

Vergaderjaar 2007–2008

30 928

Aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt

E

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 12 juni 2008

De leden van de fracties van het CDA, de PvdA en de SP hebben in het nader voorlopig verslag een aantal opmerkingen gemaakt en vragen gesteld. De leden van de CDA-fractie hebben vragen over de bewijslast (artikel 193j), het handhavingssysteem en de bescherming van kleine ondernemingen. De leden van de fractie van de PvdA hebben vragen gesteld over de mogelijkheden van individuele consumenten en consumentenorganisaties om zelf te ageren tegen oneerlijke handelspraktijken. De leden van de SP-fractie hebben te kennen gegeven zich bij alle vragen van de PvdA-fractie aan te sluiten. Wij gaan graag in op de gemaakte opmerkingen en gestelde vragen, en vertrouwen op een voorspoedige afronding van de behandeling van het wetsvoorstel.

1. Wijze van implementatie

De leden van de CDA-fractie gaven aan dat een reactie ontbreekt op de opmerking dat het wetsvoorstel enkele wetstechnische verbeteringen van de Wet handhaving consumentenbescherming bevat, die niet rechtstreeks voortvloeien uit de te implementeren Europese richtlijn. Wij onderschrijven de visie van deze leden dat richtlijnen zuiver geïmplementeerd dienen te worden. Dit geldt ook voor wetstechnische verbeteringen. Toch is een enkele wetstechnische verbetering in dit wetsvoorstel opgenomen. De wetstechnische aanpassingen van de Wet handhaving consumentenbescherming zijn opgenomen vanwege, zoals deze leden al aangaven, de inhoudelijke samenhang tussen het wetsvoorstel en de voornoemde wet. Het lag naar onze mening niet voor de hand deze wetstechnische onvolkomenheden te verbeteren ten behoeve van de oneerlijke handelspraktijken en niet tevens ten behoeve van de andere gebieden die op grond van de Verordening nr. 2006/2004 publiekrechtelijk gehandhaafd dienen te worden.

De aan het woord zijnde leden gaven aan dat onze reactie met betrekking tot de implementatie van artikel 12 in artikel 193j van het wetsvoorstel, de bewijslastkwestie, niet heeft kunnen overtuigen. Graag motiveren wij hieronder waarom artikel 193j, anders dan deze leden stellen, naar onze overtuiging niet overbodig is. Artikel 193j geeft een bijzondere bewijsregel voor de handelaar ten

aanzien van de door hem verstrekte informatie indien een civiele procedure tegen de handelaar wordt aangespannen. De handelaar dient de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt te bewijzen, indien een partij stelt dat de verstrekte informatie materieel niet juist of onvolledig is en de rechter dit passend acht gelet op de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en de andere partij in de procedure. Inhoudelijk komt het artikel overeen met de bijzondere bewijsregel in artikel 6:195 BW betreffende de bewijslastverdeling in procedures inzake misleidende en vergelijkende reclame.

Deze bijzondere bewijsregel heeft een ander uitgangspunt dan de hoofdregel van artikel 150 Rv. Het uitgangspunt van de bijzondere bewijsregel is dat op de handelaar de bewijslast berust indien de consument stelt dat de informatie onjuist of onvolledig is, terwijl op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv de eiser (hier de consument) zijn stelling dient te bewijzen. De systematiek van de artikelen is derhalve verschillend.

Door de werking van de bijzondere bewijsregel van artikel 193j moet de consument indien hij een vordering instelt ingevolge de artikelen 193b tot en met 193i (oneerlijke handelspraktijk), weliswaar stellen en bewijzen dat bepaalde informatie is verstrekt, maar het is in deze fase van het geding niet noodzakelijk te bewijzen dat sprake is van een in de wet omschreven oneerlijke handelspraktijk. Ook behoeft hij niet aannemelijk te maken dat er sprake van een oneerlijke handelspraktijk kan zijn.

Naar onze mening vloeit uit artikel 150 Rv niet voort dat, indien is aangevoerd dat een handelaar een bewering heeft gedaan, het dan in beginsel op de weg van de handelaar ligt te bewijzen dat die bewering juist was.

Op de eiser (hier de consument) rust op grond van artikel 150 Rv immers de verplichting bewijs te leveren van de feiten waarop hij de stelling baseert die de grondslag vormt voor zijn vordering, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Daarmee kan toepassing van artikel 150 Rv in de praktijk tot het met artikel 12 van de richtlijn beoogde resultaat leiden, maar door het verschil in maatstaf is dit bepaald niet zeker.

