

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Misleiding in de zin van de
Richtlijn oneerlijke handels-
praktijken***

M.M. van Campen

*Published in
TvC, 2008-1, p. 49-52*

1. Hof Amsterdam 19 april 2007

(mrs. Van der Reep, Van Staveren, Beltzer)

Rolnrs. 1213/05, 1214/05 en 1216/05

LJN BB0909

(A. c.s., B, C en de Consumentenbond / Verweerders X, Y, Z en Interkeukengilde B.V.)

(Zie noot onder deze uitspraak.)

- cashbackactie
- misleidende reclame
- richtlijn oneerlijke handelspraktijken
- gemiddelde consument

1.1 Feiten

2.1. Interkeukengilde is (of was destijds ten tijde hier van belang) een overkoepelende inkooporganisatie van keukens. Zij organiseert een samenwerkingsverband – genaamd Keukengilde – van zelfstandige keukenleveranciers. Deze leveranciers kopen bij haar keukens in, maken gebruik van een gemeenschappelijk logo en een eigen huisstijl en van de handelsnaam Keukengilde. Weeteling, Monsees en Heger zijn (of waren ten tijde hier van belang) aangesloten bij dit samenwerkingsverband.

2.2. In 1996 heeft Interkeukengilde voor de bij haar aangesloten keukenleveranciers als promotiemiddel een zogenaamde cash-back actie georganiseerd onder de naam KeukenGildeplan. Personen die gedurende de actieperiode van 27 maart tot en met 29 juni 1996 een keuken kochten bij één van de Keukengilde keukenleveranciers konden na een periode van 5 jaar – onder na te noemen voorwaarden – het volledige aankoopbedrag van hun keuken terug krijgen. Interkeukengilde is hiertoe – door tussenkomst van de vennootschap naar Belgisch recht Interprom N.V. (hierna Interprom) – een overeenkomst aangegaan met het Amerikaanse bedrijf Allstate Acceptance Corporation (thans genaamd Mineral Acceptance Corporation en hierna te noemen: MAC). Uit hoofde van deze overeenkomst was Interkeukengilde onder meer gehouden om voor een, in het kader van het KeukenGildeplan verkochte keuken een, door de koper aan Interkeukengilde te betalen, premie van een percentage van het aankoopbedrag van de keuken af te dragen aan MAC en aan de koper een zogenaamde cash-back-cheque ter hand te stellen. MAC verplichtte zich op haar beurt jegens Interkeukengilde over te gaan tot uitbetaling van het aankoopbedrag van de keuken aan de houders van cash-back cheques die aan de voorwaarden zouden hebben voldaan.

2.3. In het kader van deze cash-back actie heeft Interkeukengilde een reclamefolder opgemaakt. Deze folder is in de winkels van de aangesloten keukenleveranciers verspreid en aldaar onder de aandacht gebracht van (potentiële) klanten. In het kader van deze cash-back actie heeft Interkeukengilde een reclamefolder (hierna: de folder) opgemaakt. Deze folder is in de winkels van de aangesloten keukenleveranciers verspreid en aldaar onder de aandacht gebracht van (potentiële) klanten. De tekst van de folder luidt onder meer als volgt:

“(…)Een gratis keuken voor uw leven! Het Keukengilde zet voor één keer de keukenwereld op zijn kop. Na een termijn van vijf jaar is uw totale aankoop gratis. Keukengilde doet u een uniek aanbod, waarbij u over vijf jaar de totale waarde van uw aankoop retour ontvangt. De actie wordt gehouden van 27 maart t/m 29 juni en de actie is van toepassing op alle – complete – keukens. U ontvangt een korting gelijk aan het bedrag van de aankoopwaarde inclusief BTW tot maar liefst fl. 30.000. De KeukenGilde winkelier kan u terdege informeren (...)”.

2.5. Eiser B heeft op 13 juni 1996 bij Weeteling een keuken gekocht in het kader van de KeukenGilde cash-back actie voor een bedrag van fl. 28.832,- (€ 13.083,39). Eisers C hebben op 26 juni 1996 bij Monsees een keuken gekocht in het kader van de KeukenGilde cash-back actie voor een bedrag van fl. 30.216,- (€ 13.711,42). Eiser G heeft op 29 juni 1996 bij Heger een keuken gekocht in het kader van de KeukenGilde cash-back actie voor een bedrag van fl. 25.000,- (€ 11.344,51). Deze overeenkomsten worden hierna ook de koopovereenkomsten genoemd. Alle consumenten hebben van de betreffende keukenleveranciers na betaling van de keuken de cash-back cheque ontvangen.

