

Geen enkele reden (meer) om concurrenten een beroep op artikelen 6:193a-j BW te ontzeggen

IER 2017/23

1. Inleiding

Het komt nog steeds voor dat ondernemingen als eiser geen beroep doen op de oneerlijke handelspraktijk (OHP)-wetgeving of bot vangen als zij daarop een (rechtstreeks) beroep doen.

In het afgelopen anderhalf jaar zijn er negen procedures geweest. In vier daarvan werd een beroep van de eisende concurrent op artikel 6:193a-j BW afgewezen. Daarbij is eenmaal het (subsidiare) beroep op artikel 6:194 BW inzake misleidende reclame toegewezen.² In een van deze negen is er geen beroep op gedaan en is het niet ambtshalve toegepast.³ Het beroep op de OHP-bepalingen is slechts viermaal gehonoreerd, waarvan slechts een keer rechtstreeks⁴ en drie keer indirect via artikel 6:162 BW.⁵

Dat dit probleem sinds de implementatie van de OHP-richtlijn⁶, meer dan acht jaar geleden⁷, zich nog steeds

voordoet, werd indertijd al voorzien.⁸ De vele schrijvers die zich over deze vraag hebben gebogen, laten verschillende antwoorden zien.⁹ De overheersende mening is dat de concurrent een eigen direct beroep toekomt op deze

- 1 Menno Heerma van Voss is als advocaat werkzaam bij Ventoux Advocaten in Utrecht.
- 2 **Beroep op artikel 6:193a-j BW afgewezen; op artikel 6:194 BW toegewezen; vordering afgewezen want geen misleiding**
Rb. Amsterdam (vzr.) 20 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9676 (*Dyson/BSH*), r.o. 4.1;
Beroep op artikel 6:193a-j BW afgewezen
Rb. Amsterdam (vzr.) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1052 (*Specsavers/Beter Horen*), r.o. 4.3 (NB auteur trad in deze op als advocaat voor eisers);
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382 (*Trebs/Food&Fun*), r.o. 5.43;
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, zaak nr. 200.150.201 (*IMS/Rofra*) r.o. 5.9 (nog niet gepubliceerd).
- 3 **Geen beroep gedaan op artikel 6:193a-j, wel op artikel 6:194 BW, maar niet aan beoordeling toegekomen.**
Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13582 (*BKR/Dynamiet*), r.o. 4.2.
- 4 **Beroep op artikel 6:193a-j BW erkent; vordering afgewezen want uiting geen B2C-reclame**
Rb. Midden Nederland (Lelystad) (vzr.) 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9317 (*GSK/Sandoz*), r.o. 4.26-4.29.
- 5 **Beroep op artikel 6:162 BW jo. artikel 6:193a-j BW erkend en toegewezen (op artikel 6:194 BW afgewezen)**
Rb. Amsterdam (vzr.) 27 januari 2016 ECLI:NL:RBAMS:2016:397 (*Omega Pharma/Boehringer*), r.o. 4.1. en r.o. 4.11;
Rb. Midden Nederland (Utrecht) (vzr.) 13 april 2016, IEPT20160413 (*Tel/Sell/Tommy Teleshopping*), r.o. 5.10;
Rb. Amsterdam (vzr.) 28 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2066 (*Dyson/Miele*), r.o. 4.3.
- 6 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 (*PbEG* 2005, L 149/0022-0039), hierna: "Richtlijn oneerlijke handelspraktijken".
- 7 Artikel 6:193a-j BW is op 15 oktober 2008 in werking getreden, *Stb.* 2008, 398. De uiterste implementatiedatum was 12 juni 2007, zie artikel 19 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

