

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

Nota naar aanleiding van het verslag

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van de opmerkingen en de vragen van de leden van de fracties van CDA, PvdA, SP, VVD en PVV. Het stemt daarbij tot tevredenheid dat de fracties de wijze van implementatie van de richtlijn en ook het doel van het wetsvoorstel ondersteunen, namelijk het versterken van de positie van de consument. De vragen die zij stellen beantwoorden wij hieronder gaarne. Bij de beantwoording van het verslag is zoveel als mogelijk de volgorde van het verslag aangehouden. Soms zijn vragen die hetzelfde onderwerp betreffen gezamenlijk beantwoord.

1. Inleiding

De leden van de CDA-fractie constateren dat de staatssecretaris van Economische Zaken niet de eerste ondertekenaar van het wetsvoorstel is en vragen naar de reden hiervan. De staatssecretaris is immers verantwoordelijk voor het consumentenbeleid.

De staatssecretaris van Economische Zaken is primair verantwoordelijk voor het consumentenbeleid terwijl de minister van Justitie zorg draagt voor algemene wetboeken, zoals onder meer het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht. Aangezien wordt voorgesteld de richtlijn oneerlijke handelspraktijken te implementeren in het Burgerlijk Wetboek ligt het voor de hand dat de minister van Justitie eerste ondertekenaar van het wetsvoorstel is. Dit is ook gebruikelijk, zie bijvoorbeeld de Wet van 28 maart 2002 tot aanpassing van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn (EG) nr. 97/55 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van richtlijn nr. 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen (PbEG L 290) (Stb. 2002, 187) of de Wet van 21 december 2000 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144) (Stb. 2000, 617). Van deze wetten was de minister van Justitie zelfs enig ondertekenaar. Overigens wordt op dit

dossier door beide ministeries constructief en intensief samengewerkt. De dubbele ondertekening van het wetsvoorstel geeft hieraan uitdrukking.

De leden van de fractie van de VVD spreken hun vrees uit voor enige bepalingen uit het wetsvoorstel, met name ten aanzien van de effecten voor de concurrentiepositie van bedrijven en vragen hoe de nieuwe afdeling 3a Oneerlijke handelspraktijken zal uitwerken op trans-Atlantische verhoudingen tussen ondernemingen binnen en buiten de Europese Unie (EU).

Ondernemingen die in de EU producten of diensten aan consumenten aanbieden, of deze ondernemingen nu gevestigd zijn binnen of buiten de EU, zullen aan de in de EU geldende wet- en regelgeving moeten voldoen. Dit geldt eveneens voor de te implementeren richtlijn oneerlijke handelspraktijken. In die zin is er dan ook geen sprake van een ongelijk speelveld tussen ondernemingen die op de Europese markt opereren.

2. De richtlijn oneerlijke handelspraktijken

De leden van de CDA-fractie vragen of de verplichting om essentiële informatie te verstrekken alleen of vooral geldt als een consument in staat is om gelijk een aankoop te doen.

Artikel 7 van de richtlijn gaat over misleidende omissies. Kort gezegd bepaalt het artikel dat er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk indien de handelaar essentiële informatie die de consument nodig heeft om een beslissing te nemen, weglaat. Deze verplichting is opgenomen, omdat het verstrekken van informatie belangrijk is voor de consument een geïnformeerd besluit te nemen over een bepaalde aankoop. In het derde lid van artikel 7 van de richtlijn (artikel 6:193d lid 4) wordt een nuancering, zoals deze leden terecht constateren, op het verstrekken van essentiële informatie gegeven. Niet ieder medium leent zich immers om alle vereiste informatie te verschaffen. Indien de handelaar de informatie niet aanstonds kan geven, rust op de handelaar de verplichting deze informatie op eenvoudige wijze anderszins ter beschikking te stellen. De verschillende factoren tezamen bepalen of een handelaar de essentiële informatie heeft gegeven en of er sprake is van een misleidende omissie.

In het vierde lid van artikel 7 van de richtlijn (artikel 6:193e jo. artikel 6:193a onder g) wordt een specifieke situatie geschetst van een handelspraktijk, namelijk de situatie waarin de handelaar een uitnodiging tot aankoop doet. Van een uitnodiging tot aankoop is sprake indien er een concreet product met prijs wordt genoemd die de consument in staat stelt een aankoop te doen. Advertenties om de naamsbekendheid van een product te vergroten, vallen om die reden dus niet onder de definitie. Indien van een uitnodiging tot aankoop sprake is, dient de handelaar de in het vierde lid van artikel 7 van de richtlijn (artikel 6:193e) specifiek genoemde informatie te verstrekken.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de verplichting essentiële informatie te verstrekken in ieder geval zal gelden indien een consument in staat is gelijk een aankoop te doen. Een "uitnodiging tot aankoop" is een bijzondere situatie van een handelspraktijk. Bij een uitnodiging tot aankoop is niet alleen de algemene norm ("verstrek essentiële informatie") van toepassing zoals die geldt ten aanzien van iedere handelspraktijk, maar is ook met zoveel woorden bepaald welke informatie in ieder geval essentieel is.

De nuancering genoemd in het derde lid van artikel 7 van de richtlijn (artikel 6:193d lid 4) is ten aanzien van uitnodiging tot aankoop *niet* van toepassing. Wel zijn andere belangrijke nuanceringen, genoemd in het vierde lid van artikel 7 van de richtlijn, van toepassing, zoals bijvoorbeeld:

- a. De specifieke informatie (...) hoeft alleen te worden verstrekt voor zover deze niet reeds uit de context blijkt (artikel 6:193e, aanhef):
- b. De voornaamste kenmerken van het product behoeven alleen te worden verstrekt in de mate waarin zulks gezien het medium en het product passend is (artikel 6:193e onder a).

Bovenstaande betekent onder meer dat, indien een handelspraktijk te kwalificeren is als een uitnodiging tot aankoop, te allen tijde de identiteit van de handelaar bekend moet zijn, maar dat deze niet specifiek hoeft te worden vermeld indien deze "uit de context blijkt" zoals bijvoorbeeld in een supermarkt.

3. Totale harmonisatie

De leden van de CDA-fractie merken op dat de richtlijn het karakter van 'totale harmonisatie' heeft. Deze constatering geeft deze leden aanleiding te vragen of er landen zijn waarin het niveau van consumentenbescherming door implementatie van de richtlijn afneemt.

De richtlijn heeft inderdaad het karakter van totale harmonisatie. Dit betekent dat de lidstaten de richtlijn één op één dienen te implementeren en niet de mogelijkheid hebben verder te gaan (nationale kop) dan de richtlijn voorschrijft. Hierdoor wordt de wetgeving in de lidstaten op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied gelijk getrokken. Dit heeft voor de interne markt grote voordelen.

De richtlijn voorziet in een overgangsfase ten aanzien van de totale harmonisatie voor reeds bestaande wetgeving. De lidstaten kunnen gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied *bestaande* nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. Deze maatregelen moeten echter onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke

handelspraktijken te waarborgen en evenredig zijn met dit doel. Deze bepalingen dienen bij de Europese Commissie te worden genotificeerd (artikel 3, vijfde en zesde lid, van de richtlijn).

Op dit moment is het onbekend of er landen zijn waarin het niveau van consumentenbescherming door implementatie van de richtlijn afneemt. Wel is bekend dat in Zweden en Denemarken bepaalde vormen van reclame gericht op kinderen verboden zijn. Het is de vraag of een dergelijk verbod, anders dan om redenen van bescherming van veiligheid of van gezondheid van kinderen, in stand kan blijven. De richtlijn bepaalt immers aan welke vereisten een handelaar moet voldoen om zijn producten te mogen aanbieden. Een verbod om producten aan te bieden, ter bescherming van de economische belangen van de consument, aan een specifieke groep is niet in de richtlijn opgenomen.

De leden van de CDA-fractie informeren ook naar de wijze waarop andere lidstaten de richtlijn implementeren. Zij vragen zich af of andere lidstaten hiervoor wellicht zes jaar de tijd nemen en of de Nederlandse concurrentiepositie hierdoor mogelijk wordt benadeeld.

