

Civielrechtelijke handhaving door concurrenten van de regels over oneerlijke handelspraktijken: nu en in de toekomst

mr. V. van Druenen en mr. Ch. Jeloschek¹

1. Inleiding

In Nederland geldt een breed scala aan regels op het gebied van het consumentenrecht. Daarbinnen is een belangrijke rol weggelegd voor de regels over oneerlijke handelspraktijken die het handelaars, kort gezegd, verbieden om zich ten opzichte van consumenten schuldig te maken aan met name misleidende en agressieve handelspraktijken (art. 6:193a BW e.v.). Op de naleving van de regels over oneerlijke handelspraktijken wordt toezicht gehouden door de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM). Ook voor civielrechtelijke handhaving door concurrenten is echter een steeds belangrijkere rol weggelegd, in de zin dat concurrenten andere handelaars steeds vaker aanspreken op overtreding van de regels over oneerlijke handelspraktijken. Wat bij een analyse van de jurisprudentie op dit gebied opvalt, is dat er bij rechters nog veel onduidelijkheid bestaat over onder meer de grondslag voor dergelijke acties. Deze onzekerheid leidt ertoe dat concurrenten deze mogelijkheid nog relatief beperkt gebruiken, terwijl de regels over oneerlijke handelspraktijken ook hun belangen dienen.

In dit artikel bespreken we de huidige stand van de rechtspraak en wat er naar onze mening nog moet veranderen om handhaving van de regels over oneerlijke handelspraktijken door concurrenten beter te faciliteren. Daartoe bespreken we eerst de richtlijn die ten grondslag ligt aan de Nederlandse regels over oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in Nederland (onder 2 en 3). Vervolgens bespreken we de ontwikkelingen op het gebied van handhaving van deze regels door concurrenten in Nederland, de stand van de rechtspraak en wat er naar onze mening verbeterd kan (en moet) worden (onder 4). We sluiten af met een blik over de (oost)grens, waar handhaving van

de regels over oneerlijke handelspraktijken al van oudsher bij concurrenten belegd is (onder 5) en een korte conclusie (onder 6).

2. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een korte introductie

De Nederlandse regels over oneerlijke handelspraktijken vormen een implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken (hierna: de Richtlijn OHP).² De Richtlijn OHP bevat een verbod voor handelaars om zich ten opzichte van consumenten schuldig te maken aan oneerlijke handelspraktijken (art. 5 lid 1 Richtlijn OHP). De Richtlijn OHP heeft een breed toepassingsbereik; onder de term handelspraktijk worden alle handelingen, omissies, gedragingen, voorstellingen van zaken en commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar begrepen die rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten (art. 2 onder d Richtlijn OHP).

Van een *oneerlijke* handelspraktijk is sprake indien een handelaar (i) in strijd handelt met de 'professionele toewijding', waardoor (ii) het economisch gedrag van de consument wezenlijk verstoord wordt of kan worden (art. 5 lid 2 Richtlijn OHP). Naast deze algemene norm beschrijft de Richtlijn OHP twee typen handelspraktijken die als oneerlijk worden beschouwd; *misleidende* en *agressieve* handelspraktijken (art. 5 lid 3 Richtlijn OHP). Bij misleidende handelspraktijken – die in de praktijk veruit het meest voorkomen – gaat het om het verstrekken van informatie die onjuist, misleidend of onvolledig is, waardoor de gemiddelde consument wordt of kan worden misleid (art. 6 en 7 Richtlijn OHP).

1. Veerle van Druenen en Christoph Jeloschek zijn beiden advocaat bij Kennedy Van der Laan.

2. Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten.

Bij agressieve handelspraktijken gaat het om het gebruik van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding op een wijze die de keuzevrijheid van de gemiddelde consument aanzienlijk beperkt of kan beperken (art. 8 en 9 Richtlijn OHP). Daarbij moet steeds worden nagegaan of de gemiddelde consument door die handelspraktijken een besluit over de transactie neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen (zie art. 6 t/m 9 Richtlijn OHP). Pas dan kan gesproken worden over een oneerlijke handelspraktijk. Dat is anders voor de agressieve en misleidende handelspraktijken die zijn opgenomen op de zogenaamde 'zwarte lijst' in Bijlage I bij de Richtlijn OHP. Die handelspraktijken worden onder *alle* omstandigheden oneerlijk geacht (vgl. art. 5 lid 5 en overweging 17 Richtlijn OHP).

