

Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken

R.W. de Vrey*

1 Achtergrond

Het consumentenrecht is, zowel op nationaal als op Europees vlak, al sinds enige jaren in opkomst. Vooral op Europeesrechtelijk gebied zijn gedurende de laatste twintig jaar diverse wetgevende initiatieven ontplooid die bescherming beogen te bieden aan de consument met het oog op zijn – traditioneel – zwakke positie in het handelsverkeer.¹ Vrij recentelijk is de richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (hierna: richtlijn OH)² tot stand gekomen, die zich kenmerkt door een (zeer) ruim toepassingsgebied. Implementatie ervan moet voltooid zijn uiterlijk 11 juni 2007. Een wetsvoorstel is in voorbereiding.³

Kort samengevat verbiedt de richtlijn het handelaren om door middel van misleiding of dwang (oftewel door middel van een misleidende hetzij agressieve handelspraktijk) de consument tot een aankoopbeslissing te brengen die hij anders niet had genomen. Het misleiden van een consu-

* Als advocaat werkzaam bij Van Doorne, Amsterdam en verbonden aan het Centrum voor Intellectuele Eigendom (CIER) van de Universiteit Utrecht.

1 Hiertoe horen onder meer – maar niet uitsluitend – de richtlijnen inzake Misleidende reclame (84/450/EEG), Colportage (85/577/EEG), Productaansprakelijkheid (85/374/EEG), Consumentenkrediet (87/102/EEG), Pakketreizen (90/314/EEG), Oneerlijke (contracts)bedingen (93/13/EG), Timeshare (94/47/EG), Verkoop op afstand (97/7/EG), Vergelijkende reclame (97/55/EG), Prijsaanduidingen (98/6/EG), Het doen staken van inbreuken (98/27/EG), Consumentenkoop (99/44/EG), Etikettering en presentatie van levensmiddelen (2000/13/EG), E-commerce (2000/31/EG), Productveiligheid (2001/95/EG) en Verkoop van financiële diensten op afstand (2002/65/EG). Zie voor teksten J.M. Smits, R.R.R. Hardy, G.G. Heslen & N. Kornet, *European Private Law*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

2 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, PbEG 2005, L 149/22.

3 Vgl. het kwartaaloverzicht met betrekking tot de implementatie van EG-richtlijnen van de staatssecretaris van Buitenlandse Zaken van 26 januari 2006, Kamerstukken II 2005/06, 21 109, nr. 158, p. 14.

ment kan gebeuren door het geven van misleidende informatie of door het onthouden van informatie die van belang is voor het nemen van zijn aankoopbeslissing. Naast deze algemeen geformuleerde verboden ten aanzien van misleidende en agressieve handelspraktijken, is een zogenoemde 'zwarte lijst' aangehecht aan de richtlijn – qua opzet lijkend op de zwarte lijst voor algemene voorwaarden – waarin handelspraktijken zijn opgesomd die 'onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd'.

Implementatie zal, zoals het er nu naar uit ziet, vorm krijgen door enerzijds de introductie van nieuwe (materieelrechtelijke) bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (aansluitend op de bepalingen inzake misleidende en vergelijkende reclame en collectieve acties), en anderzijds door de introductie van een 'Wet handhaving consumentenbescherming' die, zoals de naam al zegt, een regeling zal bevatten op het punt van (onder andere) de handhaving van oneerlijke handelspraktijken.⁴ Op basis van deze regels zal niet alleen de consument zelf op kunnen komen tegen oneerlijke handelspraktijken, maar ook de concurrent die schade leidt. Tevens zal een nog te introduceren 'Consumentenautoriteit' – vergelijkbaar met de NMa, en de OPTA, maar dan voor consumenten in het algemeen – de mogelijkheid krijgen om op te komen tegen oneerlijke handelspraktijken. De mogelijkheid van privaatrechtelijke handhaving zal open komen te staan voor zowel de individuele consument, bepaalde consumentenorganisaties zoals de Consumentenbond, en de Consumentenautoriteit. De bestuursrechtelijke handhavingsroute (op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming) zal alleen gevolgd kunnen worden door de Consumentenautoriteit.⁵

4 Ter verduidelijking: er zijn twee Europese regelingen van belang voor oneerlijke handelspraktijken. De richtlijn OH bevat *materieelrechtelijke* regels die, zoals het er nu naar uit ziet, geïmplementeerd gaan worden in het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast bestaat er de Verordening 2006/2004 betreffende de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming. De Wet handhaving consumentenbescherming (het wetsvoorstel heeft als publicatienummer 30 411) is – mede – in het leven geroepen ter implementatie van deze Verordening en beoogt uitvoering te geven aan de uit die verordening voortvloeiende verplichtingen voor Nederland, onder meer door de instelling van een Consumentenautoriteit. Het betreft dus wetgeving die een regeling biedt voor de *handhaving* van diverse (Europese) consumentenrechtelijke regelingen, waaronder de richtlijn OH (maar ook bijvoorbeeld regels op het gebied van de colportage en de algemene voorwaarden). De Wet handhaving consumentenbescherming zal (mede) een handhavingsregime bevatten voor de nog te implementeren regels inzake oneerlijke handelspraktijken.

5 Zie MvT op de Wet handhaving consumentenbescherming, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3, p. 33.

In dit opstel is helaas geen ruimte om dieper in te gaan op de complete inhoud van de richtlijn OH,⁶ maar hier kan worden volstaan met de constatering dat deze regeling een veelvoud aan oneerlijke vormen van reclame, marketing en andere commerciële praktijken verbiedt die gebruikt worden door ondernemingen in hun handel met consumenten. Een consument die bij het aangaan van een transactie (zeker als het een grensoverschrijdende transactie betreft) geconfronteerd wordt met dergelijke oneerlijke handelspraktijken, kan deze regeling als handvat gebruiken om dergelijke praktijken tegen te gaan.

2 Vraagstelling

Dat klinkt mooi, zou je zo zeggen. Consumenten hebben straks dus meer mogelijkheden om zich te beschermen tegen malafide handelaren. Maar zijn we er dan? Wat zijn eigenlijk de consequenties van deze nieuwe regels voor de consument? Kan hij onder de koopovereenkomst uit die hij heeft gesloten onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk? Heeft hij recht op schadevergoeding, reparatie, vervanging e.d.?

