

Vergaderjaar 2007–2008

30 928

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

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 13 maart 2008

Met veel belangstelling hebben wij kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de fracties van het CDA, de VVD en de PvdA. Het stemt tot tevredenheid dat zij de hoofdlijnen en de strekking van het wetsvoorstel onderschrijven. De vragen die zij stelden, beantwoorden wij gaarne. Bij de beantwoording zijn de vragen die betrekking hebben op hetzelfde onderwerp, gezamenlijk beantwoord.

1. Wijze van implementatie

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af waarom de regering artikel 12 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (hierna ook: richtlijn) implementeert in artikel 193j van het wetsvoorstel. Deze leden wezen erop, dat het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering in artikel 111 en in artikel 128 aan partijen de verplichting oplegt om over en weer hun stellingen volledig en zoveel mogelijk volledig beargumenteerd uiteen te zetten. Indien de gedaagde zijn verweer onvoldoende helder presenteert en onvoldoende onderbouwt, kan dat op basis van het bestaande artikel 150 Rv de rechter aanleiding geven om te komen tot een rechterlijk vermoeden en de gedaagde met het bewijs belasten, dat de stellingen van de eiser onjuist zijn, respectievelijk tegenbewijs opdragen. De aan het woord zijnde leden gaven aan dat ten onrechte de indruk zou kunnen ontstaan, dat de richtlijn voorschrijft, dat handelaren zouden moeten bewijzen dat hun handelspraktijken niet oneerlijk zijn en dus zouden moeten bewijzen dat zij geen misleidende informatie hebben verstrekt. Artikel 12 van de richtlijn zou dan ook eerder een verschuiving van de bewijslast genoemd kunnen worden dan een omkering van de bewijslast.

De constatering van de leden van de CDA-fractie dat een handelaar op grond van artikel 193j niet hoeft te bewijzen dat zijn handelspraktijk niet oneerlijk is, is juist. Dit artikel schrijft (wel) voor dat, nadat de eisende partij heeft gesteld en bewezen dat de handelaar bepaalde feitelijke beweringen heeft gedaan, het aan de handelaar is de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt, te bewijzen. Implementatie van artikel 12 is noodzakelijk, omdat artikel 150 Rv niet voldoende uitvoering geeft aan dit artikel. Artikel 150 Rv geeft als hoofdregel dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten, de bewijslast van die feiten draagt («wie stelt, bewijst»).

Op de eiser rust daarom de verplichting bewijs te leveren van de feiten waarop hij de stelling baseert die de grondslag vormt voor zijn vordering en op de gedaagde de verplichting bewijs te leveren van de feiten die hij aandraagt ter betwisting van die vordering. Artikel 150 Rv geeft twee uitzonderingen op deze hoofdregel. Een andere bewijslastverdeling kan voortvloeien uit *enige bijzondere regel* of uit *de eisen van redelijkheid en billijkheid*. De richtlijn schrijft voor dat een lidstaat rechterlijke of administratieve instanties bevoegdheden verleent om tijdens de civielrechtelijke of administratieve procedure te eisen dat de handelaar bewijzen aandraagt van de juistheid van de feitelijke beweringen in verband met een handelspraktijk als dat passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure. De bevoegdheid van de rechter om te besluiten tot een andere bewijslastverdeling als bedoeld in artikel 12 van de richtlijn is een bijzondere bewijsregel die geïmplementeerd moet worden.

De leden van de CDA-fractie stelden voorts de vraag wat in de artikelen 193g en 193i precies onder het begrip «onder alle omstandigheden» moet worden verstaan. Zij vroegen zich af of deze artikelen uitgelegd moeten worden in het licht van overweging 17. Hierin wordt gezegd dat in geval van de in de bijlage bedoelde oneerlijke handelspraktijken geen individuele toetsing meer plaatsvindt aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn. Daarnaast vroegen deze leden of de regering het ook met hen eens is, dat de aanduiding «onder alle omstandigheden» evenmin een omkering van bewijslast meebrengt.

Uit de woorden «onder alle omstandigheden» vloeit voort dat bij een vordering uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op de artikelen 193g en 193i (slechts) dient te worden gesteld en bewezen dat de handelaar een handelspraktijk heeft verricht, die voorkomt in een van deze artikelen. Indien vaststaat dat de handelaar zich schuldig heeft gemaakt aan een dergelijke handelspraktijk, staat daarmee tevens vast dat hij onrechtmatig heeft gehandeld.

De omkering van de bewijslast betreft slechts de materiële juistheid en volledigheid van de door de handelaar gedane beweringen. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn in een procedure wegens inbreuk op artikel 193g, onderdelen a en c.

