

IER 2018/36

RECHTBANK DEN HAAG

28 februari 2018

(Mr. P. Glazener)

m.nt. R.W. de Vrey

Smienk/Otolift

Mededelingen die uitsluitend afbrekend zijn ten aanzien van producten of diensten van een concurrent zijn geen (oneerlijke) handelspraktijken (artikel 6:193a en 6:193c BW). Wel sprake van ongeoorloofde vergelijkende reclame (artikel 6:194c BW):

54 Zie o.a. de bede bij de troonrede, de bepalingen in de Zondagswet ter bescherming van de kerkdienst, het randschrift op de Nederlandse euro-munten en het gebed voorafgaand aan raadsvergaderingen in sommige gemeenten.

55 Daniël Haije & Herman Speyart zijn beiden advocaat te Amsterdam, bij respectievelijk Hoogenraad & Haak en NautaDutilh. Daniël Haije is als raadsman betrokken geweest bij een aantal van de in deze noot genoemde zaken voor het CvB en de RCC.

audio-opnames van telefoongesprekken met medewerkers Otolift kunnen als bewijs dienen van mededelingen Otolift. Smienk heeft voldoende onderbouwd dat de uitlatingen van Otolift de goede naam van Smienk aantasten en/of kleinerend zijn over haar producten en diensten. Het verweer van Otolift dat de uitlatingen waar zijn is niet voldoende onderbouwd.

Art. 6:193a BW, 6:193c BW, 6:194a BW, 6:162 BW

nr. C/09/533119 / HA ZA 17-564

De besloten vennootschap SMIENK TRAPLIFTEN B.V.,

gevestigd te Nunspeet,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. M.Ch. Kaaks te Amsterdam,

tegen

De besloten vennootschap OTOLIFT TRAPLIFTEN B.V.,

gevestigd te Bergambacht, gemeente Krimpenerwaard,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. D.J.W. Feddes te Alphen aan den Rijn.

Partijen zullen hierna Smienk en Otolift genoemd worden.

1. De procedure

(...)

2. De feiten

2.1. Smienk is opgericht in 2015 en legt zich toe op de verkoop en montage van tweedehands trapliften.

2.2. Otolift is een langer bestaande producent van trapliften, die zij ook monteert. Een zustervenootschap van Otolift, TipTop Trapliften, verkoopt tweedehands Otolift trapliften.

2.3. In 2015 heeft Otolift een klacht ingediend bij de Reclame Code Commissie tegen het gebruik door Smienk van de slogan "de nr. 1 in gebruikte trapliften". Deze klacht is in hoger beroep bij beslissing van het College van Beroep van 30 juni 2015 afgewezen.

2.4. In 2016 is Otolift een procedure begonnen tegen Smienk bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland, naar aanleiding van reclame-uitingen van Smienk waarin Smienk adverteerde met een garantie van vijf jaar voor door haar geplaatste trapliften. Ter beëindiging van deze procedure hebben Otolift en Smienk een vaststellings-overeenkomst gesloten die is vastgelegd in een proces-verbaal van 20 mei 2016. In deze vaststellingsovereenkomst zijn Otolift en Smienk onder meer het volgende overeengekomen:

"1. Smienk zegt toe dat zij in externe advertenties waarin geadverteerd wordt met vijf jaar garantie steeds zichtbaar het voorbehoud maakt in combinatie met onderhoud. 2. Smienk houdt de toevoeging "standaard" in combinatie met vijf jaar garantie definitief verwijderd van haar website (...)."

2.5. Op 7 juni 2016 hebben Otolift en Smienk een nieuwe vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin zij naast de beëindiging van de procedure bij de rechtbank Gelderland ook twee nieuwe klachtprocedures van Otolift tegen Smienk bij de Reclame Code Commissie hebben beëindigd. In deze vaststellingsovereenkomst zijn Otolift en Smienk onder meer het volgende overeengekomen:

“1. Smienk zegt toe dat zij in externe advertenties waarin geadverteerd – wordt met “vijf jaar garantie”, steeds zichtbaar (al dan niet door middel van een asterisk (*)) het voorbehoud maakt “i.c.m. onderhoud”, alsmede dat zij de door haar geadverteerde vijf jaar garantie niet vergezeld laten gaan door de toevoeging “standaard”; (...)

2.6. In een transcript van een telefoongesprek van Smienk met een (potentiële) klant van Smienk, mevrouw [A], is onder meer het volgende opgenomen:

“[A]: (...) Nou ik had ook nog een verkoopgesprek gepleegd met een concurrent van jullie, Otolift, en die heb ik geprobeerd om die af te zeggen en daar kreeg ik een heel verhaal over “U moet beslist niet met Smienk in zee want onbetrouwbaar.” Ik schrik daar eerlijk gezegd nogal van dat dat zo gaat, zeg maar.(...) Smienk: Nou, fijn dat u ons belt hoor. We horen dit dus meer dat Otolift dat over ons, op die manier onze klanten probeert te overtuigen om niet voor ons te kiezen dan geven ze argumenten die werkelijk nergens op slaan en niet op waarheid berusten. (...) [A]: (...) Wat ik gehoord heb is dat als montage, als de rail niet helemaal vastgemaakt kan worden dan worden blokjes eronder geplaatst om het toch voor elkaar te krijgen of zoiets, in elk geval: dan wordt het er niet veiliger op. [A]: ja ik heb zoiets van ja wat moet ik ermee, ik heb er gewoon een goed gevoel bij en eh ja kijk wat dat betreft zitten ze bij mij, spelen ze wel op de juiste snaar in de zin van ja eh veiligheid want ja dat is belangrijk. (...)”

2.7. Volgens een transcript van een telefoongesprek van Smienk met een andere (potentiële) klant, mevrouw De Vrede, heeft deze klant gezegd dat Otolift haar heeft voorgehouden dat zij (Otolift):

“(...) mensen wel eens huilend aan de lijn hebben omdat ze een onveilig gevoel hebben omdat ze de lift niet durven te gebruiken omdat de blokjes niet goed zitten, Smienk geen maatwerk levert en de trapliften passend maakt met blokjes, die kunnen los gaan of die helemaal niet passend zijn.”