De richtlijn OH vermeldt expliciet dat deze niet het doel heeft om het contractenrecht, in het bijzonder de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten, te beïnvloeden.⁷ De afdeling Consumentenzaken van de Europese Commissie, die de richtlijn heeft opgesteld, heeft geprobeerd hiermee te voorkomen dat deze consumentrechtelijke richtlijn in contractrechtelijk vaarwater komt. Samenloop tussen het consumenten-

6 Zie voor een bespreking van de richtlijn OH: R.W. de Vrey, 'Eerlijk is eerlijk: de consument voorop?'; TvC 2004/1, p. 2-11; B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis', NTER 2005-9, p. 179-184; M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken', TvC 2005/5, p. 175-186; J. Stuyck, E. Terryn & T. Van Dyck, 'La proposition de directive "pratiques commerciales déloyales": quel marché unique pour le consommateur?', Revue européenne de droit de la consommation, 2003/4.

7 Vgl. art. 3 lid 2 van de richtlijn OH.

recht en het contractenrecht – met eventuele nadelige consequenties van dien –⁸ is mijns inziens echter niet te vermijden.⁹

Het behoeft geen betoog dat de vraag wat de rechtsgevolgen voor de consument zijn wanneer wordt geconstateerd dat een handelaar oneerlijk heeft gehandeld, van groot belang is. In dit opstel zal ik daarom op deze (mogelijke) rechtsgevolgen ingaan.¹⁰ Ten eerste zal ik kijken naar de mogelijkheid tot vernietiging van een overeenkomst, vervolgens naar de mogelijke rechtsvorderingen in het kader van de consumentenkoop en ten slotte zet ik de mogelijke sancties op een rij.¹¹

3 Vernietiging van de overeenkomst

Een consument die onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken (misleiding) of onder dwang (agressie) overgaat tot het kopen van een product,¹² kan zich op verschillende rechtsgevolgen beroepen. Als eerste ligt voor de hand de vernietiging van de tussen de handelaar en consu-

8 Implementatie van consumentenrechtelijke regels in het contractenrecht kan leiden tot versplintering van het contractenrecht, omdat immers consumententransacties (in tegenstelling tot businesstransacties) worden onderworpen aan een eigen, van het gemene recht afwijkend, regime. Zie R.R.R. Hardy, 'Precontractuele informatieplichten in het EG contractenrecht', VRA 2004-1, p. 30; J. Smits, 'Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht', R&R 1998 p. 13 en 23.

9 Zie ook andere auteurs, zoals Bradgate/Brownsword/Twigg-Flesner, 'The Impact of Adopting a Duty to Trade Fairly', report prepared for the DTI, juli 2003, p. 117. We zijn hier beland op het gevoelige onderwerp van de inmenging van consumentenrecht in het contractenrecht. Contractenrecht kenmerkt zich, zoals bekend, door een systematische (gelaagde) opbouw. Het consumentenrecht kent echter niet een dergelijke strakke structuur, wellicht omdat het ook niet eenvoudig in een vaste structuur is te zetten. Dit kan in het bijzonder problemen opleveren bij de implementatie van consumentenrechtelijke regels in het Nederlands recht. Daarbij moet vaak de keuze worden gemaakt tussen het creëren van losse consumentenrechtelijke regelgeving, bijv. in een afzonderlijk consumentenwetboek, of implementatie van de richtlijn – voorzover deze privaatrechtelijk is georiënteerd – in het BW, wat het gevaar met zich brengt dat het systeem van het BW aangetast wordt. Zie hierover E.H. Hondius, 'Kroniek van het consumentenrecht; Europa in Nederland', NJB 2004/31, p. 1660 et. seq., met verwijzingen naar (buitenlandse) bronnen.

10 Hierbij zal geen aandacht worden besteed aan de opschortingsrechten of verrekening waar een consument zich mogelijk kan beroepen indien hij met een oneerlijke handelspraktijk wordt geconfronteerd.

11 Bij dit overzicht ga ik uit van het Nederlandse recht. Ik zal daarbij niet ingaan op IPR-kwesties die kunnen spelen en in de praktijk naar alle waarschijnlijkheid ook meer en meer zullen gaan spelen, mede met het oog op de internationalisering van de handel, en het kopen over het internet.

12 Art. 2c van de richtlijn OH definieert product als 'een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen'.

ment gesloten koopovereenkomst.¹³ Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij het leerstuk van de wilsgebreken. Naast de wilsgebreken zal ik kort stilstaan bij de mogelijkheid voor de consument om een overeenkomst te vernietigen of zich op de nietigheid ervan te beroepen uit hoofde van artikel 3:40 BW.

3.1 Wilsgebreken

Een consument die met een oneerlijke handelspraktijk geconfronteerd wordt, kan zich in bepaalde gevallen beroepen op het aanwezig zijn van een wilsgebrek. Wil en verklaring stemmen weliswaar overeen, maar de wil is op onzuivere wijze gevormd. Dit kan ertoe leiden dat de betreffende rechtshandeling vernietigbaar is en dat de consument de nietigheid ervan kan invoeren, met als gevolg dat hij het door hem betaalde als onverschuldigd betaald kan terugvorderen ex artikel 3:53 lid 1 jo. 6:203 lid 2 BW.

3.1.1 Bedreiging

Van bedreiging ex artikel 3:44 lid 2 BW is sprake wanneer de handelaar de consument tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door hem onrechtmatig met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. De bedreiging moet zodanig zijn, dat een redelijk oordelende consument daardoor kan worden beïnvloed.

a. Onrechtmatig karakter

Dit vereiste verwijst naar 6:162 lid 2 BW waarin staat vermeld wat als een onrechtmatige daad wordt aangemerkt,¹⁴ vergelijk paragraaf 5.1 hierna. Wil de dwang als onrechtmatig worden aangemerkt, dan moet komen vast te staan dat deze, gezien zijn doel of inhoud, een ongeoorloofd karakter heeft.¹⁵ In het algemeen wordt het niet onrechtmatig geacht wanneer wordt bedreigd met de executie van een vonnis, strafvervolgning, staking, wanprestatie of aangifte van een strafbaar feit bij de politie of de FIOD, tenzij de dreiging wordt gebruikt om iets te verkrijgen waarop men geen recht heeft of de wederpartij te bewegen tot het verrichten van een prestatie waartoe hij niet gehouden is.¹⁶ Vanzelfsprekend is wel (in alle gevallen) de dreiging met lichamelijk geweld als onrechtmatig te achten.

¹³ Ik behandel hier het meest typische geval van de koopovereenkomst, maar een en ander is ook van toepassing ingeval het gaat om andere overeenkomsten die de consumenten sluit, zoals bijv. huur- en ruilvereenkomsten.

