

Besluiten EU

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis

Mr. B.J. Drijber

Bespreking van Richtlijn 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken. De communautaire wetgever is er met deze richtlijn in geslaagd een oplossing te geven voor een aantal problemen.

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken'), Pb. 2005, L 149/22.

Inleiding

Er waren goede redenen om geen hooggespannen verwachtingen te hebben van het voornemen de nationale wetgevingen over 'oneerlijke handelspraktijken' te harmoniseren.¹ Eerste probleem is de definitie van oneerlijk. Wat de wetgever in Duitsland en Oostenrijk als daad van *unlauterer Wettbewerb* beschouwt en door organisaties met spookachtige namen als *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft* langs privaatrechtelijke weg laat uitbannen, is in Angelsaksisch marketingdenken soms alleen maar een manier 'to assist consumers in making a well informed choice'. Tweede probleem is: over welke consument hebben we het? Is een handelspraktijk al oneerlijk als 'ein Trottel'² kan worden misleid, of staat ons het beeld voor ogen van de moderne, goed geïnformeerde, grote stadsconsument? En hiermee samenhangend als derde probleem, de vraag wie of wat moet worden beschermd: de consument, de concurrent of beiden? Een conceptueel onderscheid is bij handelspraktijken moeilijk te maken. Een misleidende handelspraktijk van firma A die de consument ertoe brengt bij hem te kopen, gaat ten koste van diens concurrent B. De bescherming van de consument staat daarom niet op zichzelf.

Met de hier te bespreken Richtlijn 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken is de communautaire wetgever erin geslaagd voor deze problemen een oplossing te geven.³

Korte samenvatting van de richtlijn

In de richtlijn wordt aangegeven wanneer een handelspraktijk als oneerlijk wordt beschouwd. Daarvoor geldt een algemeen verbod. Dit verbod wordt nader uitgewerkt voor de categorieën 'misleidende handelspraktijken' en 'agressieve handelspraktijken'. In een bijlage

staat een 'zwarte lijst' van handelspraktijken die onder alle omstandigheden oneerlijk en dus verboden zijn. Bij dit gelaagde systeem gaat de richtlijn in beginsel uit van 'de gemiddelde consument'. De richtlijn is van toepassing op *business-to-consumer* ('B2C')-relaties, niet op *business-to-business* ('B2B')-relaties. Enkele van de bestaande instrumenten worden aangepast en beperkt tot B2B-relaties,⁴ zodat de gehele B2C-regelgeving in deze richtlijn is ondergebracht. Communautaire instrumenten die specifieke voorschriften voor handelspraktijken bevatten, gaan voor. De richtlijn voorziet in totale harmonisatie maar bevat een overgangstermijn waarbinnen lidstaten onder strikte voorwaarden strengere maatregelen mogen blijven toepassen. Als tegenhanger is er een vrij-verkeerclausule voor handelspraktijken die aan de geharmoniseerde voorwaarden voldoen. Het door de Commissie voorgestelde oorsprongslandbeginsel heeft het in de Raad niet gehaald. De richtlijn sluit gedragscodes niet uit en bevat tamelijk gedetailleerde voorschriften over handhaving,⁵ die zijn geënt op eerdere richtlijnen.⁶ Zij behelzen geen nieuwe verplichtingen met betrekking tot het soort en de vorm van de vereiste handhaving.

¹ Zie B.J. Drijber, 'Les communications commerciales au carrefour de la dérégulation et de la réglementation', *Cahiers de droit européen* 2002, p. 531/607.

² De in de Duitse juridische literatuur gebezigde term om de 'domme consument' aan te geven.

³ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken'), *Pb.* 2005, L 149/22.

⁴ Bijvoorbeeld Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame, zoals aangevuld bij Richtlijn 97/55 met bepalingen over vergelijkende reclame (*Pb.* 1997, L 290/18) en de bepalingen over niet-gevraagde leveringen uit Richtlijn 97/7/EG betreffende verkoop op afstand (*Pb.* 1997, L 144/19), zoals gewijzigd bij Richtlijn 2002/65/EG (*Pb.* 2002, L 271/16).

⁵ Zie art. 11-13 van de richtlijn.

⁶ Zie bijvoorbeeld art. 11 van Richtlijn 97/7/EG.