2.8. Een directielid van Smienk, [K] (hierna: [K]) heeft onder een gefingeerde naam namens een (potentiële) klant, mevrouw [E], telefonisch contact opgenomen met Otolift, waarbij hij heeft aangegeven dat deze klant kiest voor Smienk. In het transcript van dat telefoongesprek is onder meer het volgende opgenomen:

“Otolift: Oh kijk daarmee uit. Ik heb het nog eventjes aan mevrouw zelf aangegeven, mevrouw [E], dat er heel veel handel is in deze branche. [K]: ja. Otolift: je hebt nu dan in ieder geval te maken gehad met een rechtstreekse fabrikant en ik heb haar ook gewaarschuwd voor handelaren die via Marktplaats verkopen en ja Smienk is er daar één van. Ja ik geef jullie alleen een waarschuwing. Wij zijn in een aantal rechtszaken met Smienk. [K]: ja. Otolift: omdat zij ja om maar een heel klein voorbeeld te geven: zij zijn een tweemansbedrijf waar geen service achter staat. Zij kopen tweedehands liften op van Marktplaats die zij niet kunnen servicen. Dus eigenlijk op een moment als er een probleem is, dan moeten zij, als er een mankement is, moeten zij van Marktplaats een lift gaan kopen om het mankement te kunnen verhelpen en ja daardoor komen heel veel belanghebbenden komen terecht bij de fabrikanten. Er staat natuurlijk een merk op de stoel en op een moment als zij dan bij ons terechtkomen, ja dan gaan .wij vragen van ja deze traplift die stond daar en daar. Die staat nu bij u, van wie hebt u die gekocht? En daardoor komen de mensen extra kosten te maken waardoor hun niet op dat moment geholpen kunnen worden waarin de fabrikanten, zoals Otolift, ja de mensen wel willen gaan helpen, maar wel met extra kosten komen. Wij willen eigenlijk als koopfabrikant willen we dat zo'n firma, laten we het zo zeggen, dat die eigenlijk stopt want die geeft alleen maar. Wij hebben liften gezien, nou het is schandalig hoe ze dat op de trap neerzetten, omdat zo'n rail 9 keer van 10 op zo'n trap met bochten niet past. Dus aan elkaar vast te solderen met frustjes proberen ze dat een beetje op een trap vast te krijgen. Met alle gevolgen van dien. [K]: zo dat vind ik niet fijn om te horen. Otolift: nee, maar ja. Daar staat Smienk bekend om. [K]: u zei een tweemans bedrijf, maar het is toch best een groot bedrijf Otolift: ja daar lijkt het op, maar hun kunnen die service niet verlenen. Hun verkopen wel liften, maar dat doen ze van Marktplaats. Ze hebben plaatjes van ja. [K]: ja? Otolift: ja op hun telefoon laten ze wel eens wat zien. Ze geven ook heel snel een prijs aan, maar goed weet u ook wat u krijgt? Hebt u een duidelijke offerte waarin alles staat? Hoeveel maanden garantie hebt u? Ik zie 3 maanden voorbij komen en ik vraag soms wel eens aan een klant van hé laat dat eens zien. (...) Ik heb zelfs, en dan mag u over nadenken, ik heb zelfs de garantie inmiddels, want ik heb er nu al een paar gehad, dat wij eventueel, en dat moet ik wel overleggen uiteraard, maar dat ik eventueel de traplift voor dezelfde prijs mag leveren als waar nu Smienk hem voor levert. Alleen om te voorkomen dat u straks nog meer ellende. [K]: nou dat is, wat die prijs is? Otolift: de laagste prijs garantie. Ja nou puur om deze man te laten stoppen omdat deze zoveel narigheid bezorgt. Wij willen de mensen helpen natuurlijk, dat nou kijk wij hebben 80 monteurs rijden in Nederland. Die service kunnen wij wel verlenen. Wij kunnen ook in principe, maar ja dan moet ik gewoon overstag. Want ik weet gewoon hoe mijn werkgever gaat. Ja nee wat dan ook kost wat kost. Nou dan wil ik wel een offerte zien

waarin, want meestal hebben ze prijzen tussen vier en vijfduizend euro zo'n beetje (...)"

2.9. Recherchebureau de Koter B.V. (hierna: RBDK) heeft in opdracht van Smienk onderzocht of Otolift bij monde van haar medewerkers in het contact met potentiële klanten afbrekende mededelingen doet over Smienk en/of waarschuwt voor Smienk dan wel anderszins schade toebrengt aan het imago van Smienk bij consumenten. RBDK heeft in een telefoongesprek met Otolift op 5 april 2017 informatie opgevraagd over een traplift. Na een prijsindicatie van Otolift heeft RBDK aangegeven dat deze prijs een stuk hoger was dan een andere offerte. Volgens het rapport van RBDK is in dit telefoongesprek daarop het volgende gezegd:

"Otolift: mag ik vragen bij welk bedrijf u die offerte heeft gekregen? RBDK: dat is Smienk. Otolift: Ok, ja, ja. Het is niet mijn stijl om collega bedrijven daarin af te vallen maar wij horen hele slechte berichten over de firma Smienk. Wij hebben gewoon mensen aan de telefoon, die de traplift hebben gekocht bij Smienk, ja, wat niet veilig is. RBDK: Ok? Otolift: wij passen namelijk ook in het geval van een tweedehands de rail aan, aan de trap en de firma Smienk past de trap aan, aan de rail en dat wil zeggen dat er met blokjes gewerkt wordt waardoor er soms echt onveilige situaties ontstaan. Het vervelende is dat zij ook Otolift trapliften gebruiken, die zij via Marktplaats opkopen en die mensen komen dan bij ons terecht. Dan kan het nog wel eens zijn dat goedkoop wordt duurkoop, omdat het onveilig is en ze geen vertrouwen meer hebben in de traplift, dat er dan toch een andere gaat komen. Dus daarin wil ik u toch wel voor behoeden. RBDK: dus eigenlijk zegt u, Smienk is niet zo vertrouwd. Otolift: nee, wat wij meekrijgen niet. Ik moet u eerlijk zeggen, ik geloofde de verhalen ook niet helemaal. Het gaat echt om oudere mensen, ik kon me dat niet voorstellen, maar ik ben zelf ook op internet gaan kijken daarna. Er staan ook zeker goede berichten op, maar de berichten die ik gelezen heb waren niet echt heel positief. Mensen schaffen een traplift aan omdat er onveilige situaties bestaan en als er dan door een traplift ook gevaarlijke situaties ontstaan, dat vind ik niet kunnen. Heeft u een ogenblik, ik moet even wat navragen voor u. Otolift: ik heb overlegd met een collega en wij kunnen u wel tegemoet komen in de prijs in vergelijking met de offerte van Smienk. RBDK: dus over de prijs zal nog te praten zijn. Otolift: ja, dat laat ik aan mijn adviseur over maar dat kan."

