OHP.

27. HvJ EU 20 juli 2017, C-357/16, ECLI:EU:C:2017:573 (*Gelvora*).

28. RCC CvB 20 mei 2014, 2013/006690 (*Skyscanner en Govolo*).

29. Rb. Amsterdam 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6507, *IER* 2016/9, m.nt. D. Haije (*Skyscanner/Stichting Reclame Code*) en Hof Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:739 (*Skyscanner/Stichting Reclame Code*).

30. R.o. 3.8 en 3.9.

31. Zie voor een recent artikel over dit onderwerp M.J. Heerma van Voss, ‘Geen enkele reden (meer) om concurrenten een beroep op artikelen 6:193a-j BW te ontzeggen’, *IER* 2017/23.

gen van de Richtlijn OHP.<sup>32</sup> Jammer, want de bescherming van de consument via de burgerlijke rechter is grotendeels afhankelijk van de actiebereidheid van concurrenten. Gelukkig gaat het ook vaak goed.<sup>33</sup>

## 6. Misleiding

### 6.1. DHL: essentiële informatie in uitnodiging tot aankoop

De Richtlijn OHP kent een streng regime voor de zogenaamde 'uitnodiging tot aankoop'. Een uitnodiging tot aankoop is – kort gezegd – een reclame-uiting waarin de kenmerken en de prijs van een product op zodanige wijze staan vermeld dat de consument in staat wordt gesteld een aankoopbeslissing te nemen.<sup>34</sup> Sinds de *Ving*-uitspraak van het Europees Hof weten we dat al snel sprake is van een uitnodiging tot aankoop.<sup>35</sup> Dat betekent in de praktijk dat zodra een concrete prijs wordt genoemd voor een concreet product, bepaalde essentiële informatie moet worden gegeven.<sup>36</sup> Daarbij gaat het onder meer om de prijs inclusief belastingen en bijkomende kosten en het geografische adres en de identiteit van de handelaar. Wel kan rekening worden gehouden met eventuele beperkingen qua ruimte en tijd van het gebruikte medium, bijvoorbeeld in geval van reclame in een online banner of radio-commercial.<sup>37</sup> Niet alle essentiële informatie hoeft dus altijd vermeld te worden.

Deze regels leiden in de praktijk regelmatig tot discussie. Zo ook in een zaak bij het Duitse Bundesgerichtshof in de *DHL*-zaak, die uiteindelijk leidde tot een prejudiciële beslissing van het Europees Hof.<sup>38</sup> DHL heeft in Duitsland een online-verkoopplatform waarop professionele verkopers producten kunnen aanbieden. Uiteindelijk kopen consumenten de producten van de verkopers en komt geen contract tot stand met DHL. DHL maakt echter wél reclame voor de producten op het platform. Zo plaatste DHL een advertentie in het weekblad *Bild am Sonntag*, met daarin een vijftal producten die te koop waren op het online-verkoopplatform. Dit leidde tot een gerechtelijke procedure, waarin een brancheorganisatie klaagde dat de geografische adressen en de identiteit van de verschillende handelaren ten onrechte niet werden genoemd in de advertentie. Had dat wel moeten?

Het Europees Hof maakt duidelijk dat de adressen en de identiteit van de verschillende handelaren in deze context inderdaad essentiële informatie is, die in principe moet worden weergegeven in elke uitnodiging tot aankoop. Dat in dit geval de advertentie was geplaatst door DHL (en niet door de uiteindelijke verkopers) doet daaraan

niet af. Vervolgens moet worden bepaald of, gezien de context van de uiting en de beperkingen van het medium, de essentiële informatie daadwerkelijk in de uiting zelf moet worden vermeld. Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om te bepalen of dat het geval is. Het Europees Hof van Justitie laat doorschemeren dat in onderhavig geval ruimte bestaat voor de Duitse rechter om te oordelen dat het niet nodig is om de gegevens te vermelden van alle handelaren.

### 6.2. Loterie Nationale: uitleg 'piramidespel'

Dan een uitspraak over de bij de Richtlijn OHP opgenomen 'zwarte lijst' van misleidende handelspraktijken. Een van die praktijken is het opzetten, beheren of promoten van een piramidesysteem, 'waarbij de consument tegen betaling kans maakt op een vergoeding die eerder voortkomt uit het aanbrengen van nieuwe consumenten in het systeem dan uit de verkoop of het verbruik van goederen'.<sup>39</sup> Eerder oordeelde het Europees Hof dat sprake is van een piramidesysteem wanneer:<sup>40</sup>

1. de consument wordt aangetrokken door de belofte van de verwezenlijking van een economisch voordeel in de vorm van verhoogde winstkansen;
2. de verwezenlijking van deze belofte afhangt van de toetreding van steeds meer nieuwe spelers;
3. de aan de bestaande leden uitgekeerde vergoeding hoofdzakelijk wordt gefinancierd met de bijdragen van de nieuwe deelnemers.