- 8 L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland', *NTER* 2007 7/8 en www.reclamecode.nl/bijlagen/20-3-2008_15_58_48.PDF, p. 18.
- 9 In chronologische volgorde:
B.J. Drijber, 'Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis', *NTER*, afl. 9, september 2005, p. 182;
M.F.H. Broekman, 'De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken', *TvC* 2005/5, p. 181-182;
R. de Vrey, 'Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken', *VrA* 2006/1, p. 52;
L. Steijger, 'Wetgevingspraktijken onder de loep genomen: een analyse van de implementatie van de Richtlijn Oneerlijke handelspraktijken in Nederland', *NTER* 2007 7/8 en www.reclamecode.nl/bijlagen/20-3-2008_15_58_48.PDF, p. 18;
W.H. Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TvC* 2008/1;
L. Kroon en C. Mastenbroek, 'De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de implementatie daarvan in het BW: mogelijke complicaties in de praktijk', *IER* 2008/64;
P.G.F.A. Geerts, 'Naschrift bij het artikel van Kroon en Mastenbroek in *IER* 2008,64', *IER* 2009/1;
L. Kroon en C.S. Mastenbroek, 'Reactie op het naschrift bij het artikel van Kroon en Mastenbroek in *IER* 2008,64', *IER* 2009/2;
P.G.F.A. Geerts, 'Naschrift op reactie Kroon en Mastenbroek', *IER* 2009/3;
P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Oneerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame. Een bespreking van art. 6:193-6:196 BW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 5;
D.W.F. Verkade, 'Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten', *Mon. BW* nr. B49a, Deventer: Kluwer 2009, p. 8-10, 14, 81 en 82;
W.H. van Boom, 'Boekbesprekingen', *TvC* 2010/3, p. 140-141;
Annotatie van C. Van Nispen bij HR 27 november 2009 (*World Online*), *BIE* 2010 (p. 165);
D.W.F. Verkade, 'Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame', *Mon. BW* nr. B49b, Deventer: Kluwer 2011, p. 7-11;
Van Nispen, Huydecoper & Cohen Jehoram, *Industriële eigendom* 3, Deventer: Kluwer 2012, nr. 6.2.6;
P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194 BW: misleidende wetgeving die tot verarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?, *IEF* 9516; D. van Eek, 'Intellectuele Eigendom en Reclamerecht, Het Ryanair/PR Aviation-arrest: de luchtbrug tussen de OHP-regels en concurrenten', *IER* 2014/35;
D.W.F. Verkade, 'Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten', *Mon. BW* B49a, 2^e druk, Kluwer 2016, p. 8-11, 14, 83 en 84;
Ch. Gielen, *Kort Begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 12^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 734, p. 674.

OHP-wetgeving. Ook de voorgaande Nederlandse rechtspraak geeft een verdeeld beeld.¹⁰

Als men de oude situatie (de traditie) in Nederland; de werkingssfeer, de doelstellingen en bepalingen van de richtlijn; en de rechtspraak van het Europese Hof op een rijtje zet, kan de conclusie alleen nog maar zijn dan dat concurrenten (i) een eigen zelfstandig belang hebben om zich daartegen te verzetten en (ii) daarvoor een rechtstreeks beroep kunnen doen op de OHP-wetgeving.

2. Nederlandse traditie vóór implementatie OHP-richtlijn: ook concurrenten konden optreden

Of het nu ging om misleidende reclame gericht op consumenten (Business to Consumer: B2C-reclame) of reclame gericht op handelaren (Business to Business: B2B-reclame) beide werden tot de implementatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken geregeld door artikel 6:194 BW (en voorheen artikel 1416a-c BW).¹¹

Dit onderscheid is ook niet gemaakt in de twee voorgaande versies van de misleidende en vergelijkende reclame richt-

lijn.¹² Deze versies bepaalden evenmin wie er wel of geen beroep op kon doen; net zomin als oud artikel 6:194 BW en 1416a-c BW. Uit de Nederlandse rechtspraak van vóór de implementatie blijkt juist dat ook de concurrent tegen – thans zogenoemde – oneerlijke B2C-reclame werd beschermd en daarvoor op die artikelen een beroep kon doen.¹³

3. Verschillende toepassingsgebieden en B2C-praktijken meer omvattend dan B2B-reclame

Met de komst van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is er een tweedeling gemaakt tussen B2C- en B2B-reclame. Het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is B2C-praktijken, waaronder ook te verstaan B2C-reclame. Het toepassingsgebied van de aangepaste misleidende en vergelijkende reclame (MVR-richtlijn)^{14,15} is daarmee beperkt tot misleidende B2B-reclame. Die beperking geldt echter niet voor vergelijkende reclame. De MVR-richtlijn bestrijkt zowel vergelijkende B2C-reclame, als vergelijkende B2B-reclame.^{16,17}

Hoewel de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bepaalde praktijken en rechtsgebieden onverlet laat¹⁸, is het begrip ‘handelspraktijken’ meer omvattend dan het begrip ‘reclame’ in de MVR-richtlijn.