Met artikel 193j wordt uitvoering gegeven aan artikel 12 van de richtlijn. Het artikel is reeds niet overbodig omdat er geen onduidelijkheid mag bestaan of de bijzondere bewijsregel zoals deze in de richtlijn is opgenomen, van toepassing is.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de richtlijn oneerlijke handelspraktijken is geïmplementeerd in de titel onrechtmatige daad met name om toepassing van de artikelen 3:305a tot en met 305d BW mogelijk te maken. Deze leden konden zich namelijk niet goed voorstellen dat de mogelijkheid om schadevergoeding te vragen door de individuele consument het leidende criterium zou zijn geweest, omdat een individuele consument veel vaker behoefte zal hebben aan vernietiging van de door hem gesloten overeenkomst.

De materiële bepalingen van de richtlijn inclusief de bijlagen worden opgenomen in een nieuwe afdeling 3a Oneerlijke handelspraktijken in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Deze nieuwe afdeling wordt opgenomen in titel 3 (onrechtmatige daad) vóór de huidige afdeling 6.3.4 (Misleidende en vergelijkende reclame). Niet het primaire doel maar eerder het gevolg van deze wijze van implementatie is dat een individuele consument een actie uit onrechtmatige daad kan starten en hierbij eventueel de schade kan vorderen die hij lijdt als gevolg van een overtreding van het verbod op oneerlijke handelspraktijken. Het was niet mogelijk bij een puur contractuele remedie aan te sluiten, omdat het toepassingsgebied van de richtlijn breder is; het gaat niet alleen om situaties waarin een contract wordt gesloten ten gevolge van een oneerlijke handelspraktijk maar ook om situaties waarin een oneerlijke handelspraktijk plaatsvindt maar er geen overeenkomst wordt gesloten. Het gaat om ieder

besluit over een overeenkomst dat een consument neemt of kan nemen. Men zie hierover ook: W.H. van Boom, Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2008-1, p.6.

Rechtspersonen of organisaties die op grond van de artikelen 3:305a tot en met 305c hiertoe bevoegd zijn, kunnen te allen tijde een vordering instellen die strekt tot bescherming van gelijkwaardige belangen van andere personen (collectieve actie). Dit is niet gebonden aan de plaats van de artikelen in het wetboek. Ook indien bijvoorbeeld gekozen zou zijn voor implementatie in een bijzondere wet (dus buiten het BW), hadden de genoemde organisaties de bevoegdheid gehad een collectieve actie in te stellen mits zij uiteraard aan de vereisten uit de genoemde artikelen voldoen. Een verzoek op grond van artikel 305d kan in geval van oneerlijke handelspraktijken slechts worden gedaan indien een gedragscode handelen in strijd met artikelen 6:193a-193i bevordert.

Zoals deze leden terecht stellen, zal een consument vaak de overeenkomst willen vernietigen die hij tengevolge van een oneerlijke handelspraktijk heeft gesloten, bijvoorbeeld omdat de geleden schade niet eenvoudig is te bewijzen of te begroten. Door de wijze van implementatie staan beide mogelijkheden open. De consument kan een actie uit onrechtmatige daad starten en hierbij schade vorderen, maar hij kan ook met een beroep op een wilsgebrek zijn overeenkomst laten vernietigen. Dit laatste zal de consument vermoedelijk bijna altijd met succes kunnen doen, omdat voor het vaststellen van een oneerlijke handelspraktijk het in de meeste gevallen vereist is dat door de handelspraktijk «de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen». Deze formulering sluit nauw aan bij de wilsgebreken, in het bijzonder dwaling.

De leden van de fractie van de PvdA gaven aan dat naar hun mening de gewone consument zeer geholpen zou zijn met een grondregel die inhoudt dat, indien sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, het wilsgebrek als een gegeven wordt beschouwd. Daarbij zou het tevens aan de handelaar zijn te bewijzen dat het geen oneerlijke handelspraktijk betrof en derhalve de vernietiging van de overeenkomst onterecht was, zulks naar analogie van artikel 193j (omkering bewijslast).

In een eventuele procedure die door de consument wordt gestart, ligt het voor de hand primair te laten vaststellen dat er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. Op deze procedure is artikel 193j van toepassing. Ook is denkbaar dat de consument slechts op grond van een wilsgebrek ageert. Aangezien oneerlijke handelspraktijken voor een belangrijk deel de totstandkoming van de overeenkomst betreffen, ligt dan het vorderen van vernietiging op grond van artikel 3:44 of artikel 6:228 voor de hand.

