

Onerlijke handelspraktijken 2018-2019

Deze kroniek biedt een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van oneerlijke handelspraktijken in 2018 en 2019. Met onder meer aandacht voor de wijzigingen in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, de toepasselijkheid van deze richtlijn bij verkoop op online platforms en Europese uitspraken op het gebied van agressieve handelspraktijken.

1. Inleiding

Begin 2018 verscheen in dit tijdschrift de vorige Kroniek oneerlijke handelspraktijken, met een bespreking van de belangrijkste ontwikkelingen in 2016 en 2017.¹ De kroniek in het huidige nummer staat in het teken van de ontwikkelingen op het gebied van oneerlijke handelspraktijken (hierna ook: OHP) in de jaren 2018 en 2019.² De nodige aandacht zal uitgaan naar de aanpassing van de Richtlijn OHP. Daarnaast wordt, zoals gebruikelijk, per onderwerp in vogelvlucht besproken wat de belangrijkste ontwikkelingen zijn in Europa en in Nederland.

2. Wijzigingen Richtlijn OHP

2.1. Achtergrond: REFIT

Als onderdeel van het Europese *regulatory-fitness-programma* (REFIT) is een aantal consumentenrechtelijke richtlijnen onder de loep genomen. Daartoe behoort ook de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (Richtlijn OHP). Het resultaat van het onderzoek leidde begin 2018 tot het ontwerp voor de Richtlijn modernisering consumentenrechten (Moderniseringsrichtlijn), die ook een behoorlijk aantal wijzigingen brengt voor de Richtlijn OHP.³ De Moderniseringsrichtlijn is op 17 april 2019 in gewijzigde vorm aangenomen door het Europees Parlement.⁴ Na goedkeuring door de Europese Raad op 8 no-

vember 2019⁵ is de Moderniseringsrichtlijn op 18 december 2019 gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.⁶ Lidstaten hebben 24 maanden de tijd om de nationale wetgeving aan te passen aan de nieuwe regels. Hieronder bespreek ik de belangrijkste wijzigingen in de Richtlijn OHP. Voor een uitgebreide bespreking verwijs ik naar mijn artikel in het tijdschrift *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*.⁷

2.2. Beperking volledige harmonisatie: verkoopexcursies en ongevraagde verkoopbezoeken

Ten eerste bespreek ik een wijziging die gaat over de volledige harmonisatie van de Richtlijn OHP. Zoals bekend brengt de Richtlijn OHP volledige harmonisatie van nationale wetgeving op het gebied van oneerlijke handelspraktijken. Afwijkende nationale wetgeving is niet toegestaan, behoudens specifieke uitzonderingen. Op basis van de Moderniseringsrichtlijn mogen lidstaten in de toekomst wél strengere wetgeving aannemen op het gebied van een tweetal verkoopsituaties die buiten de winkel plaatsvinden.⁸ Daarbij gaat het enerzijds om ongevraagde verkoopbezoeken aan de deur en anderzijds om commerciële excursies die worden georganiseerd met het doel om producten te verkopen.⁹ In Duitsland staan deze excursies bekend als *Kaffeefahrten* en worden de veelal oudere deelnemers regelmatig gedurende de excursies – tijdens ‘leuke verkooppresentaties’ – onder druk gezet

* Advocaat bij Hoogenraad & Haak advertising + IP advocaten, *external fellow* bij de Universiteit van Amsterdam (per 1 maart 2020 universitair docent bij de Universiteit Utrecht) en vaste medewerker van dit tijdschrift

