

Wat zijn oneerlijke handelspraktijken?

Antwoord op deze vraag geeft de Afdeling 3A in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, bestaande uit de artikelen 193a t/m 193j). Deze afdeling is in de wet tussengevoegd naar aanleiding van een Europese Richtlijn (nr. 2005/29/EG) die op 11 mei 2005 tot stand is gekomen. De artikelen in het BW hebben alleen betrekking op de handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten en niet op de relatie tussen bedrijven onderling.

Ook het verbintenissenrecht, in het bijzonder het recht inzake de geldigheid of de opstelling en rechtsgevolgen van contracten en de voorschriften inzake gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten vallen buiten het toepassingsgebied.

De regeling kan worden verdeeld in drie delen.

Allereerst bevat de regeling een algemene norm (art. 193b) aan de hand waarvan beoordeeld wordt of een handelspraktijk oneerlijk is. Dit is het geval indien een handelaar handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding, waardoor de consument merkbaar wordt beperkt in zijn mogelijkheid om een weloverwogen besluit over de overeenkomst te kunnen nemen.

Vervolgens wordt deze algemene nader uitgewerkt in handelspraktijken die misleidend zijn en die agressief zijn.

Niet alleen misleidende handelingen vallen onder de norm 'misleidende handelspraktijken', maar ook misleidende nalatigheden (omissies), zoals het niet (volledig) geven van de benodigde informatie. Wat de verzekeringsbranche betreft: als de financiële dienstverlener niet volledig voldoet aan zijn informatieplicht is te allen tijde sprake van een oneerlijke handelspraktijk.

Tot slot worden concrete gedragingen opgesomd die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn.

Bij de beoordeling of een handelspraktijk oneerlijk is, moet eerst gekeken worden of het gaat om één van de genoemde concrete gedragingen. Is dat

niet het geval, dan dient bezien te worden of de artikelen met betrekking tot misleidende, of agressieve handelspraktijken van toepassing zijn.

Bewijslast

De Memorie van Toelichting stelt dat in een civielrechtelijke of administratieve procedure de handelaar moet aantonen dat de feitelijke bewerkingen die hij heeft gedaan juist zijn. Indien de gevraagde bewijzen niet worden aangedragen of onvoldoende worden geacht, heeft de gerechtelijke of de administratieve instantie de bevoegdheid om deze bewijzen als onjuist te beschouwen.

De rol van de AFM

De financiële toezichtwetgeving beoogt primair het goed functioneren van de financiële markten te waarborgen en het vertrouwen in het financiële stelsel te bevorderen. Er zijn veel regels die de consument beogen te beschermen voor, tijdens en na de aanschaf van financiële producten en diensten. De AFM ziet toe op de naleving van deze sectorspecifieke regelgeving. Daarnaast heeft de AFM ook nog een rol op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc).

De Whc heeft weliswaar een eigen toezichthouder, de Consumentenautoriteit. Maar waar het gaat om sector-specifieke regels die niet in de Wft en aanverwante regelgeving zijn opgenomen, maar wel in de Whc, houdt de AFM toezicht op het verbod op de oneerlijke handelspraktijken.

Zie het voorbeeld op pag. 2

Art. 6:139b BW bevat de algemene norm

Als de financiële dienstverlener niet volledig voldoet aan zijn informatieplicht is te allen tijde sprake van een oneerlijke handelspraktijk.

Bijvoorbeeld:

De financiële wet- en regelgeving bevat geen bepalingen betreffende handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn. Een ander verschil is dat de financiële toezichtwetten een aantal vrijstellingen kent op basis waarvan een aantal categorieën van financiële instellingen zijn vrijgesteld van bepaalde (informatie)verplichtingen. Ook deze vrijgestelden mogen zich schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken. De AFM kan in deze gevallen niet op grond van de Wft, maar wel op basis van de Whc civiel- of bestuursrechtelijk optreden. Wel heeft de sectorspecifieke wetgeving voorrang boven de algemene regeling inzake de oneerlijke handelspraktijken.