De grondregel zoals beoogd door de aan het woord zijnde leden, zou aanpassing van het wetsvoorstel vereisen in deze zin dat een overeenkomst waarbij sprake is van een misleidende of agressieve handelspraktijk, op grond van de wet vernietigbaar is. Een dergelijke bepaling zou kunnen worden gezien als een extra «sanctie» voor een handelaar. Wij zijn van mening dat een dergelijke bepaling niet noodzakelijk is, omdat wij veronderstellen dat met de vaststelling dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, doorgaans tevens zal zijn voldaan aan de voorwaarden voor vernietiging van de overeenkomst op basis van een van de wettelijke vernietigingsgronden (Kamerstukken I 2007/08, 30 928, C, p. 3). Wij zijn echter bereid de ontwikkelingen te volgen en zo nodig de wet op basis van opgedane ervaringen aan te passen.

Vervolgens vroegen de leden van de PvdA-fractie toe te zeggen dat met de evaluatie van het per december 2007 in België ingevoerde punitieve systeem per december 2008 zal worden aangevangen. Bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer

heeft de eerste ondergetekende toegezegd op basis van de ervaringen met de Belgische en Nederlandse implementatiewetgeving, te onderzoeken of de consument voldoende rechtsbescherming ondervindt, en er behoefte is aan een regeling vergelijkbaar aan die van de civiele sanctie, die eind 2007 is geïntroduceerd, in de Belgische wetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. In het debat in de Tweede Kamer is aangegeven dat de evaluatie zal worden uitgevoerd, zodra met de wetgeving in België en Nederland voldoende ervaring is opgedaan (Handelingen 2007–2008, nr. 14, TK, pp. 936–937). Dit is thans nog niet het geval. Een evaluatie is eerst zinvol als er voldoende gegevens beschikbaar zijn. Wij zullen daarom een jaar na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel beoordelen of er dan voldoende ervaring met de wetgeving in beide landen is om het onderzoek te starten.

2. Handhaving en rechtsmiddelen

De leden van de PvdA-fractie stelden de volgende vragen in verband met het begrip «uitnodiging tot aankoop». Zij vroegen of, indien een consument enige openbaarmaking van een handelaar heeft opgevat als een uitnodiging tot aankoop, terwijl een essentieel element op grond van artikel 193e ontbrak (bijvoorbeeld de prijs), deze consument dan het recht heeft een actie uit onrechtmatige daad te starten dan wel de overeenkomst te vernietigen op grond van een incomplete uitnodiging tot aankoop dan wel een misleidende omissie. Tevens vroegen deze leden, indien de handelaar kan volstaan met te stellen dat er geen sprake was van een uitnodiging tot aankoop, omdat de prijs ontbrak, uit welke elementen dan moet worden afgeleid dat het wél een (incomplete) uitnodiging tot aankoop betrof, en derhalve sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.

Op grond van de definitie in artikel 193a, onder g, is een uitnodiging tot aankoop: «een commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen». Een uitnodiging tot aankoop dient derhalve steeds de kenmerken en de prijs van het betrokken product te bevatten. Indien er sprake is van een uitnodiging tot aankoop, die voldoet aan de hiervoor weergegeven definitie in het wetsvoorstel, dan moet deze voldoen aan de wettelijke vereisten omtrent essentiële informatie opgesomd in artikel 193e. Dit betekent dat in het geval een consument een openbaarmaking van een handelaar (weliswaar opvat als «uitnodiging tot aankoop» terwijl deze bijvoorbeeld niet de prijs bevat, een actie uit onrechtmatige daad dan wel een actie tot vernietiging van de overeenkomst wegens een incomplete uitnodiging tot aankoop in beginsel niet zal slagen, aangezien er geen sprake is van een uitnodiging tot aankoop in juridische zin, juist omdat de prijs ontbreekt. Wel kan een consument in een dergelijk geval overwegen een onrechtmatige daadsactie te starten wegens misleidende omissie in de zin van artikel 193d. Of die actie zal slagen, zal afhangen van de concrete omstandigheden van het individuele geval (zie artikel 193d, lid 4).