De Europese Commissie heeft tijdens een informele expertmeeting waarin ervaringen van de lidstaten zijn uitgewisseld met betrekking tot de implementatie, een overzicht verstrekt met onder meer de (voorgenomen) plannen tot implementatie van de lidstaten. Dit overzicht (13 juni 2006) is gebaseerd op de gegevens die de lidstaten aan de Commissie hebben aangeleverd in antwoord op een korte vragenlijst. Uit dit overzicht blijkt onder meer dat de richtlijn op verschillende wijzen wordt geïmplementeerd; de ene lidstaat wijzigt bestaande wetgeving en andere lidstaten introduceren nieuwe wetten. Zo wijzigt bijvoorbeeld België zijn 'Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument', terwijl Duitsland voornemens is het 'Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb' te wijzigen. Ierland heeft onlangs de nieuwe 'Consumer Protection Act 2007' aangenomen welke onder meer de bepalingen ter implementatie van de richtlijn bevat. Op dit moment is slechts van Letland bekend dat zij een bepaling bij de Commissie heeft genotificeerd en dus gebruik maakt van de in de richtlijn genoemde termijn van zes jaar om een bestaande nationale bepaling te blijven toepassen die strenger of prescriptiever is dan de bepalingen van de richtlijn. Van andere lidstaten is dit (nog) niet bekend.

Nederland is niet voornemens van deze mogelijkheid gebruik te maken. Dit schaadt de concurrentiepositie echter niet. De aanpassingen van de wetgeving die naar aanleiding van de screening zijn gedaan, betreffen met name overlappingen in wetteksten. Het behoud van dergelijke bepalingen zou onduidelijkheid met zich brengen. Zo vervalt bijvoorbeeld in de Wet op de vaste boekenprijs het tweede lid van artikel 6: "De verkoper onthoudt zich van mededelingen omtrent de prijs van boeken en muziekguitaven die onjuist zijn dan wel de eindafnemer anderszins kunnen misleiden." Dit is na inwerkingtreding van de wet te kwalificeren als een misleidende handelspraktijk.

In antwoord op de vraag van de leden van de CDA-fractie welke ruimte er bestaat bij de implementatie van de richtlijn, kan het volgende worden aangegeven.

Het principe van totale harmonisatie impliceert dat de lidstaten op het geharmoniseerde gebied niet de mogelijkheid hebben verdergaande voorschriften ter bescherming van de consument te hanteren dan op communautair niveau is vastgesteld. Hierdoor ontstaat er op het geharmoniseerde gebied een eenduidig en uniform Europees recht dat voor de hele interne markt geldt. Voor de consument heeft dit als voordeel dat deze bij een grensoverschrijdende aankoop profiteert van eenzelfde niveau van wettelijke bescherming als bij een nationale aankoop. Voor de handelaar heeft volledige harmonisatie als voordeel dat hij voor zover het de geharmoniseerde normen betreft, ervan uit kan gaan dat deze gelijk zijn in elke nieuwe exportmarkt die hij binnen de Europese Unie wil betreden. Totale harmonisatie betekent overigens niet noodzakelijkerwijs dat er helemaal geen ruimte meer is voor een verschillende implementatie door de lidstaten. Er is ruimte voor differentiatie. Zo maakt het bijvoorbeeld verschil of de richtlijn in het Burgerlijk Wetboek wordt geïmplementeerd of dat de bepalingen in het strafrecht worden omgezet.

Het wetsvoorstel beoogt de richtlijn één op één te implementeren (geen nationale koppen). Wel is voor de wijze van handhaving aangesloten bij de systematiek van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). Strikt genomen zou op basis van de richtlijn, die tevens Verordening nr. 2006/2004 wijzigt, alleen voor grensoverschrijdende zaken een toezichthouder aangewezen moeten worden. De Consumentenautoriteit (CA) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) zijn echter ook bevoegd op te treden in nationale zaken betreffende oneerlijke handelspraktijken.

4. Wijze van implementatie

De leden van de CDA-fractie waarderen het dat gekozen is om de richtlijn te implementeren in één nieuwe afdeling (afdeling 3a Oneerlijke handelspraktijken) in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en dat de regeling aansluit bij de systematiek van het BW, zoals die nu onder meer geldt voor misleidende en vergelijkende reclame en de onrechtmatige daad. Deze leden vragen of het wetsvoorstel tot gevolg heeft dat de bescherming van de consument tegen misleidende reclame wordt verminderd. Ook de leden van de fracties van PvdA en SP hebben vergelijkbare vragen gesteld over een vermeende afname van de bescherming van de consument.

Voordat de vragen zullen worden beantwoord, ter verduidelijking van de voorgestelde wettekst het volgende. Om de richtlijn herkenbaar te implementeren is gekozen een nieuwe afdeling te

introduceren. In de definitiebepaling is een expliciete verwijzing naar de richtlijn opgenomen (artikel 6:193a, onder k). Hierdoor is de Europese oorsprong van de regelgeving duidelijk.

Op grond van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame (84/450/EEG) waren zowel handelaren als consumenten beschermd tegen misleidende reclame. Na implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken beschermt de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame alleen handelaren tegen misleidende reclame (artikel 14, eerste lid, van de richtlijn, artikel 6:194). Consumenten kunnen bij misleidende reclame bescherming ontlenen aan de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken) in plaats van afdeling 4 (misleidende en vergelijkende reclame). Overigens, een onderneming kan een beroep doen op afdeling 4 ongeacht de doelgroep van de reclame (ondernemingen, consumenten of beide).

Hieronder zal worden ingegaan op de door de leden van de fracties van CDA, PvdA en SP genoemde punten die relevant zijn in verband met de beantwoording van de vraag of het wetsvoorstel tot gevolg heeft dat de bescherming van de consument tegen misleidende reclame wordt verminderd. Steeds zal de regeling van misleidende reclame worden vergeleken met de nieuwe regeling van oneerlijke handelspraktijken.

Ten eerste is de systematiek die is gekozen voor de implementatie van beide richtlijnen hetzelfde: een handelaar handelt onrechtmatig indien er sprake is van misleidende reclame of een oneerlijke handelspraktijk. In beide gevallen is de handelaar dus aansprakelijk indien er sprake is van misleidende reclame of een oneerlijke handelspraktijk en kan een consument compensatie van geleden schade vorderen. In dit opzicht is er dus geen verschil in rechtsbescherming voor de consument of de handelaar.

Ten tweede kennen zowel de bepalingen betreffende misleidende reclame als die over oneerlijke handelspraktijken een omkering van de bewijslast in respectievelijk de artikelen 6:195 en 6:193j. Hoewel de artikelen redactioneel verschillen is geen verschil beoogd. Op advies van de Raad van State is de formulering van artikel 6:193j aangepast door nauwkeuriger aan te sluiten bij de formulering van de richtlijn. Hierdoor is een verschil in formulering ontstaan, terwijl de artikelen in de richtlijnen (artikel 6, onder a, richtlijn misleidende en vergelijkende reclame en artikel 12, onder a, richtlijn oneerlijke handelspraktijken) eenzelfde formulering kennen. Bij de implementatie van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame is er toentertijd niet voor gekozen ook de woorden "met inachtneming van de rechtmatige belangen van de adverteerder en van elke andere partij bij de procedure" over te nemen of in het artikellid mede te bepalen dat "die eis passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het betrokken geval" omdat deze voorwaarden geacht werden te zijn inbegrepen

bij de afweging die de rechter reeds maakt op grond van de bestaande bepalingen (Kamerstukken II 2000/01, 27 619, nr. 3, p. 22).

Ten derde is het van belang te beoordelen of een gedraging die nu te kwalificeren valt als misleidende reclame in de zin van artikel 6:194 na implementatie van de richtlijn te kwalificeren is als een oneerlijke handelspraktijk (artikel 6:193b). Indien dit *niet* het geval zou zijn, zou er sprake zijn van een verminderde bescherming van de consument. Artikel 6:194 bepaalt dat een handelaar, kort gezegd, onrechtmatig handelt indien een openbare mededeling in een of meer opzichten misleidend is. Het artikel geeft onder a tot en met i aan ten aanzien van welke onderwerpen dit het geval zou kunnen zijn. Zo worden genoemd: de aard, samenstelling, hoeveelheid, hoedanigheid, eigenschappen of gebruiksmogelijkheden en de prijs of de wijze van berekenen daarvan. Bij de oneerlijke handelspraktijken is misleiding van de consument op een andere, maar meer uitvoerige wijze uitgewerkt. Wanneer een handelspraktijk misleidend is, is vastgelegd in de artikelen 6:193c tot en met 193g. Een verschil is bijvoorbeeld dat onder het bereik van het wetsvoorstel zowel openbare als niet openbare mededelingen, zoals een aanbod tijdens een telefonisch verkoopgesprek, vallen. Dit is niet het geval bij misleidende reclame: artikel 6:194 BW ziet alleen op misleiding door middel van openbare mededelingen. In dit opzicht is de bescherming van de consument zelfs uitgebreid.