De Richtlijn OHP gaat uit van maximumharmonisatie (art. 4 Richtlijn OHP). Dit houdt in dat Lidstaten binnen het geharmoniseerde gebied geen strengere regels mogen vaststellen dan die welke volgen uit de Richtlijn OHP. Door verschillen in de regels over oneerlijke handelspraktijken weg te nemen beoogt de Richtlijn OHP niet alleen een hoog niveau van bescherming van consumenten tot stand te brengen, maar ook bij te dragen aan de goede werking van de interne markt (art. 1 Richtlijn OHP). De Europese wetgever erkent daarbij dat door oneerlijke handelspraktijken niet alleen de economische belangen van de consument worden geschaad, maar ('onrechtstreeks') ook de belangen van concurrenten (overweging 6 Richtlijn OHP). De Richtlijn OHP beschermt dan ook niet alleen (direct) de belangen van consumenten, maar ook (indirect) legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels over oneerlijke handelspraktijken niet in acht nemen (overweging 8 Richtlijn OHP). Dat de Richtlijn OHP er mede toe dient om de belangen van concurrenten te beschermen volgt volgens sommige auteurs ook uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *RLvS/Stuttgarter Wochenblatt*.³ Om ervoor te zorgen dat naleving van de Richtlijn OHP kan worden afgedwongen, dienen de Lidstaten passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken in te voeren (art. 11 Richtlijn OHP). Daartoe behoren volgens de Richtlijn OHP wettelijke bepalingen op grond waarvan personen of organisaties die volgens nationale wetgeving een rechtmatig belang hebben bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken, met inbegrip van concurrenten: (a) in rechte kunnen optreden tegen die oneerlijke handelspraktijken, en/of (b) die oneerlijke handelspraktijken kunnen voorleggen aan een administratieve instantie die bevoegd is om hetzij zelf een uitspraak te doen over een klacht, hetzij een passende gerechtelijke procedure in te leiden (art. 11 lid 1 Richtlijn OHP). Daarbij verduidelijkt de Europese wetgever dat het

aan iedere lidstaat zelf is om te beslissen welke van deze procedures wordt gevolgd (art. 11 lid 1 Richtlijn OHP). De Richtlijn OHP bepaalt tot slot dat lidstaten voor schending van de regels over oneerlijke handelspraktijken sancties dienen te treffen die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn (art. 13 Richtlijn OHP).

3. Nederlandse implementatie Richtlijn OHP; handhaving door consumenten en ACM

De Richtlijn OHP is in Nederland geïmplementeerd in Afdeling 6.3.3A van het Burgerlijk Wetboek (art. 6:193a e.v. BW). Hoewel de mogelijkheid bestond om het toepassingsbereik van die regels uit te breiden naar professionele partijen,⁴ is die afdeling *uitsluitend* van toepassing op consumenten.⁵

3.1. Kwalificatie onder Nederlands recht en remedies voor consumenten

Een oneerlijke handelspraktijk kwalificeert naar Nederlands recht als een species van de onrechtmatige daad (art. 6:193b lid 1 BW). Dat houdt in dat de handelaar in beginsel aansprakelijk is voor de schade die de consument als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk lijdt. Na implementatie van de Richtlijn OHP is de vraag gesteld of dat voor een consument die slachtoffer is van een oneerlijke handelspraktijk wel de meeste passende remedie is.⁶ De consument die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk een overeenkomst sluit, zal immers primair van die overeenkomst af willen.⁷ Dat kon initieel alleen door gebruikmaking van de algemene bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek, zoals de regeling over wilsgebreken.⁸ In 2014 is daar verandering in gekomen, toen aan de wettelijke regeling over oneerlijke handelspraktijken een nieuwe bepaling werd toegevoegd die de consument het recht geeft een overeenkomst die als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen te vernietigen (art. 6:193j lid 3 BW).

3. Hof van Justitie 17 oktober 2013, C-391/12 (*RLvS / Stuttgarter Wochenblatt*). Zie daarover o.m.: M.J. Heerma van Voss, 'Geen enkele reden (meer) om concurrenten een beroep op artikelen 6:193a-j BW te ontzeggen', *IER* 2017/23.

4. De bescherming van professionele afnemers valt buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn OHP, waardoor het karakter van maximumharmonisatie niet in de weg staat aan een uitbreiding van het toepassingsbereik naar niet-consumenten.

5. Zie ook de Memorie van Toelichting bij de wet tot implementatie van de Richtlijn OHP: *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 4.

6. Zie o.m. W.H. Boom, 'Oneerlijke handelspraktijk is onrechtmatige daad. Maar wat schieten we daarmee op?', *NTBR* 2008/15.

7. Idem. Zo ook: D.W.F. Verkade, 'Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten' *Monografieën BW* nr. B49a, nr. 68a (Vernietigingsbevoegdheid van art. 6:193j lid 3 BW (sinds 2014): inleiding).

8. D.W.F. Verkade, 'Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten', *Monografieën BW* nr. B49a, nr. 73b (Verbleekte alternatieven voor de consument naar het recht vóór 2014). Zie ook: *Kamerstukken II* 2006/07, 30 928, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 9.