¹⁴ Vgl. Asser/Hartkamp II, nr. 207.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

Bedreiging lijkt overeen te komen met de categorie agressieve handelspraktijken uit de richtlijn OH. Artikel 8 richtlijn OH zegt dat sprake is van een agressieve handelspraktijk, als deze 'in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen'. In de zwarte lijst staat bijvoorbeeld opgenomen dat hieronder valt het geval dat de handelaar de indruk geeft aan de consument dat hij het pand niet mag verlaten voordat hij de (koop)overeenkomst heeft getekend. Maar ook is opgenomen in de zwarte lijst een geval van puur mentale druk, waarbij een handelaar uitdrukkelijk meedeelt dat hij failliet zal gaan als de consument het product niet koopt.

Zo op het eerste gezicht lijken de criteria die de richtlijn OH stelt met betrekking tot de agressieve handelspraktijken dus aan te sluiten bij het criterium van het ongeoorloofd karakter dat artikel 3:44 lid 2 BW als voorwaarde stelt.

b. Causaal verband

Artikel 3:44 lid 2 BW vereist vervolgens dat er causaal verband bestaat tussen de bedreiging en het verrichten van de rechtshandeling. De richtlijn OH bevat bepalingen die hier goed op aansluiten. Een oneerlijke handelspraktijk is namelijk slechts verboden als die ertoe leidt dat het 'het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is (...), met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren'.¹⁷ Het is dus van belang of de oneerlijke handelspraktijk, het gebruikmaken van misleiding of dwang, het beslissingsvermogen van de consument wezenlijk aantast. Had de consument het product anders niet gekocht?

Ook de richtlijn OH vereist dus dat er een causaal verband aanwezig is. De enkele misleiding of dwang door de handelaar die de consument niet beïnvloedt in het nemen van een geïnformeerd besluit over een transactie, levert geen oneerlijke handelspraktijk op.

c. Redelijk oordelende consument

Voor bedreiging wordt vereist dat een 'redelijk oordelend consument' erdoor kan worden beïnvloed. In de richtlijn OH wordt als maatstaf gehan-

¹⁷ Zie art. 5 lid 2b en art. 8 richtlijn OH.

teerd de ‘gemiddelde, dat wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument’, waarbij rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren, evenals met consumenten die bijzonder vatbaar zijn voor (bepaalde) oneerlijke handelspraktijken, zoals kinderen. Deze objectieve maatstaf gaat uit van een redelijk ‘intelligente’ consument.

Sluit de richtlijn-consument aan bij de bedreiging-consument? De richtlijn gaat bij het begrip consument uit van de maatstaf zoals deze in het Europees consumentenrecht geldt.¹⁸ Hier speelt weer de problematiek van het consumentenrecht dat het contractenrecht in dreigt te sijnepelen.¹⁹ De Europese maatstaf van ‘een consument’, zoals deze is ontstaan in het consumentenrecht, heeft reeds zijn intrede gedaan in andere rechtsgebieden, zoals in het merkenrecht²⁰ en de ongeoorloofde mededinging (een species van de onrechtmatige daad).²¹

In de literatuur wordt aangenomen dat de ‘redelijk oordelende consument’ ex artikel 3:44 lid 2 BW, niet volledig geobjectiveerd moet worden. Hartkamp meent dat bepalend is of de bedreiging van zodanige aard was, dat daardoor de persoon in kwestie (subjectivering) onder de invloed kon komen (objectivering), waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden waaronder ouderdom, kunne, ontwikkeling, karakter van de contractant, maar ook met toevallige omstandigheden waardoor zijn weerstandsvermogen kon worden verzwakt, zoals lichamelijke of geestelijke moeheid.²²

Er kan dan ook, mede nu de richtlijn OH meer van een objectieve toets lijkt uit te gaan dan artikel 3:44 lid 2 BW, geen directe overeenstemming tussen beide regelingen op dit punt worden aangenomen. Dit neemt niet weg dat naar alle waarschijnlijkheid in veel gevallen waarin onder de richtlijn OH een consument wordt geacht beïnvloed te zijn door een agressieve handelspraktijk, dit ook als bedreigend voor de (specifieke) consument onder

18 Zie HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-210/96, Jur. EG p. I-4657, NJ 2000, 374 m.nt. DWFV (Gut Springenheide GmbH/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt), r.o. 31, later onder meer bevestigd in HvJ EG 13 jan. 2000, zaak C-220/98, Jur. EG p. I-00117 (Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG/Lancaster Group GmbH.), r.o. 27.

19 Zie voetnoot 8 en 9.

20 Zie HvJEG 22 juni 1999, zaak C-342/97 (Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH/Klijsen Handel BV).

21 Zie R.W. de Vrey, *Towards a European unfair competition law: a clash between legal families* (diss. Utrecht 2005), p. 36 en 283.

22 Asser/Hartkamp II, nr. 208. Zie ook C.C. van Dam, in: *Rechtshandeling en Overeenkomst*, nr. 184; Asser/Schut/Hijma, nr. 252; Brahn/Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, nr. 408; R.P.J.L. Tjittes (diss. Groningen 1994), blz. 83-85.

artikel 3:44 lid 2 BW zal worden beschouwd.²³ Zowel voor de richtlijn OH als voor artikel 3:44 lid 2 BW geldt echter dat het enkele feit dat een persoon zich bedreigd voelt en aldus tot het verrichten van een rechtshandeling overgaat nog niet meebrengt dat de voorwaarden zijn vervuld; het gaat erom dat de respectievelijke 'model-consument' zich bedreigt zou of zou kunnen voelen.

3.1.2 *Misbruik van omstandigheden*

Er kan sprake zijn van misbruik van omstandigheden als een handelaar een consument ertoe aanzet om een rechtshandeling te verrichten terwijl hij dat eigenlijk niet moet doen, omdat hij weet of moet begrijpen dat de consument enkel hiertoe beslist omdat hij in een bijzondere omstandigheid verkeert, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid. Misbruik van omstandigheden heeft veel overeenkomsten met bedreiging, zij het dat het om een lichter vergrijp gaat.

Evenals bij bedreiging het geval is, lijkt misbruik van omstandigheden overeen te komen met de categorie agressieve handelspraktijken van de richtlijn OH, in het bijzonder artikel 9 sub c, waarin gesproken wordt over het uitbuiten door de handelaar van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die, zoals de handelaar bekend, de consument ertoe zetten om een aankoop te doen.

a. Bijzondere omstandigheid

Artikel 3:44 lid 4 vereist dat misbruik wordt gemaakt van bijzondere omstandigheden. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds misbruik van een dwangpositie en anderzijds misbruik van geestelijk overwicht.²⁴ Misbruik van dwangpositie vertoont gelijkenis met bedreiging. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een verkoper door middel van agressieve verkoopmethoden de consument overrompelt en gebruik maakt van diens zwakkere positie om hem te bewegen een transactie aan te gaan.²⁵ Dergelijk handelen valt ook zeer waarschijnlijk binnen de richtlijn OH, nu dit valt onder de kwalificatie van een agressieve handelspraktijk.