1. B.B. Duivenvoorde, ‘Kroniek oneerlijke handelspraktijken 2016-2017’, *TvC* 2018, afl. 1, p. 28-34. Voor een overzicht sinds de inwerkingtreding van de Europese Richtlijn oneerlijke handelspraktijken tot en met 2015 zie B.B. Duivenvoorde, ‘Kroniek oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2016, afl. 1, p. 16-23.
2. Deze kroniek beschrijft de ontwikkelingen t/m 11 november 2019, met dien verstande dat de bespreking van de aanpassingen van de Richtlijn OHP door de Moderniseringsrichtlijn (par. 2) is bijgewerkt tot en met 18 december 2019 (de datum van publicatie van de Moderniseringsrichtlijn in het *Publicatieblad van de Europese Unie*). Een aantal besprekingen is eerder gepubliceerd in de kroniek over 2018 (onderdeel: Reclame) in het tijdschrift *IER*. Zie H. Speyart e.a., ‘Van de brug af gezien – Kroniek over 2018’, *IER* 2019, afl. 2, p. 124-131.
3. Zie de ontwerp-richtlijn van 11 april 2018: COM(2018)185 final, 2018/0090 (COD). Zie hierover ook M.B.M. Loos, ‘The Modernisation of European consumer law: a pig in a poke?’, *E.R.P.L.* 2019, afl. 1, p. 113-134 en C. Twigg-Flesner, ‘Bad hand? The “new deal” for EU consumers’, *European Union Private Law Review* 2018, afl. 4, p. 166-175.
4. Position of the European Parliament adopted at first reading on 17 April 2019 with a view to the adoption of Directive (EU) 2019/... of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules, P8_TC1-COD(2018)0090.
5. Zie het persbericht van de Europese Raad: consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/11/08/eu-consumers-protection-to-be-reinforced/.
6. Richtlijn 2019/2161, *PbEU* 2019, L 328/7, 18 december 2019.
7. B.B. Duivenvoorde, ‘The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?’, *EuCML* 2019, afl. 6, p. 219-228. Zie over de Moderniseringsrichtlijn ook M.B.M. Loos, ‘Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (I)’, *NtER* 2019, afl. 5/6, p. 137-141 en M.B.M. Loos, ‘Modernisering van het Europese consumentenrecht: meer vlees op het bot (II)’, *NtER* 2019, afl. 7/8, p. 188-192.
8. Overigens moet de nationale wetgeving wél proportioneel, noodzakelijk en vrij van discriminatie zijn. Dit betekent waarschijnlijk dat een *overall*-verbod van ongevraagde verkoopbezoeken aan de deur of verkoopexcursies in beginsel niet is toegestaan. Zie B.B. Duivenvoorde, ‘The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?’, *EuCML* 2019, afl. 6, p. 219-228.
9. Zie artikel 3 lid 2 Moderniseringsrichtlijn, die leidt tot wijziging van artikel 3 lid 5 en 6 Richtlijn OHP.

om producten te kopen. Een voorbeeld in Nederland kwamen we enige jaren geleden nog tegen in een juridische procedure tussen de ACM en Goltex.¹⁰ De wijziging is opvallend omdat de keuze voor volledige harmonisatie in de Richtlijn OHP een principiële was en de beschreven handelspraktijken tot de kern van de richtlijn behoren. Kennelijk is de onvrede van sommige lidstaten over deze verkooppraktijken groter dan de principiële keuze die in 2005 is gemaakt voor volledige harmonisatie.

2.3. Dual quality marketing

Een tweede wijziging betreft misleiding door het op de markt brengen van *dual quality*-producten.¹¹ Hierbij gaat het om het wekken van de indruk dat een in een lidstaat op de markt gebracht product dezelfde kwaliteiten bezit als hetzelfde product in andere lidstaten, terwijl de productsamenstelling of -karakteristieken significant anders zijn. Voorbeeld: als een automeerk Model A in veel Europese landen op de markt brengt met hoogkwalitatieve onderdelen en in Polen met inferieure onderdelen, dan is de marketing van Model A in Polen mogelijk misleidend omdat de Poolse consument vertrouwt op het imago van Model A zoals opgebouwd in de rest van Europa. De nieuwe bepaling noemt *dual quality*-misleiding slechts als voorbeeld van een onderwerp waarop misleiding kan plaatsvinden.¹² Belangrijk is de toevoeging wel, alleen al vanwege de publicitaire aandacht voor dit onderwerp in de Europese politiek, die zich overigens vooral richtte op de uiteenlopende kwaliteit van levensmiddelen.¹³ Procedures zullen naar verwachting eerder ontstaan in de sinds 2004 toegetreden lidstaten, omdat fabrikanten daar eerder geneigd zijn goedkopere versies op de markt te brengen. Voor exporterende Nederlandse bedrijven is de bepaling niettemin relevant.¹⁴