In de praktijk komt het echter nog steeds maar beperkt voor dat consumenten zich op individuele basis verzetten tegen oneerlijke handelspraktijken, bijvoorbeeld door de overeenkomst die als gevolg daarvan tot stand is gekomen te vernietigen. Als consumenten zich al beroepen op de regels over oneerlijke handelspraktijken, dan is dat bovendien lang niet altijd proactief, maar geregeld in verweer tegen een vordering van een handelaar.⁹ Daarbij worden consumenten niet zelden geholpen, doordat de rechter rechtsgronden aanvult of ambtshalve toetst aan de regeling over oneerlijke handelspraktijken.¹⁰

3.2. Bestuursrechtelijke handhaving door de ACM (en AFM)

De beperkte civielrechtelijke handhaving door consumenten kan ertoe leiden dat er voor handelaren weinig *incentive* bestaat de regels over oneerlijke handelspraktijken na te leven. Dat is problematisch. Naleving van die bepalingen is, zoals hiervoor toegelicht, immers niet alleen in het belang van consumenten, maar óók in het belang van de markt als zodanig. Schending van de regels door een deel van de handelaren zorgt immers voor concurrentievervalsing, doordat handelaren die oneerlijk te werk gaan omzet weghalen bij bonafide handelaren. Bovendien heeft Nederland een verplichting om voldoende doeltreffende en afschrikwekkende sancties in te voeren (art. 13 Richtlijn OHP).

De ACM heeft om die reden een belangrijke rol bij de (bestuursrechtelijke) handhaving van de regels over (onder meer) oneerlijke handelspraktijken.¹¹ Op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: de Whc) kan de ACM aan handelaren die zich schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken een last onder dwangsom opleggen of een bestuurlijke boete van maximaal 900.000 euro of, indien dat hoger is, 1% van de jaarlijkse omzet van de overtreder (art. 2.9 jo 2.15 Whc). Is er sprake van een oneerlijke handelspraktijk die voorkomt op de zwarte lijst (die is geïmplementeerd in art. 6:193g en 6:193i BW), dan is die boete zelfs maximaal 900.000 euro of, indien dat hoger is, 10% van de jaarlijkse omzet (art. 2.15 lid 2 Whc). Gaat het om oneerlijke handelspraktijken die betrekking hebben op een financiële dienst of activiteit, dan is de toezichthoudende autoriteit niet de ACM, maar

de Autoriteit Financiële Markten (hierna: de AFM) (art. 3.1 lid 1 Whc). De AFM heeft in dat kader soortgelijke bevoegdheden als de ACM (art. 3.4 Whc).

4. Het aanspreken van concurrenten op grond van de Richtlijn OHP

De ACM maakt geregeld gebruik van haar handhavingsbevoegdheid en heeft in de afgelopen jaren aan verschillende bedrijven forse boetes opgelegd.¹² De ACM kan echter lang niet alle partijen aanspreken die zich schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken; zij richt zich op bepaalde speerpunten (zoals de online consument) en op grote en/of stelselmatige overtreders die veel schade voor consumenten veroorzaken. Het is om die reden niet vreemd dat in de literatuur en rechtspraak de vraag of *ook* concurrenten kunnen optreden tegen oneerlijke handelspraktijken van andere handelaren ten opzichte van consumenten geregeld aan de orde komt.¹³ Zij hebben immers over het algemeen meer middelen dan consumenten én lijden door de misleidende handelspraktijken van hun concurrenten vaak concrete (en in absolute zin meer omvangrijke) schade.

4.1. Geen uitdrukkelijke basis voor aanspreken concurrenten in Nederland

In Nederland bestaat geen expliciete wettelijke basis op grond waarvan concurrenten handelaren die zich schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken kunnen aanspreken. Het toepassingsbereik van de Nederlandse implementatie van de Richtlijn OHP is beperkt tot de bescherming van *consumenten*. Partijen die geen consument zijn, kunnen daar in beginsel geen beroep op doen. Uit de rechtspraak volgt dat er ook geen sprake is van zogenaamde 'reflexwerking', waardoor professionele afnemers indirect een beroep kunnen doen op de regels over oneerlijke handelspraktijken.¹⁴ De Nederlandse wetgever heeft er immers (bewust) voor gekozen het toepassingsbereik van de regeling over oneer-

9. Zie bijv. Rechtbank Noord-Holland 17 september 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9422 en Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2015:6028.

10. Zie voor een uitvoerige analyse van toepassing van de vernietigingssanctie in de praktijk: C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar, 'Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk; een hanteerbare sanctie?', *Contracteren* 2018/3.

11. Voor de samenvoeging van de Nederlandse mededingingsautoriteit (Nma), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA) was deze rol weggelegd voor de Consumentenautoriteit.

12. Zie alleen al in 2019: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/vier-telecomaanbieders-beoet-voor-onduidelijke-websites>, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/boete-voor-drie-keukenbedrijven-voor-misleiding-consumenten> en <https://www.acm.nl/nl/publicaties/boete-dereisplanner-voor-incasso-onterechte-rekeningen-huur-vakantievillas>.

13. Zie o.m. M.H. Heerma van Voss, 'Geen enkele reden (meer) om concurrenten een beroep op artikelen 6:193a-j BW te ontzeggen', *IER* 2017/23 en het chronologisch overzicht van de literatuur in voetnoot 8 van dat artikel.