Als de AFM zowel op basis van de sectorspecifieke wetgeving kan optreden als op basis van de Whc, zal zij gebruik maken van haar bevoegdheden op basis van de sectorspecifieke regelgeving.

Is er geen sprake van een overtreding van de sectorspecifieke wetgeving, dan zal de AFM bekijken of sprake is van een overtreding van het verbod op de oneerlijke handelspraktijken en zal zij op basis van de Whc langs de civielrechtelijke of de bestuursrechtelijke weg kunnen optreden.

Ondanks het feit dat een verbod op agressieve handelspraktijken (met uitzondering van het verbod van coldcalling) niet is opgenomen in de financiële regelgeving kan de AFM dat handhaven op basis van de Whc.

Twee elementen opgenomen: de 'bijzondere vakkundigheid' en de 'zorgvuldigheid'. De handelaar (dat kan ook een dienstverlener zijn), die ten aanzien van beide elementen op een normaal niveau (of hoger) functioneert, is professioneel toegewijd. Dit zal per geval moeten worden vastgesteld. Wat het niveau van de professionele standaard is of zou moeten zijn, kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de handelsgebruiken in een bepaalde sector, een gedragscode of een afgelegde eed of belofte. Het gegeven dat de handelaar is toegelaten tot een beroep of over een voor het beroep vereist diploma beschikt, is op zichzelf in beginsel onvoldoende om professionele toewijding aan te nemen.

Van een uitnodiging tot aankoop is sprake indien er een concreet product. of een concrete dienst met prijs wordt genoemd die de consument in staat stelt een aankoop te doen. Advertenties om de naamsbekendheid van een product te vergroten, vallen dus niet onder de definitie.

De vraag of sprake is van een uitnodiging tot aankoop is vooral van belang wanneer de handelaar/ dienstverlener misleidende omissie (het niet vermelden van voor de consument van belang zijnde informatie) wordt verweten.

Definities

Een product is niet alleen een goed, maar ook een dienst. In de vorige afdeling van het BW (3.3) staat ook een definitie van product, maar die is uitsluitend van toepassing op het onderwerp van die afdeling, productenaansprakelijkheid en heeft een meer beperkte reikwijdte.

In de wetgeving wordt gesproken over professionele toewijding. De definitie van dat begrip is als volgt omschreven:

"het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken".

Kapstokartikel

Artikel 193b is het kapstokartikel waarin het verbod op oneerlijke handelspraktijken wordt genoemd. In dat artikel is vastgelegd dat een handelaar bij een oneerlijke handelspraktijk onrechtmatig handelt. Een oneerlijke handelspraktijk is een specifieke vorm van een onrechtmatige daad.

Een handelspraktijk is oneerlijk indien een handelaar handelt:

- a.** in strijd met de vereisten van professionele toewijding, en
- b.** het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar is beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Ondanks het feit dat een verbod op agressieve handelspraktijken (met uitzondering van het verbod van coldcalling) niet is opgenomen in de financiële regelgeving kan de AFM dat handhaven op basis van de Whc.

Een gemiddelde consument is volgens het Europese Hof de fictieve doorsneeconsument, dat wil zeggen de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument waarbij tevens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren.

Richt de handelaar/dienstverlener zich op een bepaalde groep consumenten (bijvoorbeeld kinderen, ouderen, gehandicapten) dan is het gemiddelde lid van een dergelijke groep bepalend.

Onder het nemen van een besluit over een overeenkomst moeten begrepen worden: het voornemen om iets te kopen of een dienst af te nemen, of daar juist van af te zien.

Een handelspraktijk is in het bijzonder oneerlijk indien een handelaar een misleidende of agressieve handelspraktijk verricht.

Misleidende handelingen

Een handelspraktijk is misleidend, zegt art. 193c, als de informatie die verstrekt wordt feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie. Dat kan ook gaan om informatie die weliswaar feitelijk juist is, maar door de wijze van presentatie de consument op de een of andere manier bedriegt.

In het tweede lid van dit artikel zijn twee gedragingen genoemd die ieder afzonderlijk ook als een misleidende handeling worden beschouwd. De eerste gedraging betreft de marketing van producten/diensten in de vorm van vergelijkende reclame en de tweede het

niet nakomen van de verplichtingen die voortvloeien uit gedragscodes.