2.4. Online handelspraktijken

De Moderniseringsrichtlijn brengt ook wijzigingen in de Richtlijn OHP op een drietal onderwerpen die te maken hebben met online handelspraktijken. Het eerste onderwerp betreft online handelsplatforms zoals (in Nederland) Marktplaats. Dergelijke platforms zullen bij advertenties moeten aangeven wat de hoedanigheid is van de verkoper: is hij 'handelaar' of niet?¹⁵ Doen zij dit niet dan is sprake van een misleidende ommissie. De hoedanigheid van de verkoper is van belang voor de koper, aangezien de regels van het consumentenrecht pas van toepassing zijn wan-

neer de verkoper handelaar is. Of een verkoper op een online handelsplatform handelaar is of niet is overigens niet altijd makkelijk vast te stellen, met name wanneer de verkoper een natuurlijk persoon is. Zie hierover de in par. 3.1 van deze kroniek besproken uitspraak van het Hof van Justitie in *Komisija za zashita na potrebitelite/Evelina Kamenova*.¹⁶

Daarnaast komen er ook nieuwe regels over het toevoegen van commerciële content aan online zoekresultaten voor consumenten, bijvoorbeeld via vergelijkingswebsites. Wanneer de commercieel ingekleurde zoekresultaten niet als zodanig herkenbaar zijn voor de consument, zal sprake zijn van een misleidende handelspraktijk langs de band van de 'zwarte lijst' bij de Richtlijn OHP.¹⁷ Ook zal de handelaar moeten aangeven op basis van welke criteria de zoekresultaten tot stand komen.¹⁸ Bij gebreke van een dergelijke mededeling zal sprake zijn van een misleidende ommissie.

Tot slot brengt de Moderniseringsrichtlijn ook nieuwe regels voor het publiceren van reviews van consumenten.¹⁹ Handelaren die zulke reviews publiceren zullen moeten aangeven of en hoe zij controleren of de reviews afkomstig zijn van consumenten die het product daadwerkelijk aangeschaft of gebruikt hebben.²⁰ Wanneer zij dit niet doen is ook hier sprake van een misleidende ommissie. Ook wordt een tweetal praktijken verboden via de zwarte lijst van de Richtlijn OHP.²¹ Dat is in de eerste plaats het stellen dat een review afkomstig is van een consument die het product daadwerkelijk aangeschaft of gebruikt heeft, zonder te checken of dit daadwerkelijk zo is. Daarnaast wordt het ook via de zwarte lijst verboden om onjuiste reviews in te (laten) sturen en om reviews op misleidende wijze weer te geven.

2.5. Privaatrechtelijke sancties

Dan enkele belangrijke wijzigingen op het gebied van handhaving. De huidige Richtlijn OHP geeft verschillende opties voor handhaving van de richtlijn op nationaal niveau.²² Welke opties een lidstaat kiest en hoe ze worden ingevuld is grotendeels ter vrije keuze van de betreffende lidstaat. Als gevolg daarvan loopt de handhavingspraktijk op nationaal niveau sterk uiteen. Zo is in de ene lidstaat de handhaving van de Richtlijn OHP vrijwel geheel afhankelijk van privaatrechtelijke acties ingesteld door

10. Zie o.a. Rb. Rotterdam 23 mei 2013, *TvC* 2014, afl. 2, p. 87-94, m.nt. B.B. Duivenvoorde (*Goltex/ACM*).

11. Zie artikel 3 lid 3 Moderniseringsrichtlijn, dat leidt tot wijziging van artikel 6 lid 2 Richtlijn OHP.

12. Door de formulering van de nieuwe bepaling lijkt het er echter wel op dat onder de nieuwe regels sneller sprake zal zijn van *dual-quality*-misleiding dan onder de huidige Richtlijn OHP. Zie hierover uitgebreid B.B. Duivenvoorde, 'The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?', *EuCML* 2019, afl. 6, p. 219-228.

13. Zie bijvoorbeeld: europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180711IPR07740/consumer-product-quality-meps-take-aim-at-dual-standards.