23 Vgl. bijv. de (lagere) rechtspraak op dit punt Rb. Amsterdam 29 juni 1948, te kennen uit HR 8 december 1950, NJ 1951, 489 (Sitter/Maneschijn); Hof Amsterdam 9 december 1948, NJ 1949, 525; Hof Leeuwarden 10 juni 1953, NJ 1954, 11.

24 Vgl. M.M. Stolp, *Vermogensrecht*, Titel 2, aant. 17.

25 Zie bijv. Ktg. Den Haag 2 februari 1994, Prg. 1994, 4133; Ktg. Den Haag 7 oktober 1992, Prg. 1992, nr. 3770.

b. Misbruik

Het element 'misbruik' ziet erop dat niet alleen bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, maar dat deze ook misbruikt worden door de handelaar omdat hij weet dat, ondanks het feit dat hij geen gebruik ervan zou mogen maken, door toch gebruik van de omstandigheden te maken bevorderd wordt dat de rechtshandeling tot stand komt. Hierin zit dus een element van kenbaarheid (weten) en bevorderen (gebruiken).²⁶ Het element kenbaarheid is terug te vinden in artikel 5 lid 3 van de richtlijn OH, dat spreekt over de voorzienbaarheid voor de handelaar dat de handelspraktijk het economisch gedrag van de consument zal beïnvloeden, zeker ingeval er sprake is van een mentale of lichamelijke handicap. Het element bevorderen is terug te vinden in artikel 8 richtlijn OH dat handelt over het beïnvloeden van het beslissingsvermogen van een consument door middel van een agressieve handelspraktijk, vgl. hiervoor, paragraaf 3.1.1b.

c. Causaal verband

Het vereiste van causaal verband weegt voor misbruik van omstandigheden minder zwaar dan het geval is bij de andere drie wilsgebreken.²⁷ Op basis van artikel 3:44 lid 4 BW moet een causaal verband bestaan tussen de omstandigheden waarin het slachtoffer verkeert en het verrichten van de rechtshandeling. Als de bijzondere omstandigheid bijvoorbeeld is de aanwezigheid van een beperkte geestesgesteldheid, en het staat vast dat de consument ook de transactie had gesloten als hij volledig bij zinnen was geweest, dan ontbreekt het causaal verband.

De richtlijn OH lijkt sneller uit te gaan van causaal verband tussen het misbruik maken van de omstandigheden en het sluiten van de transactie. Het is echter niet bij voorbaat te voorspellen of dit verschil in de praktijk van belang zal blijken te zijn.

3.1.3 Bedrog

Terwijl de beide hiervoor genoemde wilsgebreken zien op het daadwerkelijk beïnvloeden van de beslissing van de consument door dwang uit te oefenen op of gebruik te maken van de zwakte van een consument, zien bedrog en dwaling voornamelijk op het (niet) meedelen van vereiste informatie. Deze wilsgebreken sluiten daarom beter aan bij de categorie misleidende handelspraktijken, in plaats van agressieve handelspraktijken. Artikel 3:44 lid 3 BW verklaart een rechtshandeling vernietigbaar als deze

²⁶ Vgl. Stolp, a.w., aant. 11.

²⁷ Vgl. Asser/Hartkamp II, 213.

door bedrog tot stand is gekomen. Van bedrog is sprake als iemand tot een bepaalde rechtshandeling wordt bewogen door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de wederpartij had moeten mededelen of door enig andere kunstgreep.

a. Kunstgreep: misleidende mededeling of omissie

Het leerstuk van bedrog lijkt overeen te komen met artikel 6 en 7 van richtlijn OH. Volgens artikel 6 wordt als misleidend beschouwd een handelspraktijk die 'gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust (...) en de gemiddelde consument er (...) toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen'. Dit komt overeen met het plegen van bedrog door het de consument tot een bepaalde rechtshandeling doen bewegen door een opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling.

Artikel 7 richtlijn OH, dat handelt over misleidende omissies, lijkt overeenkomsten te hebben met het 'opzettelijk verzwijgen van enig feit'. Artikel 7 richtlijn OH is beperkt tot verzwegen feiten, voorzover het gaat om informatie, die essentieel is voor de consument voor zijn aankoopbeslissing. Artikel 3:44 lid 3 BW is beperkt tot verzwegen feiten, voorzover de verzwijger inzake een spreekplicht had.²⁸ Hoewel ook hier – zoals bij vrijwel alle vergelijkingen die ik trek tussen de richtlijn en het BW – de terminologie verschilt, lijken de twee regelingen op elkaar aan te sluiten. Essentiële informatie impliceert dat de verzwijger een spreekplicht had.

b. Opzettelijk

Artikel 3:44 lid 3 BW vereist opzet bij de bedrieger. Dit is geen vereiste onder de richtlijn OH, al zullen we hierna zien dat bij een eventuele vordering tot schadevergoeding van de consument de opzet wel een rol kan spelen. Maar afgezien daarvan zal dus gelden dat misleidende handelspraktijken alleen onder artikel 3:44 lid 3 BW kunnen vallen voorzover er sprake is van opzet.

c. Causaal verband

Artikel 3:44 lid 3 BW vereist causaal verband tussen het bedrieglijk gedrag en het verrichten van de rechtshandeling. Dit komt overeen met het vereiste ter zake van het 'beïnvloeden van de aankoopbeslissing van de consument', zoals reeds besproken onder paragraaf 3.1.1b.

d. Aanprijzingen in algemene bewoordingen

²⁸ Asser/Hartkamp II, 200.