Een voorwaarde om te kunnen spreken van een misleidende handelspraktijk is dat een handelaar zich op zodanige wijze gedraagt “waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen”. Het is de vraag of hierdoor de rechtsbescherming van de consument afneemt, zoals de vragenstellers suggereren. Naar onze mening is dit niet het geval, omdat het niet goed denkbaar is dat er feitelijk sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, terwijl tegelijkertijd niet aan de genoemde voorwaarde is voldaan. De consument hoeft immers slechts aan te tonen dat hij op basis van de gedraging een besluit neemt of *kan* nemen. Het is de verwachting dat dit consumenten in de praktijk niet veel problemen zal opleveren.

Daarbij wordt gewezen op het feit dat de misleidende reclame op dit moment reeds een voorwaarde kent die weliswaar een andere formulering kent, maar ook aangeeft dat er een directe relatie moet zijn met het economisch gedrag van de consument (artikel 2, onder b, richtlijn misleidende en vergelijkende reclame¹, artikel 6:194). Om te kunnen spreken van misleidende reclame is het, aldus die voorwaarde, noodzakelijk dat de reclame “door haar misleidende karakter het economische gedrag kan beïnvloeden”.

¹ Gecodificeerde versie (Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, L 376/21)

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de rechtsbescherming van de consument nu hij een beroep zal moeten doen op de nieuwe afdeling 3a in plaats van afdeling 4 bij misleidende reclame, niet afneemt. Doordat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken veel meer situaties omvat voor misleidende handelspraktijken, waaronder de concrete gedragingen van de zwarte lijst (artikel 6:193g), is zelfs het standpunt te verdedigen dat de consument beter beschermd is. Hieruit volgt ook dat – dit in antwoord op een vraag van de leden van de fracties van CDA en PvdA – de implementatie van de richtlijn niet leidt tot een relatief hoger beschermingsniveau in de relatie tussen ondernemers onderling, in vergelijking tot de relatie tussen bedrijven en consumenten. Er is naar ons oordeel dan ook geen reden om gebruik te maken van het overgangsregime van de richtlijn (artikel 3, vijfde lid).

De fractieleiden van het CDA wijzen op het feit dat het wetsvoorstel alleen geldt in de verhouding tussen ondernemingen en consumenten, en niet (ook) in de relatie tussen ondernemingen onderling. Zij vragen of het wenselijk is naast consumenten ook kleinere bedrijven bescherming te bieden tegen oneerlijke handelspraktijken.

Het wetsvoorstel ziet alleen op de bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken. Dit is in overeenstemming met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Wij zijn van oordeel dat er geen reden is de bescherming waarin het wetsvoorstel voorziet, uit te breiden tot kleine ondernemingen. Dat laat onverlet dat kleine bedrijven die worden benadeeld door oneerlijke handelspraktijken, hiertegen kunnen optreden op basis van bestaande mogelijkheden in het burgerlijk recht (zoals onrechtmatige daad, dwaling of bedrog) of aangifte kunnen doen van oplichting of verduistering bij de politie.

De leden van de fracties van het CDA, de PvdA en de SP vragen of er sprake is van een achteruitgang met betrekking tot misleidende reclame, onder meer door het gebruik van andere begrippen en definities, een andere regeling van de omkering van de bewijslast en de aansprakelijkheid voor schade. Tevens vragen zij naar de mening van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad (CCA).

Hiervoor is ingegaan op de vraag of het wetsvoorstel tot gevolg heeft dat de bescherming van de consument tegen misleidende reclame wordt verminderd. Hierbij is ook aandacht besteed aan de aansprakelijkheid voor schade, de omkering van de bewijslast en de verschillende begrippen. Onze conclusie is dat de rechtsbescherming van de consument niet afneemt.

In het advies van de CCA is – zoals de leden van de fractie van de PvdA al aangeven – opgenomen dat de richtlijn op een onderdeel de consument minder bescherming biedt dan de huidige regelgeving doet. De CCA stelt dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in de artikelen 6 en 7 'het

nemen van een besluit' tot uitgangspunt neemt terwijl de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame spreekt over het bredere 'economische gedrag'. De CCA dringt er om die reden op aan de Europese Commissie te bewegen tot bijstelling van haar voorstel op dit punt (advies SER, 04/06, p. 59).

Voor alle oneerlijke handelspraktijken geldt dat pas van een oneerlijke handelspraktijk kan worden gesproken indien een handelaar zich op zodanige wijze gedraagt "waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen". Het is echter de vraag of door deze voorwaarde de rechtsbescherming van de consument afneemt. Naar onze mening is dit niet het geval, omdat het niet goed denkbaar is dat er feitelijk sprake is van een oneerlijke handelspraktijk (de handelaar heeft bijvoorbeeld essentiële informatie niet verstrekt) terwijl tegelijkertijd niet aan deze voorwaarde is voldaan. De consument behoeft immers slechts aan te tonen dat hij op basis van de gedraging een besluit neemt of *kan* nemen. Hij behoeft niet daadwerkelijk een overeenkomst te hebben gesloten.

De leden van de fractie van de PvdA vragen of het klopt dat het begrip misleiding in het Burgerlijk Wetboek nu onwerkbaar is en zelden bij de rechter kan worden aangetoond.

Uit de praktijk zijn geen signalen ontvangen dat het begrip misleiding zoals het nu is opgenomen in artikel 6:194 onwerkbaar is. Regelmatig worden door de Reclame Code Commissie, maar ook door bijvoorbeeld voorzieningenrechters uitspraken gedaan op het gebied van misleidende reclame. Niet in alle gevallen oordeelt de rechter dat er sprake is van misleidende reclame, maar dat betekent niet dat de huidige bepaling onwerkbaar zou zijn.

Wellicht dat de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken het aantonen van misleidende reclame overigens eenvoudiger maakt, omdat hetgeen onder misleidende handelspraktijken wordt verstaan, nauwkeurig wordt uitgewerkt. Vooral de zogenoemde zwarte lijst kan behulpzaam zijn.

De leden van PvdA-fractie vragen of de in het wetsvoorstel geregelde consumentenbescherming ook gaat gelden voor (kleinere) MKB-ondernemers of zelfstandigen zonder personeel. Ook stelden zij de vraag of op grond van het wetsvoorstel ook acquisitiefraude met spooknota's en dergelijke kunnen worden aangepakt.

Het wetsvoorstel volgt op dit punt de richtlijn. De vraag of het MKB dezelfde bescherming behoeft, vraagt een afweging die, gelet op het niveau van rechtsbescherming, beter op Europees niveau kan worden gemaakt.

Acquisitiefraude met spooknota's en dergelijke wordt in de praktijk vaak gepleegd jegens (kleine) ondernemers. Aangezien het wetsvoorstel niet ziet op de bescherming van ondernemers tegen oneerlijke handelspraktijken, kunnen dergelijke praktijken gericht op de ondernemer niet op basis van het wetsvoorstel worden bestreden. Bij de effectieve aanpak van acquisitiefraude jegens de (kleine) ondernemer voeren preventieve maatregelen en toezicht de boventoon. Dit houdt in dat burgers, bedrijven en instellingen in de eerste plaats zelf de nodige maatregelen moeten treffen om frauderisico's te beperken. Het strafrecht is de sluitpost. Acquisitiefraude is een vorm van oplichting. De opsporing ervan behoort tot het werkteerrein van de politie. In dit verband wordt verwezen naar de beantwoording van de kamervragen die het lid Smeets over acquisitiefraude heeft gesteld in maart 2007 (Kamerstukken II 2006/07, Aanhangsel Handelingen, 1329).

De leden van de PvdA-fractie constateren dat in het wetsvoorstel nieuwe, op de Europese richtlijn gebaseerde, begrippen lijken te worden gebruikt die tot nu toe niet in het Burgerlijk Wetboek voorkwamen. Zij vragen of dit in de praktijk tot problemen zal leiden en of individuele consumenten of consumentenorganisaties een beroep kunnen doen op het Europese Hof van Justitie.

Het is juist dat bij deze nieuwe richtlijn en de implementatie hiervan nieuwe begrippen worden geïntroduceerd. De praktijk moet zich de nieuwe begrippen eigen maken. Rechters zijn in bepaalde gevallen verplicht aan het Hof van Justitie een prejudiciële beslissing te vragen ten aanzien van de uitleg en de geldigheid van het gemeenschapsrecht. De rechter is exclusief bevoegd tot het stellen van prejudiciële vragen. Consumenten of consumentenorganisaties kunnen de rechter wel verzoeken een prejudiciële vraag te stellen.