14. Zie voor een uitgebreide analyse van deze nieuwe bepaling B.B. Duivenvoorde, 'The upcoming changes in the Unfair Commercial Practices Directive: a better deal for consumers?', *EuCML* 2019, afl. 6, p. 219-228.

15. Zie artikel 3 lid 4 Moderniseringsrichtlijn.

16. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 (*Komisija za zashita na potrebitelite/Evelina Kamenova*).

17. Artikel 3 lid 7 Moderniseringsrichtlijn. Zie voor de zwarte lijst Bijlage 1 bij de Richtlijn OHP. Deze geeft een lijst van specifiek omschreven handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.

18. Artikel 3 lid 4 Moderniseringsrichtlijn.

19. Onlangs kwam dit onderwerp nog in het nieuws: thuisbezorgd.nl zou volgens onderzoek van RTL negatieve reviews op verzoek van restauranteigenaren verwijderen. Zie rtlz.nl/life/artikel/4930641/thuisbezorgd-betrouwbaarheid-recensies-onderzoeken.

20. Artikel 3 lid 4 Moderniseringsrichtlijn.

21. Artikel 3 lid 7 Moderniseringsrichtlijn.

22. Zie artikel 11-13 Richtlijn OHP.

consumenten, concurrenten en belangenverenigingen (zoals in Duitsland), terwijl de handhaving in een andere lidstaat vrijwel uitsluitend verloopt via een publiekrechtelijke marktautoriteit (zoals in Italië). Ook de sanctiemogelijkheden lopen sterk uiteen.

De Moderniseringsrichtlijn brengt hierin verandering. Lidstaten behouden weliswaar aanzienlijke ruimte om de handhaving van de Richtlijn OHP vorm te geven, maar op een aantal punten introduceert de Moderniseringsrichtlijn specifieke regels die elke lidstaat moet volgen.²³ Zo zullen lidstaten contractuele en buitencontractuele sancties beschikbaar moeten maken voor consumenten. Wat betreft contractuele sancties zullen consumenten op zijn minst de mogelijkheid moeten krijgen om ofwel aanspraak te maken op prijsvermindering, ofwel het contract dat is aangegaan onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk eenzijdig te kunnen beëindigen. In Nederland hebben consumenten sinds 2014 de mogelijkheid om een 'oneerlijke' overeenkomst te vernietigen.²⁴ Wat betreft buitencontractuele sancties moeten consumenten op zijn minst de mogelijkheid hebben om schadevergoeding te eisen. Die mogelijkheid hebben consumenten in Nederland al sinds de implementatie van de Richtlijn OHP.

2.6. Bestuursrechtelijke handhaving

Ook relevant voor de Nederlandse praktijk zijn de nieuwe regels op het gebied van administratieve sancties. Waar artikel 13 Richtlijn OHP nu nog slechts voorschrijft dat sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn, voorziet de Moderniseringsrichtlijn in een volledig nieuw artikel 13 met gedetailleerde richtlijnen voor het opleggen van administratieve sancties.²⁵ Zo zullen lidstaten bij het opleggen van administratieve sancties rekening moeten houden met bepaalde factoren, zoals de gevolgen van de overtreding, het al dan niet opzettelijke karakter van de overtreding, het OHP-verleden van de overtreder en de hoogte van de voordelen die door de overtreder zijn behaald. Echt spannend wordt het bij zogenoemde *widespread infringements*. Dat zijn volgens de eerder vastgestelde Verordening (EU) 2017/2934 (kort gezegd) overtredingen die de collectieve belangen van consumenten in meerdere lidstaten aantasten. Bij deze *widespread infringements* moet op zijn minst een maximumboete opgelegd kunnen worden van 4% van de jaaromzet(!) van de handelaar in de betreffende lidstaat of lidstaten.²⁶ De introductie van deze regel zal het voor internationaal opererende handelaren op zijn minst onvoorspelbaar maken met welke boetes zij rekening moeten houden. Overigens was het aanvankelijk de bedoeling dat bij het opleggen van boetes – ook bij niet-*widespread infringements* – rekening gehouden zou moeten worden met de jaaromzet en -winst van de handelaar. Grotere bedrijven zouden dus structureel hogere boetes gaan

ontvangen dan kleinere. Dat voorstel is echter komen te vervallen.