In *Loterie Nationale* vraagt de Belgische rechter uitleg ten aanzien van het derde vereiste.<sup>41</sup> De zaak betrof een Belgisch loterijstelsel genaamd 'Lucky 4 All'. Binnen dit loterijstelsel konden consumenten als groep deelnemen aan een loterij, waarbij de spelers elkaars winkansen konden vergroten door samen te spelen. De winkansen hingen af van het 'niveau' van de deelnemer in de groepspiramide. Hiermee had elke deelnemer een sterke prikkel om nieuwe deelnemers te werven voor de groep, want zo werden zijn eigen winkansen groter. Hiermee was volgens de verwijzende rechter voldaan aan de eerste twee voorwaarden voor een piramidespel.

Maar kon ook gesteld worden dat de uitgekeerde vergoeding hoofdzakelijk werd gefinancierd met de bijdragen van de nieuwe deelnemers? De Belgische rechter twijfelde. In het *Lucky 4 All*-stelsel was weliswaar sprake van financiering door middel van bijdragen van nieuwe deelnemers, maar dit verband was niet direct. Alle bijdragen van deelnemers – zo begrijp ik – kwamen namelijk eerst terecht in de 'grote loterijpot'. Pas na vaststelling dat een bepaalde speler gewonnen had, werd een verdeelsleutel

32. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vzr.) 26 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1052 (*Specsavers/Beter Horen*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382, *IER* 2017/29, met kritische noot van Geerts (*Trebs/Food & Fun*).

33. Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, r.o. 4.28, *IEPT* 20151230 (*Glaxo/Sandoz*), Rb. Midden-Nederland (vzr.) 13 april 2016, r.o. 5.10, *IEPT* 20160413 (*Tel Sell/Tommy Teleshopping*) en Rb. Amsterdam (vzr.) 28 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2066, r.o. 4.3 (*Dyson/Miele*).

34. Artikel 2 sub i Richtlijn OHP.

35. HvJ EU 12 mei 2011, C-122/10, ECLI:EU:C:2011:299, *TvC* 2012, afl. 3, p. 112-119, m.nt. Van Boom (*Ving*).

36. Artikel 7 lid 4 Richtlijn OHP.

37. Artikel 7 lid 3 Richtlijn OHP.

38. HvJ EU 30 maart 2017, C-146/16, ECLI:EU:C:2017:243 (*DHL*).

39. Punt 14 Bijlage I Richtlijn OHP.

40. HvJ EU 3 april 2014, C-515/12, ECLI:EU:C:2014:211, *TvC* 2014, afl. 5, p. 254-257, m.nt. Duivenvoorde (*4finance*).

41. HvJ EU 15 december 2016, C-667/15, ECLI:EU:C:2016:958 (*Loterie Nationale*).

toegepast aan de hand van het piramideniveau en deelden de groepsgenoten mee in de opbrengst van het winnende lot. Er vond dus niet een rechtstreekse doorbetaling plaats van de leden onderin de piramide naar de leden bovenin de piramide.

Dat is echter ook niet nodig, zo oordeelt het Europees Hof. Een dergelijk vereiste volgt niet uit de tekst van de richtlijn. Bovendien zou bij een andere lezing de organisator van een piramidespel, door de betalingen ‘om te leiden’, gemakkelijk het verbod op piramidespelen kunnen omzeilen. Dat zou in strijd zijn met de strekking van de bepaling.

**6.3. Overige uitspraken Europees Hof over misleiding**  
Over twee andere uitspraken van het Europees Hof kan ik kort zijn. In *Canal Digital* stelde de Deense rechter een zevental prejudiciële vragen aan het Europees Hof over de uitleg van de misleidingsbepalingen in de richtlijn.<sup>42</sup> Met Geerts (zie zijn annotatie in *IER*) concludeer ik dat het Europees Hof hoofdzakelijk slechts open deuren heeft hoeven intrappen om de vragen te beantwoorden. Twee van die open deuren behandel ik kort. Ten eerste: terwijl bij een misleidende *omissie* de beperkingen qua ruimte en tijd van het medium relevant kunnen zijn (zie de bespreking van *DHL* hierboven), is die overweging bij actieve misleiding niet relevant. Logisch: wie actief misleidende of onjuiste informatie presenteert, kan zich niet verschuilen achter de beperkte tijd of ruimte die hoort bij het betreffende medium. Ten tweede: de in artikel 7 lid 4 Richtlijn OHP genoemde essentiële informatie betreft een limitatieve opsomming. Dit volgt simpelweg uit de tekst van de richtlijn. Interessanter dan de beantwoording van de vragen *an sich* is de discussie naar aanleiding van dit arrest over de toepassing van de gemiddelde consumentstandaard. Ik verwijs naar het artikel van Verbiest in *TvC* 2017, afl. 6.<sup>43</sup> Zij concludeert op basis van *Canal Digital* en *Teekanne*<sup>44</sup> (over etikettering van levensmiddelen) dat het Europees Hof stappen zet richting een meer realistisch ingestoken consumentstandaard.

