

Vergaderjaar 2006–2007

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

Nr. 4

### ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 5 oktober 2006 en het nader rapport d.d. 21 december 2006, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie, mede namens de staatssecretaris van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 5 september 2006, no. 06.003057, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot 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, met memorie van toelichting.*

*De richtlijn oneerlijke handelspraktijken (hierna: de richtlijn)<sup>2</sup> voorziet in uniforme regels voor het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken en zorgt voor een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming. Het wetsvoorstel implementeert de richtlijn.*

*De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over de gevolgen van het feit dat de richtlijn voorziet in totale harmonisatie. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> 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 L 149).

<sup>3</sup> Artikel 4 van de richtlijn.

<sup>4</sup> Artikel 3, achtste en negende lid, van de richtlijn.

<sup>5</sup> Artikel 3, tweede lid, van de richtlijn.

<sup>6</sup> Artikel 3, tiende lid, van de richtlijn.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 5 september 2006, nr. 06.003057, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 5 oktober 2006, nr. W03.06.0372/1, bied ik U hierbij aan.

#### 1. Totale harmonisatie

*De richtlijn gaat in beginsel uit van totale harmonisatie<sup>3</sup>. Wel worden drie gebieden genoemd waarop lidstaten verdergaande eisen mogen stellen (voorschriften voor gereguleerde beroepen, financiële diensten en onroerende zaken)<sup>4</sup>. De richtlijn laat voorts het verbintenissenrecht, en in het bijzonder de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet, en doet geen afbreuk aan de communautaire of nationale voorschriften inzake gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten<sup>5</sup>. De richtlijn is niet van toepassing op de certificering van goederen van edelmetaal en de vermelding van het edelmetaalgehalte<sup>6</sup>. Bovendien kunnen lidstaten, mits aan een reeks voorwaarden is voldaan, nog gedurende zes jaar na inwerkingtreding van de richtlijn nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of «prescriptiever» zijn. De Europese Commissie moet*

*onverwijld van zulke bepalingen in kennis worden gesteld<sup>1</sup>. Het wetsvoorstel strekt tot omzetting van richtlijnbe­palingen, maar voorziet slechts op enkele punten in het schrappen van bestaande regels die door de totale harmonisatie dienen te vervallen<sup>2</sup>. Volgens de toelichting is een eerste screening verricht van nationale consumentenregelgeving die mogelijk in strijd is met de richtlijn. Die screening heeft alleen bepalingen in het Besluit prijsaanduiding kappers 1980 opgeleverd; een regeling die, zo meldt de toelichting, binnenkort zal worden ingetrokken<sup>3</sup>.*

*De Raad merkt op dat de implementatie pas is voltooid als alle niet met de richtlijn verenigbare nationale bepalingen zijn aangepast of geschrapt, of, in bijzondere gevallen, onder de overgangsregeling zijn gebracht. Zonder volledigheid te pretenderen wijst de Raad op artikel 6, tweede lid, van de Wet op de vaste boekenprijs<sup>4</sup>.*

*De Raad adviseert een volledig onderzoek te doen naar zulke bepalingen, en de resultaten daarvan te verwerken in de toelichting en, zo nodig, in het wetsvoorstel.*

## 1. Totale harmonisatie

Naar aanleiding van het advies van de Raad is een volledige screening verricht van alle wetgeving die mogelijk dient te vervallen of te worden gewijzigd doordat de richtlijn voorziet in totale harmonisatie. Bij het opstellen van het wetsvoorstel is reeds een uitgebreide maar geen volledige screening uitgevoerd, omdat de screening en de mogelijke consequenties hiervan (schrappen of aanpassen van de gevonden bepalingen) vragen oproepen. Om meer duidelijkheid te krijgen is gewacht op bespreking van dit onderwerp in informele expertmeetings georganiseerd door de Commissie met betrekking tot de implementatie van de richtlijn. In deze meetings zijn ervaringen van lidstaten uitgewisseld over de implementatie en is geprobeerd, voor zover mogelijk, duidelijkheid te creëren.

