

De art. 6:193a e.v. BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW

Paul Geerts, Rijksuniversiteit Groningen

Noot onder Vzr. Rb. Amsterdam 25 november 2010, B9 9243 (Nestlé/Mars)

1. In Vzr. Rb. Amsterdam 25 november 2010, B9 9243 (Nestlé/Mars) stonden verschillende reclame-uitingen met betrekking tot hondenvoeding centraal. Partijen betichtten elkaar over en weer van misleidende reclame. De Voorzieningenrechter heeft uiteindelijk van slechts één reclame-uiting geoordeeld dat die misleidend is. Het gaat mij in deze korte bijdrage niet zo zeer om het uiteindelijk resultaat van de afwegingen van de Voorzieningenrechter, maar om de door hem toegepaste rechtsregels.

2. De Voorzieningenrechter heeft de reclame uitingen getoetst aan art. 6:194 BW. In r.o. 5.1 lezen wij het volgende:

“Op grond van artikel 6:194 BW is het – kort gezegd – onrechtmatig om misleidende reclame-uitingen te doen. Op grond van artikel 6:194a BW is vergelijkende reclame – onder meer – geoorloofd op voorwaarde dat deze reclame niet misleidend is. Artikel 6:195 BW houdt ten aanzien van vorderingen die worden ingesteld op grond van de artikelen 6:194 en 194a BW een omkering van de bewijslast in. Dit betekent dat op degene die de reclame-uiting doet de bewijslast rust dat die uiting juist en volledig is. In dit geschil hebben beide partijen expliciet een beroep gedaan op misleiding en derhalve op artikel 6:194 BW. Op basis van dit artikel zullen de wederzijdse vorderingen worden beoordeeld”.

3. Dit oordeel van de Voorzieningenrechter lijkt mij niet juist. In casu hebben wij immers te maken met een reclame-uiting van een handelaar die zich op consumenten richt (B2C). Sinds invoering van de art. 6:193a e.v. BW (afdeling 6.3.3A) dienen dergelijke handelspraktijken (waaronder begrepen B2C-misleidende reclame) getoetst te worden aan de art. 6:193a e.v. BW en niet (meer) aan art. 6:194 BW. Sinds invoering van de art. 6:193a e.v. is art. 6:194 BW alleen nog van toepassing op misleidende reclame-uitingen in B2B verhoudingen.¹ Dat

¹ Zie onder meer P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame, p. 6 en D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, p. 8. Zie recentelijk ook nog M.B.M. Loos, Boekbespreking, Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken 2010-3.

heeft de Hoge Raad in zijn onlangs gewezen World Online-arrest bevestigd. In r.o. 4.10.2 overweegt de Hoge Raad onder meer:

“Opmerking verdient dat met de inwerkingtreding per 15 oktober 2008 van de art. 6:193a-j BW, in welke bepalingen richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken is geïmplementeerd, de aansprakelijkheid voor misleidende reclame jegens consumenten beoordeeld moet worden aan de hand van deze nieuwe bepalingen, en dat art. 6:194 thans alleen nog van toepassing is op misleiding van iemand ‘die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf’. Hetgeen hierna bij de toepassing van art. 6:194 (oud) wordt overwogen omtrent misleiding door onvolledige of onjuiste mededelingen, zal overigens onder de gelding van de nieuwe bepalingen met betrekking tot consumenten niet wezenlijk anders zijn.

Waar hierna wordt gesproken over art. 6:194 BW, is steeds het in deze zaak nog toepasselijke art. 6:194 (oud) bedoeld”.

4. Nu schrijft Van Nispen in zijn noot onder het World Online-arrest (BIE 2010, p. 165) dat het oordeel van de Hoge Raad op een misvatting berust en dat art. 6:194 BW ook ziet op B2C-verhoudingen:

“Art. 6:194 ziet nog steeds op misleidende reclame niet alleen als deze gericht is op degene die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf maar ook als die gericht is op consumenten. Alleen kunnen thans alleen degenen die handelen in de uitoefening van hun bedrijf op die norm een beroep doen”.

Hij beroept zich daarbij op een tijdens de parlementaire behandeling van wetsontwerp 30 928 door de Minister gegeven antwoord. Daar zegt de Minister het volgende:

“Na implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken beschermt de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame alleen handelaren tegen misleidende reclame (artikel 14, eerste lid, van de richtlijn, artikel 6:194). Consumenten kunnen bij misleidende reclame bescherming ontnemen aan de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken) in plaats van afdeling 4 (misleidende en vergelijkende reclame). Overigens, een onderneming kan een beroep doen op afdeling 4 ongeacht de doelgroep van de reclame (ondernemingen, consumenten of beide)”.²