In de MVR-richtlijn wordt onder ‘reclame’ verstaan:

“iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen.”¹⁹

10 Zonder te pretenderen compleet te zijn, zie de volgende andere uitspraken in geschillen tussen concurrenten m.b.t. tot B2C-praktijken: **artikel 6:193a-j BW (kennelijk) (ook) toegepast (soms na verweer artikel 6:193a-j BW niet van toepassing)** Hof Den Haag 23 december 2014, IER 2015/19, m.nt. D. Haije (*Hotels.nl/Hotel Booker*). Interessant is dat het Hof Den Haag de vraag 6 maanden daarvoor nog in het midden liet (Hof Den Haag 22 juli 2014, IER 2014/64, m.nt. J.C.S. Pinckaers (*Recticel/Swiss Sense*) en daarvoor in 2011 nog overwoog: “Artikel 6:193a BW kan niet als grondslag voor de vorderingen van VVW&B dienen omdat dat artikel uitsluitend is gericht op bescherming van de consument”, zie Hof Den Haag 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7287 (*VW&B*); Rb. Amsterdam 2 april 2014, IER 2015/7, m.nt. E.H. Hoogenraad (*Kleding bv/ Cyrus I*); Rb. Rotterdam (vzr.) 27 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2601 (*Omega Pharma/P&G*); Hof Amsterdam 23 maart 2010, IER 2010/60, m.nt. E.H. Hoogenraad (*Tele2/UPC*); **Beroep op artikel 6:194 BW toegewezen en op artikel 6:193a-j BW afgewezen, want niet t.b.v. concurrent:** Rb. Den Haag (vzr.) 20 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8696 (*Greencre8/Kébol*); **Beroep op artikel 6:194 BW toegewezen, (kennelijk) geen beroep gedaan op artikel 6:193a-j BW, noch ambtshalve toegepast:** Rb. Gelderland 24 juni 2015, IEPT20150624 (*DP Products/Magro Service*); Rb. Den Haag 22 oktober 2014, IER 2015/20, m.nt. E.H. Hoogenraad (*[A] c.s./Babysuperstore c.s.*); Rb. Amsterdam (vzr.) 25 november 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO6710 (*Nestlé/Mars*); **Vergelijkende reclame: rechtstreeks beroep op artikel 6:193a-j BW (kennelijk) afgewezen** Rb. Amsterdam (vzr.) 24 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK9104 (*KPN/UPC*), r.o. 3.3 en 4.5. **Beroep op artikel 6:193a-j BW; toepasbaarheid onbesproken/onbeslist, want geen sprake van reclame of misleiding:** Rb. Den Haag 22 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8312 (*Euronext/Tom en Binckbank*); Rb. Gelderland (vzr.) 17 april 2014, IEPT20140417 (*IMS/Rofra*), r.o. 4.18; Rb. Arnhem 25 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ7149 (*Boreaal/ThiemeMeulenhof*).

11 Dit onderscheid tussen B2C- en B2B-reclame werd indertijd niet gemaakt. B2C-reclame, van een handelaar gericht op consumenten, vaak m.b.t. consumentenproducten en/of -diensten. B2B-reclame, van een handelaar richting bedrijven, m.b.t. producten en diensten voor bedrijven. Sommige reclames zijn zowel op consumenten als op bedrijven gericht, bijvoorbeeld een advertentie voor een laptop, zeker als de prijs zowel incl. als excl. BTW wordt vermeld.

12 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid Staten inzake misleidende reclame, *Pb L 250 van 19/09/1984* p. 0017-0020, gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, *Pb L 290 van 23/10/1997* blz. 0018-0023.

13 GS Onrechtmatige daad, artikel 194 Boek 6 BW, aant. 1 en 2.1; Mon. BW nr. B49a, 2e druk (Verkade), nr. 7, p. 8-10 en Mon. BW B49b (Verkade), p. 11.

14 Artikel 14 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken bepaalt onder meer: “Richtlijn 84/450/EEG wordt als volgt gewijzigd: 1. Artikel 1 wordt vervangen door: “Artikel 1 Deze richtlijn beoogt handelaren te beschermen tegen misleidende reclame en de onbillijke gevolgen daarvan, en de voorwaarden vast te stellen waaronder vergelijkende reclame is geoorloofd”.

15 Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (gecodificeerde versie) (*Pb L 376, 27.12.2006, blz. 21-27*), hierna: “MVR-richtlijn”.

16 Dit volgt uit overweging 6 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: “Deze richtlijn is evenmin van toepassing of van invloed op de bepalingen van Richtlijn 84/450/EEG aangaande reclame die misleidend is voor ondernemingen, maar niet voor consumenten, en aangaande vergelijkende reclame”.