3. Reikwijdte Richtlijn OHP en volledige harmonisatie

3.1. *Kamenova: verkoop via online handelsplatform*

Is iemand die producten te koop aanbiedt op een online handelsplatform zoals Marktplaats een handelaar in de zin van de Richtlijn OHP? Zo ja, dan zijn alle regels van de Richtlijn OHP (inclusief de regels over misleidende reclame) van toepassing. De vraag werd voorgelegd door een Bulgaarse bestuursrechter aan het Europees Hof van Justitie.²⁷ Aanleiding was de verkoop van een horloge door een Bulgaarse vrouw via een online handelsplatform. Dat horloge voldeed niet aan de in de advertentie geschep-te verwachtingen. De vrouw in kwestie bood ten tijde van de verkoop naast het betreffende horloge via het platform nog zeven andere tweedehands producten aan. Het Europees Hof benadrukt dat iemand die via een online handelsplatform producten aanbiedt slechts optreedt als handelaar wanneer die persoon handelt in het kader van zijn of haar handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit. Of dat zo is moet worden beoordeeld door de nationale rechter, in het licht van alle omstandigheden van het geval. Hierbij kan de rechter allerlei factoren in aanmerking nemen, zoals de regelmaat en frequentie van de verkopen, de kennis en vaardigheden van de verkoper ten opzichte van die van de consument en of het gaat om dezelfde soort producten of juist diverse producten. Het enkele feit dat de verkoper een winstootmerk heeft en tegelijkertijd diverse producten aanbiedt, is in ieder geval onvoldoende.

3.2. *Kirschstein: verbod uitreiken masterdiploma zonder erkenning niet in strijd met Richtlijn OHP*

De reikwijdte van de Richtlijn OHP is zoals bekend onder meer belangrijk vanwege de volledige harmonisatie die de richtlijn voorschrijft (zie ook par. 2.2 van deze kroniek). Wanneer een nationale wet valt onder de reikwijdte van de richtlijn en méér bescherming biedt dan de richtlijn, is die nationale regel in strijd met de Richtlijn OHP. Over de reikwijdte van de richtlijn worden dan ook regelmatig vragen gesteld aan het Europees Hof van Justitie – ook in de afgelopen twee jaar.

In België is het strafbaar om aan personen een diploma met het predicaat 'Master' uit te reiken wanneer de instantie die het diploma verstrekt daartoe niet vooraf is erkend door de overheid. Is die regel in strijd met de Richtlijn OHP? Het antwoord van het Europees Hof is nee.²⁸ Een 'handelspraktijk' (zoals gedefinieerd in artikel 2 onderdeel d Richtlijn OHP) is een praktijk die *rechtsreeks verband houdt* met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten. Handelspraktijken

23. Zie artikel 3 lid 5 en 6 Moderniseringsrichtlijn.

24. Artikel 6:193j lid 3 BW, *Stb.* 2014, 140. Zie voor een aantal voorbeelden in de Nederlandse rechtspraak par. 6 van deze kroniek.

25. Artikel 3 lid 6 Moderniseringsrichtlijn.

26. Met andere woorden: lidstaten moeten een maximumboete kunnen opleggen van 4% van de jaaromzet. Een hogere maximumboete is ook toegestaan. Van een minimumboete is geen sprake.

27. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, ECLI:EU:C:2018:808 (*Komisija za zashita na potrebitelite/Evelina Kamenova*). Zie over deze zaak ook M. Schaub, 'Wie is handelaar?', *TvC* 2019, afl. 1, p. 5-13.

28. HvJ EU 4 juli 2019, C-393/17 (*Kirschstein*). Zie over deze uitspraak ook Agnieszka Jablonowska, 'Fine Lines Between National Rules on "Products" and "Commercial Practices": Judicial Déjà-Vu in Case C-393/17 Kirschstein', *EuCML* 2019, afl. 6, p. 244-246.

zijn dus, zo redeneert het Europees Hof, praktijken die verband houden met een product, maar niet volledig samen vallen met de transactie van het product.²⁹ Nationale wetgeving die voorschrijft dat erkenning nodig is om een bepaalde transactie te voltrekken (in dit geval: een masterdiploma te verstrekken) ziet op de transactie van het product zelf en dus niet op een handelspraktijk. Het verbod valt daarmee niet binnen de reikwijdte van de Richtlijn OHP, waardoor van strijdigheid geen sprake kan zijn.