2.10. In een brief van 5 december 2016 aan een (potentiële) klant schrijft Smienk onder meer het volgende:

"(...) Bedankt voor uw interesse. Met deze brochure helpen we u graag verder in uw zoektocht naar de beste traplift. (...) Uiteraard staat de veiligheid van uw traplift voorop. Daarom krijgt u op een traplift van Smienk Trapliften standaard 5 jaar garantie. (...)"

2.11. In een artikel in het Financieele Dagblad van 7 april 2017 wordt Erik Smienk, directeur/aandeelhouder van Smienk, als volgt geciteerd:

"Bij het driejarig bestaan vorig jaar vierden we de plaatsing van traplift nummer 7500".

3. Het geschil in conventie

3.1. Smienk vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. voor recht te verklaren dat Otolift onrechtmatig heeft gehandeld ex artikel 6:162 BW jegens Smienk en/of jegens haar ongeoorloofde mededinging bedrijf door misleidende en/of onjuiste en/of afbrekende mededelingen te doen over Smienk tegenover klanten;
- II. te bevelen dat Otolift zich met onmiddellijke ingang onthoudt van het doen van mededelingen over Smienk en evenzo van zodanige mededelingen dat de consument deze zou kunnen opvatten als mededelingen over Smienk, met de strekking: – dat door Smienk geplaatste trapliften onveilig zijn; en/of – dat Smienk slechts een tweemansbedrijf is dat geen service kan bieden; en/of mededelingen die eiseres zwart maken en/of diskwalificeren.
- III. Otolift te veroordelen op de website www.otolift.nl de hierna volgende rectificatie tekst te plaatsen binnen drie dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis, in lettertype Arial, minimale lettergrootte 12, vetgedrukt, duidelijk leesbaar in zwarte tekst op een witte achtergrond omlijnd kader zonder wijziging, toevoeging of commentaar, zodanig dat de rectificatie tekst schermvullend zichtbaar is op schermen met een resolutie tussen 1024 * 768 pixels en 1920 * 1080 pixels, en dat deze rectificatie bij ieder bezoek aan de website in een pop-up venster zal worden getoond gedurende een termijn van zes weken:

RECTIFICATIE

inzake Smienk Trapliften B.V.

Bij vonnis van DATUM heeft de rechtbank Den Haag vastgesteld dat Otolift in verkoopsgesprekken met potentiële klanten ten onrechte afbrekende mededelingen heeft gedaan over de producten en de werkwijze van onze concurrent Smienk Trapliften. De rechter heeft geoordeeld dat dit tegenover Smienk Trapliften onrechtmatig is en heeft ons bevolen deze mededeling op onze website openbaar te maken.

Otolift

de directie

- IV. te bevelen dat Otolift bij het niet of niet volledig of niet geheel nakomen van het onder II. en III. genoemde bevel aan Smienk een direct opeisbare dwangsom verschuldigd is van € 5000,- voor iedere keer dat Otolift niet of niet volledig nakomt, met een maximum van € 250.000,-
- V. Otolift te veroordelen tot vergoeding van materiële schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens

de wet; VI. Otolift te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de nakosten, een en ander te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis.

3.2. Tijdens de comparitie heeft Smienk de vordering onder V. tot vergoeding van schade op te maken bij staat ingetrokken en de rechtbank verzocht de schade in deze procedure te begroten.

3.3 Otolift voert verweer.

3.4 Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.5. Otolift vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. Smienk te veroordelen onmiddellijk na betekening van het vonnis de (onrechtmatige) uitingen met betrekking tot de misleidende garantie te verwijderen en verwijderd te houden;
- II. Smienk te bevelen zich alsnog per direct te houden aan de vaststellingsovereenkomst van 7 juni 2016 en zich daaraan te blijven houden;
- III. Smienk te bevelen met onmiddellijke ingang na betekening van het vonnis op de homepage van haar website een maand lang een rectificatie te plaatsen in een normaal lettertype en grootte in een onderscheidend kader, met uitsluitend de navolgende inhoud, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen inhoud en termijn:

“Geachte klant, relatie,

Wij hebben geadverteerd met een (standaard) garantietermijn van vijf jaar welke uiting onterecht en onjuist is, omdat niet (duidelijk) is vermeld dat hiervoor eerst een apart onderhoudscontract dient te worden afgesloten en betaald. Tevens hebben wij (in Het Financieele Dagblad) beweerd dat wij in drie jaar 7500 trapliften hebben geplaatst. Dit is echter niet waar. De rechter heeft ons bevolen de uitingen te rectificeren.

Met vriendelijke groet,

Het bestuur van Smienk Trapliften”

IV. Smienk te veroordelen tot betaling aan Otolift van een direct opeisbare dwangsom ten bedrage van € 20.000,- per overtreding van het gevorderde onder I en/of II en/of III, evenals € 5.000,- voor elke dag of deel daarvan dat de overtreding voortduurt, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen dwangsom;

V. Smienk te veroordelen tot betaling aan Otolift van de buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf zeven dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag van voldoening;

VI. één en ander met veroordeling van gedaagden in reconventie in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf zeven dagen na betekening van dit vonnis tot aan de dag van voldoening.