Dan de uitspraak in *Vincent Deroo-Blanquart/Sony*.<sup>45</sup> De zaak was aangespannen door een Franse consument, die vond dat Sony een oneerlijke handelspraktijk jegens hem had begaan door hem een laptop te verkopen met voorgeïnstalleerde software. Volgens Deroo-Blanquart zou dit verboden koppelverkoop inhouden. Het Europees Hof oordeelt, wat mij betreft weinig verrassend, dat de gecombineerde verkoop van laptop en software op zichzelf niet oneerlijk is. Ook het ontbreken van een afzonderlijke prijsaanduiding voor elk van de voorgeïnstalleerde programma's is geen oneerlijke handelspraktijk.

#### 6.4. Actie ACM autoreclame

In de afgelopen jaren is de reissector onder handen genomen door de ACM op basis van – onder meer – de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Hiermee heeft de

ACM de sector gedwongen om te komen tot een meer transparante prijsvermelding. Waar het eerder nog gebruikelijk was dat allerlei noodzakelijke kosten pas verderop in het boekingsproces kenbaar werden gemaakt, is de standaard nu dat alle noodzakelijke kosten al in de geadverteerde vanafprijzen zijn opgenomen.

In lijn met de aanpak van de reissector was in 2016 de autobranche aan de beurt.<sup>46</sup> Al vóór de uitspraak van het Europees Hof in *Citroën/ZLW* (zie par. 3.1 hierboven) verzocht de ACM de verschillende automerken om inzicht te geven in de wijze van prijsvermelding voor nieuwe auto's. *Citroën/ZLW* bevestigde vervolgens (weliswaar op verrassende gronden) dat automerken inderdaad de volledige prijs moeten weergeven in advertenties, inclusief vaste, onvermijdbare kosten. Dat betekende het einde voor de tot op dat moment gangbare vanafprijzenvermelding met een verwijzing naar de kleine lettertjes voor de extra kosten: ‘\* Excl. kosten rijklaar maken, kosten tenaamstelling en recyclingbijdrage.’

De ACM schreef in augustus 2016 de autobranche aan met de boodschap dat prijzen voor nieuwe auto's in reclame-uitingen alle vaste, onvermijdbare kosten moeten bevatten. Dat ziet er in de beeldtaal van de ACM bij voorkeur als volgt uit:



## 7. Conclusie en vooruitblik

### 7.1. 2016 en 2017: conclusie

Terugkijkend op 2016 en 2017 is de conclusie dat de Richtlijn OHP langzaam steeds verder invulling krijgt. Waar de rechtspraak van het Europees Hof in de eerste

42. HvJ EU 26 oktober 2016, C-611/14, ECLI:EU:C:2016:800, *IER* 2017/18, m.nt. Geerts (*Canal Digital*).

43. P. Verbiest, 'Arrest *Canal Digital*: naar een bescherming van de *real life*-consument bij oneerlijke handelspraktijken?', *TvC* 2017, afl. 6, p. 263-271.

44. HvJ EU 4 juni 2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361, *IER* 2015/53, m.nt. E.H. Hoogenraad & B.B. Duivenvoorde (*Teekanne*).

45. HvJ EU 7 september 2016, C-310/15, ECLI:EU:C:2016:633 (*Vincent Deroo-Blanquart/Sony*).

46. Zie voor een uitgebreide bespreking mijn commentaar bij *Citroën/ZLW* in *IER* 2017/9.

jaren na de inwerkingtreding nog sterk richtinggevend was, waren de uitspraken van de afgelopen twee jaar minder principieel – de m.i. onjuiste uitspraak in *Citroën/ZLW* daargelaten. Ook de ontwikkelingen in Nederland brachten geen grote verrassingen.

### 7.2. REFIT

Wat gaan de jaren 2018 en 2019 ons brengen? Belangrijk is in ieder geval dat de Europese Commissie bezig is met de evaluatie en mogelijke herziening van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Dat gebeurt in het kader van het ‘REFIT’-programma van de Europese Commissie. Het doel van dit programma (REFIT staat voor *Regulatory Fitness*) is om Europese regelgeving, waaronder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, effectiever, efficiënter en goedkoper te maken. Concreet betekent dit dat met name de regeldruk af zal moeten nemen en regels simpeler gemaakt moeten worden. Inmiddels heeft de Europese Commissie haar REFIT-rapport uitgebracht.<sup>47</sup> De toekomst zal moeten uitwijzen op welke punten de richtlijn zal worden gewijzigd.