Het generieke begrip 'oneerlijk'

Onder 'handelspraktijk' wordt verstaan 'iedere handeling, omis-sie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communica-tie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.'⁷ Een handelspraktijk is oneerlijk als zij 'a) in strijd is met de vereisten van professionele toe-wijding én b) het economisch belang van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij is gericht, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.'⁸ 'Professionele toewijding' is gedefinieerd als 'het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar.'⁹ Met de woorden 'het economisch gedrag van consumenten wezenlijk verstoren' is bedoeld: 'een handelsprak-tijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnfor-meerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consu-ment tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten.'¹⁰

Handelspraktijken die aan genoemde voorwaarden voldoen, 'zijn verboden'.¹¹ De richtlijn bevat geen positieve verplichtingen waaraan een handelaar moet voldoen om aan te tonen dat hij eer-lijk handelt. De genoemde voorwaarden zijn evenwel cumulatief. De eerste voorwaarde is naar mijn inschatting niet snel vervuld. De fabrikant van chips die een stickertje of poppetje in zijn verpakkingen stopt, met als gevolg jengelende kinderen en zuchtende ouders, kan moeilijk worden verweten zonder voldoende professionele toewij-ding te handelen. Dit soort irritante maar wijdverbreide praktijken worden dus niet verboden en daarom impliciet toegestaan. Bij de tweede voorwaarde is terecht voldoende dat de handelspraktijk de aankoopbeslissing van de consument *kan* beïnvloeden. Daar staat tegenover dat de test voor beïnvloeden wel tamelijk zwaar is door het gebruik van het woord 'merkbaar' en de woorden 'waartoe [de consument] anders niet had besloten'. De vraag is wie dat laatste moet bewijzen. Ik zou menen de wederpartij van de onderneming die gebruikmaakt van de betrokken handelspraktijk. De bewijslast mag echter niet te zwaar zijn.

Anders dan het richtlijnvoorstel bevat de eindtekst geen definitie van 'de gemiddelde consument'. Maatstaf is niettemin de '*Gut Sprin-genheide* consument': redelijk geïnformeerd, omzichtig en oplet-tend,¹² zodat bij vaste rechtspraak van het Hof wordt aangehaakt. Die rechtspraak is overigens alleen relevant voor de vraag naar mislei-ding of verwarring (zoals bij het merkenrecht), niet voor bijvoorbeeld

de vraag op welke informatie een consument recht heeft vanuit het oogpunt van volksgezondheidsbescherming. Wat in de praktijk een probleem zou kunnen zijn, is om binnen de 'groep gemiddelde con-sumenten' ook nog eens 'het gemiddelde lid' in beeld te brengen. Het probleem van de speciaal kwetsbare of goedgebouwde consumenten is opgelost door de hiervoor genoemde test van 'oneerlijkheid' aan te leggen voor het gemiddelde lid van een dergelijke speciale groep.¹³ Probleem daarbij zou kunnen worden dat er handelspraktijken zijn die zich mogelijk niet exclusief tot een kwetsbare groep richten of die groep bereiken. Bij kinderreclame zal dat laatste geen probleem zijn, omdat die als zodanig zeer herkenbaar is, niet alleen door het soort producten maar ook doordat leeftijdsgenoten van de doelgroep daarin vaak figureren. De bescherming van kwetsbare groepen laat onverlet de gangbare reclamepraktijk 'waarbij overdreven uitspra-ken worden gedaan of uitspraken niet letterlijk dienen te worden genomen.'¹⁴

Misleidende en agressieve handelspraktijken (zie hierna) zijn 'meer in het bijzonder' verboden.¹⁵ Dat wijst erop dat er dus een rest-categorie handelspraktijken bestaat, die niet als misleidend of agres-sief kan worden aangemerkt, maar die niettemin oneerlijk is. Naar mijn mening hoeft deze restcategorie bij implementatie in nationale regelgeving niet apart te worden geduid. Bijlage I, over 'handelsprak-tijken die in elk geval als oneerlijk worden beschouwd', bevat overi-gens alleen maar voorbeelden van misleidende en agressieve prak-tijken, niet van 'overigens oneerlijke' handelspraktijken. Het gaat hier om een negatieve lijst, wat de industrie doorgaans liever heeft dan een positieve lijst. Bij een positieve lijst is immers alleen de gesloten categorie van wat er wel opstaat, toegestaan, terwijl bij een nega-tieve lijst de open categorie van wat daar niet op staat, in beginsel is toegestaan. In dit geval ligt dat evenwel anders. Handelspraktijken die op de lijst staan, zijn 'in elk geval verboden'. Daarmee zijn andere praktijken echter nog niet per definitie toegestaan, want dat hangt af van de hoger genoemde criteria. Het lijkt overbodig, maar expliciet is bepaald dat 'de lijst van toepassing is in alle lidstaten'. De lijst kan alleen via een wetgevende maatregel (co-decisie) worden aangepast en dus niet via comitologie.