De vraag is echter of aan de laatste zin uit deze passage doorslaggevende betekenis toegekend moet worden. Ik denk het niet. Uit zowel de OHP Richtlijn en de MVR Richtlijn blijkt dat na invoering van de OHP-regels de misleidende reclameregels (art. 6:194 BW) alleen van toepassing zijn op misleidende reclame die als doelgroep handelaren/ondernemingen heeft. Dat is ook logisch. Immers, reclame die voor de consument misleidend is wordt (vanwege de

² Nota naar aanleiding van het verslag Kamerstukken II 2006/07, 30 928 , nr. 8, p. 5.

maximumharmonisatie van de Richtlijn OHP) uitsluitend door de OHP Richtlijn beheerst. Dit alles komt onder meer tot uitdrukking in art. 14 OHP Richtlijn en overweging 5 uit de considerans van de Richtlijn MVR (2006/114).³

5. Voorts ziet Van Nispen over het hoofd dat in de MvT van wetsontwerp 30 928 de regering er juist blijk van geeft art. 6:194 BW (zoals de Europese wetgever dat ook gewild heeft) *alleen* van toepassing te laten zijn als de misleidende reclame is gericht op degene die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf. In de toelichting bij de wijziging van art. 6:194 BW, waarbij na het woord onrechtmatig de woorden ‘jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf’ zijn ingevoegd, lezen wij immers het volgende:

“Wijziging artikel 194 (beperking afdeling misleidende en vergelijkende reclame tot bedrijven onderling)

Dit artikel beperkt de reikwijdte van Afdeling 4 (misleiding en vergelijkende reclame) tot handelspraktijken tussen bedrijven onderling. De vraag of de consument is misleid door reclame zal na inwerkingtreding van deze wet moeten worden beoordeeld op basis van de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken).⁴

6. Kortom, ik ben van mening dat de beslissing van de Hoge Raad in zijn World Online-arrest dat, met de inwerkingtreding per 15 oktober 2008 van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW alleen nog van toepassing is op misleiding van iemand ‘die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf’ juist is en geen misvatting. De Voorzieningenrechter had de reclame-uitingen van Nestlé en Mars derhalve aan de art. 6:193a e.v. BW moeten toetsten en niet aan art. 6:194 BW.

7. Voor de uitkomst van de onderhavige zaak is overigens geruststellend dat dit waarschijnlijk niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Immers, zoals de Hoge Raad in zijn World Online-arrest terecht opmerkt zal bij toepassing van art. 6:194 BW (op onvolledige of onjuiste mededelingen), geen wezenlijk andere uitkomst worden verkregen dan bij toepassing van de art. 6:193a e.v. BW. Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre handelspraktijken

³ Zie voor een uitvoerige behandeling van dit punt onder meer de in noot 1 genoemde literatuur.

⁴ MvT Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 18. Overigens lijkt diezelfde passage te suggereren dat ook art. 6:194a BW (vergelijkende reclame) alleen van toepassing is op B2B-vergelijkende reclame en niet meer op B2C-vergelijkende reclame. Dat is niet het geval. Ik laat dat punt hier verder rusten en verwijs onder meer naar P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame, p. 6-7 en M.B.M. Loos, Boekbespreking, Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken 2010-3.

(waaronder begrepen misleidende reclame-uitingen) jegens handelaren onrechtmatig zijn, dient aan de OHP-wetgeving de nodige reflexwerking te worden toegekend.⁵

8. Het bovenstaande kan als volgt worden samengevat. Per 15 oktober 2008 ziet het toepassingsgebied van de art. 6:193a e.v. BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW er als volgt uit:

- de art. 6:193a-j BW zijn van toepassing op oneerlijke handelspraktijken (waaronder begrepen (misleidende) reclame) van handelaren op consumenten (B2C);
- art. 6:194 BW is van toepassing op misleidende reclame van handelaren op handelaren (B2B), en
- art. 6:194a BW is van toepassing op vergelijkende reclame van handelaren op consumenten (B2C) en vergelijkende reclame van handelaren op handelaren (B2B).

9. Tot slot nog aandacht voor r.o. 5.6 uit het onderhavige vonnis. De art. 6:193a e.v. BW zijn namelijk niet geheel aan de aandacht van de Voorzieningenrechter ontsnapt. In r.o. 5.6 overweegt hij:

“Naast een beroep op misleidende reclame hebben beide partijen zich erop beroepen dat de andere partij zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken. De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat hiermee een beroep is gedaan op de regeling die is vervat in de artikelen 6:193a e.v. BW. Nu dit beroep echter door geen van partijen is uitgewerkt (en de bedoelde regeling in beginsel alleen ziet op de verhouding consument/producent), hebben partijen onvoldoende eigen belang bij een beoordeling van de gedragingen van hun wederpartij op deze rechtsgrond”.