In de tweede zin van artikel 3:44 lid 3 BW wordt ten slotte nog vermeld dat algemene aanprijzingen, hoe ‘bedrieglijk’ ook, niet tot bedrog kunnen leiden. Alhoewel een dergelijke ‘bagatelclausule’ niet is opgenomen in de richtlijn OH, geldt naar vaste rechtspraak op het gebied van de misleidende reclame dat dergelijke aanprijzingen niet als misleidend (moeten) worden gezien.²⁹

3.1.4 *Dwaling*

Van dwaling ex artikel 6:228 BW is sprake als partijen een overeenkomst hebben gesloten, terwijl één van de of beide partijen tijdens het sluiten een onjuiste voorstelling van zaken had(den), en deze overeenkomst niet zou zijn gesloten als deze onjuiste voorstelling er niet was geweest. De dwaling kan voortkomen door (1) een onjuiste inlichting van een partij, (2) een omissie van een partij, of als (3) beide partijen van dezelfde onjuiste voorstelling zijn uitgegaan.

a. Misleidende informatie of omissie

Ook hier is, net als bij bedrog, te onderscheiden tussen een misleidende mededeling en een misleidende omissie, vergelijkbaar met artikel 6 hetzij 7 van de richtlijn OH. Artikel 6:228 BW komt op dit punt dus overeen met de richtlijn, al moet benadrukt worden dat dwaling zich beperkt tot overeenkomsten (en geen andere rechtshandelingen).

Ook de derde categorie van de wederzijdse dwaling lijkt te vallen binnen het gebied dat door de richtlijn OH wordt bestreken. De richtlijn vereist namelijk niet dat de handelaar, die de verwarring/misleiding teweeg brengt, zelf daarvan bewust moet zijn.

b. Causaal verband

Vereist is dat bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Dit komt overeen met het vereiste ter zake van het ‘beïnvloeden van de aankoopbeslissing van de consument’, zoals reeds besproken onder paragraaf 3.1.1b.

c. Toekomstige omstandigheid

Het leerstuk dwaling kent echter nog een aantal extra voorwaarden. Eén daarvan is dat de dwaling niet mag zijn gegrond op uitsluitend toekomstige omstandigheden. Een dergelijk vereiste wordt niet genoemd in de

²⁹ Zie De Vrey (2005), a.w., p. 107; J.J.C. Kabel, *Praktijkboek Reclamerecht*, Hoofdstuk IIA, par. 93 (a); Ch. Gielen e.a., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 2000, nr. 691; R.W. Holzhauser, *Inleiding Intellectuele Rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, nr. 12.16.

richtlijn OH, dus op basis hiervan kan geconcludeerd worden dat niet alle misleidende handelspraktijken onder dwaling kunnen vallen.

d. Onderzoeks- versus mededelingsplicht

Zowel op basis van lid 1 van artikel 6:228 BW ('mocht aannemen', 'behoorde te weten/in te lichten'), als op basis van lid 2 (risicotoedeling dwalende), geldt dat de consument een onderzoeksplicht heeft en de handelaar een mededelingsplicht. Deze verplichtingen staan loodrecht op elkaar; naar gelang de omstandigheden van het geval kan de nadruk extra op de onderzoeks- of de mededelingsplicht komen te rusten. Over het algemeen genomen weegt de mededelingsplicht echter zwaarder dan de onderzoeksplicht. Bij het leerstuk van de dwaling geldt dat de dwalende consument voldoende onderzoek moet doen om een onjuiste voorstelling van zaken te voorkomen. Indien de handelaar de consument echter expliciet inlichtingen heeft verstrekt,³⁰ of de consument had moeten inlichten,³¹ geldt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dat de dwaling voor rekening van de handelaar komt.

De informatieplicht van de handelaar speelt ook op het terrein van de misleidende handelspraktijken, in het bijzonder de misleidende reclame. Zoals reeds vermeld is de handelaar op basis van de richtlijn OH verplicht om essentiële informatie aan de consument mee te delen. Onder de huidige rechtspraak op het gebied van de misleidende reclame (dus nog van voor de komende implementatie van de richtlijn OH), geldt dat de handelaar niet verplicht is om alles te vertellen wat hij weet over het product, zeker niet als het geen essentiële informatie betreft. Hij is wel verplicht informatie te geven die essentieel is voor de consument.³² En indien hij gedetailleerde informatie geeft over een bepaald product, moet die informatie ook correct en compleet zijn. Een onderzoeksplicht van de consument komt hieruit echter niet direct naar voren. De toetsing van een misleidende handelspraktijk aan de richtlijn OH en aan het leerstuk dwaling lijkt dus hetzelfde uit te pakken, al stelt de richtlijn OH – nu deze de bescherming van de consument geheel voorop stelt – minder zware eisen aan de consument wat betreft zijn onderzoeksplicht. In veel gevallen zal een misleidende handelspraktijk niettemin een beroep op dwaling wettigen.

3.1.5 Wilsgebreken: tussenconclusie

³⁰ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (Booy/Wisman).

³¹ HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (Van der Beek/Van Dartel); HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (Offringa/Vinck/Van Rosberg).

³² De Vrey (2005), a.w., p. 106 met aldaar aangehaalde literatuur.

Zoals we hebben gezien zijn er, ondanks de terminologische verschillen, vele raakvlakken te vinden tussen de oneerlijke handelspraktijken en de wilsgebreken. Bij confrontatie met een oneerlijk handelsgebruik heeft de consument in bepaalde gevallen de mogelijkheid om over te gaan tot vernietiging van de gesloten overeenkomst als een van de wilsgebreken van toepassing is. Wanneer welke wilsgebreken van toepassing zijn, is echter niet in één zin te zeggen, daar de categorie oneerlijke handelsgebreken te uitgebreid is en de afzonderlijke wilsgebreken te zeer afgebakend zijn. Per geval zal moeten worden gezien of een beroep kan worden gedaan op een bepaald wilsgebrek.

3.2 Vernietigbaarheid en nietigheid van overeenkomsten

Naast de mogelijkheid van vernietiging van een overeenkomst op basis van het aanwezig zijn van een wilsgebrek, heeft de consument in een (zeer) beperkt aantal gevallen de mogelijkheid om een overeenkomst te vernietigen of zich op de nietigheid ervan te beroepen uit hoofde van artikel 3:40 BW, ingeval deze is gesloten onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk.

In beginsel lijkt artikel 3:40 BW echter niet van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk, alleen al omdat de richtlijn OH, zoals vermeld, expliciet stelt dat zij niet het doel heeft om het contractenrecht, in het bijzonder de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten te beïnvloeden. Tevens is de onrechtmatigheid bij oneerlijke handelspraktijken vaak gelegen in de manier waarop de overeenkomst tot stand is gekomen, niet in de inhoud of strekking ervan. Men neme bijvoorbeeld de consument die een fiets koopt die, in tegenstelling tot wat de verkoper of de reclame-uitingen hem doen geloven, van staal blijkt te zijn in plaats van aluminium. Of de fiets blijkt niet een Batavus te zijn, maar een erop lijkend product van een onbekend merk. Of de verkoper heeft dwang gebruikt om de consument te overreden tot de aankoop over te gaan, bijvoorbeeld door te zeggen dat hij anders failliet dreigt te gaan.