De species 'misleidende' en 'agressieve' handelspraktijk

Vrij gedetailleerd werkt de richtlijn uit wanneer een handelspraktijk als misleidend wordt beschouwd. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen misleidende handelingen en misleidende omissies. Dat is terecht, omdat het achterhouden van (essentiële) ware infor-matie evengoed misleidend kan zijn als het geven van onware infor-matie.

Van een misleidende *handeling* is sprake niet alleen als een han-delspraktijk gepaard gaat met onjuiste informatie, maar ook als een handelspraktijk – hoewel de informatie feitelijk correct is – de gemid-delde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen over een limitatieve lijst van elementen. Samengevat: het bestaan en de aard van het product, de voornaamste kenmerken van het product, de reikwijdte van de ver-plichtingen van handelaar, 'de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend, of het bestaan van een prijsvoordeel', de noodzaak van een dienst, de hoedanigheid van de handelaar en de rechten van de consument. Vooral de verwijzing naar het prijsvoordeel is in dit lijstje interessant. Als een handelaar zegt dat zijn goederen 40% zijn afge-prijsd van de basisprijs maar hij die basisprijs kort daarvoor met 10% heeft verhoogd, misleidt hij dan de consument? Als misleidend wordt

⁷ Art. 2 letter d.

⁸ Zie art. 5 lid 2.

⁹ Art. 2 letter h.

¹⁰ Art. 2 letter e.

¹¹ Art. 5 lid 1.

¹² Zaak C-210/96, Jur. 1998, p. I-4657. Zie H.A.G. Temmink, 'Verbod op mis-leidende informatie aan de consument: welke consument?', *NTER* 1998, p. 222. Om redenen van flexibiliteit heeft de Raad geen definitie van de 'gemiddelde consument' willen opnemen. Zie echter punt 18 van de consi-derans.

¹³ Art. 5 lid 3.

¹⁴ Zie het slot van art. 5 lid 3.

¹⁵ Art. 5 lid 4.

eveneens beschouwd een handelspraktijk 'die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en hoedanigheden in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen' en die betrekking heeft (i) op 'de marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent' of (ii) op niet-nakoming door de handelaar van verplichtingen uit een gedragscode waaraan hij zich heeft verbonden en waarmee hij zich afficheert.¹⁶ Deze bepalingen zullen indirect de concurrent beschermen die zich wel aan de regels houdt.¹⁷ Wanneer een praktijk de consument misleidt, is zij immers verboden zodat ook de concurrent er geen last van heeft. Verder is duidelijk dat het antwoord op de vraag of een bepaalde handelspraktijk misleidend is, in hoge mate afhangt van de omstandigheden van het geval. In het reclamerecht werd de kwalificatie rechtmatig/onrechtmatig altijd al bepaald door de feitelijke omstandigheden.

Met betrekking tot misleidende omissies wordt een beperkte hoeveelheid essentiële informatie aangeduid die de gemiddelde consument nodig heeft voor het nemen van een geïnformeerd aankoopbesluit. Deze informatie hoeft niet in alle reclame te worden vermeld, maar wel wanneer de handelaar een uitnodiging tot aankoop tot de consument richt.¹⁸ Ik merk op dat een rechterlijk verbod van een reclame-uiting op een van de in de richtlijn genoemde gronden, moet voldoen aan de eisen van art. 10 EVRM.¹⁹ De informatieverplichting ter voorkoming van misleidende omissies komen overigens boven op reclamevoorschriften die reeds uit het bestaande *acquis* volgen. Daarvan geeft bijlage II bij de richtlijn een (niet-limitatieve) opsomming. Voorzover die andere communautaire instrumenten in minimumharmonisatie voorzien en lidstaten verdergaande informatieplichten hebben vastgesteld, gelden die extra eisen niet als 'essentieel'.

Agressieve handelspraktijken worden gekenmerkt door intimidatie, dwang en ongepaste beïnvloeding. Zij beperken aanzienlijk de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product of kunnen die vrijheid aanzienlijk beperken.²⁰ De richtlijn noemt criteria waarmee rekening gehouden moet worden om te bepalen of van intimidatie (et cetera) gebruik wordt gemaakt.²¹ Een van de in bijlage I genoemde voorbeelden is het kinderen er *in reclame* rechtstreeks ertoe aanzetten om geadverteerde producten te kopen of hun ouders of andere volwassenen ertoe over te halen die producten voor hen te kopen. Verkoopbevordering kan op zichzelf echter niet als een agressieve praktijk worden beschouwd.

Toepassingsgebied

De richtlijn heeft (uitsluitend) betrekking op oneerlijke B2C-praktijken – zowel voor, tijdens als na de transactie.²² Als gezegd heeft die afbakening iets artificieels, omdat een handelspraktijk heel wel kan zijn gericht op zowel consumenten als ondernemingen. Of een onderneming beroep kan doen op strijdigheid van een handelspraktijk met de normen van de richtlijn, kan dan weer leiden tot *Schutznorm*-achtige discussies.