De leden van de VVD-fractie merkten op dat de wijze van betaling, genoemd in artikel 193e, onder d, wordt gezien als essentiële informatie als bedoeld in artikel 193d (misleidende omissie), die moet worden verstrekt indien deze afwijkt van de vereisten van professionele toewijding. In artikel 193f wordt verwezen naar artikel 7:46c lid 1 BW, waar ook de wijze van betaling als essentiële informatie wordt genoemd. In laatstgenoemd artikel wordt echter niet het voorbehoud van professionele toewijding gemaakt. De leden van de VVD-fractie vroegen zich af of dit betekent dat dit voorbehoud niet geldt als het om koopovereenkomsten gaat die worden gesloten via het internet.

Volgens artikel 193b lid 3, onderdeel a, is een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk indien een handelaar een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g. Een handelspraktijk is onder meer misleidend, als er sprake is van een misleidende omissie waarbij essentiële informatie wordt weggelaten en waardoor het economisch gedrag van de consument wordt verstoord of kan worden verstoord (artikel 193d lid 2).

In artikel 193f is bepaald welke informatie in ieder geval essentieel is bij *commerciële communicatie, reclame of marketing* en daarin dus niet kan worden weggelaten. Dit geldt onder meer voor de precontractuele informatie genoemd in artikel 7:46c lid 1. Het klopt dat in artikel 193f ten

aanzien van de verplichting tot het verstrekken van deze informatie geen voorbehoud is gemaakt. Dit betekent dat in *commerciële communicatie, reclame of marketing* ten behoeve van de verkoop van een product of dienst via elektronische communicatiemiddelen, zoals het internet of de telefoon, deze informatie altijd moet worden gegeven. De handelaar was hiertoe ook al verplicht op basis van artikel 7:46c lid 1 BW. Artikel 193f stelt nu dat de overtreding van artikel 7:46c lid 1 BW wordt aangemerkt als een misleidende omissie en daarmee een oneerlijke handelspraktijk is.

De leden van de VVD-fractie stelden ook de vraag wat in de memorie van toelichting in de toelichting op de artikelen 193d en 193e (misleidende omissie) wordt verstaan onder de begrippen «niet begrijpelijk» en «dubbelzinnig» en of voor de uitleg van deze begrippen moet worden aangesloten bij de uitleg die hieraan is gegeven in de memorie van toelichting bij de Wet elektronische handel en de Wet koop op afstand. De begrippen «onduidelijk», «onbegrijpelijk» en «dubbelzinnig» in artikel 193d lid 3 zijn overgenomen uit de richtlijn. In tegenstelling tot een aantal andere begrippen in de richtlijn, zijn deze begrippen niet nieuw. In artikel 6 van de Richtlijn inzake elektronische handel (PbEG L 178) en artikel 4 van de Richtlijn inzake op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144) zijn informatieverplichtingen opgenomen, die de positieve variant van deze begrippen bevatten: «duidelijk», «op begrijpelijke wijze» en «ondubbelzinnig». Evenals bij de implementatie van de laatstgenoemde richtlijnen zijn ook in dit wetsvoorstel de desbetreffende termen niet nader ingevuld, teneinde een richtlijnconforme implementatie te verzekeren. Het is uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Hof van Justitie) invulling te geven aan deze termen. Het ligt echter in de rede dat bij de toepassing van artikel 193d lid 3 voor de uitleg van begrippen «niet begrijpelijk» en «dubbelzinnig» kan worden aangesloten bij de uitleg die thans in het kader van de toepassing van de uit de eerder genoemde richtlijnen voortvloeiende wettelijke regelingen inzake elektronische handel en koop op afstand wordt gegeven aan de positieve variant van deze begrippen.

De leden van de PvdA-fractie constateerden dat de consument een overeenkomst kan vernietigen op grond van het feit dat aan die overeenkomst «onredelijk bezwarende bedingen» (artikel 6:236 BW) zijn verbonden en vroegen zich af of het niet passend zou zijn in de wetssystematiek een gelijke vernietigingsmogelijkheid aan de consument te bieden, indien vaststaat dat van in de artikelen 193g of 193i genoemde oneerlijke handelspraktijken gebruik is gemaakt.

Indien een handelaar in de overeenkomsten die hij sluit met consumenten algemene voorwaarden hanteert, waarin een beding is opgenomen dat voorkomt in artikel 6:236 BW, heeft de consument op basis van artikel 6:233 BW uitsluitend de bevoegdheid dit beding te vernietigen. De artikelen 6:233 en 6:236 BW geven de consument dus niet de bevoegdheid de gehele overeenkomst te vernietigen.

Indien een overeenkomst tot stand is gekomen als gevolg van een misleidende of een agressieve handelspraktijk als bedoeld in de artikelen 193g en 193i, zal vrijwel altijd ook sprake zijn van bedrog of dwaling. In de artikelen 3:44 en 6:228 BW is bepaald dat de consument in dat geval bevoegd is de desbetreffende overeenkomst te vernietigen. De consument beschikt dus over een vernietigingsbevoegdheid ter zake van de overeenkomst. Deze bevoegdheid ook opnemen in de artikelen 193g en 193i, zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat de vernietigingsbevoegdheid beperkt is tot de gevallen waarin sprake is van overtreding van deze artikelen. Echter, ook in de zaken waarin op basis van andere artikelen van afdeling 6.3.3a een oneerlijke handelspraktijk wordt vastgesteld, zal de consument veelal de overeenkomst die als gevolg van de oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen, kunnen vernietigen op grond van de artikelen 3:44 of 6:228 BW.