In al deze situaties is duidelijk sprake van een oneerlijke handelspraktijk. Maar betekent dit dat de gesloten koopovereenkomsten nietig of vernietigbaar zijn op basis van artikel 3:40 BW? Ik zou denken van niet. Noch de inhoud (de prestaties waartoe de overeenkomst verplicht), noch de strekking van de overeenkomst (de gevolgen ervan) lijken in strijd te zijn met de goede zeden, de openbare orde, of (via de openbare orde) de wet. Er is namelijk sprake van een 'gewone' koopovereenkomst: de koop van een

fiets. Tevens is het verrichten van de rechtshandeling (de contractssluiting) niet in strijd met de wet, nu dit niet expliciet (of beter: expliciet niet) in de richtlijn OH wordt geregeld.

Desondanks kan artikel 3:40 BW in bijzondere gevallen wel van toepassing zijn. Zo wordt onder punt 14 van de 'zwarte lijst' bij de richtlijn OH als oneerlijke handelspraktijk beschouwd het opzetten, beheren of promoten van een piramidesysteem. De consument die in dit kader een overeenkomst heeft gesloten zal de nietigheid hiervan kunnen invoeren op basis van artikel 3:40 BW nu piramidespelen bij wet verboden zijn. Toch zal de kwalificatiestrijd met de wet ook in dit geval eerder gebaseerd worden op een bijzondere wetsbepaling (te weten artikel 1a Wet op de Kansspelen, die het aanbieden van piramidespelen verbiedt alsmede artikel 24 lid 2 van de Colportagewet)³³ dan op de richtlijn OH.

4 Rechtsvorderingen in het kader van consumenten-koop (non-conformiteit)

Indien een consument onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk een (koop- of ruil)overeenkomst heeft gesloten, en deze is niet vernietigbaar, staan hem op basis van boek 7 BW verscheidene rechtsvorderingen ten dienste.³⁴

Volgens artikel 7:17 BW moet de zaak die de consument koopt de eigenschappen bezitten die de consument op grond van de overeenkomst mocht verwachten, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan. Ook bij dit conformiteitsartikel spelen, evenals het geval is bij misleidende handelspraktijken, bedrog en dwaling, de mededelingen die de handelaar heeft gedaan een belangrijke rol. Maar net als bij dwaling speelt tevens de onderzoeksplicht van de koper een rol bij de vraag of sprake is van conformiteit.

De omvang van de mededelingsplicht van de handelaar hangt af van de omstandigheden van het geval. Hierbij spelen vele factoren een rol: de aard van de zaak (luxueartikel?), de hoedanigheid van partijen (professionele handelaar versus onwetende koper), de aard van het gebrek (gevaarlijk?) etc. Ook hier bestaat een overeenkomst met de richtlijn OH. Een handelaar zal eerder worden geacht een oneerlijke handelspraktijk te hebben

³³ Vgl. Hof Leeuwarden 22 oktober 1997, NJ 1998/251.

³⁴ Ik zal in het vervolg slechts spreken over koopovereenkomsten, maar de regeling is van overeenkomstige toepassing op ruilovereenkomsten, vgl. art. 7:50 BW.

gepleegd indien zijn tegenpartij slecht geïnformeerd is of anderszins een zwakke positie heeft, zoals bijvoorbeeld het geval is bij kinderen (vgl. de hoedanigheid van partijen).

De regeling ex artikel 7:17 BW verschilt echter in die zin, dat de mededelingen van de handelaar slechts een van de (bij)factoren zijn die bepalen of de gekochte zaak de eigenschappen bezit die voor een 'normaal gebruik' daarvan nodig zijn. De conformiteitsregeling kijkt dus ook naar de deugdelijkheid van het product *an sich*, terwijl de handelspraktijkenregeling slechts kijkt in hoeverre de handelaar geen misleidende informatie heeft gegeven, of gegevens heeft achtergehouden, met betrekking tot het product.

Ondanks dit duidelijke verschil in opzet van de regelingen zijn veel gevallen denkbaar waarin een product dat is gekocht onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk tevens niet conform zal zijn met hetgeen de consument mocht verwachten op basis van de koopovereenkomst. Een consument koopt bijvoorbeeld een stofzuigerzak waarvan de handelaar beweert dat deze op zijn stofzuiger past. Thuisgekomen ontdekt de consument dat de stofzuigerzak echter niet op zijn stofzuiger past. In dat geval is sprake van een oneerlijke handelspraktijk (misleiding) van de handelaar. Tevens is de stofzuigerzak niet conform hetgeen de consument op basis van de koopovereenkomst mocht verwachten, mede met het oog op wat hem is medegedeeld.

4.1 Aflevering ontbrekende, herstel en vervanging

In een dergelijk geval zullen hem verschillende rechtsvorderingen ter beschikking staan, mits de koper op tijd (binnen twee maanden is in elk geval tijdig) aan zijn klachtplicht voldoet ex artikel 7:23 BW. Ten eerste kan de consument – naast nakoming – eisen dat het ontbrekende alsnog wordt afgeleverd (de handelaar had bijvoorbeeld beloofd dat er ook een voeding bij zat), dat de gebrekkige zaak wordt hersteld of zelfs wordt vervangen voorzover de kosten daarvoor niet onevenredig hoog zijn, vgl. artikel 7:21 BW.

4.2 Ontbinding van de koopovereenkomst

Daarnaast geeft artikel 7:22 BW de consument de mogelijkheid tot ontbinding van de koopovereenkomst of tot prijsvermindering. Deze bevoegdheden komen de consument echter pas toe als de bevoegdheden van de vorige paragraaf niet uitgeoefend kunnen worden. Wat ontbinding betreft is artikel 7:22 BW een species van artikel 6:265 BW. Terwijl dit laatste artikel

de mogelijkheid tot ontbinding van een overeenkomst bij een tekortkoming verhindert, indien de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt, geldt voor artikel 7:22 BW dat alleen de geringe betekenis (oftewel de 'kwalitatieve dimensie')³⁵ van de tekortkoming een belemmering voor de consument kan opleveren om tot ontbinding over te gaan.³⁶

In de richtlijn OH is geen 'bagatelclausule' opgenomen die voorkomt dat 'onschuldige' vergrijpen onder de regeling vallen.³⁷ In principe bestaat dus de mogelijkheid dat een consument wordt geconfronteerd met een zeer kleinschalige vorm van een oneerlijke handelspraktijk. In een dergelijk geval zal de consument, ondanks de non-conformiteit, niet de overeenkomst kunnen ontbinden omdat de tekortkoming dit niet rechtvaardigt gezien haar geringe betekenis. Dit lijkt echter een louter academisch geval te zijn, daar in de praktijk het causaliteitsvereiste uit de richtlijn, dat stelt dat het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoord moet zijn of dat een grote kans daartoe bestaat, in een dergelijk geval niet vervuld zal zijn.