Voor de zekerheid is bepaald dat de richtlijn het verbintenissenrecht, 'in het bijzonder de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten', onverlet laat.²³ Hetzelfde geldt voor de regels over rechtsmacht.²⁴

Gezien het horizontale karakter van de richtlijn is haar verhouding tot andere instrumenten van bijzonder belang. Bepaald is dat in geval van strijdigheid met communautaire instrumenten die *specifieke* aspecten van oneerlijke handelspraktijken regelen, die laatste voor wat betreft die aspecten voorrang hebben.²⁵ Het maakt daarbij geen verschil of die specifieke voorschriften van eerder of later datum zijn. Een van de mogelijk later vast te stellen instrumenten is de Verordening betreffende verkoopbevordering in de interne markt.²⁶ Met dit voorstel, dat uit de koker van de liberale school komt, werd door de Commissie beoogd een einde te maken aan nationale regelingen die het geven van kortingen en cadeautjes verbieden of beperken. In ruil daarvoor krijgt de handel talrijke informatieverplichtingen opgelegd, waarvan het overigens de vraag is of 'de gemiddelde consument' daar werkelijk op zit te wachten. De concept-verordening, een uitvloeisel van het Groenboek over commerciële communicatie uit 1996,²⁷ werd najaar 2001 door de Commissie ingediend als tweelingzusje van het Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie,²⁸ dat weer aan de basis ligt van de hier besproken richtlijn. In de onderhandelingen is het voorstel over verkoopbevordering fors uitgekleeft.²⁹ Verschil van mening over de vraag of dit instrument niet beter de vorm van een richtlijn kan hebben, heeft tot een blokkade in de Raad geleid. Zo kon het gebeuren dat in mei 2004 de onderhandelingen over genoemde verordening bleven vastzitten, maar de Raad wel een politiek akkoord bereikte over de hier besproken richtlijn.³⁰

¹⁶ Art. 6 lid 2.

¹⁷ Zie ook punt 6 van de considerans.

¹⁸ Zie art. 7 van de richtlijn.

¹⁹ Vgl. EHRM 11 december 2003, *Krone Verlag/Oostenrijk*, besproken door J.J.C. Kabel, *Mediaforum* 2004, p. 80 en door H.J.M. Boukema en B.J. Drijber, *IER* 2004, nr. 70, p. 312.

²⁰ Art. 8.

²¹ Art. 9.

²² Art. 3 lid 1.

²³ Art. 3 lid 2.

²⁴ Art. 3 lid 7. Vgl. art. 15-17 van Verordening (EG) nr. 44/2001, *Pb.* 2001, L 12/1.

²⁵ Art. 3 lid 4.

²⁶ *Pb.* 2002, C 75 E/11 en COM(2001) 546 van 2 oktober 2001.

²⁷ COM(1996) 192 van 8 mei 1996.

²⁸ COM(2001) 531 van 2 oktober 2001.

²⁹ Zie Raadsdocument 12261/04 ADD1 REV 1 van 14 september 2004.

³⁰ Zie het verslag van de Raad voor het concurrentievermogen van 17 en 18 mei 2004, Raadsdocument 9586/04 van 15 juni 2004. Het gemeenschappelijk standpunt werd formeel op 15 november 2004 vastgesteld (*Pb.* 2005, C 38 E/1). Zweden en Denemarken stemden niet voor, blijkens een stemverklaring omdat de richtlijn niet ver genoeg gaat ter bescherming van de consument en het compromis over strengere nationale bepalingen (art. 3 lid 5) onvoldoende werd geacht. Omdat de Commissie kon instemmen met het Raadscompromis (zie ook COM(2004) 753 van 16 november 2004), kon het gemeenschappelijk standpunt met gekwalificeerde meerderheid worden vastgesteld. Behoudens enkele kleine amendementen ging het Parlement in tweede lezing akkoord en was het verder een gelopen race.