3.6 Smienk voert verweer.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling in conventie

4.1. Otolift heeft voor alle weren een beroep gedaan op de niet-ontvankelijkheid van de vorderingen van Smienk, omdat de dagvaarding is uitgebracht aan Otolift Ooms B.V. en dat een niet bestaande vennootschap is. De rechtbank gaat aan dit beroep op niet-ontvankelijkheid voorbij. Met Smienk is de rechtbank van oordeel dat het voor Otolift (Trapliften B.V.) evident moet zijn geweest dat sprake was van een verschrijving en dat de vorderingen van Smienk tegen haar waren gericht. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de dagvaarding is uitgebracht aan Otolift Ooms B.V., handelend onder de naam “Otolift Trapliften”, op het adres waar Otolift (Trapliften B.V.) is gevestigd. Verder is de gedaagde vennootschap nader omschreven in randnummer 2 van de dagvaarding, waarbij is verwezen naar een uittreksel uit het handelsregister van Otolift (Trapliften B.V.) dat als productie 3 bij de dagvaarding is overgelegd. Bovendien heeft Otolift (Trapliften B.V.) verweer gevoerd tegen de vorderingen van Smienk. Otolift is dus door de kennelijke verschrijving in de dagvaarding niet in haar verdediging geschaad. In die omstandigheden heeft zij geen in rechte te respecteren belang bij haar beroep op de onjuiste naamsvermelding in de dagvaarding.

4.2 Smienk heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat Otolift onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld in de zin van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW), door afbrekende mededelingen te doen over (de producten van) Smienk. Daarnaast heeft Otolift zich volgens Smienk met deze afbrekende mededelingen schuldig gemaakt aan een oneerlijke, want misleidende handelspraktijk als bedoeld in artikel 6:193c BW, en aan vergelijkende reclame die niet geoorloofd is op grond van artikel 6:194a, tweede lid BW.

4.3. Het begrip “handelspraktijk” in artikel 6:193c BW is gedefinieerd in artikel 6:193a, eerste lid onder d BW als: “iedere handeling, omissie, 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”. De betekenis van het woord “rechtstreeks” in dit verband kan worden afgeleid uit de Europese richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken, waarvan de artikelen 6:193a en 6:193c BW naast andere bepalingen de uitwerking zijn (Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, PbEU L149 van 2005, hierna: OHP richtlijn). Volgens overweging 6 van de considerans van de OHP richtlijn harmoniseert de richtlijn de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken “(...) die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden (...)”, en is de richtlijn niet van

toepassing op nationale wetgeving betreffende oneerlijke handelspraktijken “die alleen de economische belangen van concurrenten schaden (...)”. Uit een en ander volgt dat mededelingen die uitsluitend afbrekend zijn ten aanzien van producten of diensten van een concurrent, geen (oneerlijke) handelspraktijk in voornoemde betekenis vormen, omdat zij de economische belangen van consumenten hoogstens onrechtstreeks schaden, en als zodanig geen rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten. De door Smienk aan Otolift verweten gedragingen bestaan uitsluitend uit afbrekende mededelingen over de producten en diensten van Smienk, en vallen dus niet binnen het toepassingsgebied van de artikelen 6:193a en 6:193c BW.

4.4. De uitlatingen van Otolift kunnen wel worden beschouwd als vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a BW. Daaronder wordt volgens het eerste lid van dit artikel verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd. Afbrekende mededelingen over de producten of diensten van een concurrent vallen binnen het toepassingsgebied van deze bepaling, ook al wordt daarbij niet uitdrukkelijk een vergelijking gemaakt met de eigen producten of diensten. Dat volgt uit de tekst van deze bepaling, waar die eis niet wordt gesteld. Het ligt ook voor de hand om die eis niet te stellen, nu vergelijkingen met de eigen producten of diensten ook besloten kunnen liggen in afbrekende mededelingen over de producten of diensten van een concurrent. Otolift heeft nog ontkend dat zij concurrentie van Smienk ondervindt, omdat Smienk tweedehands en Otolift nieuwe trapliften aanbiedt. De tweedehands trapliften van Smienk concurreren echter wel degelijk met de nieuwe trapliften van Otolift, aangezien consumenten die kiezen voor een tweedehands traplift van Smienk, ook voor een nieuwe traplift van Otolift zouden kunnen kiezen, en omgekeerd. Dat wordt bevestigd in de hiervoor in rechtsoverweging 2.6 e.v. aangehaalde telefoongesprekken met klanten.

4.5. Artikel 6:194a BW geeft eveneens uitvoering aan een Europese richtlijn (Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende en vergelijkende reclame, PbEU L376 van 2006, hierna: de Reclamerichtlijn). De Reclamerichtlijn behelst een maximumharmonisatie, in die zin dat de lidstaten vergelijkende reclame die geoorloofd is op grond van deze richtlijn niet mogen verbieden. De rechtbank zal hierna nagaan of sprake is van (on)geoorloofde vergelijkende reclame op grond van artikel 6:194a BW. Het resultaat van die beoordeling bepaalt of de door Smienk aan Otolift verweten afbrekende mededelingen een onrechtmatige daad opleveren. De rechtbank voegt hier nog aan toe dat mededelingen in telefoongesprekken (vergelijkende) reclame kunnen opleveren; artikel 6:194a BW stelt in navolging van de definitie van “reclame” in artikel 2 onder a) van de Reclamerichtlijn geen openbaarmakingseis.

4.6. Uit artikel 6:194a, tweede lid onder e) BW volgt dat mededelingen die de goede naam schaden van, of kleinerend zijn over, de producten of diensten van een concurrent,

ongeoorloofd zijn. Smienk heeft haar stelling dat Otolift zich schuldig heeft gemaakt aan dergelijke mededelingen, onderbouwd met opnames van een aantal telefoongesprekken. Otolift heeft een aantal redenen aangevoerd waarom deze opnames niet als bewijs kunnen dienen, die de rechtbank hierna zal bespreken.

4.7. Volgens Otolift is dit bewijs onrechtmatig verkregen, omdat de personen met wie of namens deze gesprekken zijn gevoerd, geen toestemming hebben gegeven om deze telefoongesprekken op te nemen. Voor zover Smienk door het opnemen van deze gesprekken in strijd heeft gehandeld met de wet- en regelgeving op het gebied van privacy, kan Otolift zich daar echter niet op beroepen, nu deze wetgeving niet strekt ter bescherming van haar belangen. De opnames van de telefoongesprekken kunnen dus ten opzichte van Otolift als bewijs dienen.