14. Zie o.m.: Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7520, Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884 (*Telefoongids.com / Stichting Gilde*), Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382 (*Food & Fun/Trebs*) en Hof Den Bosch 4 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3054.

lijke handelspraktijken niet uit te breiden naar (kleine) professionele afnemers, hoewel die mogelijkheid wel bestond. De term consument dient op grond van vaste Europese rechtspraak bovendien restrictief te worden uitgelegd. Er is om die reden geen ruimte voor reflexwerking van de regels over oneerlijke handelspraktijken, zo oordeelde onder meer het Hof Arnhem-Leeuwarden in verschillende zaken.¹⁵

4.2. Ontwikkelingen in de rechtspraak: toch ruimte voor aanspreken concurrenten

Toch zien we ook in Nederland steeds vaker dat met elkaar concurrerende handelaren elkaar – in en buiten rechte – aanspreken op oneerlijke handelspraktijken richting consumenten. Of en op welke grond die mogelijkheid bestaat, is in de rechtspraak in de afgelopen jaren in verschillende zaken – meer of minder uitvoerig – aan de orde geweest. In een deel van die zaken werd het (rechtstreekse) beroep van concurrenten op de regels over oneerlijke handelspraktijken zonder veel omhaal afgewezen. Dat is met name het geval in lagere rechtspraak.¹⁶ Over het algemeen lijken rechters echter (ook in hogere instanties) open te staan voor (verbods)vorderingen van concurrenten die gegrond zijn op de regels over oneerlijke handelspraktijken.

Zo wees het Hof Den Haag op 23 december 2014 arrest in een zaak waarin Hotels.com twee concurrerende handelaren aansprak op misleidende handelspraktijken bij het vermelden van prijzen.¹⁷ Hotels.com vorderde in die zaak een gebod tot aanpassing van de website. Die vordering werd toegewezen. Het hof overwoog in dat kader kortweg dat voldoende aannemelijk is dat Hotels.com als gevolg van de oneerlijke handelspraktijken iedere dag schade lijdt, waardoor het spoedeisend belang van Hotels.com bij haar vorderingen voldoende vaststaat. Daaraan doet volgens het hof niet af dat Hotels.com zich ook kon wenden tot de Reclame Code Commissie of de ACM met een verzoek om op te treden tegen de misleidende handelspraktijken.

-
15. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7520. Zie in die zin ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884 (*Telefoongids.com / Stichting Gilde*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382 (*Food & Fun/Trebs*).
16. Rechtbank Amsterdam 25 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1052 (*Specsavers /Beter Horen*), waarin de Rechtbank Amsterdam overwoog: 'In de eerste plaats wordt geoordeeld dat het rechtstreekse beroep van Specsavers op de artikelen 6:193a-j BW, die een implementatie betreffen van de Europese richtlijn oneerlijke handelspraktijken, niet opgaat, nu Specsavers geen consument is en deze bepalingen juist zien op reclame gericht tot consumenten (B2C)'. Zie in dezelfde lijn: Rechtbank Amsterdam 20 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9676 (*Dyson / BSH*).
17. Hof Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4446 (*Hotels.com / Hotel Booker c.s.*).

Ook in een groot aantal andere zaken werd in de afgelopen jaren aangenomen dat concurrenten in beginsel (al dan niet indirect) een beroep kunnen doen op de regels over oneerlijk handelspraktijken.¹⁸ In de literatuur is de overheersende mening eveneens dat concurrenten een beroep moeten (kunnen) doen op de regels over oneerlijke handelspraktijken.¹⁹

4.3. De grondslag voor een beroep op oneerlijke handelspraktijken door concurrenten

Hoewel er ook anno 2019 nog rechters zijn die lijken te twifelen,²⁰ lijkt daarmee de deur open te staan voor marktpartijen die hun concurrenten willen aanspreken op oneerlijke handelspraktijken ten opzichte van consumenten. Waar de (literatuur en) rechtspraak nog verdeeld over is, is wat precies de *grondslag* is voor een dergelijke actie. In een deel van de rechtspraak komt die vraag überhaupt niet aan de orde. In de rechtspraak die wél op deze vraag ingaat, zijn verschillende opvattingen te vinden.

-
18. Zie bijv. Rechtbank Den Haag 14 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2015:799 (*Tommy c.s. / TSA c.s.*), Rechtbank Rotterdam 27 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2601 (*Omega Pharma / Procter & Gamble*), Hof Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4446 (*Hotels.com / Hotel Booker c.s.*), Rechtbank Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:2015:9317 (*GSK/Sandoz*), Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382 (*Food & Fun/Trebs*), Rb Amsterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:Rbams:20167:397 (*Boehringer Ingelheim/Omega Pharma*), Rechtbank Amsterdam, 28 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2066 (*Dyson/Miele*), Rechtbank Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNR:2017:6895 (*KNVW / 94 Wines*) en Rechtbank Den Haag 8 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:12687 (*Tommy/Tell Sell*). Er zijn ook verschillende zaken waarin het beroep op oneerlijke handelspraktijken op inhoudelijke gronden werd afgewezen, waardoor de vraag of een concurrent een beroep kan doen op de regels over oneerlijke handelspraktijken in het midden kon blijven: zie bijv. recent Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9499.
19. Zie ook: M.S.A. Faray en L.B.A. Tigelaar, 'Naar een hanteerbare vordering voor een concurrent tegen een ondernemer die zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken', *TvCR* 2018/6, onder 1, M.J. Heerma van Voss, Geen enkele reden (meer) om concurrenten een beroep op artikelen 6:193a-j BW te ontzeggen, *IER* 2017/23 en de noot van P.G.F.A. Geerts bij Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:10382), *IER* 2017/29.
20. Zie bijv. Rechtbank Amsterdam 15 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3564, r.o. 4.43 (*CRT / Heineken*). In dat vonnis overwoog de Voorzieningenrechter dat in de literatuur en rechtspraak verdeeldheid bestaat over de vraag of op grond van de tekst van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ook concurrenten rechtstreeks of indirect een beroep kunnen doen op de bescherming inzake oneerlijke handelspraktijken. Uiteindelijk meende de voorzieningenrechter een knoop hierover niet te hoeven doorhakken, omdat eiser *hoe dan ook* niet kwalificeerde als een concurrent.