In veel gevallen lijkt het aldus mogelijk voor de consument, indien de bevoegdheden uit de vorige paragraaf niet uitgeoefend kunnen worden, om de koopovereenkomst te ontbinden die onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk is aangegaan.

4.3 Schadevergoeding

Naast genoemde bevoegdheden heeft de consument ook de mogelijkheid om schadevergoeding te eisen, bestaande uit enerzijds vervangende schadevergoeding (ter vervanging van de prestatie zelf, artikel 6:87 BW) die in de plaats treedt van een vordering tot nakoming of ontbinding, en anderzijds aanvullende schadevergoeding ter vergoeding van vertragingsschade (artikel 6:85 BW) of gevolgschade. Als sprake is van een koop- of ruilovereenkomst, wat meestal het geval zal zijn, geeft artikel 7:24 BW een uitgebreide regeling voor schadevergoeding. Bij non-conformiteit verwijst dit artikel naar de wanprestatie ex. 6:74 BW, en voorzover het gaat om (gevolg)schade aan andere producten of letselschade wordt voor

³⁵ Vgl. Asser/Hijma, 'Bijzondere overeenkomsten I', Koop en Ruil, nr. 496.

³⁶ Vgl. M.B.M. Loos, Consumentenkoop 2004, nr. 29.

³⁷ De Duitse wet op het gebied van de oneerlijke handelspraktijken, de UWG, bevat bijv. wel een dergelijke clausule. Zie De Vrey (2005), a.w., p. 155 et seq.

bepaalde gevallen verwezen naar de regeling van de productaansprakelijkheid ex 6:185 BW.

Schadevergoeding op basis van wanprestatie vereist, net als het geval is bij ontbinding, een tekortkoming. Hiervoor geldt hetzelfde als gezegd in de vorige paragraaf: de tekortkoming zal bestaan uit een niet-behoorlijke nakoming omdat de geleverde prestatie niet aan de verbintenis beantwoordt (vgl. het conformiteitsbegrip). Bij wanprestatie wordt echter tevens vereist dat de tekortkoming is toe te rekenen aan de schuldenaar (artikel 6:75 BW), oftewel de handelaar. Bij non-conformiteit zal dit echter meestal het geval zijn. De verkoper (of producent) zal zich namelijk in beginsel niet op overmacht kunnen beroepen indien hij niet wist of behoefde te weten dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordde.³⁸ Voorzover het productaansprakelijkheid betreft, kan de consument de gevolgschade verhalen op de producent ex 6:185 BW.

Aangezien we hiervoor hebben gezien dat bij veel oneerlijke handelspraktijken (zeker in geval van misleiding) er sprake zal zijn van non-conformiteit, of in ruimere zin een (toerekenbare) tekortkoming, zal de consument die geconfronteerd wordt met een oneerlijke handelspraktijk de schade die hij daardoor oploopt dus veelal kunnen verhalen op de handelaar of de producent. In deze gevallen vloeit de tekortkoming voort uit mededelingen omtrent een product die door de handelaar voor of tijdens het contractsluiten worden gedaan, en die later niet waar blijken te zijn.

Een moeilijker vraag is of wanprestatie aanwezig is wanneer de tekortkoming geen verband houdt met een dergelijke mededeling gedaan tijdens of voor het sluiten van het contract, maar met een oneerlijke handelspraktijk van een handelaar in de nácontractuele fase, bijvoorbeeld op het gebied van de 'aftersales service'. Ook kan je bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin, na het sluiten van het contract, vanuit een handelaar druk wordt uitgeoefend op een consument om te voorkomen dat hij op een ander product of andere toeleverancier overstapt. Blijkens de toelichting op de richtlijn OH is deze ook van toepassing op oneerlijke handelspraktijken ná het sluiten van de koopovereenkomst. Gebrekkige aftersales service wordt echter niet in de richtlijn OH gedefinieerd als een oneerlijke handelspraktijk, al zou je kunnen verdedigen dat dit kan vallen onder de algemene clausule van artikel 5 lid 1 waarin staat dat 'oneerlijke handelspraktijken zijn verboden'.

³⁸ HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oerlemans/Driessen).

5 Overige gronden voor schadevergoeding

Naast wanprestatie en productaansprakelijkheid liggen nog andere grondslagen voorhanden voor een mogelijke schadevergoedingsactie, te weten onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking.

5.1 Onrechtmatige daad

Onerlijke handelspraktijken zijn in feite een species van de onrechtmatige daad. In haar reactie op een van de voorbereidende documenten van de richtlijn OH heeft het kabinet dan ook duidelijk gemaakt dat een handelaar die gebruik maakt van een oneerlijke handelspraktijk in het Nederlands recht een onrechtmatige daad kan hebben gepleegd.³⁹ Op dit moment zijn deze handelspraktijken op grond van de jurisprudentie binnen de zorgvuldigheidsnorm van 6:162 BW geplaatst. Na codificatie in het BW zal de onrechtmatige daad bestaan uit het 'doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht'. Ervan uit kan worden gegaan dat deze wettelijke regels strekken ter bescherming van de belangen van de consument, zodat aan het relativiteitsvereiste is voldaan (6:163 BW).

Voor het vereiste van de toerekening geldt globaal hetzelfde als hiervoor besproken wat betreft de wanprestatie. De vraag is wel of het onbewust plegen door een handelaar van een oneerlijke handelspraktijk (hij vergeet bijvoorbeeld essentiële informatie omtrent een product aan de consument mee te delen) hem kan worden toegerekend. Of de handelaar een verwijt kan worden gemaakt, hangt van vele factoren af. Daarbij speelt (ook weer) de onderzoeksplicht van de handelaar, de vraag of hij expliciete mededelingen heeft gedaan, de hoedanigheid van partijen et cetera. Als het om essentiële informatie gaat die de handelaar onbewust heeft vergeten te melden, lijkt verwijtbaarheid in beginsel voor handen te liggen.