Harmonisatiemethode

In het consumentenrecht is traditioneel gewerkt met minimumharmonisatie, met name omdat het onderwerpen betreft die tot de inwerkingtreding van de Europese Akte (1 juli 1987) alleen met unanimiteit konden worden besloten. Een lidstaat zal in de Raad makkelijker instemmen met een compromis als hij weet dat hij zijn strengere regels, althans ten aanzien van eigen onderdanen, mag handhaven dan wanneer dat niet meer mag. Minimumharmonisatie is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid echter niet ideaal, omdat bedrijven nog steeds kunnen worden geconfronteerd met strengere en vooral uiteenlopende regels. De industrie heeft met succes gelobbyd voor 'maximumharmonisatie'.³¹ Zo is de oorspronkelijke richtlijn over misleidende reclame, Richtlijn 84/450/EEG, gebaseerd op minimumharmonisatie, maar gaan de in 1997 toegevoegde bepalingen over vergelijkende reclame uit van maximumharmonisatie. Illustratief is ook het verschil tussen Richtlijn 97/7/EG betreffende verkoop op afstand, die nog een klassieke minimumharmonisatie clausule bevat, en Richtlijn 2002/65/EG over financiële diensten op afstand, die uitgaat van maximumharmonisatie.³² Dat laatste resultaat is in de Raad overigens moeizaam bevochten.

Ook bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken was de harmonisatiemethode een twistpunt. Om een compromis erdoor te krijgen werd op de regel van maximumharmonisatie een algemene en een specifieke uitzondering voorzien. Volgens de *algemene uitzondering* mogen lidstaten tot zes jaar na de implementatiedatum op het bij de richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen 'die strenger of prescriptiever' zijn, blijven toepassen mits aan vier voorwaarden wordt voldaan:³³

- I het gaat om bepalingen ter uitvoering van communautaire richtlijnen die een clausule over minimumharmonisatie bevatten;³⁴
- II de maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen handelspraktijken te waarborgen;
- III de maatregelen moeten evenredig zijn aan dat doel; en
- IV de lidstaten stellen de Commissie onverwijld in kennis van de nationale bepalingen die uit dien hoofde worden toegepast.³⁵

³¹ Ook wel aangeduid als 'totale harmonisatie' of 'uitputtende harmonisatie'. Soms wordt ook gesproken van volledige harmonisatie. Ik reserveer die laatste term echter liever voor instrumenten die alle denkbare onderwerpen regelen, terwijl totale of uitputtende harmonisatie betrekking heeft op de wijze waarop de geregelde onderwerpen zijn geregeld.

³² Zie M.B.M. Loos, 'Financiële diensten op afstand', *NTER* 2004, nr. 10, p. 9.

³³ Art. 3 lid 5.

³⁴ Daarvoor bestaat overigens niet een standaardformulering. Soms blijkt op een indirecte manier dat in een richtlijn bepaling minimumharmonisatie is beoogd, bijvoorbeeld door het gebruik van het woord 'ten minste'.

³⁵ Art. 3 lid 6. Het gaat hier om een meldingsplicht *ex post* en er is geen *standstill*-verplichting voorzien.

³⁶ Zie het slot van art. 3 lid 5 en art. 18. Herzieningsclausules fungeren vaak als smeerolie in de besluitvormingsmachinerie. Delegaties in de Raad die iets willen tegenhouden, krijgen voorlopig uitstel. Delegaties die iets willen doordrukken, krijgen het perspectief op nadere besluitvorming.

³⁷ Art. 3 lid 9.

³⁸ COM(2004) 2 van 13 januari 2004. Zie B.J. Drijber, 'De bezems van Bolkestein', *NTER* 2004, p.105. Ik merk op dat de Raad van State in een op verzoek van de regering uitgebrachte 'voorlichting' van 18 juli 2005 deze kritiek in essentie deelt.

De regeling wordt in het kader van een voor 2011 voorziene review van de richtlijn opnieuw onder ogen gezien en dan kan worden besloten de overgangsregeling te verlengen.³⁶

Het gaat al met al om een sterk geclausuleerde overgangsregeling. In de eerste plaats moet een nationaal voorschrift vallen binnen het door de richtlijn gecoördineerd gebied. Ik kom daar op terug, als ik de reikwijdte van de vrij-verkeerbepaling analyseer. In de tweede plaats moet het gaan om een nationaal voorschrift dat valt binnen de werkingssfeer van een ander communautair instrument, dat zelf is gebaseerd op minimumharmonisatie. Dit is een sterk beperkende voorwaarde, omdat er voorschriften kunnen zijn die betrekking hebben op onderwerpen die buiten de werkingssfeer van enige bestaande richtlijn vallen. Verder vind ik het vanuit wetgevend oogpunt minder fraai dat de minimumclausules uit andere richtlijnen langs indirecte weg hun werking dreigen te verliezen. In de derde plaats roept de eis dat deze voorschriften zowel onontbeerlijk als evenredig moeten zijn, vragen op. Als een voorschrift onontbeerlijk is, zal het dunkt mij ook evenredig zijn, zodat het geen zin heeft beide eisen naast elkaar te hanteren. Als een voorschrift niet evenredig is, dan zal het – voorzover het althans wordt toegepast op grensoverschrijdende transacties – vermoedelijk in strijd zijn met het vrij verkeer van goederen of diensten, zodat het reeds om die reden niet kan worden toegepast.