2.6. De consumenten hebben in 2001 hun cash-back vordering ingediend bij MAC. Tot op heden is MAC niet tot uitbetaling aan de consumenten – en, voor zover bekend, aan enige andere deelnemer van de KeukenGilde cash-back actie uit 1996 – overgegaan. De consumenten hebben vervolgens – vergeefs – buiten rechte terugbetaling van het aankoopbedrag van hun keukens gevorderd van de respectieve keukenleveranciers en van Interkeukengilde.

1.2

1.3 *Beoordeling van het geschil*

Rechtbank

De gezamenlijke eisers (de in deze procedure optredende consumenten) vorderen, kort gezegd, terugbetaling door IKG en de keukenleveranciers van het aankoopbedrag van de door hen in 1996 gekochte keukens. Zij baseren hun vordering primair op nakoming door gedaagden van de cash-backverplichting, subsidiair op onrechtmatig handelen en meer subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking. De rechtbank wijst de vorderingen af.

1.3.1 Hof

2. Eisers richten verschillende grieven tegen het vonnis van de kantonrechter. Grieven 1 tot en met 9 van eiser A c.s. en grieven 2 tot en met 10 van eiser B en eiser C lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het hof overweegt ten aanzien van deze grieven dat

‘ (...) uit de tekst van de hiervoor aangehaalde cheque niet (volgt) dat de keukenleveranciers of IKG zich zelf contractueel verbonden hebben de koopsom na verloop van vijf jaren aan de kopers terug te betalen. Met de rechtbank is het hof van mening

dat de aangehaalde tekst van de cheque zonder meer duidelijk is: AAC is degene die door de contractant, de koper, aangesproken moet worden voor terugbetaling van de koopsom. Ook de nauwe samenhang tussen de cashbackovereenkomst en de koopovereenkomst met betrekking tot de keuken leidt niet tot de conclusie die de consumenten bepleiten. Het gebruik van het woord 'borg' voor AAC op de cheque wijst daar evenmin op omdat aannemelijk is dat de consumenten dit volgens het gewone taalgebruik aldus hebben opgevat dat AAC zou instaan voor betaling. Er is voorts onvoldoende grond om, in het geval de consumenten de betekenis van het woord 'borg' breder zouden hebben opgevat, te aanvaarden dat zij redelijkerwijs mochten menen dat de keukenleveranciers zich jegens hen contractueel hadden verbonden.'

' (...) IKG bij de organisatie van de actie en het inschakelen van AAC voor de financiële afwikkeling van de cashbackactie voldoende zorgvuldig te werk (is) gegaan. Zij heeft – naar niet is betwist – een bedrijf ingehuurd dat ervaring had met de organisatie van dergelijke promotieacties, te weten Interprom B.V. Deze heeft AAC aanbevolen en zij heeft gegevens omtrent de financiële gegoedheid van AAC verschaft. Hoewel die gegevens thans door de consumenten worden beoordeeld als onvoldoende, kan niet gezegd worden dat die informatie omtrent AAC zodanig was dat IKG nog nader onderzoek had moeten doen. Zij heeft de door Interprom B.V. verschaft informatie aan haar accountant ter beoordeling voorgelegd die geen bedenkingen heeft geuit. IKG heeft voorts onbetwist aangevoerd dat ook andere (inter)nationale bedrijven cashbackacties bij AAC hadden lopen. Ook heeft de Consumentenbond desgevraagd geen bezwaren geuit. In de gegeven omstandigheden zoals die zich in 1996 voordeden mocht IKG derhalve op de door Interprom B.V. verschaft informatie afgaan en heeft zij niet onzorgvuldig gehandeld door de financiële afwikkeling bij AAC onder te brengen.'

' (...) In zoverre de consumenten IKG nog verwijten dat zij haar verplichtingen in het kader van de cashbackovereenkomst jegens AAC/MAC niet is nagekomen op grond waarvan MAC zich aan betaling zou hebben kunnen onttrekken, is dit standpunt onvoldoende onderbouwd. IKG heeft de premies afgedragen. Voorts is niet gebleken dat MAC zich in rechte heeft beroepen op wanprestatie van IKG. (...)'