Daarbij lijken er *grosso modo* twee 'stromingen' te zijn.

De eerste stroming gaat ervan uit dat concurrenten geen rechtstreeks beroep kunnen doen op de regels over oneerlijke handelspraktijken, omdat het toepassingsbereik daarvan beperkt is tot consumenten (waardoor niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW). Wel kunnen zij zich volgens die stroming via de zogenaamde correctie Langemeijer²¹ – dus de *zorgvuldigheidnorm* van art. 6:162 BW – (indirect) alsnog op die bepalingen beroepen.²² Die opvatting hangt bijvoorbeeld het Hof Arnhem-Leeuwarden aan in een arrest uit december 2016.²³ In die zaak ging het om slaafse nabootsing van een pizza-oven van Food & Fun door concurrent Trebs. Food & Fun stelde dat de verhandeling van de pizza-oven, en in het bijzonder de informatie die in het kader daarvan werd verstrekt, jegens de consument misleidend was. Het hof gaat in het arrest uitvoerig in op de vraag of concurrenten ten opzichte van andere handelaren een beroep kunnen doen op de regels over oneerlijke handelspraktijken. Het hof overweegt in dat kader dat de regels over oneerlijke handelspraktijken *alleen* van toepassing zijn op consumenten.²⁴ Dat houdt volgens het hof in dat ook een concurrent geen rechtstreeks beroep kan doen op die regels. Dat neemt niet weg dat via de zogenaamde correctie Langemeijer de in de regels over oneerlijke handelspraktijken genoemde belangen zich mede kunnen uitstrekken tot de belangen van een concurrent van een handelaar die zich jegens consumenten schuldig maakt aan misleidende handelspraktijken, zo oordeelt het hof. Aanwijzing hiervoor is volgens het hof te vinden in overweging 8 van de Richtlijn OHP.²⁵

De tweede stroming – die met name in de lagere rechtspraak verreweg het meeste terug te vinden is – gaat er vanuit dat concurrenten op (overtreding van) art. 6:193a-j BW op basis van richtlijnconforme interpretatie wél een (rechtstreeks) beroep kunnen doen, waardoor uitwijken naar de zorgvuldig-

heidsnorm en de correctie Langemeijer niet meer nodig is. Deze opvatting is bijvoorbeeld duidelijk te lezen in een vonnis van Rechtbank Midden-Nederland van 30 december 2015.²⁶ De Voorzieningenrechter overwoog in dat vonnis dat in de Richtlijn OHP uitdrukkelijk is genoemd dat concurrenten moeten worden beschermd tegen oneerlijke B2C handelspraktijken van andere handelaren en dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de nationale wetgever een expliciete keuze heeft gemaakt om op dit punt af te wijken van de Richtlijn, waardoor richtlijnconforme uitleg het uitgangspunt vormt. Gelet op hetgeen in de Richtlijn OHP is opgenomen, moet naar het oordeel van de Voorzieningenrechter dan ook aangenomen worden dat een concurrent ten opzichte van een andere handelaar een beroep kan doen op de art. 6:193a-j BW.²⁷

Ook in de literatuur is uitvoerig gedebatteerd over de vraag wat de grondslag van een beroep op oneerlijke handelspraktijken precies is of zou moeten zijn.²⁸ Daarbij lijken de meeste stemmen op te gaan voor de tweede stroming (dus: wel een beroep op art. 6:193a e.v. BW). Zo hebben Heerma van Voss en Geerts zich in 2017 uitgesproken voor de lijn van richtlijnconforme interpretatie.²⁹ Heerma van Voss geeft daarbij aan dat het aannemen van een rechtstreeks beroep op art. 6:193a e.v. BW in wezen geen verschil maakt met het toekennen van een beroep op die bepalingen via de band van art. 6:162 BW.³⁰ Wel is volgens hem – in het licht van het relativiteitsvereiste – steeds vereist dat de concurrent een *eigen* belang heeft om zich te kunnen verzetten tegen een oneerlijke handelspraktijk.

21. De 'correctie Langemeijer' houdt volgens de Hoge Raad in: 'dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade'. Zie o.m. Hoge Raad 10 november 2006, NJ 2008/491.

22. Zie voor nadere duiding ook S.A. Faraj en L.B.A. Tigelaar, 'Naar een hanteerbare vordering voor een concurrent tegen een ondernemer die zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken', *TvCR* 2018/6, onder 4.

23. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382 (*Food e Fun/Trebs*).

24. *Idem*, r.o. 5.43.

25. Zie in deze in bijv. ook: Rb Amsterdam 27 januari 2017, ECLI:NL:Rbams:20167:397 (*Boehringer Ingelheim/Omega Pharma*).

26. Rechtbank Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:2015:9317 (*GSK/Sandoz*). Zie recenter met een vrijwel identieke redenering: Rechtbank Midden-Nederland 29 september 2017, ECLI:NL:RBMNR:2017:6895, r.o. 5.2 (*KNVW / 94 Wines*) en Rechtbank Midden-Nederland 21 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5712 (in het hoger beroep in deze zaak - Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9499 - is deze vraag helaas niet meer aan de orde gekomen, omdat het hof oordeelde dat van oneerlijke handelspraktijken geen sprake was). In de zelfde lijn: Rechtbank Den Haag 8 november 2017 ECLI:NL:RBDHA:2017:12687 (*Tommy/Tell Sell*) en – met iets meer slag om de arm voor wat betreft vraag of er een *rechtstreeks* beroep gedaan kan worden op art. 6:193a e.v. BW – Rechtbank Amsterdam, 28 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2066 (*Dyson/Miele*).

27. Rechtbank Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:2015:9317 (*GSK/Sandoz*), r.o. 4.28.

28. Zie ook het overzicht van literatuur in: C.J.J. van Nispen, *GS Onrechtmatige daad*, afd. 3A Boek 6 BW, aant. 13.

29. M.J. Heerma van Voss, 'Geen enkele reden (meer) om consumenten een beroep op art. 6:193a-j BW te ontzeggen', *IER* 2017/23 en P.G.F.A. Geerts in zijn kritische noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:10382), *IER* 2017/29 (m.nt. Geerts).

30. M.J. Heerma van Voss, 'Geen enkele reden (meer) om consumenten een beroep op art. 6:193a-j BW te ontzeggen', *IER* 2017/23, onder 11.

Minder stemmen lijken (in ieder geval in de meer recente literatuur) op te gaan voor toepassing van de correctie Langemeijer. De reden daarvoor is naar alle waarschijnlijkheid dat moeilijk te ontkennen valt dat de Richtlijn OHP *mede* tot doel heeft de economische belangen van concurrenten te beschermen, zo blijkt uit het *RLvS/Stuttgarter Wochenblatt*-arrest van het Hof van Justitie uit 2013³¹ en de overwegingen van de Richtlijn OHP. Daardoor ligt richtlijnconforme interpretatie meer voor de hand. Dat maakt naar onze mening dat de opvatting van het Hof Arnhem-Leeuwarden (de eerste stroming) te restrictief is. Of dat betekent dat concurrenten een *rechtstreeks* beroep op art. 6:193a-j BW kunnen doen is naar onze mening de vraag, nu de Richtlijn OHP het in art. 11 aan de lidstaten overlaat om te bepalen welke handhavingsmechanismen zij implementeren en de mogelijkheid voor concurrenten om te handhaven slechts als *optie* noemt.³² Daarmee ligt het voor de hand dat de nationale wetgever eerst een keuze moet maken, althans dat de mogelijkheid van het aanspreken van concurrenten in *nationaal* recht moet bestaan, omdat de Richtlijn OHP hiervoor geen grondslag biedt (en richtlijnconforme uitleg dan ook geen soelaas biedt). Het lijkt om die reden zuiverder om een beroep op oneerlijke handelspraktijken door een concurrent via de weg van art. 6:162 BW laten te verlopen, waarbij in acht wordt genomen dat de regels over oneerlijke handelspraktijken *mede* tot doel hebben om de belangen van concurrenten te beschermen. Het beroep kan dan dus gegrond worden op 'schending van een wettelijke norm' in plaats van de zorgvuldigheidsnorm. Dat maakt dat de motiveringseisen voor de eiser minder streng zijn dan het Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt aan te nemen.

Het gaat hierbij echter in belangrijke mate om een theoretische discussie. Waar het om gaat is dat de Richtlijn OHP tot doel heeft om ook concurrenten te beschermen en dat zij met hen concurrerende handelaren dus ook (moeten) kunnen aanspreken op de naleving van de in de Richtlijn OHP neergelegde regels. Helaas blijkt dat hierover bij rechters nog de nodige onduidelijkheid bestaat. Dat is bezwaarlijk, omdat dit bescherming van de gerechtvaardigde (en op Europees niveau erkende) belangen van de concurrent in de weg staat. Het wordt dan ook hoog tijd dat er op dit punt duidelijkheid komt, bijvoorbeeld doordat de Hoge Raad zich hier (al dan niet in reactie op prejudiciële vragen van een lagere rechtbank) over uitlaat. Ook de wetgever zou bij het scheppen van deze duidelijkheid uiteraard een rol kunnen spelen. Daarbij zou het goed zijn als onder meer aandacht wordt besteed aan de reikwijdte van de term 'concurrent'. Ook daarover

kan immers nog de nodige discussie gevoerd worden.³³

5. Een alternatief systeem – een kijk over de (oost)grens

Bij het formuleren van een regime dat naar Nederlands recht geldt, kan het zinvol zijn te kijken naar een systeem waar concurrenten al jarenlang een zeer belangrijke rol spelen bij het toezien op de naleving van wettelijke regels. Dit is het geval in (onder meer)³⁴ Duitsland, waar de zogenaamde '*unlautere Wettbewerbs*' (oneerlijke mededinging) al sinds 1896 een zelfstandige en belangrijke rol speelt. De basis voor dit rechtsgebied is de wet tegen de oneerlijke mededinging (hierna: UWG)³⁵ die in 2004, naar aanleiding van de Richtlijn OHP, is herzien.