In het eerste geval is sprake van een misleidende handeling indien de gemiddelde consument door de vergelijkende reclame een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

In bepaalde gevallen kunnen de verplichtingen die zijn opgenomen in een gedragscode maar niet worden nagekomen door de handelaar, worden gekwalificeerd als een misleidende handeling. Dit is het geval indien de verplichting concreet en kenbaar is (de gedragscode is bijvoorbeeld gepubliceerd of ligt ter inzage) en de handelaar bovendien heeft aangegeven dat hij aan de gedragscode is gebonden. Om gebonden te zijn aan de gedragscode is het niet noodzakelijk dat de handelaar de gedragscode heeft ondertekend. Als hij op zijn website bijvoorbeeld expliciet verwijst naar de gedragscode kan dit onder omstandigheden ook voldoende zijn.

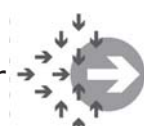
Art. 193g geeft een opsomming van handelingen die onder alle omstandigheden misleidend zijn:

- a. **beweren aan een gedragscode gebonden te zijn** en daarnaar te handelen, wanneer dit niet het geval is;
- b. **een vertrouwens-, kwaliteits- of ander soortgelijk label aanbrengen** zonder daarvoor de vereiste toestemming te hebben gekregen;
- c. **beweren dat een gedragscode door een publieke of andere instantie is erkend** wanneer dit niet het geval is;
- d. **beweren dat een handelaar of een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen**, erkend of goedgekeurd terwijl dat niet het

Een handelspraktijk is misleidend als de informatie die verstrekt wordt feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden

Dat kan ook gaan om informatie die feitelijk juist is, maar door de wijze van presentatie de consument op de een of andere manier bedriegt.

Deze Findiprint is aangeboden door



findinet Kennisportal voor de financiële dienstverlening

Onerlijk =
Bedrieglijk beweren dat het product slechts gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn of dat het slechts onder speciale voorwaarden gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn om de consument onmiddellijk te doen beslissen en hem geen kans of onvoldoende tijd te geven een geïnformeerd besluit te nemen

geval is, of iets dergelijks beweren zonder dat aan de voorwaarde voor de aanbeveling, erkenning of goedkeuring is voldaan;

e. **producten tegen een genoemde prijs te koop aanbieden** zonder dat de handelaar aangeeft dat er een gegrond vermoeden bestaat dat hij deze producten of gelijkwaardige producten niet tegen die prijs kan leveren of door een andere handelaar kan doen leveren gedurende een periode en in hoeveelheden die, rekening houdend met het product, de omvang van de voor het product gevoerde reclame en de aangeboden prijs, redelijk zijn;

f. **producten tegen een genoemde prijs te koop aanbieden** en vervolgens:

1. weigeren het aangeboden artikel aan de consument te tonen, of

2. weigeren een bestelling op te nemen of het product binnen een redelijke termijn te leveren, of

3. een exemplaar van het artikel met gebreken tonen, met de bedoeling een ander product aan te prijzen;

g. **bedrieglijk beweren dat het product slechts gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn** of dat het slechts onder speciale voorwaarden gedurende een zeer beperkte tijd beschikbaar zal zijn om de consument onmiddellijk te doen beslissen en hem geen kans of onvoldoende tijd te geven een geïnformeerd besluit te nemen;

h. de consument met wie de handelaar voorafgaand aan de transactie heeft gecommuniceerd **in een taal die geen officiële taal is** van de lidstaat waar de handelaar gevestigd is, beloven een klantendienst te verschaffen en deze dienst vervolgens enkel beschikbaar te stellen in een andere taal zonder dit duidelijk aan de consument te laten weten alvorens de consument de overeenkomst aangaat;

i. beweren of anderszins de indruk wekken **dat een product legaal kan worden verkocht** terwijl dit niet het geval is;

j. **wettelijke rechten van consumenten voorstellen als een onderscheidend kenmerk** van het