4.8. Otolift heeft verder aangevoerd dat uit de gesprekken van Smienk met mevrouw [A] en mevrouw De Vrede niet volgt dat de genoemde mededelingen daadwerkelijk door medewerkers van Otolift zijn gedaan. Wat mevrouw [A] en mevrouw De Vrede aan Smienk hebben verteld over hun gesprekken met de medewerkers van Otolift komt echter geloofwaardig op de rechtbank over. Mogelijk hebben beide dames in hun telefoongesprekken met Smienk de inhoud van hun gesprekken met medewerkers van Otolift niet exact weergegeven, maar het is voldoende vast komen te staan dat zij aan de gesprekken met de medewerkers van Otolift de indruk hebben overgehouden dat de producten van Smienk volgens Otolift onveilig zijn. Daarbij staan deze gesprekken niet op zichzelf, maar heeft Smienk daarnaast nog opnames overgelegd van gesprekken met medewerkers van Otolift zelf, die met die medewerkers gevoerd zijn door [K] en door RBDK. Ook in die gesprekken stellen de medewerkers van Otolift dat Smienk gebruikte trapliften op gebrekkige wijze aanpast aan de situatie bij de klant en daardoor onveilige situaties ontstaan. Mede op grond van deze gesprekken kan naar het oordeel van de rechtbank worden aangenomen dat Otolift in gesprekken met klanten afbrekende mededelingen over Smienk heeft gedaan.

4.9. Volgens Otolift heeft Smienk nagelaten om in de transcripties van de gesprekken bepaalde afbrekende mededelingen gedaan door medewerkers van Smienk te vermelden. Het kan in het midden blijven hoe deze mededelingen moeten worden gekwalificeerd; ook als deze mededelingen onrechtmatig jegens Otolift zouden zijn, kan dat niet afdoen aan de gestelde onrechtmatigheid van de mededelingen van Otolift.

4.10. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de opnames van de telefoongesprekken, in onderlinge samenhang beschouwd, dus als bewijs van de gedane of weergegeven mededelingen dienen. De volgende vraag is of deze mededelingen (on)geoorloofd zijn op grond van artikel 6:194a, tweede lid onder e) BW. In dat verband rust op Smienk slechts de stelplicht dat de uitlatingen van Otolift denigrerend zijn ten opzichte van Smienk in de zin van deze bepaling. Uit artikel 6:195 BW volgt dat Otolift vervolgens moet bewijzen dat de uitlatingen juist, volledig of anderszins geoorloofd zijn. In dat verband is niet van belang, zoals

Otolift heeft gesteld, dat de uitlatingen zijn gedaan in antwoord op vragen van klanten. Ook dan moeten de uitlatingen, als zij denigrerend zijn ten opzichte van Smienk, juist, volledig of anderszins geoorloofd zijn.

4.11. Smienk heeft naar het oordeel van de rechtbank voldoende onderbouwd dat de uitlatingen van Otolift de goede naam aantasten van en/of kleinerend zijn over haar producten en diensten. Dat blijkt immers uit de opnames van de telefoongesprekken, waarin medewerkers van Otolift stellen dat je moet uitkijken met Smienk, Smienk de door haar geplaatste trapliften niet kan “servicen”, Smienk onzorgvuldig te werk gaat bij het plaatsen van trapliften en de door Smienk geplaatste trapliften onveilig zijn.

4.12. Otolift heeft gesteld dat deze mededelingen waar zijn. In dat verband heeft zij onder meer aangevoerd dat de trapliften van Smienk onveilig geïnstalleerd worden met steuntjes, te hoog over de trap lopen of te ver uit de muur staan. Daarmee heeft zij echter niet het vereiste bewijs geleverd. Zelfs als in de door Otolift genoemde gevallen sprake is van gebrekkige of onveilige installatie van de trap liften, dan nog rechtvaardigt dat niet de gedane uitlatingen van Otolift, die erop neerkomen dat de installatie van trapliften door Smienk in het algemeen tekort schiet en tot onveilige situaties leidt. Dat heeft Otolift niet kunnen onderbouwen. Tijdens de comparitie van partijen heeft de heer [K], salesmanager van Smienk, dan ook erkend dat de trapliften van Smienk niet in alle gevallen onveilig zijn.

4.13. Bij deze stand van zaken komt de rechtbank niet toe aan nadere bewijslevering. De slotsom is dat de uitlatingen van Otolift niet geoorloofd zijn op grond van artikel 6:194a, tweede lid onder e) BW. Daarmee zijn deze uitlatingen onrechtmatig. Dat betekent dat de door Smienk gevorderde verklaring voor recht in beginsel kan worden toegewezen, in de vorm zoals hierna vermeld. De gevorderde rectificatie is eveneens toewijsbaar, waarbij de rechtbank de eisen gesteld aan de vormgeving van de rectificatie en de gevorderde dwangsom zal aanpassen zoals hierna vermeld.

4.14. Smienk heeft verder gevorderd om te bevelen dat Otolift zich onthoudt van mededelingen met de strekking dat de door Smienk geplaatste trapliften onveilig zijn en/of Smienk slechts een tweemansbedrijf is dat geen service kan bieden, en/of van mededelingen die Smienk zwart maken of diskwalificeren. Zoals de rechtbank tijdens de comparitie heeft opgemerkt, is het gevorderde bevel te algemeen om te kunnen worden toegewezen. In individuele gevallen waarin daadwerkelijk is gebleken dat de service van Smienk tekortschiet of de door Smienk geplaatste trapliften onveilig zijn, moet het Otolift vrij staan om zich daarover uit te laten. De gevorderde schadevergoeding zal de rechtbank eveneens afwijzen. Het is mogelijk dat Smienk als gevolg van de onrechtmatige uitlatingen van Otolift omzet heeft gederfd. Smienk heeft de gestelde omzetzerving echter op geen enkele wijze onderbouwd. Zij geeft zelf aan dat deze omzetzerving moeilijk valt in te schatten. Op die basis is de rechtbank niet in staat de schade van Smienk te begroten.

4.15. Als de hoofdzakelijk in het ongelijk gestelde partij zal Otolift worden veroordeeld in de proceskosten, die

tot op heden aan de zijde van Smienk als volgt worden begroot: – kosten deurwaarder: € 80,42 – griffierecht: € 618,- – salaris advocaat: € 904,- (2 punten x tarief € 452,-) Totaal: € 1.602,42 Een veroordeling tot betaling van de zogeheten nakosten kan achterwege blijven, nu de in het dictum op te nemen kostenveroordeling ook voor deze kosten een executoriale titel oplevert (vgl. onder meer Hoge Raad 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116).

in reconventie

4.16. Otolift heeft aan haar vorderingen in reconventie ten grondslag gelegd dat Smienk nog steeds adverteert met een standaard garantie voor vijf jaar zonder het voorbehoud “in combinatie met onderhoud”, en dat deze advertenties in strijd zijn met de vaststellingsovereenkomst van 7 juni 2016 (hierna: de vaststellingsovereenkomst) en misleidend zijn. Verder stelt Otolift dat Smienk in een interview in het Financieele Dagblad in strijd met de waarheid heeft beweerd dat zij in drie jaar 7500 trapliften heeft geplaatst. Volgens Otolift is dit misleidend voor consumenten.