De meldingsplicht noopt de lidstaten in het kader van de implementatie van de richtlijn na te gaan of er strengere bepalingen zijn die zij willen blijven toepassen. Zo ja, dan zal dat – samen met de mededeling van de omzettingsmaatregelen – aan de Commissie moeten worden gemeld. Het aan de Raad voorgelegde compromis over de verordening inzake verkoopbevordering bevat een vergelijkbare overgangsregeling met meldingsplicht.

De *specifieke uitzondering* op de regel van totale harmonisatie heeft betrekking op financiële diensten en onroerend goed. Dienaangaande mogen de lidstaten strengere vereisten opleggen, zonder dat daaraan een tijdsbegrenzing of andere beperkende voorwaarden zijn gesteld.³⁷ Deze uitzondering zal vermoedelijk weinig praktische betekenis hebben voor financiële diensten op afstand – een categorie waarvan het belang snel groeit – omdat Richtlijn 2002/65/EG al van totale harmonisatie uitgaat. Het belang ligt veeleer bij bancaire en verzekeringsdiensten die niet op afstand, maar bijvoorbeeld in een bankfiliaal, worden verricht.

De internemarktbepaling(en)

De lidstaten mogen geen beperkingen opleggen aan het vrij verkeer van diensten of aan het vrij verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerd gebied (art. 4). Dit is een klassieke vrijverkeerbepaling. Geheel volgens de regels wordt een koppeling gemaakt met de gerealiseerde harmonisatie. De kern van mijn kritiek op het voorstel voor de Dienstenrichtlijn is dat die symmetrie wordt doorbroken maar tegelijkertijd het beroep op de *rule of reason* voor de lidstaten wordt weggesneden.³⁸ Deze richtlijn toont aan hoe het wel moet.

Ik benadruk dat de vrij-verkeerclausule alleen relevant is in *grensoverschrijdende* situaties. Indien zich in Nederland een kort geding zou voordoen tussen de Consumentenbond als eiser en een supermarkt als gedaagde dan speelt deze bepaling geen rol. Bovendien speelt de vrijverkeerclausule alleen als een situatie binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied valt. Het is daarom van groot belang vast te stellen wat dit gebied inhoudt, zeker nu een defi-

nitie ervan ontbreekt. Afbakening dient mijns inziens te geschieden op basis van de volgende elementen:

- Het door de richtlijn *geregelde onderwerp*, te weten handelspraktijken. De richtlijn geeft daarvan een ruime definitie. Voor het geval een 'praktijk' daar niettemin buiten zou vallen, geldt ook art. 4 niet.
- Het door de richtlijn *bestreken toepassingsgebied*, te weten B2C-relaties. Nationale bepalingen die bijvoorbeeld slaafse navolging verbieden, hebben een B2B-karakter en vallen daarom buiten het toepassingsgebied.³⁹
- Het door de richtlijn *ingevulde algemeen belang*, te weten de consument tegen oneerlijke praktijken beschermen. Nationale bepalingen ter bescherming van een of meer andere belangen, zoals de volksgezondheid, vallen er niet onder.⁴⁰
- De door de richtlijn *gekozen techniek*, te weten de voorwaarden vastleggen op grond waarvan een handelspraktijk verboden is, in plaats van positief te omschrijven wanneer een handelspraktijk moet worden toegestaan. Vermoedelijk is beoogd dat alle handelspraktijken die niet aan het predikaat oneerlijk beantwoorden, moeten worden toegestaan. Of deze *a contrario* redenering werkelijk opgaat, staat voor mij echter niet vast. Wat te denken bijvoorbeeld als een lidstaat een bepaalde handelspraktijk niet verbiedt, maar wel de handelaar informatieverplichtingen oplegt. Het is bepaald onzeker of het dan zou gaan om een door de richtlijn verboden beperking.

Indien een situatie buiten het geharmoniseerde gebied valt, is de vrijverkeerbepaling niet van toepassing, maar dient een nationale maatregel die grensoverschrijdend wordt toegepast, te worden getoetst aan het primaire recht, in het bijzonder art. 28 en art. 49 EG.

