

Een heel hardnekkig misverstand en een ander voorstel om B2B-acquisitiefraude te bestrijden

Citeersuggestie: P.G.F.A. Geerts, *Een heel hardnekkig misverstand en een ander voorstel om B2B-acquisitiefraude te bestrijden*, IEF-Forum.nl nr. IEF 13013.

1. Een tijdje geleden heb ik mij voorgenomen om mij niet meer (zo) druk te maken over kwesties rondom het toepassingsgebied van art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW.

2. Na het lezen van de MvT wetsontwerp 33 712 (Het tegengaan van acquisitiefraude jegens bedrijven) kan ik mij echter niet meer inhouden.¹ Wat lezen wij namelijk op p. 8:

“Daarbij kan de vraag worden gesteld of het wenselijk is om een afdeling (de OHP afdeling, P.G.) die zich specifiek richt op bescherming van consumenten, ook (deels) toe te passen op ondernemers. De wetgever heeft bij de invoering van de afdeling OHP het toepassingsgebied van de afdeling misleidende en vergelijkende reclame beperkt tot B2B-relaties”.

3. Opnieuw wordt in een (toelichting bij een) wetsvoorstel gesuggereerd dat na invoering van de OHP-regels, art. 6:194a BW alleen ziet op vergelijkende reclame die zich op handelaren richt (B2B-vergelijkende reclame). En bij deze passage blijft het niet, want op p. 9 lezen wij nog het volgende:

“Daarom stellen de initiatiefnemers voor de afdeling inzake misleidende en vergelijkende reclame aan te passen. De bepalingen uit de afdeling OHP - in het bijzonder artikel 6:193d van het BW - dienen als inspiratie bij de voorgestelde wijziging van artikel 6:194 lid 2 van het BW. Deze oplossing heeft als voordeel dat niet getornd hoeft te worden aan de focus van de afdeling misleidende en vergelijkende reclame, namelijk B2B-relaties”.

4. Samen met Vollebregt heb ik geprobeerd uit te leggen dat art. 6:194a BW nog steeds van toepassing is op B2C-vergelijkende reclame. Ik ga onze argumenten voor dit standpunt hier niet opnieuw herhalen. Ik volsta met een verwijzing.² Nieuwe argumenten heb ik niet.

¹ Voorstel van wet van de leden Gesthuizen en Van Oosten tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van acquisitiefraude door het toedoen van misleidende mededelingen jegens diegenen die handelen in de uitoefening van hun beroep, bedrijf of organisatie en wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van acquisitiefraude, Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 33 712.

² P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2009), p. 5-7

5. Het enige dat ik op dit moment kan doen is nog wat meer gewicht in de schaal leggen. Een zwaargewicht. Hij heet Verkade. Ik citeer uit zijn recente monografie over Misleidende (B2B)reclame en vergelijkende reclame (Kluwer 2011), p. 9-10:

“(III) Voor vergelijkende reclame geldt het volgende, op het eerste gezicht ingewikkelde, maar m.i. consistente systeem.

Voor vergelijkende reclame geldt ingevolge art. 4 van Rl. 2006/114 (oud: art. 3bis van Rl. 84/450) een vrijwel maximale harmonisatie. Vergelijkende reclame die voldoet aan de in art. 4 van Rl. 2006/114 gestelde voorwaarden, moet, wat de vergelijking betreft, als geoorloofd worden beschouwd. De lidstaten mogen dus geen andere of strengere eisen stellen.