17 Zo ook: P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Het toepassingsgebied van de artikel 6:193a-j BW, artikel 6:194 BW en artikel 6:194 BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?, IEF 9516, § 8; en Mon. BW nr. B49a 2^e druk (Verkade), nr. 7, p. 8-11 en Mon. BW nr. B49b (Verkade), nr. 9, p. 6-11.

18 Zoals gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten en het verbintenissenrecht; zie artikel 3, lid 2 e.v. Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

19 Artikel 2, aanhef, onder a) MVR-richtlijn.

Bij handelspraktijken gaat het daarentegen om: “iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten”²⁰, zowel vóór, gedurende als na een commerciële transactie met betrekking tot een product.²¹

Daaronder vallen bijvoorbeeld ook: het opzetten of beheren van een piramidesysteem en de consument thuis opzoeken en het negeren van diens verzoek om weg te gaan of niet meer terug te komen.²² Deze handelingen die onder alle omstandigheden misleidend zijn, noemt de MVR-richtlijn niet. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken biedt dus een ruimere bescherming dan de MVR-richtlijn.²³

4. Doelstelling van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: ruime werkingssfeer; bescherming van legitieme concurrenten tegen oneerlijke B2C-praktijken

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken heeft tot doel het vaststellen van uniforme regels met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken (B2C-praktijken) die een hoog niveau van consumentenbescherming waarborgen. En tot doel om de goede werking van de interne markt – bevorderen van grensoverschrijdende B2C-handel – en de rechtszekerheid te verzekeren, door rechtsbegrippen te verduidelijken.^{24,25}

Onerlijke (B2C) handelspraktijken zijn bijvoorbeeld een onjuiste energieverbruik-kwalificatie op de verpakking van een stofzuiger of een onjuiste (te lage) prijs van een vliegvakantie op de website van een reisaanbieder. Door dergelijke uitingen kan het zijn dat de consument die stofzuiger of die vliegvakantie kiest in plaats van hetzelfde of alternatieve product of dienst van de concurrent. Daarmee worden dus

ook de economische belangen van de concurrent aangetast. Het waarborgen van een vrije en eerlijke concurrentie door het voorkomen van dit soort schadelijke (neven)effecten, is het andere doel dat de richtlijn nastreeft.²⁶

Overweging 6 laat met zoveel woorden zien dat ook de economische belangen van de legitieme concurrenten onder de maximumharmonisatie doelstellingen van de Europese wetgever vallen:

“Daarom wordt de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken, waaronder oneerlijke reclame, die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden, bij deze richtlijn geharmoniseerd.”²⁷

Overweging 8 verduidelijkt dat de richtlijn *indirect* bescherming biedt aan legitieme ondernemingen. Zij gaat dus uit van een ruime werkingssfeer.

“8. Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen; hierdoor is binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn een eerlijke concurrentie gewaarborgd.”²⁸

In een enkele Nederlandse uitspraak worden ook overweging 12 en soms 14, alsmede artikel 3 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken aangehaald ter nadere onderbouwing van het standpunt dat de concurrent bescherming toekomt.²⁹ Ik maak dat niet uit deze overwegingen op.

5. Ook beroep op OHP-bepalingen voor concurrenten ter bescherming van hun eigen belang

Dat ook concurrenten een beroep op de OHP-bepalingen toekomen, blijkt uit artikel 11, lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

“De lidstaten zorgen voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken, zodat de naleving van deze richtlijn in het belang van de consumenten kan worden afgedwongen. Daartoe behoren wettelijke bepalingen op grond waarvan personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving

20 Artikel 2, sub d Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Zie ook overweging 6 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: “Daarom wordt de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken, waaronder oneerlijke reclame, die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden, bij deze richtlijn geharmoniseerd.” Onderstreping auteur.

21 Artikel 3, lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: “Deze richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product”.

22 Zie punten 14 en 25 van Bijlage 1 bij Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en artikel 6:193i, sub b BW en 6:193g, sub n BW (beide voorbeelden van onder alle omstandigheden oneerlijke handelspraktijken).

23 Zo ook Verkade: “Denkbaar is (...) dat de tegen misleiding van klanten gerichte bepalingen in de Richtlijn OHP de consument beter beschermen dan de handelaar als klant beschermd wordt door het misleidingsverbod van Richtlijn 84/450 of door nationale wetgeving.” in Mon. BW nr. B49a, 2^e druk (Verkade), p. 9.