In het richtlijnvoorstel was ook het oorsprongslanbeginsel opgenomen.⁴¹ Vermoedelijk was dat onderdeel van het compromis binnen de Commissie over dit voorstel. In de aanloop naar de bewuste vergadering van de Raad waar dit beginsel dreigde te sneuvelen, ontstond veel ophef in de pers. Terecht heeft een meerderheid van de Raad zich van deze ketelmuziek niets aangetrokken. Het oorsprongslanbeginsel is een nuttige conflictregel die de rechtszekerheid kan vergroten. Zij werkt echter alleen als a) effectief toezicht door het oorsprongslan zinvol en realiseerbaar is, b) de regels ter bescherming van belangrijkste belangen worden geharmoniseerd, en c) die harmonisatie niet-uitputtend is. De meerwaarde van het oorsprongslanbeginsel zit dan vooral hier in dat een handelaar de zekerheid heeft dat hem in een andere lidstaat geen andere eisen mogen worden tegengeworpen.⁴²

In dit geval was invoering van het oorsprongslanbeginsel om een aantal redenen minder geïndiceerd. In de eerste plaats is controle door de lidstaat van oorsprong, zelfs met een nieuw opgerichte Consumentautoriteit, praktisch niet goed realiseerbaar, gezien het grote aantal handelaren en de grote variëteit aan handelspraktijken. In de tweede plaats is in de richtlijn gekozen voor totale harmonisatie. Daardoor zijn *de facto* de regels overal dezelfde en heeft het oorsprongslanbeginsel geen duidelijke functie.⁴³ Dat laatste is ook wel erkend in de verklaringen die in het proces-verbaal van de Raad werden opgenomen om het misnoegen over de schrapping van het oorsprongslanbeginsel tot uitdrukking te brengen.⁴⁴ In de derde plaats is het bepaald niet vanzelfsprekend om juist op handelspraktijken ten aanzien van de consument het recht van het land van oorsprong los te laten, omdat dit bij uitstek een onderwerp is waarvan de effecten zich in de lidstaat van de consument doen gevoelen en de consument

geacht wordt bescherming te behoeven. Ik vind de schrapping van het oorsprongslanbeginsel daarom een begrijpelijke beslissing.

Het is overigens niet zo dat, *zonder* het oorsprongslanbeginsel, de aanbieder moet voldaan aan de regels van het land van ontvangst. *Of* dat laatste zo is, hangt af van de territoriale werkingsfeer van die regels en, *als* dat zo is, dienen die regels in overeenstemming te zijn met het Verdrag. Het is ook niet zo dat, *met* het oorsprongslanbeginsel, een aanbieder overal in de EU identieke marketingpraktijken kan toepassen. In zoverre verkoop *in* andere lidstaten plaatsvindt op basis van de vrijheid van vestiging en niet vanuit de lidstaat van oorsprong, speelt genoemd beginsel namelijk geen rol. 'Euromarketing' is dus vooral gebaat bij harmonisatie.

Slotsom

Deze richtlijn harmoniseert opnieuw een stuk burgerlijk recht. Waar Richtlijn 93/13/EEG dat deed voor oneerlijke contractsbedingen,⁴⁵ moet nu een deel van het onrechtmatige daadsrecht eraan geloven. Dat was ook al zo met de richtlijn inzake misleidende reclame, dus in dat opzicht is er niet veel nieuws. De richtlijn kan, behalve tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, ook nopen tot aanpassing van systemen van zelfregulering.

Deze richtlijn past qua vorm en opzet in de huidige tendens van 'kaderrichtlijnen'. De communautaire wetgever wil af van verticale, specifieke, regelgeving, en kiest steeds vaker voor een horizontale

³⁹ Toch kunnen in de praktijk lastige vragen rijzen. Stel de Nederlandse handelaar A verzet zich tegen een op Nederlandse consumenten gerichte handelspraktijk van de Britse aanbieder B, die op grond van de richtlijn niet als oneerlijk kan worden aangemerkt. Dat zou moeten betekenen dat B goed zit. Ik sluit echter niet uit dat A kan betogen dat de handelspraktijk (mogelijk jegens de consument in orde is, maar) tegenover hem als concurrent om bepaalde redenen toch onrechtmatig is. En omdat de richtlijn op B2B niet van toepassing is, zou art. 4 niet in stelling kunnen worden gebracht.

⁴⁰ In die zin uitdrukkelijk art. 3 lid 3. Dat geeft ook weer enige hoop tegen de speeltjes in de chips.

⁴¹ Zie art. 4 lid 1: 'Op het gebied dat door deze richtlijn wordt aangepast, hoeven handelaren alleen te voldoen aan de nationale bepalingen van de lidstaat waar zij gevestigd zijn. De lidstaat waar de handelaar gevestigd is, ziet toe op naleving.'

⁴² Het oorsprongslanbeginsel ontleent zijn praktisch effect aan het daarmee verbonden beginsel van wederzijdse erkenning. Die erkenning ziet op de rechtmatigheid van een praktijk of gedraging in de lidstaat van oorsprong. In het geval er alleen een vrijverkeerbepaling is, zoals in art. 4, wordt niet de rechtmatigheid van de praktijk in het land van oorsprong erkent, maar het feit dat de praktijk in overeenstemming is met de voorschriften van de richtlijn. Dat gaat dus minder ver.