### 7.3. Brexit

Uiteraard staat ook de Brexit voor de deur. Dat betekent in de eerste plaats waarschijnlijk dat het *level playing field* voor bedrijven in Europa op termijn kleiner zal worden. Ook zullen problemen die zowel in Nederland als Groot-Brittannië spelen minder makkelijk door de autoriteiten gezamenlijk aangepakt kunnen worden. Verder is het afwachten hoe ‘hard’ de scheiding gaat worden en of er nieuwe nationale Britse regels op het gebied van oneerlijke handelspraktijken zullen komen. Wie weet kan Europa inspiratie putten uit eventuele nieuwe nationale Britse wetgeving.

### 7.4. Prejudiciële vragen

Verder staan een aantal prejudiciële vragen uit bij het Europees Hof van Justitie over uitleg van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Zo heeft een Bulgaarse rechter aan het Europees Hof de vraag voorgelegd of de activiteiten van een natuurlijke persoon die goederen verkoopt via een online platform vallen onder het toepassingsgebied van de Richtlijn OHP.<sup>48</sup> Ook de verhouding tussen specifieke nationale regels en de (volledige harmonisatie van) de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken blijft tot vragen leiden. Zo heeft een Spaanse rechter vragen gesteld over – kort gezegd – de verhouding tussen Spaanse nationale regels rondom declaraties van advocaten en de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.<sup>49</sup> Ook ligt een vraag van het Hof van Beroep Antwerpen voor over de vraag of de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zich verzet tegen een Belgische regel die niet-erkende onderwijsinstellingen verbiedt de benaming ‘master’ te

gebruiken.<sup>50</sup> Achter deze op het eerste gezicht specialistische vragen schuilt een belangrijke en complexe vraag, namelijk in hoeverre nationale wetgeving op specifieke onderwerpen te rijmen valt met de volledige harmonisatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Die vraag heeft al tot de nodige uitspraken geleid, maar blijft discussie opleveren. Verder zal naar aanleiding van vragen van de Italiaanse *Consiglio di Stato* ook (onder meer) de verhouding tussen de Richtlijn OHP en andere Europese wetgeving aan de orde komen.<sup>51</sup> Wellicht geven de oordelen van het Europees Hof van Justitie nieuwe en diepere inzichten.

### 7.5. Aandachtsgebied: social media

Tot slot is en blijft reclame via social media een *hot topic*. Er is steeds meer kritiek te horen op *influencers* die betaald worden door bedrijven om reclame te maken voor producten, zonder dit duidelijk te vermelden in hun vlogs of blogs. Al enkele jaren geleden is onder de paraplu van de Nederlandse Reclame Code de ‘Reclamecode Social Media’ ontwikkeld. Deze code, waarin de herkenbaarheid van reclame in social media centraal staat, heeft inmiddels geleid tot een aantal klachten bij en uitspraken van de Reclame Code Commissie.<sup>52</sup> Inmiddels heeft ook het Commissariaat voor de Media aangekondigd *influencers* in de gaten te gaan houden, bijvoorbeeld ten aanzien van reclame in vlogs op YouTube.<sup>53</sup> Mogelijk zal ook de ACM optreden, want een gebrek aan transparantie over de commerciële aard van een bericht op social media kan ook een oneerlijke handelspraktijk opleveren voor de achterliggende adverteerder.<sup>54</sup> Wellicht meer hierover in de volgende kroniek.

47. SWD(2017)209 def. (23 mei 2017). Zie voor de REFIT-werkzaamheden tot nu toe [ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/review/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/review/index_en.htm).

48. C-105/17 (*Komisia za zashtita na potrebitelite/Evelina Kamenova*).

49. C-426/17 (*Elena Baba Giménez/Francisca Carrión Lozano*).

50. C-393/17 (*Kirschstein en Kirschstein*).

51. C-55/17 (*AGCM/Vodafone Omnitel*).

52. Zie bijvoorbeeld RCC 17 november 2015, 2014/00917 (*Daniel Wellington*) en RCC 17 maart 2016, 2016/00079, *IER* 2016/40, m.nt. D. Haije (*Swiss Sense*).

53. Zie [www.cvdm.nl/nieuws/betaling-is-vlogs-onduidelijk](http://www.cvdm.nl/nieuws/betaling-is-vlogs-onduidelijk).

54. Zie ook Leidraad OHP, p. 142-144.