De leden van de PvdA-fractie verzochten toe te lichten wat het verschil in rechtssysteem is tussen ons land en België als het gaat om de mogelijkheid tot vernietiging van een overeenkomst die tot stand is gekomen als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk genoemd in de artikelen 193g of 193i. Ook vroegen deze leden of de regering al vordering heeft gemaakt met de toegezegde nota met betrekking tot het mogen behouden van de prestatie door de consument, indien de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk tot stand is gekomen.

Indien een overeenkomst tot stand is gekomen als gevolg van een handelspraktijk als bedoeld in de Belgische wettelijke bepalingen die overeenkomen met de artikelen 193g, onderdelen l, p en q, en 193i, onderdelen a, b en h, heeft de consument op basis van de Belgische wet ter implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹ de bevoegdheid buiten rechte de terugbetaling van het aankoopbedrag te vorderen zonder dat hij het geleverde product of de verleende dienst hoeft terug te geven. Is een overeenkomst tot stand gekomen als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk genoemd in een van de andere onderdelen van de Belgische wettelijke bepalingen die overeenkomen met de artikelen 193g of 193i, of in een van de overige Belgische wettelijke bepalingen betreffende oneerlijke handelspraktijken, dan kan de consument de rechter verzoeken de handelaar te bevelen het aankoopbedrag terug te betalen, zonder dat het geleverde product of de verleende dienst door de consument hoeft te worden teruggegeven.

Zoals hiervoor is toegelicht, zal volgens Nederlands recht in geval van een oneerlijke handelspraktijk genoemd in de artikelen 193g en 193i vrijwel altijd ook sprake zijn van bedrog of dwaling. De consument heeft op grond van respectievelijk de artikelen 3:44 of 6:228 BW de bevoegdheid de overeenkomst die als gevolg van bedrog of dwaling tot stand is gekomen, te vernietigen. Vernietiging van de overeenkomst kan geschieden door een gerechtelijke uitspraak of door middel van een buitengerechtelijke verklaring (artikelen 3:49–50 BW). De vernietiging heeft tot gevolg dat de overeenkomst wordt geacht van de aanvang af nietig te zijn geweest. Indien de contractspartijen inmiddels al prestaties hebben geleverd – zoals de levering van het product of de betaling van (een deel van) het aankoopbedrag – kunnen deze prestaties met een beroep op onverschuldigde betaling (afdeling 6.4.2 BW) worden teruggevorderd. De rechtsgrond voor deze prestaties is door de vernietiging van de overeenkomst immers komen te vervallen.

Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer heeft de Minister van Justitie toegezegd aan de hand van de ervaringen met de Belgische en Nederlandse wetgeving ter implementatie van de richtlijn, te bezien of de consument voldoende rechtsbescherming ondervindt, waarbij eveneens bekeken zou worden of er behoefte bestaat aan de invoering van een extra sanctie geïnspireerd op het Belgische model (behoud van het geleverde goed of de verleende dienst). De Belgische implementatiewet is sinds december 2007 van kracht en de Nederlandse implementatiewet moet nog in werking treden. Er is dus vrijwel geen ervaring opgedaan met deze wetgeving. Als gevolg hiervan is er geen onderzoeksmateriaal en kan de regering nog niet met het onderzoek ten behoeve van de nota beginnen.

2. Handhaving en rechtsmiddelen

Het antwoord op de vraag van de leden van de CDA-fractie of het niet wenselijk is om de handhaving van het verbod op oneerlijke handelspraktijken onder de regie te brengen van het Openbaar Ministerie via de Wet OM-afdoening, betrekken wij graag hierna bij de beantwoording van de vragen in de paragraaf «Verhouding tot het strafrecht».

¹ Belgisch Staatsblad van 21 juni 2007, nr. 2624.

De leden van de CDA-fractie verzochten de Minister van Justitie nog eens de conclusie van zijn brief van 6 november 2007 – namelijk: «het is onwenselijk en ook onnodig cassatie in het belang der wet op te nemen» – nader toe te lichten en met name in te gaan op de opmerking dat het onwenselijk zou zijn deze voorziening op te nemen.

Met de aanvaarding door de Tweede Kamer van het amendement van het lid Vos onder nummer 14 heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden de bevoegdheid gekregen cassatie in het belang der wet in te stellen wegens schending of verkeerde toepassing van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna ook: Whc)¹. Hiermee werd beoogd een ongewenst effect van het andere onderdeel van hetzelfde amendement weg te nemen, namelijk dat de bestuursrechter en de civiele rechter een verschillende uitleg zouden kunnen geven aan dezelfde begrippen.

