

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Oneerlijke handelspraktijk is
onrechtmatige daad. Maar wat
schieten we daar mee op?***

W.H. van Boom

*Published in
NTBR, 2008/3 nr.15, blz. 125*

Binnenkort zal in het BW de Europese richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (OHP) worden geïmplementeerd. Die richtlijn verbiedt oneerlijke handelspraktijken, dat zijn praktijken van 'handelaren' tegenover consumenten die in strijd met de vereisten van 'professionele toewijding' het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoren of kunnen verstoren. Oneerlijk zijn in het bijzonder praktijken die misleidend of agressief zijn. Misleidende praktijken betreffen bijvoorbeeld het verstrekken van feitelijk onjuiste of potentieel misleidende informatie, of het achterhouden van essentiële informatie bij een aankoop. De richtlijn OHP bepaalt slechts dat oneerlijke handelspraktijken verboden zijn (art. 5), maar bepaalt vrijwel niets over de inpassing in het nationale recht. De keuze van handhavinginstrumenten wordt dus aan de lidstaten overgelaten, zij het met de bekende tournure dat de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn.

Wat betreft de civielrechtelijke handhaving kiest het wetsvoorstel OHP voor een species van de onrechtmatige daad in de nieuw in te voeren Afd. 6.3.3a BW. Dat niet is aangeknoopt bij een contractenrechtelijke remedie is in zekere zin begrijpelijk omdat oneerlijke handelspraktijken betrekking hebben op 'besluiten' van consumenten 'over een transactie'. Ook besluiten om *niet* te contracteren kunnen er onder vallen. In die zin is de keuze voor implementatie buiten het contractenrecht verdedigbaar, maar soms leidt de gekozen invalshoek tot twijfelachtige uitkomsten. Een actie uit onrechtmatige daad is in ons wettelijk systeem immers op schadevergoeding gericht, vast te stellen volgens de regels van afd. 6.1.10 BW. Die invalshoek is niet altijd goed toegesneden op het type regulering dat de richtlijn OHP voorstaat.

Stel: een consument is chronisch ziek en wil zijn heil zoeken in een magnetische ketting die bedrieglijk wordt aangeprezen als een sieraad met genezende werking. Dat is een oneerlijke handelspraktijk, maar de consument wordt er gezonder noch zieker van. Geen schade dus, behalve dan een hoge prijs voor een goedkope magneet. Dan is de schade vooral gelegen in het feit dat hij iets heeft aangekocht dat hij anders niet zou hebben aangekocht. Hier lijkt ongedaanmaking van de transactie een betere optie.

Het voorgaande doet de vraag rijzen of een recht op schadevergoeding altijd de meest passende remedie is. Soms is juist ontbinding, opzegging, vernietiging of beëindiging anderszins van de gesloten overeenkomst passender. Een consument die een printer heeft gekocht van € 90 waarvan de handelaar niet duidelijk heeft medegedeeld dat de vervangingskosten van het cartridge € 70 per keer zijn, kan stellen essentiële informatie over het product niet te hebben gekregen en daardoor een andere beslissing te hebben genomen dan mét die informatie. Maar wat heeft hij aan schadevergoeding? Is het niet passender om de koopprijs en de printer over en weer terug te geven?

Uiteraard zijn de andere, 'nationale' remedies nog steeds beschikbaar: de consument *hoeft* niet schadevergoeding te vorderen en kan ook andere wegen bewandelen. Maar dat doet wel de vraag rijzen of de wetgever er verstandig aan heeft gedaan om de oneerlijke handelspraktijk als species van de onrechtmatige daad vorm te geven. Een oneerlijke handelspraktijk is dan wel een onrechtmatige daad, maar bij sommige praktijken is ongedaanmaking van de transactie de superieure remedie. Dit betekent waarschijnlijk in die gevallen dat de leerstukken van vernietiging bij wilsgebreken en ontbinding wegens non-conformiteit richtlijnconform opgerekt dienen te worden.

Bovendien kan de vraag worden gesteld of de keuze voor de onrechtmatige daad altijd in overeenstemming is met de eisen van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikwekkende werking, die de richtlijn OHP stelt. Ik geef een voorbeeld.

Foldermateriaal van een winkelketen in electronica adverteert een desktop-computer. Op de foto prijkt de desktop met monitor. In de winkel aangekomen komt de consument tot de ontdekking dat de aanbieding exclusief monitor is. Als dit een 'misleidende omissie' van de handelaar is, dan kan de consument schadevergoeding vorderen. Maar die is minimaal: wat zou zijn vermogenssituatie zijn geweest als de informatie in het foldermateriaal niet misleidend was geweest? Hij zou zich de reis hebben bespaard. Dus vergoeding van benzinekosten en tijdverlies? Is dat doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikwekkend?

W.H. van Boom.