

**Noot onder HvJ EU, 14 januari 2010, [C-304/08](#) (Wettbewerbszentrale / Plus).** Eerder gepubliceerd in IER 2010, 42 (p. 309-315).

*Paul Geerts*

Het antwoord van het Hof stemt bijna letterlijk overeen met dat in HvJ EG 23 april 2009 (VTB-VAB/Total) gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07, NJ 2009, 373. De verwijzende rechter (het Bundesgerichtshof) had in de onderhavige zaak zijn prejudiciële vraag echter al ingediend voordat het Hof zijn antwoord in de VTB-VAB/Total-zaak had gegeven. Indien het Bundesgerichtshof van dat antwoord op de hoogte was geweest had het de onderhavige zaak zelf kunnen afdoen en had het geen verzoek hoeven doen om een prejudiciële beslissing.

Uit de beide arresten van het Hof blijkt dat het systeem van de richtlijn OHP als volgt is. De richtlijn hanteert als uitgangspunt een algemeen verbod op *oneerlijke* handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (B2C). Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij (a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en (b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren (art. 5). Dit algemene verbod wordt verder uitgewerkt in regels betreffende de twee soorten oneerlijke handelspraktijken die veruit het meeste voorkomen, namelijk *misleidende* handelspraktijken (art. 6 en 7) en *agressieve* handelspraktijken (art. 8 en 9). Ook voor de misleidende en agressieve handelspraktijk geldt dat deze het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt wezenlijk verstoort of kan verstoren. Tenslotte verwijst art. 5 lid 5 naar bijlage I bij de richtlijn OHP. Die bijlage bevat een zwarte lijst van 31 concrete gedragingen die als een misleidende dan wel agressieve handelspraktijk moeten worden beschouwd.

Waar het nu om gaat is dat de ‘zwarte lijst handelingen’ altijd onrechtmatig zijn en dus zonder individuele toetsing kunnen worden verboden. Voor handelspraktijken die niet op deze zwarte lijst staan is zo’n individuele toetsing daarentegen wel nodig. Per geval zal dan moeten worden uitgemaakt of de betreffende handelspraktijk oneerlijk is. Daarbij komt dat de richtlijn OHP een volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten tot stand heeft gebracht, zodat de lidstaten geen strengere maatregelen kunnen vaststellen dan die welke in de richtlijn OHP zijn neergelegd, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen (r.o. 41). Dit betekent dat lidstaten geen andere dan op de zwarte lijst genoemde handelspraktijken *per se* (dat wil zeggen: zonder individuele toetsing) mogen verbieden. Dat heeft de Duitse wetgever in § 4 lid 6 UWG wel gedaan en vandaar dat het Hof niets anders kon beslissen dan dat die bepaling “niet aan de door richtlijn 2005/29 gestelde vereisten voldoet” (r.o. 47).

Voordat het Hof deze beslissing kon nemen moest het antwoord geven op de vraag of de reclame-actie van Plus Warenhandels-gesellschaft mbH (waarbij de aankoop van goederen of diensten wordt gekoppeld aan de deelneming van de consument aan een spel of een prijsvraag) een handelspraktijk is in de zin van art. 2 sub d richtlijn OHP. Die bepaling omschrijft handelspraktijken jegens consumenten als volgt: “iedere handeling, ommissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”. Uit het VTB-VAB/Total-arrest (r.o. 49) wisten we al dat art. 2 sub d richtlijn OHP het begrip handelspraktijk “in bijzonder ruime bewoordingen definieert”. Die regel wordt in het onderhavige arrest in r.o. 36 en 37 herhaald.

Het wekt dan ook geen verwondering dat de reclame-uiting van Plus Warenhandels-gesellschaft mbH door het Hof als een handelspraktijk wordt bestempeld en dus onder de werkingssfeer van de richtlijn OHP valt. De Tsjechische en Oostenrijkse regering hebben nog betoogd dat dit niet het geval is omdat de bepalingen uit het UWG niet de bescherming van de consument, maar die van de concurrenten tegen oneerlijke handelspraktijken van bepaalde ondernemingen als hoofddoel hebben. Dat standpunt wordt door het Hof in r.o. 39 en 40 terecht verworpen: “39. Zoals in punt 36 van het onderhavige arrest is opgemerkt, onderscheidt richtlijn 2005/29 zich door een bijzonder ruime materiële werkingssfeer, die zich uitstrekt tot elke handelspraktijk die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, de verkoop of de levering van een product aan consumenten. Zoals blijkt uit punt 6 van de considerans van de richtlijn, zijn dus enkel nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die „alleen” de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, van de werkingssfeer van deze richtlijn uitgesloten.