De leden van de PvdA-fractie verwezen naar een artikel van Van Boom (Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2008-1) en vroegen of de bevoegdheid tot het starten van een civielrechtelijke verzoekschriftprocedure op grond van artikel 3:305d voor de consumentenorganisaties inderdaad is vervallen en zo ja, hoe dat valt te rijmen met artikel 11 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Tevens stelden de leden van de PvdA-fractie de vraag of de Consumentenautoriteit is te beschouwen als een dergelijke administratieve instantie. In het wetsvoorstel zoals dit is ingediend bij de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 2) was voorzien in de privaatrechtelijke handhaving van een deel van de bepalingen van het wetsvoorstel. De in

het wetsvoorstel gehanteerde systematiek sloot aan bij het systeem van de Wet handhaving consumentenbescherming, dat steeds een keuze maakt of een bepaling civielrechtelijk danwel bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. Voor die artikelen die civielrechtelijk werden gehandhaafd (onderdeel a van de bijlage bij de Whc), werd de snelle verzoekschrift-procedure van artikel 3:305d geïntroduceerd. Naast de publiekrechtelijke toezichthouders kregen ook consumentenorganisaties de bevoegdheid gebruik te maken van deze procedure, maar slechts voor die artikelen die privaatrechtelijk werden gehandhaafd. Als gevolg van de aanvaarding van het amendement Vos (nr. 14) door de Tweede Kamer wordt de gehele regeling van de oneerlijke handelspraktijken bestuursrechtelijk gehandhaafd en zijn daarmee de mogelijkheden zoals artikel 3:305d lid 1 biedt, vervallen. Ook de Consumentenautoriteit en de Stichting Autoriteit Financiële Markten kunnen geen gebruik meer maken van die procedure. Consumentenorganisaties hebben echter, in overeenstemming met artikel 11 van de Richtlijn, wel mogelijkheden om in rechte op te treden tegen handelaren die zich bedienen van oneerlijke handelspraktijken. Zij kunnen dit doen voor alle bepalingen van afdeling 3a Oneerlijke handelspraktijken van titel 3 in Boek 6 door het instellen van een collectieve actie (artikel 3:305a), al dan niet in kort geding. Ook kunnen zij op grond van artikel 3:305d lid 2 door middel van de civielrechtelijke verzoekschriftprocedure bereiken dat een gedragscode die in strijd is met het wetsvoorstel, wordt aangepast door de codehouder. Verder kunnen consumentenorganisaties (vermoedens van) oneerlijke handelspraktijken onder de aandacht brengen van de Consumentenautoriteit of de Stichting Autoriteit Financiële Markten, die zo nodig bestuursrechtelijk kunnen handhaven.

3. Verhouding tot strafrecht

De leden van de CDA-fractie gaven aan ongelukkig te zijn over het feit dat de bestuursrechter nu de open normen zal invullen, omdat de aard van het bestuursrecht daarmee niet in overeenstemming zou zijn. Het had voor de hand gelegen deze taak aan de civiele rechter over te laten. Ook zou de strafrechter eerder in aanmerking komen voor invulling van open normen dan de bestuursrechter. Mede om die reden leek het de leden van de CDA-fractie onjuist dat nu een wetsvoorstel voorligt dat voorziet in bestuurlijke boetes en niet in handhaving onder regie van het Openbaar Ministerie. Zij vroegen dan ook de handhaving middels boetes te zijner tijd onder te brengen onder de regie van het Openbaar Ministerie door toepassing van de Wet OM-handhaving.

Met deze leden zijn wij van oordeel, dat een goede afstemming tussen de bestuurlijke boete en de OM-afdoening noodzakelijk is. Om deze reden wordt thans gewerkt aan een geactualiseerde visie op de verhouding tussen de verschillende sanctiestelsels, waarin ook de verhouding tussen de OM-afdoening en de bestuurlijke boete aan de orde zal komen. Het streven is om deze notitie medio 2008 aan de Staten-Generaal aan te bieden. Zonder te zeer op de inhoud daarvan vooruit te lopen, merken wij hier op dat de komst van de OM-afdoening, en daarbinnen van de bestuurlijke strafbeschikking, zeker niet meebrengt dat de rol van de bestuurlijke boete is uitgespeeld.

Bij het voorgaande past voorts een belangrijke praktische kanttekening. De invoering van de OM-afdoening is een zeer ingrijpende en ingewikkelde operatie, die onder meer omvangrijke aanpassingen in de geautomatiseerde systemen van het Openbaar Ministerie en het Centraal Justitieel Incasso Bureau vergt. Daarom wordt de Wet OM-afdoening volgens een zorgvuldig opgesteld invoeringstraject gefaseerd ingevoerd. De invoering van de bestuurlijke strafbeschikking is een later in die fasering volgend onderdeel. Een en ander betekent dat de bestuurlijke strafbeschikking de komende jaren in beperkte mate beschikbaar is. Binnen die beperkte ruimte ligt het voor de hand om prioriteit te geven aan nog voor

te bereiden wetgeving waarbij de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving moet worden gemaakt, boven het herzien van vigerende wetgeving of wetgeving die binnen afzienbare tijd in werking zal treden (zie vergelijkbaar de memorie van antwoord Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht), Kamerstukken I 2007/08, 29 702, C).