aanbod van de handelaar;

k. **redactionele inhoud in de media, waarvoor de handelaar heeft betaald**, gebruiken om reclame te maken voor een product, zonder dat dit duidelijk uit de inhoud of uit duidelijk door de consument identificeerbare beelden of geluiden blijkt;

l. **feitelijk onjuiste beweringen doen** betreffende de aard en de omvang van het gevaar dat de persoonlijke veiligheid van de consument of zijn gezin zou bedreigen indien de consument het product niet koopt;

m. **een product dat lijkt op een door een bepaalde fabrikant vervaardigd product** op een zodanige wijze aanbevelen dat bij de consument doelbewust de verkeerde indruk wordt gewekt dat het product inderdaad door die fabrikant is vervaardigd, terwijl dit niet het geval is;

n. **een piramidesysteem opzetten**, beheren of aanbevelen waarbij de consument tegen betaling kans maakt op een vergoeding die eerder voortkomt uit het aanbrengen van nieuwe consumenten in het systeem dan uit de verkoop of het verbruik van goederen;

o. beweren dat de handelaar **op het punt staat zijn zaak te beëindigen** of te verhuizen, indien dit niet het geval is;

p. beweren dat producten het winnen bij kansspelen kunnen vergemakkelijken;

q. bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen;

r. **feitelijk onjuiste informatie verstrekken over marktomstandigheden** of de mogelijkheid het product te bemachtigen met de bedoeling de consument het product te doen aanschaffen tegen voorwaarden die minder gunstig zijn dan de normale marktvoorwaarden;

s. in de context van een handelspraktijk **beweren dat er een wedstrijd wordt georganiseerd** of prijzen worden uitgelooft zonder de aangekondigde prijzen of een redelijk alternatief daadwerkelijk toe te kennen;

t. **een product als gratis, voor niets of kosteloos te omschrijven** als de consument iets anders moet betalen

Onerlijk =
Feitelijk onjuiste informatie verstrekken over marktomstandigheden met de bedoeling de consument het product te doen aanschaffen tegen voorwaarden die minder gunstig zijn dan de normale marktvoorwaarden

dan de onvermijdelijke kosten om in te gaan op het aanbod en het product af te halen dan wel dit te laten bezorgen;

u. **marketingmateriaal voorzien van een factuur** of een soortgelijk document waarin om betaling wordt gevraagd, waardoor bij de consument de indruk wordt gewekt dat hij het aangeprezen product al heeft besteld terwijl dat niet het geval is;

v. **op bedrieglijke wijze beweren of de indruk wekken dat de handelaar niet optreedt ten behoeve van zijn handel, bedrijf, ambacht of beroep** of zich op bedrieglijke wijze voordoen als consument;

w. **op bedrieglijke wijze de indruk wekken dat voor een bepaald product service na verkoop beschikbaar is** in een andere lidstaat dan die waar het product wordt verkocht.

Misleidende omissies

Er is sprake van een misleidende omissie als de handelaar/dienstverlener essentiële informatie niet geeft. Zelfs in het geval dat hij alle essentiële feiten wel noemt, kan er toch van misleiding sprake zijn. Namelijk als die informatie niet begrijpelijk is of op dubbelzinnige wijze is verstrekt.

Het begrip essentiële informatie wordt verder uitgewerkt in art. 193d: *'Bij de beoordeling of essentiële informatie is weggelaten of verborgen is gehouden worden de feitelijke context, de beperkingen van het communicatiemedium alsook de maatregelen die zijn genomen om de informatie langs andere wegen ter beschikking van de consument te stellen, in aanmerking genomen'*.

Het is duidelijk dat een handelaar in bijvoorbeeld een sms-boodschap niet alle vereiste informatie kan geven.

In die gevallen zal de handelaar bijvoorbeeld via zijn website wel de noodzakelijke informatie beschikbaar moeten stellen.

De verschillende factoren tezamen bepalen of een handelaar de essentiële informatie heeft gegeven en of er sprake is van een misleidende omissie.

N.B.