40. Zoals de advocaat-generaal in de punten 65 en 66 van haar conclusie heeft opgemerkt, is dit duidelijk niet het geval voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepalingen, aangezien de §§ 1, 3 en 4 UWG uitdrukkelijk zien op de bescherming van de consument en niet alleen op die van de concurrenten en de overige marktdeelnemers”.

De laatste zin uit r.o. 39 is overigens ongelukkig geformuleerd. Daaruit zou namelijk afgeleid kunnen worden dat *alle* nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die (mede) de economische belangen van consumenten willen beschermen onder de werkingssfeer van de richtlijn OHP vallen. Zo moet die zin echter niet gelezen worden. Alleen al om de simpele reden dat bijvoorbeeld art. 3 leden 2 en 3 richtlijn OHP uitdrukkelijk bepalen dat de richtlijn OHP niet van toepassing is op bepaalde regelgeving die (mede) ziet op de bescherming van consumenten. Zie in dit verband onder meer ook de punten 7 en 9 van de considerans van de richtlijn OHP. Wat het Hof heeft willen zeggen is dat de richtlijn OHP *in ieder geval* niet van toepassing is op nationale wetten betreffende oneerlijke handelspraktijken die *alleen* de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren (B2B). Rechtsoverweging 40 bevestigt dat.

Hoe dat ook zij, duidelijk is dat de richtlijn OHP een ruime werkingssfeer heeft zodat veel handelspraktijken daaronder vallen. Geldt dat bijvoorbeeld ook voor ‘onze’ (via art. 6:162 BW bestreden) slaafse nabootsingshandelspraktijk? Goed verdedigbaar lijkt mij dat het slaafse nabootsen van het uiterlijk van andermans product (in het merendeel van de gevallen) “rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering (...) van een product aan consumenten”.<sup>1</sup> Daarmee staat echter nog niet zonder meer vast dat de slaafse nabootsingshandelspraktijk onder de werkingssfeer van de richtlijn OHP valt. Punt 9 van de considerans van de richtlijn OHP bepaalt immers dat de richtlijn OHP geen afbreuk doet aan de nationale regels inzake intellectuele eigendomsrechten. Het probleem is echter dat de richtlijn OHP het begrip intellectuele eigendomsrechten niet definieert. Met art. 1 lid 2 UvP in de hand (dat de bestrijding van de oneerlijke mededinging onder de bescherming van de industriële eigendom schaaft; zie met name art. 10bis UvP) zou verdedigd kunnen worden dat de slaafse nabootsingsregel onder het begrip intellectuele eigendomsrecht valt en dus niet onder de werkingssfeer van de richtlijn OHP valt. Maar daar kan men ook heel anders over denken. Zo is bijvoorbeeld in HR 31 mei 1991, NJ 1992, 391 (*Borsumij/Stenman*) beslist dat de slaafse nabootsingsregel niet te vergelijken is met een intellectueel eigendomsrecht en valt

---

<sup>1</sup> In het merendeel van de gevallen omdat het slaafse nabootsen zich ook in B2B verhoudingen kan voordoen. Die handelingen vallen echter niet onder de werkingssfeer van de richtlijn OHP.

in het TRIPs-Verdrag de bestrijding van de oneerlijke mededinging niet onder de noemer intellectuele eigendomsrechten (art. 1 lid 2) en dat lijkt ook aangenomen te moeten worden voor de Handhavingsrichtlijn. Dat zou er op kunnen duiden dat de oneerlijke slaafse nabootsingshandelspraktijken die zich op consumenten richten wel onder de werkingssfeer van de richtlijn OHP vallen.

Als dat laatste inderdaad het geval is, hoe kan/moet dan in Nederland tegen het nodeloos stichten van verwarringsgevaar worden opgetreden? De richtlijn OHP is geïmplementeerd in de afdeling van het BW over de onrechtmatige daad: afdeling 3.3a Boek 6 BW (Oneerlijke handelspraktijken). De nieuwe afdeling is opgenomen vóór afdeling 3.4 (Misleidende en vergelijkende reclame). Het bevat de nieuwe art. 6:193a-j BW. De in die artikelen neergelegde regeling sluit aan bij de systematiek van het BW, zoals die onder meer geldt voor misleidende en vergelijkende reclame en de onrechtmatige daad. Evenals de misleidende en vergelijkende reclame is de oneerlijke handelspraktijk een species van de onrechtmatige daad. Voorts is hierboven al opgemerkt dat de richtlijn OHP een volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten tot stand heeft gebracht. Dat betekent derhalve dat (indien de oneerlijke slaafse nabootsingshandelspraktijken onder de werkingssfeer van de richtlijn OHP vallen) die praktijken aan de hand van de nieuwe art. 6:193a-j BW moeten worden beoordeeld en niet meer vallen onder de werkingssfeer van art. 6:162 BW.