4. Bescherming kleine ondernemingen

De leden van de CDA-fractie wezen op de publicatie van Mr Drs. J.J.C. Verdel Bescherming voor niet-consumenten door het ontstaan van reflexwerking van de «zwarte lijsten uit de Wet oneerlijke handelspraktijken» in het Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (nr. 2008-1, p. 34 e.v.). De leden van de CDA-fractie vroegen of de regering op zichzelf onderkent, dat er hier een probleem is dat enige aandacht verdient. Als voorbeeld noemden zij de problematiek van advertentieacquisitie en spooknota's. In de tweede plaats vroegen deze leden hoe de regering staat tegenover de suggestie in genoemde publicatie om door toekenning van reflexwerking ten aanzien van de zwarte lijsten uit de oneerlijke handelspraktijken-wetgeving aan het probleem tegemoet te komen. Behalve consumenten worden ook kleine zelfstandigen geconfronteerd met oneerlijke handelspraktijken. Kleine zelfstandigen hebben met name te maken met advertentieacquisitie en spooknota's. Dit blijkt uit gegevens van de jaarlijkse Monitor Criminaliteit Bedrijfsleven en van het Steunpunt Acquisitiefraude. In het kader van het Actieplan Veilig Ondernemen deel 3 werken het Ministerie van Justitie, het Openbaar Ministerie en het Steunpunt Acquisitiefraude samen aan het terugdringen van acquisitiefraude. Het doel is het voorkomen dat ondernemers slachtoffer worden van dit soort praktijken. Het Steunpunt Acquisitiefraude, geïnitieerd door het bedrijfsleven, is het landelijk meldpunt voor acquisitie-fraude en advertentiefraude in het midden- en kleinbedrijf. Dit steunpunt geeft voorlichting en juridische hulp aan gedupeerde ondernemers. De brief waarop de leden van de CDA-fractie wezen, betreft de gezamenlijke brief van de Staatssecretarissen van Economische Zaken, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Financiën over het beleid met betrekking tot het zelfstandig ondernemerschap. Deze is op 17 december 2007 verzonden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2007/08, 31 311, nr. 1). In deze brief wordt, gevolggend aan de door de fractie genoemde toezegging van de Staatssecretaris van Economische Zaken, ook ingegaan op de rechtsbescherming van kleine zelfstandigen tegen oneerlijke handelspraktijken. Hierin wordt uiteengezet dat de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, waarop dit wetsvoorstel is gebaseerd, alleen ziet op de bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken van consumenten. Een kleine zelfstandige valt niet onder het beschermingsbereik van de richtlijn. Kleine zelfstandigen die worden gedupeerd door oneerlijke handelspraktijken kunnen hiertegen optreden op basis van de bestaande mogelijkheden in het burgerlijk recht (zoals onrechtmatige daad, dwaling of bedrog) of aangifte doen van oplichting of verduistering bij de politie. De vraag of kleine zelfstandigen dezelfde bescherming nodig hebben als consumenten, vraagt een afweging die het beste op Europees niveau kan worden gemaakt. In het kader van de herziening van een achttal consumentenrichtlijnen waaraan de Europese Commissie momenteel werkt (de herziening van het consumentenacquis), wordt ook het vraagstuk over de uitbreiding van de definitie van de consument betrokken. Afhankelijk van de voorstellen die de Commissie in dat verband zal doen, zal het kabinet het vraagstuk over de bestaande rechtsbescherming van zelfstandigen in vergelijking tot die van consumenten meenemen (Kamerstukken II 2007/08, 31 311, nr. 1, pp. 15–16). Wat betreft de suggestie in genoemde publicatie om door toekenning van reflexwerking aan de zwarte lijst met oneerlijke handelspraktijken in het

wetsvoorstel (artikelen 193g en 193 i) te voorzien in rechtsbescherming van kleine zelfstandigen tegen oneerlijke handelspraktijken, dit is in voorkomende gevallen een kwestie ter beoordeling van de rechter.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

De staatssecretaris van Economische zaken,
F. Heemskerk