Wij onderkennen dat door de werking van het amendement een verschillende uitleg van de open normen zoals deze in de nieuwe afdeling 6:3:3a zijn opgenomen, zou kunnen optreden. Met name over de uitleg van «handelen in strijd met de vereisten van professionele toewijding» (artikel 6:193b lid 2) zal vermoedelijk jurisprudentie ontstaan. De Minister van Justitie heeft de introductie van cassatie in het belang der wet echter ontraden om de volgende redenen.

Anders dan in de toelichting bij het amendement is opgenomen, kent de Nederlandse wetgeving slechts in één wet de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet: artikel 78, derde lid, Wet op de rechterlijke organisatie. Cassatie in belang der wet komt in het bestuursrecht niet voor. Wel is in een dertiental wetten, onder meer op het gebied van de sociale zekerheid, beroep in cassatie opengesteld in gevallen waarin andere bestuursrechters dan de belastingrechter fiscale begrippen moeten uitleggen². Cassatie in het belang der wet is, in tegenstelling tot cassatie ingesteld door partijen, geen aanvullend rechtsmiddel. Het heeft geen gevolgen voor de rechten van partijen. Cassatie in belang der wet is hier ook niet nodig, omdat in de praktijk ook via andere minder vergaande methoden eenzelfde resultaat – eenduidige uitleg van begrippen – kan worden bereikt. Dit kan bijvoorbeeld door informeel overleg tussen de bestuursrechter en de civiele rechter, of doordat de bestuursrechter zich oriënteert op de rechtspraak van de Hoge Raad als de «meest gerede rechter». Onlangs heeft een commissie onder voorzitterschap van mr. A. Hammerstein, raadsheer bij de Hoge Raad, in opdracht van de Directeur-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie het rapport «Versterking van de cassatierechtspraak» uitgebracht met voorstellen om de normstellende rol van de Hoge Raad te versterken. In dit rapport is ook aandacht besteed aan het instrument cassatie in belang der wet. Het instellen van een vordering tot cassatie in het belang der wet is aangewezen tegen een rechterlijke beslissing omtrent een omstreden rechtsvraag die, naar verwacht mag worden, de Hoge Raad niet binnen redelijke tijd zal bereiken langs de weg van een door partijen ingesteld cassatieberoep, of die de Hoge Raad niet kán bereiken omdat voor partijen cassatieberoep niet is opengesteld. Naar het oordeel van de commissie leent echter niet iedere omstreden rechtsvraag zich voor cassatie in het belang der wet. Als voorbeelden van rechtswesties die hiervoor in beginsel minder geschikt zijn noemt de commissie onder meer rechtswesties betreffende recente wetgeving. Ook is cassatie in het belang der wet ook niet bedoeld om rechtsontwikkelingen in de lagere rechtspraak en doctrine af te kappen of vóór te zijn, tenzij de Hoge Raad reeds dadelijk een duidelijk antwoord kan geven.

¹ Kamerstukken II 2007/08, 30 928, nr. 14.

² Zie bijvoorbeeld voor cassatie van uitspraken van het CBB: artikelen 3.37 en 3.42 Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 30 Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen.

De leden van de VVD-fractie stelden de vraag hoe het zit met de veelheid aan handhavingsmogelijkheden en sancties op het niet naleven van de informatieverplichtingen voor in het bijzonder handelaren die gebruik maken van elektronische communicatiemogelijkheden. Deze leden

vroegen zich ook af hoe de vormgeving van het handhavingsbeleid eruit zou moeten zien nu er zoveel partijen betrokken zijn bij de handhaving en de consument zoveel mogelijkheden krijgt zijn recht te halen. Voor de handhaving van het verbod op oneerlijke handelspraktijken is ervoor gekozen aan te sluiten bij de Wet handhaving consumentenbescherming. In die wet geldt het uitgangspunt dat het in eerste instantie aan consumenten en ondernemers zelf wordt overgelaten geschillen waarbij de rechten van consumenten in het geding zijn, op te lossen. Publiekrechtelijke handhaving is aan de orde als de markt zelf een geschil niet op effectieve en efficiënte wijze kan oplossen en er sprake is van een overtreding waarbij collectieve consumentenbelangen in het geding zijn.

Een handelaar die voor de verkoop van een product of dienst gebruik maakt van elektronische communicatiemiddelen zal zich in de eerste plaats moeten houden aan de (sectorspecifieke) informatieverplichtingen die zijn opgenomen in de artikelen 3:15d leden 1 en 2 en 7:46c lid 1 BW en voortvloeien uit de Richtlijn koop op afstand en de Richtlijn inzake elektronische handel. Doet de handelaar dit niet, dan volgt uit de artikelen 193d lid 2 en 193f, onderdeel b, dat hij een misleidende handelspraktijk heeft verricht. Diezelfde handelaar zal zich eveneens moeten houden aan de algemene – op alle consumentenovereenkomsten van toepassing zijnde – informatieverplichtingen die zijn opgenomen in de artikelen 193c, 193d, 193e en 193f. De niet-naleving van deze informatieverplichtingen levert een oneerlijke handelspraktijk op.