5.1. De UWG in vogelvlucht

Het gaat bij de UWG om de bescherming van concurrenten, consumenten en andere partijen op de markt tegen oneerlijke handelspraktijken van handelaren (aldus de scopebepaling in art. 1 UWG).³⁶ Vervolgens worden er verschillende oneerlijke handelspraktijken gedefinieerd die verboden zijn; dit gebeurt zowel via de open norm van professionele toewijding (art. 3 lid 2)³⁷, als ook via de zwarte lijst van handelspraktijken die in de bijlage bij de UWG is overgenomen (art. 3 lid 3). Daarnaast bestaat er een verbod op het handelen in strijd met wettelijke bepalingen, mits (i) deze (ook) strekken tot de regulering van handelen van partijen op de markt en (ii) de inbreuk in kwestie een merkbare invloed heeft op de belangen van consumenten en concurrenten (art. 3a: *Rechtsbruch*). Tot slot bevat de UWG bepalingen met betrekking tot de bescherming van concurrenten onderling (art. 4: *Mitbewerberschutz*), agressieve handelspraktijken (art. 4a), misleidende handelspraktijken (art. 5 en 5a), vergelijkende reclame (art. 6) en ongeoorloofde hinder (art. 7: *unzumutbare Belästigungen*).

In het kader van dit artikel zijn vooral de rechtsmiddelen en de partijen die tegen inbreuken van de UWG kunnen optreden relevant. Naar Duits recht

31. Hof van Justitie 17 oktober 2013, C-391/12 (*RLvS / Stuttgarter Wochenblatt*).

32. Zie in die zin ook: L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieverplichtingen uit de Richtlijn consumentenrechten*, Groningen: RUG 2017, nr. 172.

33. Zie ook: M.J. Heerma van Voss, 'Geen enkele reden (meer) om consumenten een beroep op art. 6:193a-j BW te ontzeggen', *IER* 2017/23, onder 13.

34. Zie bijvoorbeeld Oostenrijk en Zwitserland.

35. https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BjNR141400004.html.

36. *Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.*

37. *Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.*

staan daarbij de remedies³⁸ van opheffing van het nadeel (*Beseitigung*) en een verbod (*Unterlassung*) centraal. Die remedies kunnen door de volgende partijen worden uitgeoefend (art. 8 lid 3):

1. iedere concurrent;
2. verenigingen met rechtspersoonlijkheid ter bescherming van commerciële belangen dan wel zelfstandigen, mits deze voldoende leden hebben en op grond van de statuten zijn opgericht om deze belangen waar te nemen;³⁹
3. bepaalde instellingen die gerechtigd zijn om collectieve acties in te stellen; en
4. industrie- en handelskamers of ambachtelijke kamers.

Bij deze opsomming valt op dat consumenten niet worden genoemd. Dit is - in ieder geval in de Duitse context - niet vreemd, omdat consumentenbescherming daar anders wordt gewaarborgd. Zo bestaat er geen autoriteit (zoals de ACM en AFM) die toeziet op de naleving van regels, maar wordt dit overgelaten aan concurrenten onder elkaar en grote belangenverenigingen voor consumenten die, mede onder de UWG, acties kunnen instellen bij de gewone rechter. Overigens bestaat naast de gang naar de rechter ook de mogelijkheid van geschilbeslechting buiten rechte bij de zogenaamde *Einigungsstellen* (art. 15), met geschillencommissies vergelijkbare instanties, die bij de industrie- en handelskamer zijn ingericht.

5.2. Voor- en nadelen van de UWG (door de Nederlandse bril bekeken)

De scope van de UWG is aanzienlijk breder dan de regels in Nederland en strekt uitdrukkelijk ook tot bescherming tegen concurrenten. Bovendien voorziet de UWG in een veel duidelijkere rol voor concurrenten bij de naleving van de regels. Het zijn immers primair de concurrenten van een handelaar die in strijd met de UWG handelen, die deze daarop kunnen aanspreken. Dit gebeurt op grond van een expliciete wettelijke grondslag in de UWG. Het gaat dus, in zeker zin, om een diametraal andere situatie dan in Nederland waar handhaving van consumentenrecht in grote mate is overgelaten aan de ACM, een toezichthouder met verregaande (bestuursrechtelijke) bevoegdheden, en het onderling aanspreken van concurrenten op grond van oneerlijke handelspraktijken (in ieder geval in vergelijking met Duitsland) nog een relatief beperkte rol speelt bij de handhaving van die regels.