Ten aanzien van grief 11 en 12 overweegt het hof het volgende:

' (...) De consumenten en de Consumentenbond hebben met grief 11 resp. 12 nog betoogd dat IKG en de keukenleveranciers zich schuldig hebben gemaakt aan misleidende reclame in de zin van artikel 6:194 B.W. omdat zij een onjuist beeld hebben gegeven van de aankoopprijs en de aankoopvoorwaarden van de cashbackactie. Aan de consumenten en de Consumentenbond moet worden toegegeven dat, indien dit het geval zou zijn, de gevolgen van het mislukken van de cashbackactie in redelijkheid aan IKG en de keukenleveranciers zouden moeten worden toegerekend. Uit de stukken met betrekking tot de verkoop van de keukens en de cashbackactie kan echter geen misleiding worden afgeleid. Daaruit blijkt precies wie waarvoor verantwoordelijk is. Ook uit de overgelegde transcripties van de reclame-uitingen op de radio kan misleiding niet worden afgeleid. Gebruikelijk is dat dergelijke mededelingen positief worden gekleurd om de boodschap over te brengen. Dat levert op zichzelf geen misleiding op. Hiervoor is al overwogen dat de Consumentenbond geen aanleiding zag tot nader onderzoek en zich ertoe heeft beperkt de consument te waarschuwen wel oplettend te zijn bij dit soort acties. Hoewel het hier om een consumentenkoop gaat, is er tegen die achtergrond minder aanleiding beschermend op te tre-

den en kan de geconstateerde overdrijving in de reclameboodschap niet als misleidend worden gekwalificeerd. De grief faalt.'

Ten aanzien van grief 12 resp.13 overweegt het hof:

' (...) Ten slotte hebben de consumenten en de Consumentenbond in grief 12 resp. 13 nog een beroep gedaan op ongerechtvaardigde verrijking van IKG en de keukenleveranciers. Daar is naar het oordeel van het hof niet van gebleken. Zoals hiervoor al is overwogen hebben de keukenleveranciers hun prestatie geleverd en vindt de betaling van de koopsom haar basis in de koopovereenkomst tussen de consumenten en de keukenleveranciers. Door de keukenleveranciers is de niet aan de kopers uitgekeerde korting als premie voor de cashbackactie afgedragen aan IKG. IKG heeft die gelden op haar beurt afgedragen aan AAC. Uit dit traject kan het hof geen verrijking van de keukenleveranciers of IKG opmaken, kort gezegd, ook niet als wordt aanvaard dat de keukenleveranciers hun omzet hebben weten te vergroten.'

Alle grieven van de consumenten falen en derhalve wordt het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.¹ Het komt er kort gezegd op neer dat de cashbackactie waarmee indertijd velen hun voordeel meenden te kunnen doen op een faliekante mislukking is uitgelopen maar dat het hof gelet op alle thans bekende omstandigheden onvoldoende grond heeft gevonden om deze mislukking voor rekening van de keukenleveranciers en IKG te brengen. Hoe teleurstellend voor de betrokken kopers wellicht ook, zij hebben de financiële gevolgen van deze mislukking naar het oordeel van het hof zelf te dragen.

NOOT

Misleiding in de zin van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken?

De belangrijkste vraag die in de onderhavige zaak centraal staat, is of er een grondslag is aan te wijzen op grond waarvan IKG of de keukenleveranciers de verplichting hebben zelf de koopsommen aan de consumenten terug te betalen dan wel die bedragen als schadevergoeding aan de consumenten te betalen.²

De kern van het vonnis van de rechtbank is dat de consumenten in het ongelijk gesteld worden. We komen hier, met andere woorden, niet verder dan het uitgangspunt 'ieder draagt zijn eigen schade'. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank op alle relevante punten. Er is géén sprake van een zelfstandige contractuele verplichting van IKG jegens de consumenten tot terugbetaling van de aanschafprijs, er is géén sprake van een onrechtmatige daad van IKG jegens de consumenten door de keuze voor MAC als financier van de cashbackactie, er is géén sprake van een onrechtmatige daad door wanprestatie van IKG jegens MAC en er is géén sprake van ongerechtvaardigde verrijking. Deze vier gronden zal ik in deze bijdrage buiten beschouwing laten. Ik ga hier alleen in op de opgevoerde grondslag met betrekking tot de misleidende reclame; die is in het kader van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken interessant. De consumenten betogen dat IKG en de keukenleveranciers zich schuldig hebben gemaakt aan misleidende reclame in de zin van art. 6:194 BW, om-

¹ Afgezien van de beslissing dat de Consumentenbond niet ontvankelijk wordt verklaard in het eerste deel van haar vordering.