De leden van de SP-fractie uiten hun bezorgdheid over de verhouding tussen de nieuwe afdeling 3a oneerlijke handelspraktijken en de bestaande afdeling 4 misleidende en vergelijkende reclame, omdat de regeling van misleidende en vergelijkende reclame de consument meer bescherming zou bieden dan de oneerlijke handelspraktijken. Zij wijzen op de verhouding tussen de artikelen 6:193j en 195 (omkering bewijslast) en vragen of de regelingen ook op andere punten de consument minder bescherming biedt. Voorts vragen de leden van de SP-fractie waarom er niet voor is gekozen om de regeling over misleidende reclame in stand te houden waardoor consumenten een beroep kunnen blijven doen op deze afdeling.

Hiervoor is reeds uitgebreid ingegaan op vragen over de rechtsbescherming van de consument. Hierbij is ook aangegeven dat, hoewel de artikelen 6:195 en 193j redactioneel verschillen, geen verschil in rechtsbescherming wordt beoogd.

Op grond van de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame waren zowel handelaren als consumenten beschermd tegen misleidende reclame. De richtlijn oneerlijke handelspraktijken wijzigt echter tevens de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, zie artikel 14. Door deze wijziging beschermt de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame alleen handelaren tegen misleidende reclame, terwijl consumenten bescherming tegen misleidende reclame in het vervolg ontnemen aan de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De wijziging van de wetgeving ter bescherming van de consument tegen misleidende reclame vloeit dus voort uit de implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

5. Handhaving

De leden van de CDA-fractie stellen een vraag naar de wijze waarop de overheid bevordert dat de markt zelf het verbod op oneerlijke handelspraktijken handhaaft en op welke wijze de vrijheid van de toezichthouders om wel of niet te handhaven is ingeperkt.

Het uitgangspunt van de Wet handhaving consumentenbescherming is dat er eerst publiekrechtelijk zal worden gehandhaafd indien de markt zelf klachten of geschillen niet op effectieve en efficiënte wijze kan oplossen. Dit geldt ook voor dit wetsvoorstel. De consumentenbescherming in Nederland rust voor een groot deel op het private fundament, waarvan diverse partijen, zoals individuele consumenten en ondernemers en consumenten- en andere belangenorganisaties, deel uitmaken. Zelfregulering in de vorm van gedragscodes en geschillencommissies spelen hierbij een belangrijke rol. Met de komst van de Consumentenautoriteit is dit stelsel aangevuld met een publiekrechtelijke toezichthouder die handhavend kan optreden bij inbreuken waarbij collectieve consumentenbelangen in het geding zijn.

Wat betreft zelfregulering op het terrein van oneerlijke handelspraktijken, kan het volgende worden opgemerkt. Klachten over misleidende reclame kunnen worden voorgelegd aan de Reclame Code Commissie. Deze toetst de reclame-uitingen aan de Nederlandse Reclame Code. Overeenkomstig het hiervoor bedoelde uitgangspunt en de afspraken tussen de Consumentenautoriteit en de Stichting Reclame Code over de (thans geldende) wettelijke reclamebepalingen (artikelen 6:194 e.v.), komt de Consumentenautoriteit eerst in beeld, indien de route via de Reclame Code Commissie niet effectief blijkt, bijvoorbeeld omdat de desbetreffende adverteerder weigert zich te houden aan een uitspraak van de Reclame Code Commissie. Het ligt in de rede dat vergelijkbare afspraken tussen de Consumentenautoriteit en de Reclame Code Commissie ook zullen worden gemaakt met betrekking tot misleidende reclame onder deze nieuwe wet. Ook in andere branches of sectoren kan door middel van, met de wet verenigbare, gedragscodes

worden bepaald wat in die specifieke branche of sector onder 'de normale marktpraktijk' wordt verstaan. Dergelijke gedragscodes, zoals die bijvoorbeeld bestaan in de energie- en reissector, kunnen gaan fungeren als leidraad bij de beoordeling of een bepaalde handelspraktijk in strijd is met deze wet (vgl. Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel, p. 13).

De bevoegdheid van de CA en AFM om wel of niet te handhaven, wordt bepaald door de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). Hierin staan de consumentenrechtelijke bepalingen opgesomd die de Consumentenautoriteit en de AFM kunnen handhaven, indien er sprake is van een inbreuk waarbij collectieve consumentenbelangen in het geding zijn. Ook regelt de Whc welke consumentenrechtelijke bepalingen door andere toezichthouders, zoals AFM, Inspectie Verkeer en Waterstaat (IVW) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA), kunnen worden gehandhaafd. De bepalingen van het wetsvoorstel worden toegevoegd aan de door de Consumentenautoriteit en de AFM, voor zover het financiële diensten of activiteiten betreft, te handhaven bepalingen. De Whc bepaalt ook welke bepalingen bestuursrechtelijk en welke civielrechtelijk kunnen worden gehandhaafd door de Consumentenautoriteit en de AFM. Voor een nadere toelichting op deze twee typen handhaving wordt verwezen naar de reactie op vragen hiertoe van de CDA-fractie verderop in dit verslag.

Om zo effectief mogelijk te kunnen handhaven en rekening houdend met haar beperkte omvang, heeft de Consumentenautoriteit begin 2007 haar prioriteiten voor dit jaar bekend gemaakt (Kamerstukken II, 2006/07, 27 879, nr. 15). Naast de concrete aandachtsgebieden heeft zij daarbij ook inzichtelijk gemaakt aan de hand van welke criteria zij zal beoordelen of handhavend optreden wel of niet zinvol is. Deze gelden zowel voor inbreuken op het gebied van de genoemde aandachtsgebieden, als voor andere geconstateerde inbreuken.

De leden van de fractie van het CDA vragen of het geen bezwaar is dat de Consumentenautoriteit veel taken, het toezicht, de sanctionering van overtredingen en het behandelen van bezwaren tegen besluiten, in één hand combineert.

Allereerst willen wij erop wijzen dat de Consumentenautoriteit – de leden van de CDA-fractie geven dit in hun vraag aan - geen agentschap is, maar een ambtelijke dienst van het Ministerie van Economische Zaken (Wet handhaving consumentenbescherming, Kamerstukken II 2005/06, 30 411, nr. 2, artikel 2.1).

Het is juist dat binnen de organisatie van de Consumentenautoriteit zowel het toezicht als de daaruit resulterende sanctiebesluiten en eventuele bezwaren op besluiten samenkomen. Dit geldt overigens alleen voor die bepalingen die zij bestuursrechtelijk kan handhaven; voor het overige deel kan de Consumentenautoriteit naleving afdwingen door middel van een gang naar de civiele rechter.

Een dergelijke concentratie van zaken vraagt zeker, mede gelet op de beperkte omvang van de formatie van de Consumentenautoriteit, om een zorgvuldig opereren. Conform artikel 2.8, vijfde lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming kent de Consumentenautoriteit zogenoemde 'chinese walls' tussen de medewerkers die het onderzoek uitvoeren en de juristen die vervolgens het eventuele sanctiebesluit voorbereiden. De Consumentenautoriteit beschikt in dat kader over een afdeling Toezicht en een eigen Juridische Dienst. Tussen beide afdelingen vindt geen informatie-uitwisseling in concrete zaken plaats. De afdeling Toezicht onderzoekt mogelijke overtredingen van consumentenwet- en regelgeving en maakt daarvan rapport op. Het vervolg van de procedure wordt afgehandeld door ambtenaren van de Juridische Dienst, die niet betrokken zijn geweest bij het onderzoek. De aangeschreven onderneming(en) wordt daarbij de mogelijkheid geboden verweer te voeren tegen het rapport. Op basis van het rapport en de argumenten van partijen is de Juridische Dienst vervolgens verantwoordelijk voor de voorbereiding van eventuele sanctiebesluiten en het behandelen van eventuele bezwaarprocedures tegen die sanctiebesluiten. Binnen de Juridische Dienst wordt – conform de Algemene wet bestuursrecht (Awb) - op persoonsniveau gewaarborgd dat de ambtenaren die betrokken zijn bij de voorbereiding van een sanctiebesluit in een bepaalde zaak niet in meerderheid degenen zijn die vervolgens de bezwaarprocedure in diezelfde zaak behandelen.

Ook is de Consumentenautoriteit voornemens conform de Awb (artikel 7:13) een Bezwaaradviescommissie in te stellen bestaande uit een voorzitter en twee leden, zodat de onafhankelijkheid in de bezwaarfase extra is gewaarborgd. Belangrijk is ook te benadrukken dat in alle gevallen waarin bestuursrechtelijke handhaving plaatsvindt, de uiteindelijke beoordeling van de zaak aan de bestuursrechter is. Immers, tegen besluiten van de Consumentenautoriteit kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank te Rotterdam, en vervolgens hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Marktpartijen kunnen overigens – ingevolge artikel 7.1a Awb - de Consumentenautoriteit verzoeken in te stemmen met het overslaan van de bezwaarprocedure, om zodoende rechtstreeks tegen een besluit van de Consumentenautoriteit in beroep te gaan bij de rechter. Gezien bovenstaande waarborgen zijn wij van mening dat de procedures betreffende bestuursrechtelijke besluiten en eventueel bezwaar en beroep met voldoende waarborgen zijn omkleed.