10. Ook deze overweging kan mij niet overtuigen. Daarin (met name hetgeen tussen haakjes is geplaatst) lijkt tot uitdrukking te worden gebracht dat de voorzieningenrechter zich op het standpunt stelt dat bij overtreding van de art. 6:193a e.v. BW ondernemers als getroffen concurrenten geen rechtstreeks beroep kunnen doen op die artikelen. Dat lijkt mij een onjuist standpunt. De omstandigheid dat het *toepassingsgebied* van de richtlijn OHP zich beperkt tot B2C-verhoudingen (handelaar tot consument), impliceert niet dat alleen de door de oneerlijke handelspraktijk getroffen consument een rechtstreeks beroep op afdeling 6.3.3A kan doen. Dat kan de ondernemer als getroffen concurrent ook. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de richtlijn OHP. Ik herhaal nog maar eens hetgeen Verkade hierover heeft gezegd:

⁵ P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame, p. 13 en D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, p. 9.

“Een (overigens voor de hand liggende) verbinding tussen het consumentengerichte en mededingersgerichte handelspraktijkenrecht legt richtlijn 2005/29 nog wél, doordat overweging 8 de consumentenbeschermende bepalingen uitdrukkelijk mede als een ‘Schutznorm’ voor de wél eerlijke ondernemer aanduidt. In art. 11 worden ondernemers en ondernemersorganisaties ook uitdrukkelijk als actiegerechtigd gelegitimeerd. Deze (overigens op zichzelf niet nieuwe) ‘geprivatiseerde ondernemershandhaving’ kan tegelijkertijd de consumentenorganisaties en een nieuwe instantie als de Consumentenautoriteit handenvol geld besparen”.⁶

11. In de literatuur bestaat (ook) op dit punt geen eenstemmigheid. Er zijn schrijvers die het hierboven verdedigde standpunt een stap te ver vinden gaan omdat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de art. 6:193a-j BW heeft nagelaten om uitdrukkelijk te erkennen dat het overtreden van het verbod op oneerlijke handelspraktijken, (tevens) als een onrechtmatigheid jegens concurrenten heeft te gelden.⁷ Met Verkade meen ik dat dit wellicht wenselijk zou zijn geweest, maar niet noodzakelijk.⁸ Ook zonder die uitdrukkelijke erkenning van de Nederlandse wetgever kan de rechter (via een richtlijn conforme interpretatie) de concurrent met een rechtstreeks beroep op afdeling 6.3.3A beschermen tegen een handelaar die de OHP-regels aan zijn laars lapt. Bij dit alles moet ook niet vergeten worden dat na de inwerkingtreding per 15 oktober 2008 van de art. 6:193a-j BW, misleidende reclame-uitingen die zich op consumenten richten onder de werkingssfeer van deze nieuwe artikelen vallen. Onder het oude recht moesten deze handelingen getoetst worden aan art. 6:194 BW (oud). Tegen overtreding van die bepaling konden niet alleen de door de misleidende reclame-uiting getroffen consument optreden maar ook concurrenten. Sterker nog, het waren vrijwel uitsluitend concurrenten die een beroep deden op overtreding van art. 6:194 BW (oud). Uit de wetsgeschiedenis van wetsontwerp 30 928 blijkt nergens dat de Nederlandse wetgever met de invoering van de art. 6:193a e.v. BW (op dit punt) een andere weg heeft willen inslaan.

12. Ik blijf er dan ook bij dat:

⁶ D.W.F. Verkade, Misleidende en vergelijkende reclame, en oneerlijke handelspraktijken, in: De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, p. 9 en D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, p. 10, 14 en 81-83.

⁷ Zie recentelijk nog M.B.M. Loos, Boekbespreking, Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken 2010-3.

⁸ D.W.F. Verkade, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, p. 14 en P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame, p. 8

- tegen overtreding van de art. 6:193a-j BW (OHP-regels) zich kunnen verzetten de consument die slachtoffer is geworden van de oneerlijke handelspraktijk en concurrenten van de handelaar in kwestie;
- tegen overtreding van art. 6:194 BW (misleidende reclame-regels) zich kunnen verzetten de ondernemer die slachtoffer is geworden van de misleidende reclame-uiting en concurrenten van de handelaar in kwestie, en
- tegen overtreding van art. 6:194a BW (vergelijkende reclame-regels) zich kunnen verzetten zowel de consument als de ondernemer die slachtoffer is geworden van de vergelijkende reclame-uiting en concurrenten van de handelaar in kwestie.

13. Tot slot hoop ik dat de Hoge Raad snel de kans krijgt zich over deze kwestie uit te laten en dat het resultaat zal zijn, dat het standpunt dat bij overtreding van de art. 6:193a e.v. BW ondernemers als getroffen concurrenten een rechtstreeks beroep kunnen doen op die artikelen geen misvatting zal blijken te zijn.

Paul Geerts

Groningen, 3 december 2010