In het antwoord op de volgende vraag van de leden van de PvdA-fractie wordt een overzicht gegeven van rechtsmiddelen die individuele consumenten of consumentenorganisaties kunnen instellen wanneer zij willen opkomen tegen overtredingen van de genoemde informatieverplichtingen. Ook wordt vermeld wat zij in dat geval kunnen vorderen of verzoeken. Daarom beperken wij ons in het onderhavige antwoord tot de handhavingsmogelijkheden van de toezichthouders.

Indien bij de overtreding van voornoemde informatieverplichtingen collectieve consumentenbelangen in het geding zijn, kan de Consumentenautoriteit (CA) of, als de overtreding plaatsvindt in het kader van een financiële dienst of activiteit, de Autoriteit Financiële Markten (AFM) bestuursrechtelijk optreden. De CA en de AFM kunnen een last onder dwangsom of een bestuurlijk boete opleggen (artikelen 2.9 en 3.4 Whc). Bij overtreding van de informatieverplichtingen in de Wet elektronische handel kan, behalve de CA of de AFM, ook de FIOD-ECD optreden, omdat overtreding van deze verplichtingen strafbaar is gesteld als economisch delict (artikel 3:15f lid 3). Ook kan de overtreding van de informatieverplichtingen in afdeling 6.3.3a of de artikelen 3:15d leden 1 en 2, 3:15e lid 1 en 7:46c lid 1 BW inhouden dat valsheid in geschrifte of bedrog wordt gepleegd. In dat geval is eveneens sprake van een strafbaar feit, waartegen het Openbaar Ministerie (OM) strafrechtelijk kan optreden. Om te voorkomen dat zowel de CA als de FIOD-ECD naar aanleiding van dezelfde overtreding optreden, is in artikel 4.2 Whc voorzien in een samenloopbepaling die voorschrijft dat de CA niet optreedt, tenzij de FIOD-ECD hem verzoekt dit te doen. Voorts is in artikel 2.19, vijfde lid, Whc bepaald dat de CA geen bestuurlijke boete zal opleggen indien tegen de overtreder wegens dezelfde overtreding een strafvervolgning is ingesteld of het recht op strafvervolgning is vervallen nadat de aanklager en de overtreder een schikking hebben bereikt in de vorm van een transactie (artikelen 74 en 74c Wetboek van Strafrecht).

De leden van de PvdA-fractie stelden zich de vraag of het – gelet op het grote aantal rechtsmiddelen dat ingeroepen kan worden – wel inzichtelijk is voor de betrokken partijen en zeker voor de gewone consument, welk

rechtsmiddel als het meest raadzame kan of moet worden aangewend. Gelet hierop verzochten zij de regering nog eens systematisch een overzicht te geven van de thans ter beschikking staande rechtsmiddelen en hun toepassing.

Indien de consument en de handelaar er niet in slagen samen tot een oplossing te komen, kunnen zij zich wenden tot de geschillencommissie van de betrokken branche. Of zij kunnen een juridische procedure beginnen bij de civiele rechter – veelal is dat de kantonrechter – om hun recht te halen. Een handelaar die een oneerlijke handelspraktijk verricht, handelt onrechtmatig jegens een consument. De consument kan de schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden op de handelaar verhalen. Indien tevens sprake is van dwaling of bedrog, kan de consument de overeenkomst die hij als gevolg hiervan met de handelaar heeft gesloten, met een beroep op artikelen 3:44 of 6:228 BW vernietigen.

Zijn meerdere consumenten benadeeld door dezelfde handelaar, dan kunnen zij ook gezamenlijk een collectieve actie jegens die handelaar beginnen. Zij kunnen daarbij gebruik maken van de dagvaardingsprocedure bedoeld in artikel 3:305a BW eventueel gevolgd door een collectieve afwikkeling met de handelaar van de door hun geleden schade op basis van de Wet collectieve afwikkeling van massaschade.

Welk rechtsmiddel het beste door de consument kan worden aangewend is dus afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval.

De leden van de PvdA-fractie doen de regering het verzoek nogmaals toe te lichten waarom zij amendement nummer 14, waardoor ook de open normen van de artikelen 6:193b en 6:193i aan een bestuursrechtelijke toetsing kunnen worden onderworpen, heeft ontraden.

Wij hebben voorgesteld om voor de handhaving van het verbod op oneerlijke handelspraktijken aan te sluiten bij de Wet handhaving consumentenbescherming. Hierdoor zou de regeling worden gehandhaafd door middel van een duaal handhavingstelsel. Dit hield in dat de handhaving van de regeling afhankelijk van de aard van de norm zou plaatsvinden via de privaatrechtelijke weg of de bestuursrechtelijke weg. Het door de Tweede Kamer aangenomen amendement van het lid Vos onder nummer 14 heeft deze handhavingssystematiek gewijzigd. Dit amendement heeft tot gevolg dat de gehele regeling inzake het verbod op de oneerlijke handelspraktijken door de CA en de AFM langs de bestuursrechtelijke weg dient te worden gehandhaafd.