24 Zie overwegingen 2 t/m 5 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

25 Explanatory memorandum Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (the unfair commercial practices Directive), § 6-24.

Zie ook: B.J. Drijber, ‘Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: een eerlijk compromis’, *NTER*, afl. 9, september 2005, p. 182 en P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, *Onerlijke handelspraktijken, misleidende reclame en vergelijkende reclame. Een bespreking van art. 6:193-6:196 BW*, Deventer: Kluwer 2009, p. 5.

26 Zie ook B.J. Drijber, p. 179: “Een misleidende handelspraktijk van firma A die de consument ertoe brengt bij hem te kopen, gaat ten koste van diens concurrent B. De bescherming van de consument staat niet op zichzelf”.

27 Onderstreping auteur.

28 Onderstreping auteur.

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10382 (*Trebs/Food & Fun*), r.o. 5.43 en Rb. Midden Nederland (Utrecht) (vzr.) 13 april 2016, IEPT20160413 (*Tel Sell-Tommy Teleshopping*), r.o. 5.10.

een rechtmatig belang hebben bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken, met inbegrip van de concurrenten³⁰:

- a) in rechte kunnen optreden tegen die oneerlijke handelspraktijken, en/of
- b) die oneerlijke handelspraktijken kunnen voorleggen aan een administratieve instantie die bevoegd is om hetzij zelf een uitspraak te doen over een klacht, hetzij een passende gerechtelijke procedure in te leiden.”

Veelzeggend is in de tweede alinea dat ook concurrenten “een rechtmatig belang hebben bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken”. En dat de zinsnede “met inbegrip van de concurrenten” pas later is toegevoegd.³¹

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken deelt aan de concurrent rechtsmiddelen toe. Maar waarvoor? Voor zijn eigen belang: ter voorkoming van verdere schade als gevolg van de oneerlijke handelspraktijken van zijn concurrerende handelaar? Of voor het consumentenbelang? Of voor beide?

Gezien de eerste alinea zou men, zoals Van Nipsen, Hydecoper en Cohen Jehoram³² in 2012, kunnen beargumenteren dat concurrenten geen beroep op de OHP-bepalingen kunnen doen voor hun eigen belang, maar alleen “in het belang van de consumenten”.

Echter uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is niet op te maken dat de Europese wetgever de concurrent (slechts) de rol van beschermer van de consument heeft willen toebedelen, of hem geen beroep uit eigen belang heeft willen toekennen. Uit de overwegingen 6 en 8 is juist op te maken dat de concurrent bescherming geniet voor zijn eigen belang: zijn concurrentiepositie.

6. Nederlandse implementatie: één verwarring wekkende zin

In de gehele implementatiegeschiedenis zijn slechts drie kleine passages te vinden met betrekking tot dit onderwerp.³³

In het wetsvoorstel staat dat aan het (toenmalige) artikel 6:914 BW na “onrechtmatig” wordt ingevoegd: “jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf”.³⁴ De aanhef van artikel 6:194 BW luidt sindsdien:

“Hij die omtrent goederen of diensten die door hem (...) in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden,

een mededeling openbaar maakt of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf, indien deze mededeling in een of meer opzichten misleidend is, zoals ten aanzien van: ...”

Daaruit blijkt ontegenzeggelijk dat artikel 6:194 BW alleen ondernemingen in bescherming neemt en dat alleen zij daarop een beroep kunnen doen. Niet eenduidig komt daaruit naar voren dat deze bepaling alleen betrekking heeft op B2B-reclame, noch dat die wellicht ook ziet op B2C-reclame.

De betreffende toelichting suggereert dat artikel 6:194 BW alleen ziet op B2B-reclame.

“Dit artikel beperkt de reikwijdte van Afdeling 4 (misleidende en vergelijkende reclame) tot handelspraktijken tussen bedrijven onderling.”³⁵

Maar daarin kan men ook lezen dat alleen handelaren – geen consumenten – op afdeling 4 een beroep kunnen doen, ongeacht of het een B2C-praktijk of een B2B-reclame betreft.