De volgende stappen zijn doorlopen met betrekking tot de screening van de nationale consumentenwet- en regelgeving. Ten eerste is onderzocht welke nationale bepalingen binnen het toepassingsgebied vallen van de richtlijn en welke van deze gevonden bepalingen een vergelijkbaar of hoger niveau van bescherming aan consumenten bieden. Dit is van belang omdat alleen die bepalingen die vallen onder de reikwijdte van de richtlijn en een hoger niveau van consumentenbescherming bieden, dienen te worden geschrapt, aangepast of genotificeerd. Vervolgens is gekeken welk doel de gevonden bepalingen in hoofdzaak dienen. Indien het beschermen van veiligheid of gezondheid of transparantie van de markt («competition») voorop staat, kunnen deze bepalingen gehandhaafd blijven. Ook is de herkomst van de regelgeving belangrijk omdat de bepalingen die binnen het geharmoniseerde gebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken vallen maar tevens het gevolg zijn van een strikte implementatie of uitvoering van Europese regelgeving (de nationale regelgeving is één op één het gevolg van een richtlijn of verordening) niet behoeven te worden aangepast, ook niet als zij strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen uit de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De bepalingen die na bovenstaande toets overblijven, moeten wel worden geschrapt, aangepast of genotificeerd waarbij een overgangstermijn geldt van zes jaar (artikel 3, vijfde lid, van de richtlijn).

De volledige screening heeft geleid tot één aanvullende aanpassing, naast de aanpassingen die reeds in de artikelen IV, V en VI van het wetsvoorstel waren opgenomen. Het gaat om een wijziging van de Wet op de vaste boekenprijs. Deze wijziging is opgenomen in artikel VII. In navolging van het advies van de Raad van State is ook de memorie van toelichting aangevuld.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de artikelen 39 en 40 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) niet zijn aangepast, hoewel deze artikelen een zinsnede bevatten die ziet op misleidende informatie inclusief reclame-uitingen. Deze zinsneden behoeven niet geschrapt te worden omdat de norm in de Wmg de consument niet een hoger niveau van consumentenbescherming biedt dan de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

<sup>1</sup> Artikel 3, vijfde en zesde lid, van de richtlijn.

<sup>2</sup> Wijziging van de Colportagewet, de Gaswet en de Elektriciteitswet 1998 in de artikelen IV, V en VI.

<sup>3</sup> § 3 (Totale harmonisatie), slotalinea, van de toelichting.

<sup>4</sup> «De verkoper onthoudt zich van mededelingen omtrent de prijs van boeken en muziekuitgaven die onjuist zijn dan wel de eindafnemer anderszins kunnen misleiden».

## 2. Omkering van de bewijslast

*In civielrechtelijke of bestuursrechtelijke procedures inzake oneerlijke handelspraktijken kiest de richtlijn voor een omkering van de bewijslast onder voorwaarden. De handelaar moet bewijzen aandragen voor de juistheid van de feitelijke beweringen in verband met een handelspraktijk:*

- als dat passend lijkt,
- met inachtneming van de rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure, en
- gelet op de omstandigheden van de zaak in kwestie<sup>1</sup>.

In het wetsvoorstel zijn de drie opgesomde elementen niet geïmplementeerd, zodat het wetsvoorstel neerkomt op een ongeclausuleerde omkering van de bewijslast<sup>2</sup>. De Raad adviseert deze elementen in het wetsvoorstel op te nemen.