De regeling inzake de oneerlijke handelspraktijken bestaat voor een deel uit «open normen» die in de concrete omstandigheden van het geval moeten worden ingevuld. Het betreft bovendien nieuwe, op een Europese richtlijn gebaseerde, open normen waarmee de praktijk nog ervaring op zal moeten doen en die in de komende jaren door het Hof van Justitie verder zullen moeten worden ingevuld. Dit in tegenstelling tot «gesloten normen» die geen invulling behoeven en waarvan de overtreding eenvoudig is vast te stellen. Het was daarom naar onze mening verstandig bij de toepassing van de «open normen» voorlopig eerst vooraf een toets te laten plaatsvinden door de civiele rechter. De civiele rechter zou indien dit nodig zou zijn voor de juiste toepassing en interpretatie van de «open normen» prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof van Justitie.

3. Verhouding tot het strafrecht

De leden van de CDA-fractie merkten op dat de verhoging van het boetemaximum van € 67 000 tot € 450 000 de indruk wekt dat de bestuurlijke boete in sterke mate een punitief karakter zal hebben. Deze leden stelden gelet hierop de vraag of het niet wenselijk zou zijn geweest de handhaving van regeling inzake de oneerlijke handelspraktijken onder de regie te brengen van het OM via de Wet OM-afdoening.

Daarnaast vroegen de leden van de CDA-fractie zich af hoe met name het

punitieve karakter van de boete zich verhoudt tot de criteria die zijn genoemd in de brief van de Minister van Justitie van 8 november 2005¹. Zij verzochten de regering aan de hand van de indicatoren in die bij de brief gevoegde notitie te beargumenteren waarom ten aanzien van de in de richtlijn verboden gedragingen bestuursrechtelijke handhaving met een dergelijk sterk punitief karakter niettemin verantwoord is. Graag gaan wij als volgt op deze vragen in. Bij de keuzes die in dit wetsvoorstel gemaakt zijn ten aanzien van het handhavingstelsel is rekening gehouden met de uitgangspunten en indicatoren die zijn genoemd in de brief van de minister van Justitie van 8 november 2005. Omdat het voor consumenten en consumentenorganisaties niet in alle gevallen mogelijk zal zijn overtredingen op effectieve en efficiënte wijze tegen te gaan, komt de regeling in aanmerking voor publiekrechtelijke handhaving (indicatoren 2 en 3). Zoals eerder is opgemerkt, is er aanvankelijk voor gekozen voor handhaving aan te sluiten bij de Wet handhaving consumentenbescherming. In die wet was reeds voorzien in een handavings- en sanctiestelsel op basis waarvan tegen overtreding van andere met het verbod op oneerlijke handelspraktijken samenhangende consumentenregels kan worden opgetreden door de CA en de AFM (indicatoren 3 en 4). Op basis van dit handavings- en sanctiestelsel zou afdeling 6.3.3a afhankelijk van de aard van de overtreden bepaling langs civielrechtelijke weg («open normen») of langs de bestuursrechtelijke weg («gesloten normen») worden gehandhaafd. De «open normen» kwamen niet in aanmerking voor bestuursrechtelijke handhaving, omdat – zoals wij hiervoor al hebben aangegeven – deze normen steeds in de concrete omstandigheden van het geval moeten worden ingevuld en het daardoor niet eenvoudig is de overtreding van deze normen vast te stellen. Dit in tegenstelling tot de «gesloten normen». Na aanvaarding door de Tweede Kamer van het amendement van het lid Vos onder nummer 14 is de handavingsystematiek gewijzigd. Het amendement heeft ervoor gezorgd dat de volledige regeling inzake het verbod op oneerlijke handelspraktijken – derhalve ook de daarin opgenomen «open norm» bepalingen – bestuursrechtelijk zal worden gehandhaafd.

Bestuursrechtelijke handhaving is aangewezen op beleidsterreinen waarop voor het toezicht en de handhaving specifieke kennis benodigd is, die níét bij politie en justitie voorhanden is, maar wél bij een gespecialiseerd bestuursorgaan (indicator 15). Het consumentenrecht is een dergelijk beleidsterrein. De CA en de AFM beschikken over de voor toezicht en handhaving benodigde kennis. De CA is daarnaast in artikel 2.3 Whc aangewezen als het aanspreekpunt (verbindingsbureau) voor Nederland binnen het Europese netwerk van consumententoezichthouders waarbinnen de handavingsactiviteiten op communautair niveau worden gecoördineerd. Het ligt daarom voor de hand de handhaving van het verbod op oneerlijke handelspraktijken niet te laten plaatsvinden via het strafrecht, maar via het bestuursrecht.