*Dat geldt, na Rl. 2005/29 en na de implementatie daarvan in afdeling 6.3.3A BW, ook nog steeds voor B2C-vergelijkende reclame (naast B2B-vergelijkende reclame). **Het is ondenkbaar** (vet, P.G.) dat de Europese wetgever in Rl. 2005/29 aan de eerder bereikte maximumharmonisering van vergelijkende reclame in B2C-verhoudingen zou hebben willen tornen en dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van Rl. 2005/29 daaraan zou hebben mogen of willen tornen.*

Hierover is een ander standpunt ingenomen door Kroon & Mastenbroek in IER 2008/5 nr. 64, p. 253 (262-264). Aan de ampele weerlegging hiervan door Geerts & Vollebregt (2009), pp. 5-7, en id. (2011) nr. 15 e.v., waarvan ik in de cursieve tekst hierboven al een beetje gebruik maakte, heb ik niets toe te voegen. Ook Van Boom (TvC 2010, p. 140 l.k.) lijkt door hen overtuigd; evenzo Bremer, NTER 2010/5, p. 155 (157). Geerts & Vollebregt (2011) noemen in nr. 19 ook al een handvol rechtspraak van voorzieningenrecht in dezelfde zin”.

6. Nu zal men misschien denken dat ik via Verkade (alsnog) mijn gelijk wil halen, maar daar gaat het mij

en P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?

helemaal niet om. Het enige dat ik wil is het hele hardnekkige misverstand - dat art. 6:194a BW alleen op B2B-vergelijkende reclame zou zien - de wereld uit helpen.

7. Ik verzucht dan ook: Den Haag, houd op met die misleidende mededelingen!

8. Hoewel deze bijdrage niet veel meer is dan een opwelling en het dus geenszins mijn bedoeling is het wetsvoorstel in deze bijdrage verder in detail te bespreken, wil ik nog wel het volgende kwijt.

9. Om te beginnen de opmerking dat ook ik natuurlijk vind dat ondernemers voldoende civielrechtelijke mogelijkheden moeten hebben om B2B-acquisitiefraude op effectieve wijze te kunnen bestrijden. Laat daar geen misverstand over bestaan. De vraag is echter of "dat sympathieke doel" niet op een veel eenvoudiger en wetstechnisch fraaiere wijze kan worden gerealiseerd dan in het wetsvoorstel wordt voorgesteld.

10. Hoe ziet het voorstel eruit? De initiatiefnemers willen aan art. 6:194 BW twee nieuwe leden toevoegen. Het wetsvoorstel stelt voor om de huidige tekst van art. 6:194 BW als eerste lid op te nemen en twee nieuwe leden toe te voegen. Die luiden:

"2. Een mededeling, openbaar of specifiek gericht op een ander, is in ieder geval misleidend indien sprake is van een misleidende omissie, waarbij essentiële informatie welke hij die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt of gepresenteerd wordt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, waardoor hij die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie, een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

3. Bij de beoordeling of sprake is van een misleidende omissie als bedoeld in het tweede lid, zijn artikel 193d, vierde lid, en artikel 193e, onderdelen a tot en met d, van overeenkomstige toepassing".

11. Waarom stellen de initiatiefnemers van het wetsvoorstel deze aanpassing van art. 6:194 BW voor? Dat komt - zo lezen wij op p. 5 van de MvT - vanwege het feit dat art. 6:194 BW op B2B-acquisitiefraude niet van toepassing is, omdat die bepaling de eis stelt van openbaarheid van de mededeling:

"Acquisitiefraude vindt, zoals hierboven is geschetst, doorgaans plaats door middel van individuele benadering en niet via een openbare mededeling. Dientengevolge biedt artikel 6:194 van het BW momenteel geen bescherming aan de gedupeerde ondernemers".