## 2. Omkering van de bewijslast

Het advies van de Raad is gevolgd. De elementen die de rechter dient mee te nemen in zijn afweging zijn met zoveel woorden opgenomen in de wettekst. Het niet opnemen van de elementen zou overigens geen ongeclausuleerde omkering van de bewijslast met zich meebrengen zoals door de Raad wordt gesuggereerd, omdat de omkering van de bewijslast is beperkt tot de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die de handelaar heeft verstrekt. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de redactie van artikel 193j is gewijzigd. De omkering van de bewijslast is niet beperkt tot de bijzondere verzoekschriftprocedure van artikel 3:305d maar is ook van toepassing indien een individuele consument een actie uit onrechtmatige daad start of bijvoorbeeld een consumentenorganisatie een collectieve actie instelt. Dit wordt nu met zoveel woorden in het genoemde artikel tot uitdrukking gebracht.

## 3. Aansluiting bij de richtlijn en het Burgerlijk Wetboek

Het wetsvoorstel dient zowel de richtlijn te implementeren als aan te sluiten op het systeem van het Burgerlijk Wetboek. Om de hiernavolgende redenen is dat in enkele gevallen nog onvoldoende gebeurd. De Raad wijst op de volgende gevallen.

- a. In verschillende artikelen van het wetsvoorstel (193b lid 2, onder b, 193c lid 1, onder g, en lid 2, onder b, ten tweede, 193d lid 2 en 193h lid 1) komt het begrip «een besluit over een overeenkomst» voor. Dit is een niet erg gebruikelijk begrip in het Nederlandse verbintenissenrecht. Het wordt in het wetsvoorstel niet gedefinieerd, maar in de richtlijn, waaraan het begrip is ontleend wel (artikel 2, onder k).
- b. In de omschrijving van het begrip «gedragscode» ontbreekt het element dat de gedragscode niet bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat mag zijn voorgeschreven<sup>3</sup>. Dit element impliceert op zichzelf een beperking in de gedragscodes waarom het gaat en verdient daarom implementatie.
- c. De richtlijn heeft als uitgangspunt dat een handelspraktijk oneerlijk is als die praktijk – voorzover hier van belang – het economisch gedrag van de «gemiddelde consument» wezenlijk verstoort of kan verstoren. Is de handelspraktijk gericht op een bepaalde groep consumenten, dan is bepalend of de praktijk het economische gedrag van het gemiddelde lid van die groep verstoort of kan verstoren<sup>4</sup>. Deze bepalingen worden geïmplementeerd<sup>5</sup>. De richtlijn bepaalt voorts dat een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag wezenlijk kan verstoren van een duidelijk herkenbare groep consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, leeftijd of goedgezorgdheid, bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep<sup>6</sup>. In dit geval behoeft de handelspraktijk niet specifiek gericht te zijn op deze kwetsbare groep. Daarmee onderscheidt deze bepaling zich van de algemene regel. Deze bepaling wordt niet geïmplementeerd.
- d. Bij de term «de voornaamste kenmerken van het product» ontbreekt in het wetsvoorstel de niet-limitatieve opsomming van kenmerken<sup>7</sup>. Nu het gaat om een uitgebreide opsomming van kenmerken die als de voornaamste worden beschouwd en omdat op zichzelf verschillend kan worden gedacht over de vraag of alle genoemde kenmerken een voornaamste kenmerk van een product zijn, is opnemng van die voorbeelden in de wettelijke regeling zelf en niet uitsluitend in de toelichting, aangewezen. Volgens de toelichting kan het opnemen van een niet-uitputtende opsomming van voorbeelden in de wettekst mogelijk tot verwarring leiden. De Raad deelt deze – niet nader onderbouwde – vrees niet<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Artikel 12 van de richtlijn.

<sup>2</sup> Voorgesteld artikel 193j lid 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

<sup>3</sup> Voorgesteld artikel 193a lid 1, onderdeel h, van Boek 6 BW; artikel 2, onderdeel f, van de richtlijn.

<sup>4</sup> Artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn.

<sup>5</sup> Voorgesteld artikel 193b lid 2 juncto artikel 193a lid 2 van Boek 6 BW.

<sup>6</sup> Artikel 5, derde lid, van de richtlijn.