Ook de Wft is duidelijk over de informatieverstrekking door financiële dienstverleners: die moet feitelijk juist, begrijpelijk en niet misleidend zijn. In geval van een geschil op dit gebied wordt bij een procedure, een klacht ingediend bij Kifid, of bij de handhaving door de AFM eerst of uitsluitend (afhankelijk van de aard van het geschil) naar de Wft-regels gekeken.

In art. 193f zijn de informatieverplichtingen opgenomen die voortvloeien uit de in bijlage II van de richtlijn opgenomen richtlijnen. Deze informatie wordt als essentieel beschouwd in reclame of andere commerciële communicatie door de handelaar/dienstverlener.

De Memorie van Toelichting merkt in dit verband op dat de in dit artikel opgenomen lijst niet limitatief is.

In de lijst worden wel expliciet de artikelen 4:20, 4:73 en 5:13 Wft genoemd.

Agressieve gedragingen

Van een agressieve gedraging is sprake (art. 193h) indien door

- intimidatie
- dwang, waaronder het gebruik van lichamelijk geweld, of
- ongepaste beïnvloeding de keuzevrijheid met betrekking tot het product aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Onder dit artikel vallen ook door een handelaar/ dienstverlener opgeworpen bezwarende of disproportionele niet-contractuele belemmeringen als een consument gebruik wenst te maken van het recht om het contract met de handelaar te beëindigen of het recht om over te stappen op een ander product of een andere handelaar.

Art. 193i somt een aantal handelspraktijken op die onder alle omstandigheden agressief zijn:

- a. de indruk geven dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld;

Misleidend =
Essentiële informatie niet geven of op een niet begrijpelijke of dubbelzinnige wijze verstrekken.

Een agressieve gedraging is: een consument die op grond van een verzekeringspolis een vordering indient, om documenten vragen die redelijkerwijs niet relevant kunnen worden geacht om de geldigheid van de vordering te beoordelen

Omkering bewijslast: De handelaar of dienstverlener dient de materiële juistheid en volledigheid van die informatie die hij heeft verstrekt te bewijzen.

- b. het verzoek van de consument om zijn huis te verlaten of niet meer terug te komen, te negeren, behalve indien, en voor zover wettelijk gerechtvaardigd wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven;
- c. hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia tenzij, voorzover wettelijk gerechtvaardigd, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven;
- d. een consument die op grond van een verzekeringspolis een vordering indient, om documenten vragen die redelijkerwijs niet relevant kunnen worden geacht om de geldigheid van de vordering te beoordelen, dan wel systematisch weigeren antwoord te geven op daaromtrent gevoerde correspondentie met de bedoeling de consument ervan te weerhouden zijn contractuele rechten uit te oefenen;
- e. kinderen in reclame er rechtstreeks toe aanzetten om geadverteerde producten te kopen of om hun ouders of andere volwassenen ertoe over te halen die producten voor hen te kopen;
- f. vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd, tenzij het product een vervangingsgoed is als bedoeld in art. 46f lid 3 van Boek 7 BW;
- g. de consument uitdrukkelijk meedelen dat, als hij het product of de dienst niet koopt, de baan of de bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang komen;
- h. de bedrieglijke indruk wekken dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen dan wel door een bepaalde handeling te verrichten een prijs zal winnen of een ander soortgelijk voordeel zal behalen, als er in feite:
 - 1°. geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel; of
 - 2°. als het ondernemen van stappen om in aanmerking te komen voor de prijs of voor een ander soortgelijk voordeel afhankelijk is van de betaling van een bedrag door de consument of indien

daaraan voor hem kosten zijn verbonden.

Omkering bewijslast

Art. 193j voorziet in een omkering van de bewijslast voor de handelaar ter zake van de door hem verstrekte informatie indien een civiele procedure tegen de handelaar wordt aangespannen. De handelaar dient de materiële juistheid en volledigheid van die informatie die hij heeft verstrekt te bewijzen.

De omkering van de bewijslast is bijvoorbeeld van toepassing als een individuele consument een actie uit onrechtmatige daad instelt of een consumentenorganisatie een collectieve actie start.

Bron: Findinet Kennisportal 2010