4. Professionele toewijding

4.1. Incassopraktijken in strijd met professionele toewijding

Verreweg de meeste procedures over oneerlijke handelspraktijken gaan over misleidende en agressieve praktijken. Toch wordt met name door de ACM soms ook handhavend opgetreden op grond van het verbod om te handelen in strijd met de professionele toewijding. Een voorbeeld daarvan is de handhavingsactie door ACM tegen bepaalde incassopraktijken. Het ging om pogingen om betaling te incasseren terwijl, zo klaagden consumenten, geen overeenkomst was aangegaan. De praktijken waren volgens de ACM in strijd met de professionele toewijding. De ACM onderbouwde dit aan de hand van de Gedragscode van de Nederlandse Vereniging van gecertificeerde incasso-ondernemingen (de NVI Gedragscode). De gewraakte incassobureaus klagen dat zij niet gebonden zijn aan deze gedragscode, maar dat doet er volgens de rechtbank niet aan af dat deze code wél de standaard van vakkundig en zorgvuldig gedrag weergeeft in de branche.³⁰ Nu de incassobureaus handelen in strijd met de voorschriften van de gedragscode handelen zij daarmee ook in strijd met de professionele toewijding.

4.2. Huurbemiddelingskosten in strijd met professionele toewijding

De ACM kwam ook in actie tegen huurbemiddelaars die behalve aan de verhuurder ook bemiddelingskosten in rekening brachten aan de huurder. Dat is op grond van artikel 7:417 lid 4 en artikel 7:427 BW niet toegestaan.³¹ Volgens de ACM is ook deze praktijk in strijd met de professionele toewijding. De rechtbank Rotterdam gaat daar in een bestuursrechtelijk kort geding in mee.³²

Interessant aan deze uitspraak is verder dat de rechtbank oordeelt dat de ACM heeft gehandeld in strijd met het verbod op willekeur door handhavend op te treden tegen de betreffende huurbemiddelaar, zonder tegelijk ook concurrenten uit dezelfde regio aan te pakken. Door selectief te handhaven (hetgeen gezien de beperkte middelen van de ACM op zich gebruikelijk is) is in dit geval moge-

lijk sprake van concurrentievervalsing. Daarbij is van belang dat de huurbemiddelaar een lange lijst kon produceren waaruit bleek dat haar concurrenten in dezelfde regio zich bedienden van dezelfde praktijk. Dat de ACM niet altijd vrij is om selectief te handhaven bleek eerder uit uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB).³³

5. Agressieve handelspraktijken

5.1. AGCM/Wind en Vodafone: ongevraagd toezenden producten

In de zaak *AGCM/Wind en Vodafone* oordeelde het Europees Hof onder meer over een zwartelijstbepaling (punt 29 van Bijlage I) in de Richtlijn OHP.³⁴ Volgens deze bepaling is het onder alle omstandigheden verboden om te vragen om betaling of terugzending van ongevraagd aan de consument toegezonden producten.³⁵ Wind en Vodafone verkochten in 2012 in Italië simkaarten voor telefoons met daarop vooraf geïnstalleerde diensten voor voicemail en internet. Die diensten konden tot kosten leiden bij gebruikers, wanneer de diensten niet door de gebruikers zelf werden gedeactiveerd. De gebruikers werden vooraf niet geïnformeerd over de kosten van de diensten. Valt deze situatie onder de genoemde zwartelijstbepaling? Het Europees Hof oordeelt dat dit inderdaad het geval is. Punt 29 van Bijlage I geldt dus niet alleen bij ongevraagde toezending van producten, maar ook voor ongevraagd meegeleverde diensten bij een verder conform de afspraken geleverd product.