De leden van de fractie van het CDA vragen een toelichting op de werking tussen een norm neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en de bestuursrechtelijke handhaving daarvan. Deze leden willen voorts vernemen wanneer er precies sprake is van een norm waarvan de overtreding eenvoudig is vast te stellen.

In de Wet handhaving consumentenbescherming is een aantal materiële consumentenbepalingen uit het Burgerlijk Wetboek overgenomen. Deze normen kunnen de Consumentenautoriteit en de AFM, voor zover de overtreding een financiële dienst of activiteit betreft, bestuursrechtelijk handhaven. Dit wetsvoorstel sluit aan bij deze systematiek. Een aantal bepalingen uit het wetsvoorstel is eveneens overgenomen in de Wet handhaving consumentenbescherming en kan bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.

De reden dat niet alle bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken uit het Burgerlijk Wetboek worden overgenomen in de Wet handhaving consumentenbescherming is dat niet elk van deze bepalingen zich leent zich voor bestuursrechtelijke handhaving. Alleen die normen waarvan de overtreding eenvoudig is vast te stellen, kunnen bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Dit volgt uit artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Op basis van dit artikel kan alleen een bestuurlijke boete worden opgelegd wanneer in de wetgeving een gebods- of verbodsbepaling is opgenomen die nauwkeurig, duidelijk en ondubbelzinnig is geformuleerd. Voorbeelden hiervan zijn de voorgestelde artikelen 6:193g en 193i, welke worden overgenomen in (nieuw) artikel 8.8, eerste lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming. Deze bepalingen bevatten een opsomming van respectievelijk misleidende en agressieve handelspraktijken die onder alle omstandigheden zijn verboden.

De privaatrechtelijk te handhaven bepalingen van het wetsvoorstel bevatten veel open normen, die in de concrete omstandigheden van het geval moeten worden ingevuld. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 6:193b van het wetsvoorstel. Hierin wordt bepaald dat een handelspraktijk oneerlijk is indien een handelaar in strijd handelt met:

- a) de vereisten van professionele toewijding, en
- b) het vermogen van de gemiddelde consumenten om een geïnformeerd besluit te nemen aanmerkelijk wordt beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

De interpretatie en de toepassing van deze normen in het concrete geval dienen te worden overgelaten aan de civiele rechter. De Consumentenautoriteit en de AFM kunnen door middel van de bijzondere verzoekschriftprocedure (artikel 3:305d) een zaak ter beoordeling voorleggen aan de civiele rechter.

De leden van de fractie van het CDA vragen of de regering bereid is het toezichts- en handhavingsbeleid van de Consumentenautoriteit en de AFM vooraf met de Kamer te bespreken.

De staatssecretaris van Economische Zaken heeft de Tweede Kamer op 19 september 2006 het consultatiedocument van de Consumentenautoriteit aangeboden (Kamerstukken II 2006/07, 30

411, nr. 20). Met dit document heeft de Consumentenautoriteit onder andere consumentenorganisaties, ondernemersorganisaties, de Sociaal-Economische Raad en wetenschappers geconsulteerd over de prioriteiten voor 2007. Na deze consultatie zijn de prioriteiten vastgelegd in de agenda van de Consumentenautoriteit voor 2007 (Kamerstukken II 2006/07, 27 879, nr. 15). Hiermee is naar onze mening maximale transparantie gecreëerd ten aanzien van de prioriteiten van de Consumentenautoriteit. Indien de Kamer dat wenselijk acht, kan over de prioriteiten van de Consumentenautoriteit met de politiek verantwoordelijke bewindspersoon van gedachten worden gewisseld. Dit laat onverlet dat deze toezichthouder, zoals ook vermeld in de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel handhaving consumentenbescherming zoveel als mogelijk onafhankelijk moet kunnen functioneren (Kamerstukken 2006/07, 30 411, nr. 3).

De AFM presenteert ten tijde van de begroting tevens de Jaaragenda. De Jaaragenda geeft inzicht in de (toezicht)prioriteiten en de belangrijkste ontwikkelingen voor het komende jaar. De AFM wil als publieke organisatie met veel verantwoordelijkheden zo transparant mogelijk zijn. Voor de openbare consultatie bespreekt de AFM de Jaaragenda met haar belangrijkste stakeholders in het Adviserend Panel van vertegenwoordigende organisaties. Daarna volgt een openbare consultatie waaraan een ieder kan deelnemen. De AFM verwerkt de opmerkingen die tijdens de consultatie naar voren zijn gebracht in een openbaar document en in de Jaaragenda zelf als daartoe aanleiding is. Na afloop van het jaar legt de AFM verantwoording af over de resultaten die behaald zijn.

Evenals voor de Consumentenautoriteit geldt ook voor de AFM dat de verantwoordelijke bewindspersoon het aanspreekpunt is voor de Tweede Kamer met betrekking tot vragen over het functioneren of de prioriteiten van de AFM. De AFM maakt op basis van haar deskundigheid en de haar beschikbare informatie keuzes over de prioriteiten in het toezicht. De effectiviteit van het toezicht komt in het geding als de AFM niet in onafhankelijkheid deze keuzes kan maken.

De leden van de CDA-fractie vragen of het niet logischer is de hoogte van de maximaal door de Consumentenautoriteit op te leggen boete te relateren aan de omzet van ondernemingen, zoals dat in onder meer de Mededingingswet het geval is. Voorts vroegen zij op welk percentage van de omzet van ondernemingen de boetes eventueel moeten worden gemaximaliseerd.

De Consumentenautoriteit of de AFM kunnen op dit moment op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) een bestuurlijke boete van maximaal € 67.000 opleggen. Dit maximumbedrag van € 67.000 is gekozen, omdat dit bedrag overeenkomt met een geldstraf van de vijfde categorie in het strafrecht. Bij het opstellen van het wetsvoorstel werd een dergelijke maximumboete ook voor oneerlijke handelspraktijken gepast geacht. Gelet echter op de

hierna te noemen factoren is het gepast het maximum van een bestuurlijke boete te verhogen tot € 450.000. Een nota van wijziging die dit voorstelt, zal gelijktijdig worden ingediend.

In de eerste plaats biedt het voorgestelde boetemaximum meer mogelijkheden voor de Consumentenautoriteit en de AFM de boetehoogte te variëren al naargelang de omstandigheden van het geval, zoals de bedrijfsgrootte van de betrokken overtreder. In de tweede plaats zullen de Consumentenautoriteit en de AFM, meer dan bij andere bepalingen die zij op basis van de Whc handhaven, bij oneerlijke handelspraktijken behalve met bonafide aanbieders, die incidenteel een overtreding begaan, ook te maken krijgen met aanbieders wier gehele praktijk erop is gericht door middel van misleidende of agressieve methoden, en onder steeds wisselende handelsnamen, consumenten geld afhandig te maken. Een 'slechte pers' (reputatieschade) werkt bij dergelijke overtreders naar alle verwachting niet afschrikwekkend. Ook een last onder dwangsom is in deze gevallen niet altijd effectief. De last onder dwangsom geldt namelijk specifiek voor de overtreder die met naam wordt genoemd in de last en voor de specifieke overtreding waarvoor de last is opgelegd. In die gevallen werkt alleen een boete met een dusdanig afschrikwekkend effect dat een onderneming deze niet incalculeert. Vanuit het oogpunt van speciale (de overtreder moet een boete financieel 'voelen') en generale (potentiële overtreders moeten worden afgeschrikt) preventie heeft het huidige boetemaximum naar verwachting onvoldoende preventieve werking. Tenslotte wordt het boetemaximum met een verhoging naar € 450.000 in lijn gebracht met de bestaande boetemaxima van consumentenbepalingen in enkele andere wetten, zoals de Telecommunicatiewet (bijvoorbeeld het spamverbod: maximaal € 450.000 of 10% van de omzet indien dit meer is), de Electriciteitswet 1998 en de Gaswet (die beide momenteel al een regeling voor oneerlijke handelspraktijken kennen waarop een maximumboete van € 450.000 staat, of 10% van de omzet indien dit meer is) en de Wet marktordening gezondheidszorg (op basis waarvan bijvoorbeeld misleidende reclame door een zorgaanbieder of zorgverzekeraar kan worden beboet met maximaal € 500.000 of 10% van de omzet indien dit meer is).