4.17. Ter onderbouwing van haar stelling dat Smienk adverteert met een standaard garantie voor vijf jaar zonder het voorbehoud “in combinatie met onderhoud” heeft Otolift enkele klachten van klanten alsmede een aantal voorbeelden van advertenties en andere reclameuitingen van Smienk overgelegd.

4.18. De klachten van klanten dateren van vóór de vaststellingsovereenkomst (producties 14 en 29 van Otolift) of hebben betrekking op andere onderwerpen dan de garantie (producties 22, 23, 25 en 28 van Otolift). Van enkele reclame-uitingen staat niet vast dat zij van vóór de vaststellingsovereenkomst dateren (producties 16, 20 en 21 van Otolift). Productie 30 is een foto van de homepage van Smienk. Smienk heeft onweersproken gesteld dat overal waar de garantie op de website wordt genoemd, een link is geplaatst naar de garantievoorwaarden (waaronder de voorwaarde dat de vijfjaarsgarantie alleen geldt in combinatie met onderhoud). Producties 19 en 26 zijn uitdraaien van websites van derden waarop trapliften van Smienk worden aangeboden met vermelding van de vijfjaarsgarantie zonder de voorwaarde “in combinatie met onderhoud”. Tegenover de betwisting van Smienk dat deze uitlatingen van haar afkomstig zijn heeft Otolift slechts aangevoerd dat de tekst van dergelijke uitlatingen meestal door de leverancier wordt aangeleverd en dat dat hier waarschijnlijk ook door Smienk is gedaan. Daarmee heeft Otolift onvoldoende onderbouwd dat het hier gaat om uitlatingen van Smienk. Productie 15 betreft de brief van 5 december 2016 die in rechtsoverweging 2.10 is geciteerd. Daarin wordt de vijfjaarsgarantie genoemd zonder vermelding van de voorwaarde “in combinatie met onderhoud”. In de brief wordt echter verwezen naar een brochure. Smienk heeft een exemplaar overgelegd van de brochure die zij sinds juni 2016 hanteert, waarin op de voorpagina duidelijk wordt gemaakt dat de vijfjaarsgarantie geldt in combinatie met deze voorwaarde. In de advertentie die Otolift als productie 32 heeft overgelegd, wordt alleen de garantie genoemd, zonder de onderhoudsvoor-

waarde. Het betreft hier echter een advertentie van enkele regels, waarin naar de brochure wordt verwezen die, zoals Smienk heeft gesteld, sinds juni 2016 de onderhoudsvoorwaarde vermeldt. Al met al heeft Otolift haar stelling dat Smienk in strijd met de vaststellingsovereenkomst handelt, onvoldoende onderbouwd. Voor zover Smienk in deze gevallen de vaststellingsovereenkomst heeft geschonden, is deze schending in ieder geval zo gering dat zij naar het oordeel van de rechtbank het gevorderde bevel en de rectificatie niet rechtvaardigt.

4.19. Aan de stelling van Otolift dat de desbetreffende uitlatingen los van de vaststellingsovereenkomst misleidend zijn, gaat de rechtbank voorbij. Tegenover het gemotiveerde betoog van Smienk dat zij sinds juni 2016 in haar offertes, brochures, externe advertenties en op haar website vermeldt dat de vijfjaarsgarantie geldt in combinatie met onderhoud, heeft Otolift onvoldoende toegelicht waaruit de gestelde misleiding bestaat.

4.20. Met betrekking tot het interview in het Financieele Dagblad heeft Smienk aangevoerd dat de hiervoor in rechts-overweging weergegeven verwijzing naar de plaatsing van 7500 trapliften geen letterlijk citaat is, en dat (Erik) Smienk heeft gerefereerd aan 7500 klanten. Echter, ook als de heer Smienk juist is geciteerd, heeft Otolift onvoldoende toegelicht waarom deze mededeling onrechtmatig is jegens Otolift.

4.21. Nu Otolift haar vorderingen onvoldoende heeft onderbouwd zal de rechtbank het bewijsaanbod van Otolift passeren. Op grond van het voorgaande zal de rechtbank de vorderingen van Otolift in reconventie afwijzen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Otolift in de kosten worden veroordeeld, die tot op heden aan de zijde van Smienk worden begroot op € 904,- aan salaris advocaat (2 punten x tarief € 452,-).

5. De beslissing

De rechtbank:

in conventie

- verklaart voor recht dat Otolift onrechtmatig heeft gehandeld jegens Smienk door in telefoongesprekken met klanten afbrekende mededelingen te doen over Smienk;
- beveelt Otolift binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis op de homepage van haar website gedurende vier weken de volgende rectificatie te plaatsen, duidelijk zichtbaar, in een normaal lettertype en in een onderscheidend kader:

*“Bij vonnis van 28 februari 2018 heeft de rechtbank Den Haag vastgesteld dat Otolift Trapliften B.V. onrechtmatig heeft gehandeld door in gesprekken met potentiële klanten afbrekende mededelingen te doen over Smienk Trapliften B.V. De rechtbank heeft ons bevolen deze mededeling op onze website openbaar te maken.
Otolift Trapliften B.V.
de directie”*

- bepaalt dat Otolift voor iedere dag dat zij het hiervoor geformuleerde bevel niet of niet volledig nakomt, een direct opeisbare dwangsom verschuldigd is van € 5.000,- met een maximum van € 140.000,-;
- veroordeelt Otolift in de kosten van de procedure in conventie, tot op heden aan de zijde van Smienk begroot op € 1.602,42;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders gevorderde. in reconventie wijst de vorderingen van Otolift af;
- veroordeelt Otolift in de kosten van de procedure in reconventie, aan de zijde van Smienk tot op heden begroot op € 904,- aan salaris advocaat;
- verklaart dit vonnis zover het betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. De wereld van de tweedehandstrapliften schijnt een zeer competitieve te zijn. Deze procedure tussen Smienk Trapliften B.V. “Smienk” en een zusterbedrijf van Otolift Trapliften B.V. “Otolift” is daar een goed voorbeeld van. Voorafgaand aan deze rechtszaak hebben partijen al diverse procedures gevoerd voor de rechter en de Reclame Code Commissie.