² Vgl. Hof Amsterdam 26 juli 2007, rolnr. 2173 / 05 (inzake een cashbackactie bij de aankoop van juwelen), zie <www.itvc.nl>.

dat zij een onjuist beeld hebben gegeven van de aankoopprijs en de aankoopwaarden van de cashbackactie (r.o. 4.12).

Naar het oordeel van het hof kan uit de stukken met betrekking tot de verkoop van keukens en de cashbackactie geen misleiding worden afgeleid. Uit de stukken blijkt precies wie waarvoor verantwoordelijk is en ook uit de overlegde transcripties van de reclame-uitingen op de radio kan misleiding niet worden afgeleid, aldus het Hof. Reclame-uitingen worden doorgaans positief gekleurd om de boodschap over te brengen en dit levert dan ook op zichzelf geen misleiding op. Daarbij komt nog eens, aldus nog steeds het hof, dat de Consumentenbond geen aanleiding zag tot nader onderzoek en zich ertoe heeft beperkt de consument te waarschuwen wel oplettend te zijn bij dit soort acties. Kortom, er is geen sprake van misleidende reclame in de zin van art. 6:194 BW.

Een vraag die hier gesteld kan worden, is of er in deze zaak wel sprake zou zijn van misleiding zoals omschreven in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (hierna: de richtlijn)³. Zouden de consumenten in de onderhavige 'cashback-zaak' onder de nieuwe definitie van misleiding in de Wet Oneerlijke Handelspraktijken wel een kans van slagen hebben? Misleiding kan zich voordoen indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van bijvoorbeeld de voornaamste kenmerken van het product. Hieronder vallen bijvoorbeeld de voordelen van het product, uitvoering, klantenservice en klachtenbehandeling.⁴ In ogenschouw moet worden genomen dat de gangbare en rechtmatige reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen, een reclame op zich niet oneerlijk maken.⁵

Wel is het mogelijk dat in de onderhavige zaak de tekst van de reclamefolder een misleidende omissie vertoont. Van een omissie is sprake als essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt dat hij anders niet had genomen.⁶

De aanbieding van de cashbackactie zou mogelijk gezien kunnen worden als een uitnodiging tot aankoop⁷ door Allstate Acceptance Corporation (hierna: AAC/MAC) als bedoeld in art. 6: 193e BW. Daarbij is bijvoorbeeld het voornaamste kenmerk van het product essentiële informatie welke de consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen. Wat zijn in de onderhavige zaak de voornaamste kenmerken? De uitnodiging tot aankoop is voor verschillende interpretaties vatbaar.

De folder vermeldt dat AAC/MAC verantwoordelijk is voor de uitbetaling van de cashback bonus.⁸ Niet duidelijk is, mijns inziens, wat die 'verantwoordelijkheid' inhoudt. Valt dit samen met het debiteurschap? Anders dan het Hof ben ik dan ook van

³ Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (« Richtlijn oneerlijke handelspraktijken ») (PbEU 2005, L 149).

⁴ Art. 6 lid 1 sub b richtlijn en art. 6:193c lid 1 sub b BW.

⁵ Art. 5 lid 3 richtlijn en art. 6:193b lid 4 BW.

⁶ Art. 7 lid 1 richtlijn en art.6:193d lid 2 BW.

⁷ Art. 7 lid 4 richtlijn.

⁸ R.o. 2.3. ; punt 6 reclamefolder.

mening dat de tekst van de cheque helemaal niet ‘zonder meer’ duidelijk is.⁹ De cheque bepaalt op dit punt: ‘Deze overeenkomst wordt gesloten op de datum van uitgifte als op de keerzijde vermeld tussen de Contractant vermeld op de keerzijde (...) en Allstate Acceptance Corporation (“de Borg”) (...)’ en ‘(...) De Contractant begrijpt dat alle betalingen waarop hij recht zou hebben volgens deze Overeenkomst en de Bepalingen slechts door de Borg zullen uitgevoerd worden (...)’.

Het hof is met de rechtbank van mening dat voor de consument duidelijk is dat AAC/MAC degene is die door de koper aangesproken moet worden voor terugbetaling van de koopsom. Maar is dit niet een kwestie van uitleg¹⁰?