Inmiddels is ook een prejudiciële vraag uit Nederland aanstaande over punt 29 van Bijlage I Richtlijn OHP. In een procedure tussen Waternet en een Amsterdamse consument zal de Hoge Raad prejudiciële vragen stellen aan het Europees Hof van Justitie over de levering van en betaling voor drinkwater.³⁶ Drinkwater is in Nederlandse huizen beschikbaar, ook wanneer de consument (na een woning te betrekken) niet expliciet om de levering van drinkwater vraagt. Daardoor kan de consument (in ieder geval: onder omstandigheden) drinkwater afnemen zonder dat hij een expliciete overeenkomst aangaat met het drinkwaterbedrijf. Wel moet de consument een actieve handeling verrichten om water af te nemen (namelijk: de kraan opendraaien). Ook heeft de consument geen keuze tussen verschillende aanbieders per regio en is de Nederlandse gemiddelde consument ervan op de hoogte dat aan de levering van drinkwater kosten zijn verbonden. Is onder die omstandigheden sprake van ongevraagde levering in de zin van punt 29 van Bijlage I Richtlijn OHP? Advocaat-generaal Drijber vindt van niet;³⁷ de Hoge Raad stelt desalniettemin toch prejudiciële vragen.

29. HvJ EU 4 juli 2019, C-393/17, (*Kirschstein*) r.o. 42.

30. Rb. Rotterdam 17 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:226.

31. Zie ook HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099 en Rb. Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18614, *TvC* 2014, afl. 4, m.nt. mr. F.B. van Schendel.

32. Rb. Rotterdam (vzr.) 25 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6011. In deze procedure vraagt een huurbemiddelaar om schorsing van het tegen haar gerichte dwangsombesluit.

33. Zie bijvoorbeeld CBB 30 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:162 (in een procedure over handhaving van de regels over verkoop op afstand).

34. HvJ EU 13 september 2018, ECLI:EU:C:2018:710 (*AGCM/Wind en Vodafone*).

35. Zie punt 29 van Bijlage 1 bij Richtlijn OHP en artikel 6:193i onderdeel f BW.

36. HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1730 (*Waternet*). De prejudiciële vragen betreffen ook artikel 9 Richtlijn koop op afstand en artikel 27 Richtlijn consumentenrechten.

37. Zie ECLI:NL:PHR:2019:739.

5.2. *Orange Polska: ondertekening telefooncontract in bijzijn koerier*

Telefoonabonnementen worden in toenemende mate online afgesloten. Daarbij vindt de ondertekening van het contract regelmatig plaats in bijzijn van de koerier die de telefoon bezorgt. In het geval van Orange Polska kreeg de consument bij het online bestellen van het abonnement wél inzicht in de modelovereenkomst, maar niet in de overeenkomst die toegespitst was op zijn specifieke geval.³⁸ De definitieve documenten ontving de consument van de koerier. Bij ondertekening moest de consument verklaren dat hij kennis had genomen van de inhoud van de documenten en de inhoud aanvaardde. Is dat een agressieve handelspraktijk?

Niet onder alle omstandigheden, zo luidt het antwoord van het Europees Hof op de prejudiciële vraag gesteld door de Poolse rechter. Alleen de op de zwarte lijst geplaatste praktijken zijn onder alle omstandigheden oneerlijk. Voor alle andere gevallen moet de nationale rechter per geval nagaan of sprake is van een oneerlijke handelspraktijk – bijvoorbeeld (zoals in dit geval) of sprake is van ongepaste beïnvloeding.

Van ongepaste beïnvloeding is volgens artikel 2 onderdeel j Richtlijn OHP sprake wanneer de handelaar zijn machtspositie ten aanzien van de consument uitbuit om pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen aanzienlijk beperkt. Is daarvan sprake in het onderhavige geval?

Daarvoor moet de nationale rechter volgens het Europees Hof in de eerste plaats nagaan of de consument vóór het bezoek van de koerier toegang heeft tot alle informatie. Het enkele feit dat de consument géén toegang heeft tot alle informatie betekent echter nog niet dat sprake is van ongepaste beïnvloeding. Dat is pas zo wanneer de handelaar of de koerier dusdanige pressie toepast op de consument dat zijn keuzevrijheid aanzienlijk wordt beperkt. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de handelaar of koerier vermeldt dat vertraging in de ondertekening van de overeenkomst tot gevolg heeft dat het contract slechts afgesloten kan worden onder minder gunstige voorwaarden. Andere omstandigheden die kunnen leiden tot ongepaste beïnvloeding zijn bijvoorbeeld dat de consument contractuele boeten moet betalen of dat (wanneer sprake is van een verlenging van een overeenkomst) de handelaar tot ondertekening de verrichting van zijn diensten opschort.³⁹