En dat is exact hetgeen staat vermeld in de Nota naar aanleiding van het verslag:

“Na implementatie van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken beschermt de richtlijn misleidende en vergelijkende reclame alleen handelaren tegen misleidende reclame (artikel 14, eerste lid, van de richtlijn, artikel 6:194). Consumenten kunnen bij misleidende reclame bescherming ontlenen aan de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken) in plaats van afdeling 4 (misleidende en vergelijkende reclame). Overigens, een onderneming kan een beroep doen op afdeling 4 ongeacht de doelgroep van de reclame (ondernemingen, consumenten of beide).”³⁶

De eerste twee zinnen zijn in lijn met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, als daarmee is bedoeld dat:

- de MVR-richtlijn alleen handelaren beschermt tegen misleidende B2B-reclame; en,
- consumenten wat betreft oneerlijke B2C-praktijken bescherming kunnen ontlenen aan afdeling 3a (art. 6:193a-j BW) en wat betreft vergelijkende reclame zij – net zo als concurrenten – zich nog steeds kunnen beroepen op artikel 6:194a BW (onderdeel van afdeling 4).

De laatste (onderstreepte) zin schept daarentegen verwarring. Deze zin stelt immers dat een onderneming (een concurrent) een beroep kan doen op afdeling 4 (dus zowel arti-

30 Onderstreping auteur.

31 “De zinsnede “met inbegrip van de concurrenten” ontbrak in het oorspronkelijke Commissievoorstel.”, aldus Steijger, p. 18.

32 Van Nipsen, Huydecoper & Cohen Jehoram (2012), § 6.2.6, p. 383.
“De richtlijn lijkt zich dus niet te richten op bescherming van ondernemers tegen oneerlijke handelspraktijken. De richtlijn kent in art. 11 wel een actiemogelijkheid voor concurrenten, niet als dienaar van hun eigen belang, maar van het algemene consumentenbelang (maar deze bepaling heeft onze wetgever niet geïmplementeerd)”.

33 *Kamerstukken II 2006/07 en Kamerstukken I 2007/08*, 30928, 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.

34 Voorstel van wet, *Kamerstukken II 2006/07*, 30928, 2, p. 8.

35 MvT *Kamerstukken II 2006/07*, 30928, 3, p. 18.

“Wijziging artikel 194 (beperking afdeling misleidende en vergelijkende reclame tot bedrijven onderling).

Dit artikel beperkt de reikwijdte van Afdeling 4 (misleidende en vergelijkende reclame) tot handelspraktijken tussen bedrijven onderling. De vraag of de consument is misleid door reclame zal na inwerkingtreding van deze wet moeten worden beoordeeld op basis van de nieuwe afdeling 3a (oneerlijke handelspraktijken)”.

36 Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2006/07*, 30928, 8, p. 5.

kel 6:194 als 6:194a BW) of er nu sprake is van B2B-reclame, B2C-reclame of beide.

Misschien is deze ene zin slechts een 'slip of the pen', zoals Verkade het noemt.³⁷ Al met al, ben ik het met Geerts³⁸ eens dat deze ene zin niet doorslaggevend kan zijn.

7. Hoge Raad in 2009: artikel 6:194 BW ziet alleen op B2B-reclames

De Hoge Raad overwoog nadien in 2009 dat dit (aangepaste) artikel 6:194 BW alleen op B2B-reclames van toepassing is. De woorden "alleen nog" en "misleiding van iemand" die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf" zijn daarin cruciaal.

"Opmerking verdient dat met de inwerkingtreding van de artikelen 6:193a-j BW, in welke bepalingen richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken is geïmplementeerd, de aansprakelijkheid voor misleidende reclame jegens consumenten beoordeeld moet worden aan de hand van deze nieuwe bepalingen, en dat art. 6:194 thans alleen nog van toepassing is op misleiding van iemand "die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf".^{39,40}

Van Nispen schreef indertijd in zijn annotatie onder dit World Online-arrest dat deze overweging op een misvatting berust, vanwege juist deze ene voornoemde verwarring wekkende zin in de wetgeschiedenis. En dat artikel 6:194 BW dus wel degelijk op zowel B2B-reclame als B2C-praktijken ziet.⁴¹

Hoe graag ik het ook zou willen, noch uit de wetgeschiedenis, noch uit deze overweging van de Hoge Raad was en is met zekerheid op te maken dat de concurrent zich wel op de artikel 6:193a-j BW kon beroepen in geval van een oneerlijke B2C-praktijk. Maar uit de latere rechtspraak van het Hof van Justitie is dat wel duidelijk op te maken.