Het gaat hier met name over het woord ‘borg’. Volgens het hof is het aannemelijk dat de consumenten het woord ‘borg’ zo hebben opgevat dat enkel AAC/MAC zou instaan voor de terugbetaling. Volgens het gewone taalgebruik betekent ‘borg’ m.i. juist dat naast AAC/MAC iemand anders verantwoordelijk is – wellicht IKG?- en AAC/MAC degene is die, pas zodra er geen betaling geschiedt door de hoofdschuldenaar, tot nakoming verplicht is. Indien wordt gekeken naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, is het misschien niet zo verwonderlijk meer dat de consumenten IKG en de keukenleveranciers aanspreken tot terugbetaling, omdat zij er van mochten uitgaan dat AAC/MAC zich verbond tot terugbetaling *naast* IKG en leveranciers.

Voor de beantwoording van de vraag of het onduidelijk formuleren van een cheque/reclamefolder een misleidende omissie is, kunnen we in Nederland nog terugvallen op het eerdergenoemde Haviltex-criterium. Dit blijft ook nu nog na invoering van de richtlijn mogelijk. Het nationale contractenrecht is immers niet gewijzigd door de invoering van de richtlijn. In het kader van de richtlijn moet de vraag gesteld worden of een gemiddelde consument¹¹ misleid zou zijn door de omissie om duidelijk aan te geven wie hier de enige aan te spreken partij is. Kennelijk gaat de richtlijn uit van een meer objectieve methode van uitleg dan bijvoorbeeld mogelijk is bij een beroep op dwaling zoals wij die kennen in het BW.¹² Dit zou voor de consument die zich op de richtlijn wil beroepen nadelig kunnen zijn, omdat in dat geval niet alleen naar de eigen situatie moet worden gekeken (de subjectieve toepassing)¹³, maar ook naar de vraag of de gemiddelde consument door de misleidende praktijk zou zijn beïnvloed. De drempel om een beroep te kunnen doen op de richtlijn lijkt in dat geval hoger te liggen. In de onderhavige zaak is dwaling geen optie, omdat een beroep op deze bepaling mogelijk vernietiging van de overeenkomst tot gevolg heeft en dat is niet hetgeen de consumenten beogen. Wat de consumenten thans betogen is dat IKG of de keukenleveranciers de koopsommen van de keukens terugbetalen dan wel die bedragen als schadevergoeding aan hen betalen. Dit is echter niet mogelijk op grond van dwaling. Indien de consumenten hun vordering zouden baseren op art. 6:193b jo. 6:193j lid 2 BW en daaromtrent wordt geoordeeld dat er inderdaad sprake is van een misleidende omissie en de handelaar dus onrechtmatig heeft gehandeld, dan is die betreffende handelaar aansprakelijk voor de dientengevolge ontstane schade (tenzij de handelaar bewijst dat zulks noch aan zijn schuld is te wijten noch op andere grond voor zijn rekening komt).

⁹ R.o. 4.4.

¹⁰ Richtinggevend: HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).

¹¹ Art. 6:193a lid 2 BW.

¹² Art. 6: 228 BW.

¹³ Afgezien van het objectieve element van het kenbaarheidvereiste; ‘wist of behoorde te weten’.

Het is vooralsnog moeilijk te beoordelen wanneer iets voor een gemiddelde consument misleidend is. 'Een gemiddeld lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt', is een wat vage formulering. En wat is nu de logische volgorde voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een omissie en dus van een oneerlijke handelspraktijk? Moet in de onderhavige zaak eerst de vraag worden beantwoord of deze specifieke consumenten zijn misleid door de omissie of heeft de vraag of de gemiddelde consument zou zijn beïnvloed in deze prioriteit. Met andere woorden, heeft de subjectieve methode van uitleg of de objectieve methode van uitleg voorrang?

Verduidelijking van het begrip 'gemiddelde consument' zou in deze, in zoverre mogelijk, een stap in de goede richting zijn. Het zal in ieder geval zorgen voor meer rechtszekerheid voor de consument en dit zal de positie van de consument ten goede komen. Hiermee wordt voldaan aan het uitgangspunt van de richtlijn: het waarborgen van een hoog niveau van consumentenbescherming en het verzekeren van een goede werking van de interne markt en rechtszekerheid.