Daarnaast geldt dat de overtreding van de norm doorgaans niet van dien aard is dat er een noodzaak is de overtreding te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf of maatregel. Er is geen behoefte aan ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden en ook valt niet te verwachten dat politie en justitie vaak zullen moeten worden ingeschakeld bij de sanctieoplegging naar aanleiding van een normovertreding (indicatoren 5, 12, 13 en 15). Daar waar oplegging van een punitieve sanctie gewenst is, kan gebruik worden gemaakt van het instrument van de bestuurlijke boete (indicator 14). Handhaving via het bestuursrecht ligt hiermee meer in de rede dan handhaving via het strafrecht.

Het voorgaande neemt niet weg dat bepaalde op basis van afdeling 6.3.3a verboden handelspraktijken gepaard kunnen gaan met zeer ernstige normovertredingen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de in de artikelen 193h en 193i genoemde agressieve handelspraktijken. Deze handels-

¹ Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30.

praktijken kunnen inhouden dat feiten worden gepleegd die strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van Strafrecht, zoals valsheid in geschrifte, bedrog door de verkoper en mishandeling. Een overtreding van het verbod op oneerlijke handelspraktijken zal in bepaalde gevallen dus ook een strafbaar feit kunnen opleveren. Uiteraard blijft strafrechtelijk optreden dan mogelijk. Artikel 2.19, vijfde lid, Whc voorziet daarom in een regeling met als doel te voorkomen dat ten aanzien van dezelfde overtreding zowel langs de bestuursrechtelijke als langs de strafrechtelijke weg een punitieve sanctie wordt opgelegd (indicatoren 8, 9, 10, 12 en 13).

4. Artikelsgewijs

Artikel 193a

De leden van de CDA-fractie vroegen de regering toe te lichten wie in artikel 193a lid 1, onderdeel b, allemaal bedoeld wordt met de aanduiding «degene die ten behoeve van hem handelt».

In de definitiebepaling van het begrip handelaar moet onder «degene die ten behoeve van hem handelt» worden verstaan: degene die in naam van of voor rekenschap van hem optreedt (artikel 2, onderdeel b, van de richtlijn). Dit is bijvoorbeeld de gevolmachtigde in de zin van artikel 3:60 lid 1 BW.

De CDA-fractie verzocht de regering voorts toe te lichten hoe de in artikel 193a lid 1, onderdeel h, bedoelde «machtspositie» zich verhoudt tot het begrip misbruik van economische machtspositie in de Mededingingswet. Er is een verschil tussen deze beide begrippen. Het begrip «machtspositie» maakt in artikel 193a lid 1, onderdeel h, deel uit van de omschrijving van het in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken geïntroduceerde begrip «ongepaste beïnvloeding», welk begrip weer van belang is bij de vaststelling of een handelspraktijk agressief is in de zin van artikel 193h. Ingevolge artikel 193h lid 1 is een handelspraktijk 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 neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Hieruit blijkt dat het bij «machtspositie» in de context van dit wetsvoorstel gaat om het uitbuiten van een machtspositie in een individuele relatie met de consument. Daarentegen gaat het in het kader van het mededingingsrecht bij «misbruik van een machtspositie» om misbruik van een economische machtspositie op de relevante markt.

De toelichting op de ontwerp-richtlijn oneerlijke handelspraktijken bevat een enkel voorbeeld van ongepaste beïnvloeding (COM (2003) 356 def., nr. 71). Het betreft de situatie waarin een consument achterstallige betalingen heeft bij een handelaar. In dat geval is er, aldus de toelichting, sprake van ongepaste beïnvloeding als de handelaar aanbiedt de schulden te herschikken indien de consument nóg een product koopt.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe in artikel 193a lid 2 het begrip «redelijkerwijs» moet worden geïnterpreteerd. Zij vragen zich in het bijzonder af of hier subjectief sprake dient te zijn van een redelijk inzicht van de handelaar of dat het gaat om een objectief te duiden begrip. In de artikelen 6:193b lid 2, onderdeel b, 193c, 193d en 193h wordt het begrip «gemiddelde consument» gebruikt. In artikel 6:193a is bepaald dat onder dit begrip mede wordt verstaan het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt of waarvan de handelaar redelijkerwijs kan voorzien dat die groep bijzonder gevoelig is voor de handelspraktijk of voor het onderliggende product. De term «redelijkerwijs» dient

in objectieve zin te worden gezien. Voor de toepassing van de norm hoeft dus niet te worden bewezen dat de handelaar feitelijk wist dat de specifieke groep bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of het product, maar dient te worden aangetoond dat dit gelet op de omstandigheden van het desbetreffende geval voor hem redelijkerwijs voorzienbaar was.