Er is niet gekozen voor een omzetgerelateerde boete, omdat met name in de financiële sector de omzet niet altijd eenvoudig en eenduidig is vast te stellen. Daarnaast hechten wij er aan dat het instrumentarium in de wetgeving omtrent oneerlijke handelspraktijken zo veel als mogelijk aansluit bij hetgeen nu reeds ingevolge de Wet op het financieel toezicht van kracht is.

De leden van de fractie van de PvdA vragen of, evenals in de Wet handhaving consumentenbescherming, er sprake zal zijn van publiekrechtelijke handhaving met bestuurlijke boete en last onder dwangsom, en niet van een tijdrovende en kostbare civielrechtelijke handhaving.

Op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming kan de Consumentenautoriteit de wettelijke consumentenbepalingen opgesomd in onderdeel a van de bijlage bij de wet privaatrechtelijk handhaven en de wettelijke consumentenbepalingen opgesomd in onderdeel b in de bijlage bij de wet bestuursrechtelijk handhaven. De AFM is bevoegd op te treden indien de overtreding een financiële dienst of activiteit betreft. Afhankelijk van de aard van de overtreden norm zullen de Consumentenautoriteit en de AFM bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk kunnen handhaven. Ingevolge de systematiek van de Wet handhaving consumentenbescherming geldt bestuursrechtelijke handhaving voor normen die voldoende concreet zijn, opdat een eventuele overtreding daarvan eenvoudig is vast te stellen. Bepalingen die open normen bevatten, worden privaatrechtelijk gehandhaafd. Voor het wetsvoorstel betekent dit concreet dat de voorgestelde artikelen 6:193e t/m 193g en 193i welke worden overgenomen in (nieuw) artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming, bestuursrechtelijk en artikelen 6:193b t/m 193d en 193h privaatrechtelijk kunnen worden gehandhaafd.

Voor wat betreft de privaatrechtelijke handhaving door de Consumentenautoriteit en de AFM is bij de inwerkingtreding van de Wet handhaving consumentenbescherming een bijzondere verzoekschriftprocedure in het leven geroepen. Deze verzoekschriftprocedure zorgt ervoor dat de Consumentenautoriteit en de AFM op eenvoudige en snelle wijze kunnen bewerkstelligen dat een inbreuk wordt gestaakt, eventueel onder oplegging van een dwangsom. Deze wijze van handhaven kan derhalve niet worden aangemerkt als minder effectief of minder efficiënt dan bestuursrechtelijke handhaving.

De leden van de fractie van de PvdA vragen hoeveel fte's bij de Consumentenautoriteit worden vrijgemaakt om de regels inzake oneerlijke handelspraktijken te handhaven. Ook vragen zij hoeveel gevallen van misleidende en agressieve handelspraktijken er worden verwacht.

De implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in Nederlandse wetgeving betekent voor de Consumentenautoriteit dat zij enerzijds effectiever zal kunnen optreden in gevallen waarin zij op basis van haar huidige bevoegdheden ook al kan optreden (misleidende reclame), en anderzijds dat zij zal kunnen optreden tegen praktijken waarvoor zij nu geen mogelijkheden heeft. Het niet vermelden van de prijs inclusief de bijkomende kosten in de reissector is een voorbeeld van het eerste. Ook zal na inwerkingtreding van het wetsvoorstel de Consumentenautoriteit naar verwachting vaker optreden in sectoren waar nu voornamelijk een sectorspecifieke toezichthouder actief is, in het bijzonder de energiesector en de elektronische communicatiesector. De Consumentenautoriteit wordt immers (naast de Autoriteit Financiële Markten voor de financiële sector) aangewezen als enige toezichthouder voor het wetsvoorstel oneerlijke handelspraktijken. De taken die de Directie Toezicht

Energie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet op dit terrein heeft, gaan als gevolg van het wetsvoorstel over naar de Consumentenautoriteit.

Het wetsvoorstel betekent dus enerzijds een versterking van het huidige instrumentarium en anderzijds een uitbreiding van het toezichtsgebied. Bij de instelling van de Consumentenautoriteit is destijds nog geen rekening gehouden met werkzaamheden inzake het toezicht op en de handhaving van de regels omtrent oneerlijke handelspraktijken. Onderzocht wordt wat de precieze personele consequenties daarvan zijn. Wanneer dit betekent dat de formatie van de afdeling Toezicht het aantal van 10 fte's zal overschrijden, zal uw Kamer daarover worden geïnformeerd, overeenkomstig de toezeggingen gedaan tijdens de parlementaire behandeling van de Wet handhaving consumentenbescherming.

De vraag hoeveel gevallen van misleidende en agressieve handelspraktijken er worden verwacht, laat zich niet exact beantwoorden. Aangezien het wetsvoorstel voor het overgrote deel nieuwe regels betreft, zijn er (nog) geen overzichten of rapportages beschikbaar die over een langere periode een beeld geven van de hoeveelheid inbreuken van dit type in Nederland. Met de komst van deze nieuwe regels en de handhaving ervan door de Consumentenautoriteit en de AFM kunnen registratie en onderzoek naar dergelijke overtredingen voor de toekomst systematisch gaan plaatsvinden.

Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het aantal klachten en het aantal zaken dat de genoemde toezichthouders zullen oppakken. De toezichthouders zullen immers niet iedere individuele klacht oppakken, maar juist daar optreden waar veel consumenten over klagen. Enige cijfers die een indicatie geven van het aantal klachten:

- in de periode januari/februari 2007 had de Consumentenbond een 'Meldpunt Oneerlijke Handelspraktijken' op zijn website geplaatst. In een tijdsbestek van vier weken kwamen bij dit meldpunt ongeveer 1500 meldingen binnen van praktijken die in de ogen van consumenten oneerlijk waren. Uit de rapportage van de Consumentenbond over het meldpunt blijkt dat de door de consumenten ervaren situaties in belangrijke mate worden gedekt door de artikelen 6:193g en 193i van het wetsvoorstel.
- In diezelfde periode werden er bij ConsuWijzer ongeveer 350 meldingen gedaan van oneerlijke handelspraktijken. Hierin zijn de cijfers begrepen van het tijdelijke Meldpunt Misleidende Loterijen dat de Consumentenautoriteit in het kader van dit aandachtsgebied had ingesteld.
- Voor een indicatie zou ook gekeken kunnen worden naar (een deel van) het aantal klachten dat bij de Stichting Reclame Code binnenkomt. Op basis van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken is immers onder meer het verschaffen van misleidende informatie,

waaronder misleidende reclame, verboden. Uit cijfers van de Stichting Reclame Code blijkt dat de Reclame Code Commissie in het jaar 2004 ongeveer 1000 zaken in behandeling heeft genomen.

De leden van de PvdA-fractie vragen of er in andere landen vergelijkbare wetgeving is en wat de ervaringen daarmee zijn.

In de situatie zoals die bestaat voorafgaand aan de implementatie van de richtlijn in de wetgeving van de lidstaten, is de juridische bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken uiteenlopend geregeld in de lidstaten. Het is dan ook moeilijk aan te geven wat de ervaringen met de huidige wetgeving zijn mede omdat het kader steeds verschilt.

Een aantal lidstaten kent wetgeving betreffende handelspraktijken, met een algemene clausule ter bescherming van consumenten, en in sommige landen tevens van ondernemers, tegen oneerlijke handelspraktijken (dit is bijvoorbeeld het geval in België, Duitsland, Oostenrijk, Denemarken en Zweden). In andere lidstaten bestaat geen specifieke wetgeving betreffende oneerlijke handelspraktijken, maar wordt bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken ontleend aan het Burgerlijk Wetboek (Nederland, Frankrijk en Italië). In enkele lidstaten bestaat nog geen specifiek juridisch kader inzake oneerlijke handelspraktijken (bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk en Portugal). Daarnaast draagt in enkele lidstaten (waaronder Italië, Verenigd Koninkrijk en Nederland) zelfregulering - in de vorm van gedragscodes - bij aan de bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken. De wijze van handhaving loopt eveneens uiteen in de lidstaten, deze is civielrechtelijk, bestuursrechtelijk of strafrechtelijk, dan wel een combinatie hiervan.²

Als gevolg van de implementatie van de richtlijn zal er in alle lidstaten specifieke, geharmoniseerde wetgeving inzake oneerlijke handelspraktijken komen. In een aantal lidstaten zal de richtlijn worden geïmplementeerd in bestaande wetgeving inzake consumentenbescherming (o.a. Frankrijk en Griekenland), het Burgerlijk Wetboek (Nederland), wetgeving inzake handelspraktijken (o.a. België, Denemarken, Zweden) of in wetgeving betreffende oneerlijke mededinging (Duitsland). In Ierland is de richtlijn geïmplementeerd in een nieuwe wet (Consumer Protection Act 2007) en in het Verenigd Koninkrijk komen er nieuwe 'Consumer Protection from Unfair Trading Regulations'.