2. Smienk en Otolift verkopen en monteren beiden tweedehands trapliften. Smienk beschikt over telefoongesprekken waarin (potentiële) klanten, in telefonische verkoopgesprekken met Smienk, melden dat Otolift klanten waarschuwt voor Smienk. Volgens deze klanten beweert Otolift onder andere dat Smienk slechte service levert, onbetrouwbaar is en liften onveilig monteert. Smienk doet hierna zelf onderzoek. Een directielid van Smienk belt met Otolift onder een gefingeerde naam namens een (potentiële) klant. Ook dit telefoongesprek wordt opgenomen. Vervolgens schakelt Smienk een recherchebureau in dat onderzoekt of Otolift in het contact met (potentiële) klanten afbrekende mededelingen doet over Smienk en waarschuwt voor Smienk.

3. Smienk beroept zich in de daaropvolgende procedure op art. 6:162 BW (afbrekende mededelingen), art. 6:193c BW (misleidende handelspraktijk) en art. 6:194a BW (vergelijkende reclame). In deze noot beperk ik mij tot het oordeel van de rechter dat Otolift zich niet schuldig heeft gemaakt aan een oneerlijke handelspraktijk.

4. Allereerst onderzoekt de rechter het toepassingsgebied van de artikelen 6:193a en 6:193c BW. Het toepassingsgebied van de oneerlijke handelspraktijk (OHP) regeling is al vaak aan de orde geweest in lagere rechtspraak (en literatuur).¹ Hoofdvraag is daarbij of concurrenten (bedrijven) een beroep kunnen doen op de OHP regels.

¹ Zie bijvoorbeeld M.J. Heerma van Voss, ‘Geen enkele reden (meer) om concurrenten een beroep op artikelen 6:193a-j BW te ontzeggen’, IER 2017/23, met vermelding van rechtspraak en literatuur op dit punt.

5. Ik heb al in mijn proefschrift² beschreven dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het toepassingsgebied/werkingsfeer van de richtlijn OHP en de vraag wie actiegerechtigde is (“Aktivlegitimation”). De richtlijn is, volgens art. 3, van toepassing “op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten”. Het element B2C ziet er dus op dat enkel handelingen gericht van ondernemingen jegens consumenten, binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Een reclamefolder die een onderneming stuurt aan een andere onderneming (B2B) valt aldus buiten de werkingssfeer.

6. De B2C handelspraktijk dient wel rechtstreeks verband te houden met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten (art. 2d richtlijn OHP). De richtlijn OHP en specifiek deze bepaling wordt echter, zo blijkt uit vaste rechtspraak van het HvJEU, ruim uitgelegd.³ Een reclame-uiting gericht aan een consument zal al snel rechtstreeks verband houden met verkoopbevordering.

7. Een andere vraag is wie, als sprake is van een B2C handelspraktijk, kan optreden tegen het betreffende bedrijf. Hoewel het oorspronkelijke richtlijnvoorstel hier niet in voorzag, zijn gedurende de behandeling van dit voorstel, de woorden “including competitors” toegevoegd aan art. 11 richtlijn OHP,⁴ dat ziet op de handhaving van deze richtlijn. Dit brengt met zich mee dat ook (concurrerende) bedrijven “in rechte kunnen optreden tegen [...] oneerlijke handelspraktijken”. Gezien het maximumharmonisatie karakter van deze richtlijn, zal de rechter de Nederlandse wettekst op dit punt richtlijnconform dienen uit te leggen.

8. Dat de concurrent actiegerechtigde is, wordt bevestigd door het feit dat de richtlijn OHP expliciet aangeeft (tevens) diens belangen te behartigen, al zei het indirect. Considerans (8) vermeldt expliciet

“Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen; hierdoor is binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn een eerlijke concurrentie gewaarborgd.”⁵

9. Ook andere bepalingen van de richtlijn OHP weerspiegelen de actiebevoegdheid van de concurrent. Zo bestempelt art. 6 lid 2a als oneerlijke handelspraktijk 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”. Deze bepaling lijkt toch met name opgenomen om de belangen van de legitieme concurrent te beschermen.

10. De rechtspraak van het HvJEU sluit hierop aan. Keer op keer heeft het Hof met een verwijzing naar de overwegingen 6 en 8 van de Richtlijn OHP, benadrukt dat de Richtlijn OHP een ruime materiële werkingssfeer heeft.⁶ In het Plus Warenhandelsgesellschaft-arrest⁷ spreekt het HvJEU zelfs van een “bijzonder ruime materiële werkingssfeer” en geeft daarbij aan dat “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 [zijn] uitgesloten”.

11. Verder heeft het HvJEU al meerdere OHP geschillen beslecht tussen bedrijven. Zo heeft het HvJEU op 9 november 2010 arrest gewezen in een geschil tussen twee mediabedrijven over vraag of een georganiseerde verkoop waarbij een geschenk wordt aangeboden, al dan niet goorloofd is.⁸ Als de eisende partij (de concurrent) geen beroep had toegekomen op de OHP-regels, was dit arrest niet (zo) geweest.

12. Kortom, er lijkt inmiddels een overwegende consensus te bestaan dat aan een concurrent inderdaad een beroep op de OHP-regels toekomt.⁹ Waarom wordt in de onderhavige zaak het beroep van een concurrent op de artikelen 6:193a en 6:193c BW dan toch afgewezen?

13. De rechter concentreert zich op het woord ‘rechtstreeks’. Alleen als de praktijk (de handeling e.d.) rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten, is sprake van een handelspraktijk. Vervolgens onderzoekt de rechter de betekenis van het woord ‘rechtstreeks’ en verwijst naar considerans (6) van de Richtlijn OHP, waarin staat dat de richtlijn enkel ziet op handelspraktijken “(...) die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden (...)”, en dat de richtlijn niet van toepassing is op nationale wetgeving betreffende oneerlijke handelspraktijken “die alleen de economische belangen van concurrenten schaden (...)”.