5.2 Ongerechtvaardigde verrijking

Ten slotte zou beargumenteerd kunnen worden dat een consument of een concurrent die geconfronteerd wordt met een oneerlijke handelspraktijk een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking jegens de (oneerlijke) handelaar kan instellen. Men kan bijvoorbeeld denken aan de verkoper die een duur gouden horloge verkoopt aan een consument dat later echter

³⁹ Zie 'Onerlijke handelspraktijken op consumententerrein in de EU', SER-advies 04/06, Pb. nr. 6, 13 april 2004, p. 31-32.

van nepgoud blijkt te zijn. Of de verkoper die een bord voor de winkel van zijn concurrent zet met een misleidende tekst waarmee hij alle consumenten naar zijn eigen winkel weet te lokken.

In hoeverre het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking op oneerlijke handelspraktijken van toepassing is, valt echter moeilijk te bezien. Een en ander heeft te maken met de onzekerheid omtrent de reikwijdte van dit leerstuk. Zo wordt er wel gezegd dat het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag ligt aan het gehele vermogensrechtelijke denken.⁴⁰ Naast de onzekerheid omtrent de reikwijdte van dit leerstuk en de vraag of oneerlijke handelspraktijken überhaupt daarbinnen vallen, zijn er nog (andere) concrete bezwaren aan te voeren die een belemmering vormen voor toewijzing van een vordering op basis van ongerechtvaardigde verrijking. Zo geldt dat in geval van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst (waar meestal sprake van zal zijn als consumenten bij het kopen van een product met een oneerlijke handelspraktijk worden geconfronteerd), aangenomen wordt dat de rechtshandeling een rechtvaardiging vormt voor de verrijking.⁴¹ Als er dus sprake is van wanprestatie, blijft er over het algemeen weinig ruimte over voor ongerechtvaardigde verrijking, al wordt deze mogelijkheid niet geheel uitgesloten.⁴² Ten slotte heeft de actie uit ongerechtvaardigde verrijking geen subsidiair karakter, en zij kan dus niet eerst aan de orde komen als een vordering niet op andere gronden (zoals wanprestatie of onrechtmatige daad) kan worden toegewezen.⁴³ Op grond van het voorgaande lijkt een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in dit kader dan ook niet voor de hand te liggen voor de consument.

6 Sancties

Hiervoor is reeds besproken de mogelijkheid voor een consument om een aantal vorderingen in te stellen, zoals aflevering van het ontbrekende (in feite een vorm van nakoming), herstel, vervanging, schadevergoeding en vernietiging van de overeenkomst. Op basis van een onrechtmatige daad-

40 Zie bijv. het volgende citaat van Schoordijk: 'Ieder vermogensrechtelijk denken dient een denken te zijn, dat primair gericht is op het al dan niet gerechtvaardigd zijn van vermogensverschuivingen. Men kan ook het woord primair weglaten en stellen, dat alle vermogensrechtelijk denken een denken in termen van gegronde en ongegronde verrijking is', in: Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, p. 452.

41 J. Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Deventer: Kluwer 2005, nr. 315.

42 Zie ook M.H. Wissink, Ongerechtvaardigde verrijking als alternatief voor wanprestatie, in: L. Reurich (red.), Coherente instrumenten, Deventer: Kluwer 2003, p. 75 et seq.

43 Vgl. Hartlief/Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2001/31, onder 28.

sactie kan de consument tevens een verbod van (het uitvoeren van) de oneerlijke handelspraktijk vorderen ex artikel 3:296 BW alsmede een rectificatie in geval van een misleidende handelspraktijk op basis van artikel 6:167 en 196 BW. In geval van een dreigende oneerlijke handelspraktijk zal ten slotte een verklaring voor recht (artikel 3:302 BW), een gebod, bevel of een verbod kunnen worden gevorderd, zonodig in kort geding onder dwangsom.

Al deze sancties vinden hun grond in het (huidig) Nederlands recht. In artikel 13 richtlijn OH staat expliciet vermeldt dat het aan de lidstaten is om de sancties vast te stellen op schendingen van de richtlijn zoals geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Het enige wat de richtlijn vereist, is dat deze sancties 'doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn'. Eerdergenoemde sancties lijken te voldoen aan deze vereisten.

Zoals reeds vermeld, zal niet alleen de consument, maar ook een nog op te richten Consumentenautoriteit alsmede bepaalde consumentenorganisaties actie kunnen ondernemen op basis van de (geïmplementeerde) richtlijn. De consumentenorganisatie of Consumentenautoriteit zal in dit kader een verzoekschriftprocedure kunnen starten voor de op dit terrein exclusief bevoegde Haagse rechter, waarbij een verbod kan worden gevorderd eventueel versterkt met een dwangsom. Tevens zal de Consumentenautoriteit de mogelijkheid krijgen van bestuursrechtelijke handhaving door het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.⁴⁴

7 Conclusie

Met de richtlijn OH ligt een regeling op tafel die de consument een sterke positie beoogt te geven ten opzichte van de handelaar die gebruik maakt van oneerlijke handelspraktijken. Hoewel de regeling aangeeft wat wel en niet mag, wordt geen duidelijkheid verschaft omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van een en ander. In dit artikel is gepoogd een relatie te leggen tussen de richtlijn OH en de rechtsvorderingen die in het civiele recht voorhanden liggen.

Ondanks het brede toepassingsgebied van de richtlijn OH en het ontbreken van regels die een verband leggen met in het civiele recht aanwezige

⁴⁴ Zie voor een uitgebreide beschrijving van de voorstellen die er zijn op dit punt, de MvT op de Wet handhaving consumentenbescherming, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 3.

rechtsfiguren, kan geconcludeerd worden dat de consument (of in zijn plaats, de concurrent of de Consumentenautoriteit) verschillende vorderingen ten dienste staan op basis van het civiele recht om in rechte genoegdoening te krijgen. Bij nader onderzoek blijken de rechtsvorderingen vrij nauwkeurig aan te sluiten bij de richtlijn, mede door het gebruik van vergelijkbare criteria, zoals de onderzoeks- en mededelingsplicht van de handelaar, de onderzoeksplicht van de consument, de hoedanigheid van partijen en het causaal verband. Het lijkt er aldus op dat de consument die geconfronteerd wordt met een oneerlijke handelspraktijk, afhankelijk van de dogmatische grondslag, verschillende vorderingen in kan stellen, waaronder de vordering tot schadevergoeding, nakoming, herstel, vervanging, vernietiging en ontbinding van de overeenkomst, een verbod en een rectificatie. Het ziet er aldus naar uit dat de richtlijn OH zeker aansluiting zal kunnen vinden bij het (huidige) civiele recht.