6. Handhaving

Op het gebied van handhaving valt op dat de rechter in contractuele geschillen steeds vaker (al dan niet ambtshal-

ve) de weg naar de OHP-regels weet te vinden. Sinds 13 juni 2014 is het mogelijk om een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk te vernietigen op grond van artikel 6:193j lid 3 BW.⁴⁰ In de afgelopen twee jaar zien wij daar verschillende voorbeelden van in de rechtspraak, bijvoorbeeld ten aanzien van een onvoorziene schuld bij gebruik van een prepaid creditcard (ambtshalve toetsing en gedeeltelijke vernietiging),⁴¹ een onjuiste stelling over het schadeverleden van een tweedehands auto (ambtshalve toetsing en vernietiging)⁴² en misleiding over de oorsprong van relaxfauteuils (toetsing na OHP-verweer consument en vernietiging).⁴³

7. Conclusie en vooruitblik

De belangrijkste ontwikkeling in de jaren 2018-2019 op OHP-gebied betreft de wijziging van de Richtlijn OHP. Daarnaast zijn er ook in de afgelopen twee jaar weer een aantal belangwekkende arresten geweest door het Europees Hof van Justitie, onder andere over agressieve handelspraktijken.

Wat gaan de jaren 2020 en 2021 ons brengen? In de eerste plaats de implementatie van de Moderniseringsrichtlijn in Nederland. Verder zal de ACM naar verwachting haar pijlen richten op online beïnvloedingstechnieken. Een leidraad op dit onderwerp was in 2019 in wording en is inmiddels gepubliceerd.⁴⁴ Het is niet ondenkbaar dat de ACM de brede norm van de ‘professionele toewijding’ (zie par. 4 van deze kroniek) in de komende jaren op dat vlak verder gaat inzetten.

Tot slot stipte ik in de vorige kroniek al aan dat reclame via social media een aandachtspunt zou gaan worden in 2018 en 2019, met onder meer toenemende invloed van het Commissariaat van de Media. Het Commissariaat zal binnenkort inderdaad handhavend kunnen optreden wanneer influencers niet duidelijk maken dat zij reclame maken. Niet op grond van de Richtlijn OHP, maar op basis van het verbod op sluikreclame zoals vastgelegd in de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten. De in 2018 gewijzigde versie van deze richtlijn breidt het toepassingsgebied van die richtlijn namelijk uit tot ‘video sharing platforms’ zoals YouTube.⁴⁵ Daardoor zal het Commissariaat van de Media in Nederland handhavend kunnen optreden tegen influencers die sluikreclame maken via dergelijke platforms. De Mediawet moet uiterlijk in september 2020 zijn aangepast.

38. HvJ EU 12 juni 2019, C-628/17, ECLI:EU:C:2019:480 (*Orange Polska*).

39. HvJ EU 12 juni 2019, C-628/17, ECLI:EU:C:2019:480, (*Orange Polska*) r.o. 46-48.

40. *Stb.* 2014, 140.

41. Rb. Amsterdam 2 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5615 (*DB Cardservice*).

42. Rb. Gelderland 20 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:760 (*Schadeverleden auto*).

43. Rb. Noord-Nederland 11 september 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3606 (*Vernietiging koop relaxfauteuils*). Zie tot slot ook Rb. Amsterdam 6 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6548 (*Budgetenergie*) waarin de kantonrechter een energieleveringsovereenkomst gedeeltelijk vernietigt.

44. Zie [acm.nl/nl/publicaties/leidraad-bescherming-online-consument](https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-bescherming-online-consument) (gepubliceerd op 11 februari 2020). Op 3 oktober 2019 hield de Vereniging voor Reclamerecht een symposium over dit onderwerp. Zie [vvrr.nl](https://www.vvrr.nl) voor de onderwerpen en de presentaties, waaronder de presentatie van de ACM over de leidraad.

45. Zie Richtlijn (EU) 2018/1808.