De leden van de PvdA-fractie vragen of een 'meldpunt misleiding' wenselijk is en welke rol de Consumentenautoriteit daarin kan vervullen.

² Zie R. Schulze, H. Schulte-Nölke (red.), *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, studie in opdracht van de Europese Commissie (DG SANCO), 2003.

Op dit moment zien wij geen aanleiding of noodzaak voor het instellen van een dergelijk (apart) meldpunt. Op basis van het wetsvoorstel zullen de Consumentenautoriteit en de AFM worden belast met het toezicht op de regels op het gebied van oneerlijke handelspraktijken. Bij de Consumentenautoriteit kunnen mogelijke overtredingen van de regels waarop zij toezicht houdt reeds telefonisch en via e-mail worden gemeld via ConsuWijzer, het informatieloket voor consumenten. Via dit loket wordt dat in de toekomst ook mogelijk voor oneerlijke handelspraktijken. Daarbij is het wel denkbaar dat in het kader van een handhavingsprogramma – tijdelijk - op ConsuWijzer een aparte oproep wordt gedaan om bepaalde oneerlijke praktijken te melden.

De leden van de fractie van de PvdA informeren naar de ervaringen in de energiesector met de bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken in de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, inclusief de handhaving daarvan door de Directie Toezicht Energie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: DTe).

Naar aanleiding van het in 2004, bij de behandeling van de wijziging Elektriciteitswet 1998 en Gaswet in verband met implementatie en aanscherping toezicht netbeheer aangenomen amendement van Crone c.s. (Kamerstukken II 2003/04, 29 372, nr. 49), is een belangrijk deel van de (ontwerp) richtlijn oneerlijke handelspraktijken, namelijk het verbod op oneerlijke handelspraktijken en de zwarte lijst bij deze richtlijn, al vervroegd van kracht geworden voor de energiesector. DTe werd belast met het toezicht hierop, en zij heeft reeds ervaring opgedaan met deze bepalingen.

De kenmerken van de energiemarkt ('low interest' product, de beperkte mogelijkheid tot onderscheid en het feit dat iedereen al is voorzien) maken het nodig klanten actief te benaderen en marktaandeel bij andere leveranciers weg te halen. In deze concurrentiestrijd worden grenzen opgezocht en soms overschreden. Energieleveranciers maken relatief veel gebruik van directe wervingsmethoden als colportage en telefonische werving.

DTe heeft tot nog toe één keer een boete opgelegd aan een energieleverancier wegens het hanteren van een oneerlijke en misleidende verkoopmethode. Het desbetreffende besluit is eind 2006 bevestigd door de rechter. Dezelfde leverancier kreeg bovendien twee lasten onder dwangsom opgelegd. Daarnaast heeft DTe met de dreiging van wettelijke handhaving achter de hand verschillende vergunninghouders informeel aangesproken op hun wervingsuitingen. De betrokken ondernemingen hebben als gevolg hiervan hun gedrag aangepast.

De regelgeving met betrekking tot de oneerlijke handelspraktijken voor de energiemarkt heeft derhalve resultaat gehad. Sinds de invoering hiervan is DTe beter in staat in te grijpen bij oneerlijke handelspraktijken. De ervaring leert wel dat formele handhaving veel tijd in beslag neemt. Bovendien doet formele handhaving niet altijd recht aan de dynamiek in een pas geliberaliseerde markt waarin nieuwe partijen marktaandeel moeten veroveren, terwijl gevestigde partijen niet actief hoeven te

werven. Na veel verontrustende signalen over agressieve werving van klanten en onjuiste switchverzoeken op de energiemarkt heeft DTe de energiesector in 2005 opgeroepen zelf met een gedragscode te komen. In de gedragscode die in 2006 tot stand is gekomen, worden nu de belangrijkste onderwerpen op het gebied van overstappen naar een andere leverancier (van werving tot medewerking aan switchverzoeken) geregeld. Door de gedragscode hebben de bedrijven de mogelijkheid de open normen van de wet in te vullen. Omdat daarnaast de gedragscode zich zowel op klantenwerving als klantenbehoud richt, is er een breed draagvlak voor de gedragscode.

De leden van de SP-fractie merken op dat in de Memorie van Toelichting staat dat handhaving afhankelijk is van de aard van de norm of er privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk gehandhaafd kan worden en vragen bij welke bepalingen publiekrechtelijk gehandhaafd wordt en bij welke bepalingen privaatrechtelijk. Ook de leden van de fractie van de VVD stellen deze vraag.

Op vergelijkbare vragen van de leden van de fracties van CDA en PvdA is aangegeven dat afhankelijk van de aard van de overtreden norm de Consumentenautoriteit en de AFM bestuursrechtelijk of privaatrechtelijk zullen kunnen handhaven. Voor het wetsvoorstel betekent dit concreet dat de voorgestelde artikelen 6:193e t/m 193g en 193i welke worden overgenomen in (nieuw) artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming, bestuursrechtelijk en artikelen 6:193b t/m 193d en 193h privaatrechtelijk kunnen worden gehandhaafd.

In de Memorie van Toelichting is opgenomen dat de Consumentenautoriteit en de AFM in een samenwerkingsprotocol afspraken kunnen maken over onder meer de uitleg van begrippen. De leden van de SP-fractie vragen waarom er met het oog op de rechtszekerheid geen verplichting tot het opstellen van een samenwerkingsprotocol in het wetsvoorstel is opgenomen.

Het opnemen van een verplichting in het wetsvoorstel acht de regering niet nodig omdat een dergelijk samenwerkingsprotocol tussen de Consumentenautoriteit en de AFM inmiddels is opgesteld. Dit protocol is in te zien op de website van de Consumentenautoriteit en bevat ook afspraken die betrekking hebben op de afstemming tussen de Consumentenautoriteit en de AFM over de uitleg van begrippen in de consumentenregels die beide toezichthouders kunnen handhaven. Het samenwerkingsprotocol van de Consumentenautoriteit en de AFM zal indien nodig worden aangepast in verband met dit wetsvoorstel.

De leden van de VVD-fractie vragen of in het geval van een mogelijke geconstateerde overtreding van het verbod op oneerlijke praktijken het niet ongewenst is, dat er een samenloop kan ontstaan tussen een civielrechtelijke actie van de consument en een semi-bestuurlijk optreden van de Consumentenautoriteit en/of de AFM. De leden van de fractie van de VVD willen voorts weten of een

te vroeg optreden van de Consumentenautoriteit en/of de AFM niet nadelig kan blijken te zijn voor de consument, en of ondernemingen nog weten waar zij aan toe zijn als er voor één en hetzelfde feit sprake is van zowel civielrechtelijk als bestuursrechtelijk optreden. Daarnaast stellen de leden van de fractie van de VVD vast dat strafrechtelijk optreden ook nog onderdeel kan worden van het totale handhavingsoptreden. Zij vragen of een cumulatie van dergelijke soorten handhaving niet ongewenst is.

De handhaving van de verboden op oneerlijke handelspraktijken kan worden aangemerkt als een gemengd stelsel: naast bestuursrechtelijk optreden door de Consumentenautoriteit en de AFM, is ook een civielrechtelijke actie door consumenten zelf altijd mogelijk. Daarnaast blijft het commune strafrecht naast de bestuursrechtelijke handhaving bestaan. Echter, dit betekent niet dat bij een overtreding steeds sprake zal zijn van een cumulatie van soorten handhaving. Het uitgangspunt van de Wet handhaving consumentenbescherming is dat er pas publiekrechtelijk gehandhaafd zal worden als de markt niet zelf overtredingen op effectieve en efficiënte wijze kan oplossen. Indien consumenten en bedrijven een geschil zelf via de civielrechtelijke weg kunnen oplossen, is er geen aanleiding voor publiekrechtelijk optreden. Ondernemingen zullen dan in beginsel niet ook worden geconfronteerd met de Consumentenautoriteit of met de AFM. Dit uitgangspunt blijft ook na inwerkingtreding van deze wet van toepassing. Daarnaast kunnen de Consumentenautoriteit en de AFM – binnen het regime van de Wet handhaving consumentenbescherming - slechts optreden als er sprake is van een collectieve inbreuk.