8. Hof van Justitie: ook bescherming voor concurrent

Uit de vaste rechtspraak⁴² blijkt – onder verwijzing naar voornoemde overwegingen 6 en 8 – dat de Richtlijn oneerlijke

handelspraktijken een ruime materiele werkingsfeer heeft. En dat "dus enkel nationale wettelijke regelingen betreffende oneerlijke handelspraktijken die, alleen' [dat wil zeggen uitsluitend] de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, van de werkingsfeer van deze richtlijn" uitsluit, aldus advocaat-generaal M. Wathelet in zijn conclusie in de RLvS/Stuttgarter Wochenblatt-zaak met verwijzing naar die rechtspraak.^{43,44}

In het arrest in deze RLvS-zaak overweegt het hof expliciet dat ook de concurrent wordt beschermd:

"Voorts staat vast dat RLvS niet in naam en/of voor rekening van deze ondernemingen is opgetreden, in de zin van artikel 2, sub b, van richtlijn 2005/29. Indien dit wel zo zou zijn, zou richtlijn 2005/29, rekening houdend met de personele werkingsfeer ervan, stellig bescherming bieden aan de consumenten van de producten en diensten van niet enkel deze twee ondernemingen, maar ook van hun legitieme concurrenten."⁴⁵

Deze laatste zin in de Nederlandse versie is wellicht voor verschillende uitleg vatbaar als gevolg van de plaats en het gebruik van de woorden 'niet enkel' en het woord 'van'. De Duitse (procestaal)⁴⁶, Franse⁴⁷ en Spaanse⁴⁸ teksten laten zien dat deze zin ook (wellicht beter) als volgt had kunnen worden vertaald:

Indien dit wel zo zou zijn, zou Richtlijn 2005/29/EG, rekening houdend met de personele werkingsfeer ervan,

43 Conclusie A-G HvJ EU 11 juli 2013, C-391/12 (RLvS Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH), punt 28.

44 Zie ook A-G V. Trstenjansk in zijn Conclusie HvJ EU 21 oktober 2008, C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244 (VTB-VAB NV/Total Belgium NV & Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV):

"71. Hetzelfde geldt voor de personele werkingsfeer van richtlijn 2005/29. De omstandigheid dat deze de consumentenbescherming als primair doel heeft, betekent immers niet dat de economische belangen van rechtmatig handelende concurrenten minder beschermenswaardig worden geacht. 72. Dat volgt in de eerste plaats uit het zesde en vooral uit het achtste punt van de considerans van richtlijn 2005/29, waaruit blijkt dat deze ondernemingen ook indirect beschermt tegen concurrenten die zich niet houden aan de regels van de richtlijn die strekken tot het verzekeren van een eerlijke mededinging op het bij deze richtlijn gecoördineerde gebied.(26)".

45 HvJ EU 17 oktober 2013, C-391/12, ECLI:EU:C:2013:669 (RLvS/Stuttgarter Wochenblatt), r.o. 40, onderstreping auteur.

46 Zwar würde diese Richtlinie in Anbetracht ihres persönlichen Anwendungsbereichs in einem solchen Fall dazu dienen, die Verbraucher der Produkte und Dienstleistungen dieser Unternehmen sowie deren rechtmäßig handelnde Mitbewerber zu schützen.

47 Dans un tel cas de figure, et compte tenu de son champ d'application ratione personae, cette directive aurait certes vocation à protéger les consommateurs des produits et des services de ces mêmes entreprises ainsi que les concurrents légitimes de celles-ci. Het woord celles-ci (daarvan) is vervoegd in het vrouwelijk meervoud en kan dus alleen betrekking hebben op een vrouwelijk woord in het meervoud in de hoofdzin daarvoor: ces mêmes entreprises.

48 En tal supuesto, y habida cuenta de su ámbito de aplicación ratione personae, esta Directiva estaría destinada, ciertamente, a proteger a los consumidores de los productos y servicios de esas mismas empresas y a los competidores legítimos de éstas.

Proteger a betekent bescherming bieden aan en y a betekent en aan. Daarnaast staat er de estas (van die), dat net zoals in het Frans een vrouwelijk meervoudsvervoeging is en dus alleen betrekking kan hebben op een vrouwelijk woord in het meervoud in de hoofdzin daarvoor: esas misas empresas.

37 D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame*, Mon. BW B49b, Deventer: Kluwer 2011, p. 7-8. Zie ook P.G.F. A. Geerts en E.R. Vollebregt, Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194 BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?, *IEF* 9516, § 8 en 10.