Dat neemt niet weg dat we uit de UWG en de handhavingspraktijk in Duitsland lessen kunnen trekken. Om te beginnen heeft de UWG zich met behulp

van rechtsspraak en literatuur ontwikkeld tot een rechtsgebied met zeer uiteenlopende casuïstiek (in het Duits aangeduid als *'Fallgruppen'*), waardoor er een wildgroei van rechtsspraak komt over de interpretatie van die regelgeving. Voor een buitenstaander valt op dat er een eigen rechtsspraak is ontstaan waar inbreukmakers snel op de vingers worden getikt door concurrenten. Als geen gevolg wordt gegeven aan de sommatiebrieven (*'Abmahnungen'*) met daarin vaak al vordering tot betaling van een vergoeding voor de gemaakte juridische kosten, komt de zaak voor de rechter.

Dit systeem leidt tot - in ieder geval vanuit het perspectief van Nederlandse juristen - verregaande consequenties voor de naleving van regels over oneerlijke handelspraktijken (in de brede zin van de UWG). We noemen twee (ogenschijnlijk banale) voorbeelden. In Duitsland is men verplicht om algemene voorwaarden steeds up-to-date te houden, omdat men anders in strijd met de wet handelt.⁴⁰ Dit betekent dat bedrijven genoodzaakt zijn deze steeds te laten reviewen, omdat zij anders gevaar lopen door een concurrent te worden aangesproken. Deze strikte nakoming van de wet speelt ook bij de informatieverplichtingen met betrekking tot onder meer de identiteit van handelaren uit hoofde van de E-commerce Richtlijn⁴¹ (oftewel het Duitse pendant van art. 3:15d BW). In Duitsland dient een website specifieke gegevens te vermelden in het zogenaamde *Impressum*. Niet-nakoming kan daarbij zonder meer tot een sommatie van een concurrent leiden onder de UWG,⁴² terwijl het maar de vraag is of het ontbreken van bepaalde informatie (zoals de vermelding van de vertegenwoordigers van een onderneming) ook daadwerkelijk schade met zich meebrengt voor concurrenten van die handelaren. Hoewel dit weliswaar zorgt voor een grote *incentive* om de regels over oneerlijke handelspraktijken (en andere regels die dienen ter bescherming van de consument) na te leven, is de vraag of dit gerechtvaardigd is. Dit kan immers leiden tot een cultuur waarin concurrenten gaan zoeken naar foutjes op bijvoorbeeld de websites van concurrenten, met het enkele doel hen het leven zuur te maken. Dat is naar onze mening geen wenselijke ontwikkeling.

6. Conclusie

Uit de rechtsspraak volgt dat ook in Nederland de deur voor het optreden door concurrenten tegen

38. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van (i) vergoeding van schade die een concurrent heeft geleden (art. 9) en, bij opzettelijk handelen, (ii) winstafdracht aan de Staat (art. 10).

39. <https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/> de, naar eigen zeggen, grootste en invloedrijkste nationale en grensoverschrijdende *'Selbstkontrolleinstitution'* ter naleving van het recht tegen de oneerlijke mededinging.

40. Dit was eerst omstrede, maar werd uiteindelijk door de Duitse BGH op 31 maart 2010 (I ZR 34/08) bevestigd. Concreet ging het over de vraag of een uitsluiting van de conformiteitsregeling geldig was.

41. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

42. Zie Duitse BGH van 20 juli 2006 (I ZR 228/03) waarin ook is bepaald dat men binnen twee clicks bij het *impressum* c.q. de contact pagina moet komen.

oneerlijke handelspraktijken van andere handelaren richting consumenten inmiddels open staat. Er blijft – met name bij rechters – echter veel onduidelijkheid bestaan over de precieze grondslag en, in het verlengde daarvan, de eisen voor een beroep door een concurrent op de regels over oneerlijke handelspraktijken. Dit staat in de weg aan een verdere groei van handhaving door concurrenten, die naast de ACM een belangrijke rol (kunnen) spelen bij het afdwingen van de naleving van de regels over oneerlijke handelspraktijken. Deze rechtsonzekerheid (en -ongelijkheid) zal moeten worden weggenomen door ofwel een beslissing van de Hoge Raad - al dan niet in antwoord op prejudiciële vragen - ofwel ingrijpen door de wetgever. Daarbij is het naar onze mening van belang om concurrenten in staat te stellen om met hen concurrerende handelaren aan te spreken op oneerlijke handelspraktijken, zonder daarbij door te schieten naar een situatie zoals die bestaat in Duitsland. Dat kan bijvoorbeeld door duidelijk te maken welke partijen mogen optreden (wanneer is een handelaar een concurrent?) en in welke omstandigheden (in welke mate moet een concurrent belang hebben bij handhaving?). Met name door in het kader van het tweede element enige beperkingen te stellen, bijvoorbeeld te eisen dat een handelaar een eigen gerechtvaardigd belang moet hebben bij het optreden, kan een wildgroei aan claims worden voorkomen.⁴³

43. Daarbij moet uiteraard wel rekening worden gehouden met de grenzen die volgen uit (richtlijnconforme interpretatie) van de Richtlijn OHP.