2 R.W. de Vrey, Towards a European Unfair Competition law, Brill 2006, p. 61. Zie ook R.W. de Vrey, ‘Handelspraktijken en Reclame’, in: Handboek Consumentenrecht, Zutphen: Uitgeverij Parijs 2015, § 16.4.

3 Zie hierover o.a., met een verwijzing naar de overwegingen 6 en 8 van de Richtlijn OHP: HvJEU 23 april 2009, ECLI:EU:C:2009:244 (VTB/Total Belgium); HvJEU 14 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:12, IER 2010/42, (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus Warenhandelsgesellschaft), r.o. 39; HvJEU 19 september 2013, ECLI:EU:C:2013:574, (CHS Tour Services/Team4 Travel), r.o. 27; HvJEU 16 april 2015, ECLI:EU:C:2015:225, IER 2015/33, m.nt. P.G.F.A. Geerts (UPC Magyarorszá); HvJEU 20 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:573 (Gelvora), r.o. 19.

4 Council of the EU, Document from the Presidency to the Delegations, Brussels 20 February 2004, 2003/0134 (COD), 6453/04, p. 18

5 Ook dit stond niet in de oorspronkelijke richtlijnvoorstel; overweging (8) is pas later als amendement ingevoegd, vgl. Common Position adopted by the Council of 15 November 2004, 2003/0134 (COD), 11630/2/04 REV 2.

6 Zie o.a.: HvJEU 23 april 2009, ECLI:EU:C:2009:244 (VTB tegen Total Belgium), HvJEU 14 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:12 (Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs/Plus Warenhandelsgesellschaft) r.o. 39 IER 2010/42, HvJEU 19 september 2013, ECLI:EU:C:2013:574 (CHS Tour Services/Team4 Travel) r.o. 27, HvJEU 16 april 2015, ECLI:EU:C:2015:225 (UPC Magyarorszá) IER 2015/33, m.nt. P.G.F.A. Geerts (HvJEU 20 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:573 (Gelvora) r.o. 19. Zie verder in het bijzonder de conclusie van A-G Wathelet bij HvJEU 11 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:468 (RLvS Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH), r.o. 28.

7 Zie vorige noot.

8 HvJEU 9 november 2010, ECLI:EU:C:2010:660 (Mediaprint/Österreich-Zeitungsverlag).

9 Zie de literatuur genoemd in voorgaande voetnoten (en de daarbij geciteerde literatuur en rechtspraak). Zie tevens het overzichtsartikel van B.B. Duivenvoorde, ‘Oneerlijke handelspraktijken 2016-2017’, TvCH 2018/1.

14. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat, aangezien de door Smienk aan Otolift verweten gedragingen uitsluitend uit afbrekende mededelingen bestaan die de economische belangen van consumenten hoogstens onrechtstreeks schaden, en als zodanig geen rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten, deze buiten het toepassingsgebied van de artikelen 6:193a en 6:193c BW vallen.

15. Ik zou hier toch een kanttekening bij willen maken. Ten eerste wijs ik op de eerder gesignaleerde bijzonder ruime materiële werkingssfeer van de richtlijn OHP en het feit dat volgens HvJ EU rechtspraak enkel oneerlijke handelspraktijken die "alleen" de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, zijn uitgesloten. De rechtbank geeft echter al zelf aan dat de afbrekende mededelingen de belangen van consumenten onrechtstreeks kunnen schaden. In dat geval zijn, zo zou ik zeggen, – alleen al algemeen gesproken – niet "alleen" de belangen van concurrenten betrokken.

16. Ook in dit specifieke geval is niet "alleen" het concurrentenbelang geraakt. Mededelingen door Otolift aan de consument dat "dat je moet uitkijken met Smienk, Smienk de door haar geplaatste trapliften niet kan "servicen", Smienk onzorgvuldig te werk gaat bij het plaatsen van trapliften en de door Smienk geplaatste trapliften onveilig zijn", zoals door de rechtbank aangehaald (r.o. 4.11), zijn toch van belang voor de consument bij het nemen van een geïnformeerd (aankoop)besluit? Naar mijn mening zal de consument aan de andere lijn van de telefoon deze aan hem gerichte mededelingen meenemen in diens aankoopbeslissing om al dan niet een tweedehandstraplift van Smienk aan te schaffen.

17. Verder is de vraag of de rechtbank een juiste interpretatie van het woord 'rechtstreeks' huldigt. De verwijzingen naar het woord 'rechtstreeks' in considerans 6 bij de richtlijn OHP duidt op het feit dat o.a. imagocampagnes en sponsoring zoals bijvoorbeeld product placement buiten het bereik van de richtlijn vallen.¹⁰ Ook uit de frase 'die rechtstreeks verband houdt' in de definitie van het begrip handelspraktijk in artikel 6:193a onder d,¹¹ blijkt – zo is de gangbare mening in de literatuur¹² – dat de Richtlijn OHP niet van toepassing is op o.a. imagocampagnes en sponsoring. In de onderhavige zaak gaat het echter niet om imago-campagnes of sponsoring, maar om (gewone) reclame: een telefonisch marketing praatje van een bedrijf aan een consument.

18. Kortom, als ik kijk naar de ruime werkingssfeer van de richtlijn OHP, naar de (juiste) interpretatie van het woord "rechtstreeks", en naar het feit dat dit reclame uitingen waren die per telefoon aan consumenten werden gericht, van belang bij de aankoopbeslissing van de consument, meen ik dat de rechtbank de richtlijn OHP ten onrechte niet van toepassing heeft verklaard.

R.W. de Vrey

10 Zie o.a. D.W.F. Verkade in de Groene Serie Onrechtmatige daad, 4 *Buiten bereik richtlijn* bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Afdeling 3A Oneerlijke handelspraktijken, Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, 2^e dr, 2016, nrs. 20, 22.

11 6:193a onder d, handelspraktijk: iedere handeling, omissie, 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.

12 Zie bijv. L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland', *NTER* 2007, p. 125; VVRR, *Advies over Wetsontwerp Oneerlijke Handelspraktijken*, https://vvr.nl/pdfs/advies_ohp.pdf, p. 6; D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, 2^e dr, 2016, nrs. 20, 22.