⁴³ Het is ook geen toeval dat het oorsprongslanbeginsel niet voorkomt in aanverwante richtlijnen die in totale harmonisatie voorzien, zoals Richtlijn 2002/65/EG en Richtlijn 2003/33/EG inzake tabaksreclame (*Pb. L* 152/16).

⁴⁴ Zie bijlage II, punten 1 en 2, bij het openbare proces-verbaal van de Raadsvergadering van 17 en 18 mei 2004. Er is een verklaring van de Commissie en een gezamenlijke verklaring van het VK, Nederland, Luxemburg en Estland. Was Ierland geen voorzitter was geweest, dan had het zich daarbij denk ik aangesloten.

⁴⁵ *Pb.* 1993, L 95/29.

aanpak. Voorbeelden zijn de Richtlijn elektronische handel,⁴⁶ de Algemene richtlijn over aanbestedingsrecht,⁴⁷ de concept-richtlijn betreffende de erkenning van beroepskwalificaties,⁴⁸ het voorstel voor de Dienstenrichtlijn, maar bijvoorbeeld ook het begin 2004 aangenomen nieuwe pakket over levensmiddelenhygiëne.⁴⁹ De niet-gedefinieerde term 'kaderrichtlijn' suggereert dat de EG alleen maar een raamwerk en wat algemene beginselen neerzet. De werkelijkheid is dat veelal zeer gedetailleerde regels worden gesteld (soms in bijlagen), zoals de onderhavige richtlijn aantoont, of dat algemene begrippen worden gehanteerd die zeer diep ingrijpen in de rechtsorde van de lidstaten, zoals bij het voorstel voor de Dienstenrichtlijn. Kaderrichtlijnen nopen vaak tot doorlichting en aanpassing van een relatief groot aantal nationale wetten en kunnen vanuit dat perspectief minder verkieslijk zijn. Misschien zegt het hier gebezigde begrip kaderrichtlijn nog wel het meest over de ambities van de opstellers ervan.⁵⁰

Met dit soort kaderrichtlijnen wordt soms ook getracht tegenstrijdige desiderata te verzoenen: enerzijds mag de communautaire wetgever vanwege de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit niet meer doen dan strikt nodig, anderzijds roept de industrie om totale harmonisatie en dat levert vrijwel per definitie gedetailleerde voorschriften op. Die spanning is ook voelbaar bij de twee stromingen die binnen Europa op het consumentenrecht inwerken en die binnen de Commissie hun vaste spreekbuis hebben. Enerzijds de stroming die consumentenbescherming op een zo hoog mogelijk plan wil brengen en als aanpak de vertrouwde methode van harmonisatie van wetgeving verkiest. Anderzijds de stroming die aanbieders zo veel mogelijk vrij spel wil geven en deregulering op basis van wederzijdse erkenning wil afdwingen, waarbij gedragscodes het surrogaat vormen voor harmonisatie. De verbinding tussen beide stromingen ligt in de aanname dat de Europese markt er als een lappendeken uitziet en dat industrie en consument belang hebben bij meer duidelijkheid en rechtszekerheid. Dit gemeenschappelijk uitgangspunt heeft deze richtlijn over oneerlijke handelspraktijken mogelijk gemaakt. De richtlijn bevat een forse hoeveelheid harmonisatie, maar impliciet ook een stuk liberalisering. Zij vormt al met al een fraai compromis tussen beide benaderingen.

⁴⁶ Richtlijn 2000/31/EG, *Pb.* 2000, L 178/1.

⁴⁷ Richtlijn 2004/18/EG, *Pb.* 2004, L 134/14.

⁴⁸ COM(2002) 119, *Pb.* 2002, C 181. Op 23 december 2004 heeft de Raad over het voorstel een gemeenschappelijk standpunt vastgesteld.

⁴⁹ Zie Verordeningen (EG) nr. 852/2004, 853/2004 en 882/2004, *Pb.* 2004, L 139 van 30.04.2004.

⁵⁰ Het begrip kan ook in andere, meer eigenlijke, zin worden gebruikt. Ik denk dan aan een richtlijn waar andere, specifieke richtlijnen, onder kunnen worden gehangen. Voorbeelden zijn te vinden bij milieu en arbeidsomstandigheden. Of een richtlijn die de kapstok vormt voor een pakket richtlijnen, in het Frans wel aangeduid als *directive chapeau*. Bekend voorbeeld is de Kaderrichtlijn 2002/21/EG bij het nieuwe regelgevingskader voor elektronische communicatiediensten (*Pb.* 2002, L 108/33).