Met die nieuwe artikelen in de hand valt het nog niet mee een sluitend antwoord te geven op de hierboven gestelde vraag. Wanneer het gaat om de *wijze van marketing* van het nodeloos verwarringwekkende product zou gedacht kunnen worden aan art. 6:193c lid 2 sub a en art. 6:193g sub m BW. Deze bepalingen zien echter (zo lees ik ze althans) alleen op de *wijze van marketing* van het product en ik vraag mij af of met deze bepalingen ook de verkoop van de verwarringwekkende producten zelf verboden kan worden. En daar gaat het in slaafse nabootsingszaken natuurlijk vooral om.

Wellicht dat art. 6:193b lid 3 BW uitkomst kan bieden en een verbodsvordering op deze bepaling gebaseerd kan worden.<sup>2</sup> De verhandeling van de ‘verwarringwekkende producten’ moet de consument dan wel misleiden. Ik vind het een lastige kwestie, maar vraag mij af of bij het slaafs nabootsen (het nodeloos stichten van verwarringsgevaar) ook (altijd) sprake is van misleiding. Mij staat (na de introductie van de richtlijn OHP) niet scherp voor ogen wat precies het verschil is tussen verwarren en misleiden. Ik heb altijd gedacht dat misleiden een ‘zwaarder’ begrip is dan verwarren. Maar ingevolge het hierboven al genoemde art. 6:193c lid 2 sub a BW is een handelspraktijk *misleidend*, indien door de marketing van het product – waaronder het gebruik van vergelijkende reclame – *verwarring* wordt geschapen ten aanzien van producten, handelsmerken, handelsnamen of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent. Blijkens punt 14 van de considerans van de richtlijn OHP heeft de regel betrekking op ‘look-alike’-producten: “Deze richtlijn beoogt niet de keuze van de consument te beperken door de verkoopbevordering van ‘look-alike’-producten te verbieden, tenzij de gelijkens bij de consument verwarring doet ontstaan over de commerciële oorsprong van het product en derhalve misleidend is”. Als ik dit zo lees dan lijkt het er toch sterk op dat de begrippen misleiden en verwarren vrijwel samenvloeien.

Mocht dat inderdaad het geval blijken te zijn (het wachten is op richtinggevende jurisprudentie van het Hof op dit punt) dan zijn wij er echter nog niet omdat voor een

---

<sup>2</sup> De misleidende handelspraktijken worden verder uitgewerkt in de art. 6:193c-g BW.

geslaagd beroep op de art. 6:193b lid 3 jo. art. 6:193c-g BW nodig is dat de handelspraktijk het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoort of kan verstoren.<sup>3</sup> Zie ik het goed dan is dit laatste een ‘extra’ vereiste waaraan ‘in de Nederlandse slaafse nabootsingsleer’ niet afzonderlijk getoetst hoeft te worden.<sup>4</sup> De constatering dat nodeloos verwarringsgevaar wordt gesticht is in de slaafse nabootsingsleer voldoende.

Voor een revolutie zorgt dit nieuwe vereiste echter niet: het nodeloos verwarring stichten zal doorgaans immers het gedrag van de consument verstoren. Ik denk dus dat dit ‘extra’ vereiste niet al te veel problemen zal opleveren. Te minder nu onze eigen wetgever bij de implementatie van de richtlijn OHP heeft aangegeven dat het (extra) vereiste waarover wij hier spreken geen al te grote hobbel opwerpt. Bij de beantwoording van de vraag of consumenten er door de invoering van afdeling 3.3a Boek 6 BW er in bescherming op achteruit zullen gaan antwoordt de regering onder meer het volgende: “Een voorwaarde om te kunnen spreken van een misleidende handelspraktijk is dat een handelaar zich op zodanige wijze gedraagt “waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen”. Het is de vraag of hierdoor de rechtsbescherming van de consument afneemt, zoals de vragenstellers suggereren. Naar onze mening is dit niet het geval, omdat het niet goed denkbaar is dat er feitelijk sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, *terwijl tegelijkertijd niet aan de genoemde voorwaarde is voldaan*. De consument behoeft immers slechts aan te tonen dat hij op basis van de gedraging een besluit neemt of kan nemen. Het is de verwachting dat dit consumenten in de praktijk niet veel problemen zal opleveren”; curs. P.G.<sup>5</sup>