Artikel 193b

De leden van de CDA-fractie was opgevallen, dat het tweede punt van artikel 5 van de richtlijn minder letterlijk is geïmplementeerd in artikel 193b lid 2 dan elders in het wetsvoorstel. Zij wezen op het begrip «economisch gedrag» dat naar hun oordeel op het eerste oog in ieder geval ruimer lijkt dan het vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen. Artikel 5, tweede lid, van de richtlijn bevat de passage «het economisch gedrag van consumenten wezenlijk verstoren». In artikel 2, onderdeel e, van de richtlijn is een omschrijving van deze passage opgenomen. Deze omschrijving luidt: een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten. Bij de implementatie is er voor gekozen beide bepalingen samen te implementeren in artikel 193b lid 2. Hierdoor lijkt het dat artikel 5, tweede lid, niet letterlijk is overgenomen, maar dit is in feite wel het geval omdat in deze bepaling in plaats van het begrip «economisch gedrag» de eveneens in de richtlijn opgenomen beschrijving van dit begrip is gebruikt.

Artikel 193c

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af of in de aanhef van artikel 193c lid 1 ten onrechte het woord «zoals» is opgenomen, waardoor artikel 6, eerste lid, van de richtlijn is geïmplementeerd als een open definitie, terwijl deze bepaling volgens hen was bedoeld als een gesloten definitie. In artikel 193c is aangegeven wanneer er sprake is van een misleidende handelspraktijk. In de wettekst is zoveel mogelijk aangesloten bij de tekst van artikel 6 van de richtlijn. Zo zijn onder meer de voorbeelden die de richtlijn geeft in de wettekst opgenomen op advies van de Raad van State. Uit de algemene norm voor oneerlijke handelspraktijken, die is opgenomen in artikel 193b, blijkt dat zich in de praktijk vermoedelijk meer situaties kunnen voordoen waarin sprake is van een misleidende handelspraktijk. Daarom is in de aanhef van artikel 193c lid 1 «zoals» toegevoegd.

Artikel 193g

De leden van de CDA-fractie vroegen of de bewering «dit product voldoet aan de eisen van instelling X» ook onder de omschrijving van artikel 193g, onderdeel d, valt, en zo ja, of dit ook geldt als daadwerkelijk aan de eisen wordt voldaan, maar er geen sprake is van een aanbeveling, erkenning of goedkeuring.

Artikel 193g, onderdeel d, bepaalt dat onder alle omstandigheden misleidend is: «beweren dat een handelaar of product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend of goedgekeurd terwijl dat niet het geval is, of iets dergelijks beweren zonder dat aan de voorwaarde voor de aanbeveling, erkenning of goedkeuring is voldaan.» De bewering «dit product voldoet aan de eisen van instelling X» valt, ook al is die bewering onwaar, in beginsel niet onder de omschrijving van artikel 193g, onderdeel d, omdat er geen sprake is van een vermeende aanbeveling, erkenning of goedkeuring. Echter, als (de context van) de bewering impliceert dat dit wel het geval is, terwijl er feitelijk geen aanbeveling is gedaan of een erkenning of goedkeuring is verleend, dan kan een dergelijke bewering

wel onder de omschrijving van artikel 193g, onder d, vallen, of dit het geval is, zal steeds afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.

Overigens merken wij op dat ook een handelwijze die niet onder het bereik van artikel 193g, onderdeel d, is te brengen, niet altijd toelaatbaar is. Bij een handelspraktijk die niet in artikel 193g (of artikel 193i) is vermeld, maar die veel gelijkenis vertoont met de handelspraktijken die daarin wel zijn vermeld, zal steeds aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of de desbetreffende handelspraktijk op basis van de overige bepalingen van afdeling 6.3.3a is aan te merken als een misleidende (of agressieve) handelspraktijk.

Voorts vroegen de leden van de CDA-fractie zich ook af wat onder g precies moet worden verstaan onder «bedrieglijk beweren», waarbij het de leden van de CDA-fractie met name ging om de kwalificatie bedrieglijk. Zij vragen zich af of bij de invulling van dit begrip rekening moet worden gehouden met het strafrechtelijke begrip bedrog in het Wetboek van Strafrecht.

De term «bedrieglijk» zal net als veel andere uit de richtlijn afkomstige begrippen, in de komende jaren door het Hof van Justitie moeten worden ingevuld. Dit maakt het moeilijk nu uitspraken te doen over de precieze betekenis van dit begrip. Het ligt echter wel in de rede dat dit begrip gelezen moet worden in zin van het privaatrechtelijke begrippenkader en niet in de zin van het begrip «bedrog» in het Wetboek van Strafrecht.

Artikel 193i

De leden van de CDA-fractie verzochten de regering toe te lichten wat wordt bedoeld met de clausulering in artikel 193i, onder b.

Artikel 193i, onder b, bepaalt dat onder alle omstandigheden als een (verboden) agressieve handelspraktijk is aan te merken: het negeren van het verzoek van de consument om zijn huis te verlaten of niet meer terug te komen, behalve indien, en voor zover wettelijk gerechtvaardigd wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven. Met dit verbod wordt beoogd agressieve huis-aan-huisverkoop aan banden te leggen. De uitzondering is opgenomen ten behoeve van bezoek aan huis in het kader van de incasso van vorderingen voor zover deze wettelijk is gerechtvaardigd.

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

De staatssecretaris van Economische Zaken,
H. Heemskerk