<sup>7</sup> Voorgesteld artikel 193c lid 1, onderdeel b; artikel 6, eerste lid, onderdeel b, van de richtlijn.

<sup>8</sup> Toelichting op artikel 193c, eerste alinea; toelichting op artikel 193h, derde alinea.

*De Raad adviseert het wetsvoorstel nauwkeurig aan te passen.*

3. Aansluiten bij de richtlijn en het Burgerlijk Wetboek

- a. Het advies van de Raad is gevolgd. De definitie van «besluit over een overeenkomst» van de richtlijn is opgenomen in artikel 193a, onderdeel e.
- b. De definitie van gedragscode (artikel 193a, onder i) is conform het advies van de Raad aangevuld.
- c. De Raad merkt terecht op dat indien de handelspraktijk zich richt op een specifieke groep zoals bijvoorbeeld kinderen, oudere mensen of mensen met een verstandelijke beperking, het gemiddelde lid van deze groep bepalend is voor de beoordeling of er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk. Het gemiddelde lid van een specifieke groep is voor deze beoordeling ook leidend wanneer de handelaar moet begrijpen dat bepaalde consumenten bijzonder vatbaar zijn voor de handelspraktijk of de producten die hij aanbiedt, zoals bijvoorbeeld tieners bij het aanbieden van ringtones. Om dit tot uitdrukking te brengen is overeenkomstig het advies van de Raad van State het tweede lid van artikel 193a en de memorie van toelichting verduidelijkt.
- d. Het advies van de Raad is gevolgd. Het eerste lid, onder b, van artikel 193c is aangevuld met de voorbeelden zoals genoemd in de richtlijn. Ook de voorbeelden genoemd in artikel 6, eerste lid, onder f, van de richtlijn, zijn nu met zoveel woorden in de wettekst opgenomen (artikel 6:193c lid 1 onder f).

*4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

4. Overig

De redactionele kanttekeningen van de Raad zijn gevolgd.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele wettechnische onvolkomenheden in de Wet handhaving consumentenbescherming te verbeteren. Het betreft de onderdelen A, C, E, H en I van artikel III.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende  
no. W03.06.0372/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in  
overweging geeft.**

- In het voorgestelde artikel 305d lid 1, onder c, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) «pleegt op» vervangen door: pleegt van. In de tweede zin van het derde lid «die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument bedriegt of kan bedriegen» laten vervallen.
- In het voorgestelde artikel 193d lid 1 van Boek 6 BW, gelet op artikel 7, eerste lid, van de richtlijn en het voorgestelde artikel 193a lid 1 onderdeel d, «iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van producten» vervangen door: een handelspraktijk. Voorts in lid 3 na «essentiële informatie» invoegen: als bedoeld in lid 2.
- In het voorgestelde artikel 193 e van Boek 6 BW de aanhef als volgt laten luiden: In het geval van een uitnodiging tot aankoop is de volgende informatie, voorzover deze niet reeds uit de context blijkt, essentieel als bedoeld in artikel 193d lid 2:. In onderdeel b «adres» telkens vervangen door: geografisch adres (niet volstaan kan worden met het verschaffen van bijvoorbeeld een internet-adres; artikel 7, vierde lid, onderdeel b van de richtlijn).
- In het voorgestelde artikel 193g, onderdeel v, van Boek 6 BW «voordoet» wijzigen in: «voordoen» (bijlage I, onderdeel 22, bij de richtlijn).
- In het voorgestelde artikel 193h lid 2, onderdeel c, van Boek 6 BW voor de puntkomma invoegen: «met het oogmerk het besluit van de consument met betrekking tot het product te beïnvloeden» (artikel 9, onderdeel c, van de richtlijn).
- Ten aanzien van artikel 2.5 van de Wet handhaving consumentenbescherming (artikel III van het wetsvoorstel) volstaan met het invoegen van een nieuw tweede lid, nu het nieuw voorgestelde eerste lid gelijk is aan de bestaande tekst.