Er is onmiskenbaar een verband tussen de bestuursrechtelijke handhaving van het verbod op de oneerlijke handelspraktijken en commune delicten uit het strafrecht zoals valsheid in geschrifte, bedrog door de verkoper en mishandeling. Een overtreding van een bepaling van de oneerlijke handelspraktijken waartegen de Consumentenautoriteit of de AFM zal kunnen optreden, zal in bepaalde gevallen ook een strafbaar feit op grond van het Wetboek van Strafrecht kunnen opleveren. De Wet handhaving consumentenbescherming (artikel 2.19) voorziet in een wisselwerking tussen de Consumentenautoriteit en de officier van justitie, zoals die ook is opgenomen in de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Als een overtreding tevens een strafbaar feit oplevert, moet een rapport waarin een inbreuk wordt geconstateerd, worden overgedragen aan het Openbaar Ministerie. De Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht kiest voor een systeem van 'una via'. Dat wil zeggen dat de keuze voor óf bestuursrechtelijke sanctionering óf strafrechtelijke sanctionering op een gegeven moment definitief wordt - een zaak kan niet eindeloos tussen de Consumentenautoriteit en de officier van justitie heen en weer worden geschoven. Ook als blijkt, dat een van beide trajecten vruchteloos wordt afgesloten, kan een zaak niet naar het andere traject worden doorgeschoven.

Tevens wordt in antwoord op een vraag van de leden van de VVD-fractie hierover, opgemerkt dat de omkering van de bewijslast zoals deze is opgenomen in artikel 6:193j slechts van toepassing is in civiele procedures en niet in een eventuele strafrechtelijke procedure.

6. Verhouding tot wilsgebreken

De leden van de CDA-fractie vragen naar de verhouding tot de wilsgebreken genoemd in artikel 3:44, te weten bedreiging (dwang), bedrog en misbruik van omstandigheden. Ook vragen zij naar het verschil tussen 'een besluit over een overeenkomst' respectievelijk 'gedrag verstoren of kan verstoren', in relatie tot dwaling (artikel 6:228). Verder vragen zij in hoeverre sprake kan zijn van nietigheid of vernietigbaarheid van een gesloten overeenkomst, indien vast komt te staan dat hierbij sprake is van een oneerlijke handelspraktijk, gelet op het bepaalde in artikel 3:40. De leden van de PvdA-fractie sluiten zich bij deze vragen aan.

Een rechtshandeling is vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen (artikel 3:44). Hetzelfde geldt indien een overeenkomst onder invloed van dwaling tot stand is gekomen en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten (artikel 6:228). De regeling van de oneerlijke handelspraktijken vertoont op onderdelen een overlap met die van de wilsgebreken, in die zin dat een oneerlijke handelspraktijk ertoe kan leiden dat een consument een overeenkomst heeft gesloten die ook onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen. Een beroep door de consument op een wilsgebrek sluit niet uit dat hij daarnaast ook schadevergoeding vordert. Ook is denkbaar dat de consument slechts op een van deze gronden (wilsgebrek of oneerlijke handelspraktijk) ageert.

Bij oneerlijke handelspraktijken zal slechts zelden met succes een beroep op artikel 3:40 kunnen worden gedaan. Van nietigheid of vernietigbaarheid van een overeenkomst wegens strijd met de wet (lid 2) kan immers slechts sprake zijn indien het gaat om dwingende wetsbepalingen die de inhoud van de overeenkomst betreffen en niet om dwingende bepalingen die de totstandkoming van rechtshandelingen regelen. Een beroep op artikel 3:40 lid 2 zou bijvoorbeeld kunnen slagen indien de handelaar handelt in strijd met de professionele toewijding, omdat hij algemene voorwaarden gebruikt die in strijd zijn met de wet. Hetzelfde geldt indien een verkoper handelt in afwijking van artikel 7:6 (consumentenkoop) door de wettelijke garantie te beperken. Eventueel kan de consument ook een beroep doen op lid 1 indien hij van mening is dat de handelspraktijk door de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare rechtsorde.

Aangezien oneerlijke handelspraktijken echter voor een belangrijk deel de totstandkoming van de overeenkomst betreffen, ligt het vorderen van vernietiging op grond van artikel 3:44 of artikel 6:228 meer voor de hand.

De leden van de PvdA-fractie vragen of een misleidende of agressieve handelspraktijk niet van rechtswege zou moeten leiden tot nietigheid of vernietigbaarheid. Dit zou een juiste 'sanctie' voor een handelaar zijn. De leden van de SP-fractie zijn van mening dat indien consumenten slachtoffer zijn van oneerlijke handelspraktijken, zij eenvoudig de overeenkomst moeten kunnen vernietigen. Zij geven aan dat het wetsvoorstel hierover niets regelt en vragen of met de vaststelling van een oneerlijke handelspraktijk door de rechter daarmee ook, een en ander afhankelijk van de precieze praktijk, een wilsgebrek vaststaat. Indien dit niet het geval is, dan vragen deze leden zich af of de bewijslastverdeling voor vernietiging van een overeenkomst dan niet zwaarder is voor de consument gezien de regeling van de omkering van de bewijslast (artikel 6:193j lid 1).

Zoals hierboven is aangegeven in antwoord op vragen van de leden van de fracties van CDA en PvdA, is het indien aan de daarvoor gestelde voorwaarden is voldaan ook mogelijk met een beroep op artikel 3:44 of artikel 6:228 de overeenkomst te vernietigen. Partijen kunnen, indien de consument dit wenst, de overeenkomst ook aanpassen of wijzigen. Tevens kan een consument, naast het vernietigen van de overeenkomst die onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, een actie uit onrechtmatige daad instellen en compensatie van geleden schade vorderen.

Hoewel de regeling van oneerlijke handelspraktijken een zeer breed spectrum van praktijken omvat, is er onmiskenbaar een overlap tussen de regeling van de oneerlijke handelspraktijken en de wilsgebreken. Zo sluit de omschrijving van een misleidende handelspraktijk in de artikelen 6:193c en 193d nauw aan bij dwaling. Voor dwaling in de zin van het Burgerlijk Wetboek is immers essentieel het ontbreken van een juiste voorstelling van zaken, ten gevolge waarvan de dwalende een overeenkomst heeft gesloten die hij anders niet of niet op dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan. De strekking van de omschrijving van een misleidende handelspraktijk is dezelfde. Ook een beroep op misbruik van omstandigheden is bij veel misleidende handelspraktijken niet ondenkbaar.

Bij agressieve handelspraktijken is er een overlap met bedreiging. Van bedreiging (dwang) is sprake indien iemand een ander tot het sluiten van een overeenkomst beweegt door die ander of een derde (bijvoorbeeld een familielid) onrechtmatig met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. Het is zeer aannemelijk dat indien er sprake is van een agressieve handelspraktijk de rechter bedreiging zal aannemen. Immers een handelspraktijk is agressief indien door intimidatie, dwang, waaronder 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 wordt beperkt of

kan worden beperkt waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Met de vaststelling van een oneerlijke handelspraktijk is niet per definitie een wilsgebrek gegeven. Het is echter de verwachting dat in een belangrijk deel van de gevallen waarin een oneerlijke handelspraktijk wordt vastgesteld, de consument de overeenkomst zal kunnen vernietigen op grond van artikel 3:44 of artikel 6:228. Het gaat dan uiteraard om die gevallen waarin de consument een overeenkomst heeft gesloten en niet om oneerlijke handelspraktijken op grond waarvan de consument een besluit over een overeenkomst had kunnen nemen. Een uitzondering hierop is vermoedelijk te vinden in de algemene norm voor oneerlijke handelspraktijken zoals deze is neergelegd in het tweede lid van artikel 6:193b (professionele toewijding). Bij handelen in strijd met professionele toewijding is er geen (direct) verband met wilsgebreken. De elementen die relevant zijn bij de beoordeling of sprake is van een handelen in strijd met de professionele toewijding (bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid) zijn van een andere orde.

De omkering van de bewijslast geldt ter zake van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die een handelaar heeft verstrekt indien een vordering ingevolge de artikelen 6:193b tot en met 193i wordt ingesteld. Bij misleidende reclame is een vergelijkbare bepaling van toepassing (artikel 6:195). Deze artikelen vloeien rechtstreeks voort uit de implementatie van de richtlijn respectievelijk de richtlijn misleidende reclame. De consument die stelt dat de informatie onjuist of onvolledig is, hoeft dit slechts te stellen en niet te bewijzen. De omkering van de bewijslast impliceert dat de handelaar de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij verstrekt, dient aan te tonen. Er is geen aanleiding om de regeling van de omkering van de bewijslast een bredere toepassing te geven dan de richtlijn voorschrijft.

De Minister van Justitie,

De Staatssecretaris van Economische Zaken,