Kortom: indien het nodeloos stichten van verwarringsgevaar in het vervolg via de weg van afdeling 3.3a Boek 6 BW moet worden bestreden dan komen de art. art. 6:193b lid 3 jo. art. 6:193c-g BW daarvoor zeker in aanmerking. De slaafse nabootsing (het nodeloos stichten van verwarringsgevaar) kan dan echter alleen verboden worden wanneer het misleidend is. Of dat ook altijd het geval zal zijn is nog maar de vraag en hangt met name af van de invulling die door Hof aan het begrip misleiding zal worden gegeven.

In het geval het Hof dit begrip eng uitlegt zodat het nodeloos wekken van verwarringsgevaar daar niet onder valt, dan komt art. 6:193b lid 2 BW in beeld dat mogelijk als vangnet kan dienen. Op grond van deze bepaling kan tegen de verkoop van de verwarringwekkende producten worden opgetreden indien (a) die handelspraktijk in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en (b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren. Hierboven is betoogd dat het manipulatievereiste (sub b) waarschijnlijk geen al te grote hobbel zal opleveren. Het komt er dan op aan of het nodeloos stichten van verwarringsgevaar een handelspraktijk is die in strijd is met de vereisten van professionele toewijding.

Het communautaire rechtsbegrip ‘professionele toewijding’ is nieuw voor Nederland. Art. 6:193a lid 1 sub f BW defineert dit begrip als volgt: “normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken”. Volgens Verkade gaat het hier om de zorgvuldigheid

---

<sup>3</sup> Zie de laatste zin van art. 6:193c sub g BW; art. 6:193 leden 2 en 3 BW en art. 6:193h lid 1 BW.

<sup>4</sup> Dit extra vereiste wordt ook wel manipulatievereiste genoemd.

<sup>5</sup> NvW *Kamerstukken* II 2006/07, 30 928, nr. 8, p. 6. Zie ook *Handelingen* I 2007/08, 30 928.

die van een redelijk bekwaam vakgenoot mag worden verwacht.<sup>6</sup> Als wij naar de slaafse nabootsingsjurisprudentie van de Hoge Raad kijken dan lijkt geconcludeerd te mogen worden dat een handelaar die het product van een concurrent slaafs nabootst in de ogen van de Hoge Raad in strijd handelt met de professionele toewijding. Wij moeten ons echter goed realiseren dat bij de uitleg van de richtlijn OHP niet de Hoge Raad de hoogste (uitleg) rechter is, maar het Hof. Het is dus ook op dit punt wachten op richtinggevende jurisprudentie van het Hof.

Met andere woorden: indien het nodeloos stichten van verwarringsgevaar in het vervolg via de weg van afdeling 3.3a Boek 6 BW moet worden bestreden dan zie ik voldoende aanknopingspunten waarmee die handelspraktijk (door consumenten en concurrenten) bestreden zou kunnen worden.<sup>7</sup> Zo lang wij echter niet weten of het nodeloos verwarring stichten door het Hof als een misleidende handelspraktijk zal worden aangemerkt en evenmin weten of het Hof die handeling (en zo ja, onder welke omstandigheden) zal aanmerken als een handelspraktijk die in strijd is met de professionele toewijding, kan geen definitief uitsluitel gegeven worden. In de tussentijd doet men er in de praktijk in ieder geval verstandig aan om voor meerdere ankers te gaan liggen en de slaafse nabootsingsactie primair te baseren op art. 6:193b lid 3 BW, subsidiair op art. 6:193b lid 2 BW en (voor het geval afdeling 3.3a Boek 6 niet van toepassing is) meer subsidiair op art. 6:162 BW.

Paul Geerts

*(werkzaam bij de Rijksuniversiteit Groningen en als zelfstandig IE-recht adviseur)*

---

<sup>6</sup> D.W.F. Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Kluwer 2009), p. 28.

<sup>7</sup> Ik kan het niet vaak genoeg herhalen, maar naast consumenten kunnen ook (bona fide) concurrenten optreden tegen oneerlijke handelspraktijken van collega-handelaren. Zie onder meer P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Onerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2009), p. 8 en D.W.F. Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Kluwer 2009), p. 82.