12. De vraag is of deze conclusie wel juist is. Zo verdedigen Kabel en Verkade dat de openbaarmakingseis voor toepassing van art. 6:194 BW niet (meer) geldt, omdat de Richtlijn MVR dit niet voorschrijft.³ Dat schrijft de Richtlijn MVR inderdaad niet voor⁴ en die omstandigheid biedt een mooi aanknopingspunt om de civielrechtelijke "B2B-acquisitiefraudeproblemen" waartegen de initiatiefnemers menen aan te lopen, op een heel eenvoudige wijze op te lossen. Wij hoeven alleen maar de woorden "een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken" te vervangen door "een mededeling doet of laat doen".⁵

13. In mijn ogen is dit een eenvoudiger en uit wetstechnisch oogpunt fraaiere oplossing dan de oplossing die door de initiatiefnemers wordt voorgesteld. Zij is bovendien - en ik hoop dat ik dat goed zie - even effectief.⁶ Dat in mijn voorstel B2B-acquisitiefraude niet afzonderlijk in de tekst van de wet wordt genoemd (zie het voorgestelde art. 6:194 lid 2 BW), maakt niets uit. Er zal immers niemand zijn die zou willen verdedigen dat B2B-acquisitiefraude geen misleidende/onrechtmatige handeling/omissie is. De verschillende vormen van B2B-acquisitiefraude zullen zonder twijfel onder één van de gronden genoemd in art. 6:194 sub a-i BW vallen, en zo niet, dan is er nog geen man over boord omdat die opsomming niet limitatief is.

14. Daarbij komt dat wij evenmin in de wet een uitdrukkelijke bepaling hoeven op te nemen die bepaalt dat bij de beoordeling of sprake is van een misleidende omissie art. 6:193d lid 4 BW en art. 6:193e sub a-d BW van overeenkomstige toepassing zijn (zie het voorgestelde art. 6:194 lid 3 BW). Dat zijn zulke voor de hand liggende normen (open deuren zo men wil) die wat mij betreft al in art. 6:194 BW ingebakken zitten. De

³ Zie Kabel in zijn noot onder Pres. Rb. Utrecht 4 augustus 1998, IER 1999/25, p. 140 en D.W.F. Verkade, Misleidende (B2B)reclame en vergelijkende reclame (Kluwer 2011), p. 22-23.

⁴ Dat hebben wij met z'n allen al die jaren over het hoofd gezien.

⁵ Uiteraard dient dan ook de tekst van art. 6:196 BW aangepast te worden.

⁶ Ik aarzel hier een beetje omdat het voorgestelde tweede lid begint als een zwarte-lijst-bepaling, maar aan het slot toch nog verlangt dat aan het manipulatievereiste moet zijn voldaan. Zwarte-lijst-bepalingen kenmerken zich nu juist door het ontbreken van dit vereiste en daarom ga ik ervan uit dat geen zwarte lijst bepaling wordt voorgesteld.

rechter kan zonder uitdrukkelijke vastlegging in art. 6:194 BW die geldende normen gewoon toepassen.

15. En als wij dan toch bezig zijn met wijzigingen aan te brengen in de afdeling misleidende en vergelijkende reclame dan zou ik ook nog in overweging willen geven om:

- in art. 6:194 BW uitdrukkelijk te bepalen dat ook vereist is dat de misleidende reclame/mededinging het economische gedrag van de ondernemer tot wie de reclame/mededeling zich richt kan beïnvloeden of aan een concurrent schade toebrengt of kan toebrengen. Het gaat er in wezen om de eisen die in art. 2 sub b Richtlijn MVR worden genoemd, duidelijker in art. 6:194 BW tot uitdrukking te laten komen;⁷
- de woorden “op de markt” in art. 6:194a lid 2 sub d BW vervangen door de woorden “onder handelaren”,⁸ en
- art. 6:195 BW (meer) in overeenstemming te brengen met de tekst van art. 6:193j BW.⁹

Paul Geerts

⁷ Zie over deze kwestie D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B)reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2011), nr. 43 en P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2009), nr. 3.2.5.

⁸ Een wetstechnisch gebrekje dat bij de wijziging in 2006 in de wet is geslopen. Zie D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B)reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2011), p. 89 en P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?*, nr. 20 e.v.

⁹ Zie D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B)reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2011), nr. 50 en P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame* (Kluwer 2009), nr. 2.5.2.3.