38 P. Geerts, De art. 6:193a e.v. BW, art. 6:194 BW en art. 6:194a BW, noot onder V.zr. Rb. Amsterdam 25 november 2010, B9 9243 (Nestlé/Mars); zie ook: P.G.F.A. Geerts en E.R. Vollebregt, Het toepassingsgebied van de art. 6:193a-j BW, art. 6:194 BW en art. 6:194 BW: misleidende wetgeving die tot verwarring leidt en/of verwarrende wetgeving die tot misleiding leidt?, *IEF* 9516, § 8 en 10.

39 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (World Online), r.o. 4.10.2. Onderstreping auteur.

40 Zie ook Hof Den Haag 15 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3362 (Pretium/Belcentrale), zie r.o. 8.1 e.v. met verwijzing naar World Online-arrest.

41 C. Van Nispen, noot onder HR27 november 2009 (World Online), *BIE* 2010, p. 165.

42 HvJ EU 14 januari 2010, C-304/08, *Jurispr.* blz. I-217 (Plus Warenhandels-gesellschaft) punt 39) en HvJ EU 9 november 2010, C-540/08, *Jurispr.* blz. I-10909 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag) punt 21.

stellig bescherming bieden aan de consumenten van de producten en diensten van deze twee ondernemingen, maar ook aan legitieme concurrenten daarvan.

Opvallend is dat het hof hier niet de woorden ‘onrechtstreeks’ en ‘indirect’ uit de overwegingen 6 en 8, noch synoniemen daarvan, gebruikt. Mede daaruit maak ik op dat die woorden alleen zijn gebruikt in de richtlijn om te benadrukken dat de bescherming van de concurrent een afgeleid belang is. Uit die woorden kan niet worden afgeleid dat concurrenten geen of geen rechtstreekse bescherming en beroep toekomen.⁴⁹

Dit RLVs-arrest laat zien dat de concurrent wel degelijk bescherming geniet onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en op deze bepalingen een beroep kan doen.

9. Lidstaat moet ook voor concurrent middelen kiezen die passen binnen eigen traditie

Uit het rapport van het Europese Parlement en de Raad met betrekking tot de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken blijkt dat lidstaten weliswaar vrij zijn om middelen te kiezen die het best in hun eigen traditie passen, maar dat geen middelen bieden, geen optie is.⁵⁰

“The Directive does not harmonise enforcement systems. Under Article 11 of the UCPD, Member States are free to choose the enforcement mechanisms which best suit their legal tradition, as long as they ensure that adequate and effective means exist to prevent unfair commercial practices.”

In Nederland had de concurrent voorheen al de mogelijkheid om tegen misleidende B2C-reclame op te treden. Het bieden van die mogelijkheid past dus in de Nederlandse traditie.

10. Niets (meer) staat een richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:193a-j BW in de weg

In de gehele wetsgeschiedenis is – buiten die ene hiervoor aangehaalde verwarring wekkende zin – ook niets te vinden waaruit (duidelijk) blijkt dat het de wil/wens/keuze van de

wetgever is geweest om de concurrent die bescherming te onthouden en daarmee aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken een andere uitleg te geven.

Een richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:193a-j BW is dan ook niet *contra legem* (tegen de uitdrukkelijke wil van de Nederlandse wetgever).⁵¹

Een andere uitleg zou de doelstelling om ook legitieme concurrenten te beschermen, “*ernstig in gevaar kunnen brengen*”. In het bijzonder als een andere uitleg er toe leidt dat de legitieme concurrent geen of een mindere bescherming toekomt. Uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot richtlijnconforme interpretatie blijkt, dat “*alle autoriteiten van de betrokken lidstaten, de nationale rechterlijke instanties daaronder begrepen zich (...) daarvan [dienen] te onthouden*”.⁵²

Op artikel 6:193a-j BW geen beroep doen c.q. toekennen, dan wel de bescherming alleen in combinatie met artikel 6:194a BW of alleen op artikel 6:194 BW inroepen c.q. toekennen, zijn afgesloten wegen. De weg is vrij en geplaveid om artikel 6:193a-j BW Richtlijn oneerlijke handelspraktijken conform uit te leggen en de concurrent een beroep daarop toe te staan, zoals de voorzieningenrechter in de GSK/Sandoz-zaak heeft gedaan.⁵³ Het beroep daarop toekennen via de band van artikel 6:162 BW maakt in wezen geen verschil uit.⁵⁴

De concurrent moet wel de schutznorm halen en een legitieme concurrent zijn.

51 D. van Eek heeft dat ook bepleit naar aanleiding van het Ryanair/PR Aviation-arrest van de Hoge Raad: D. van Eek, *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht*, ‘Het Ryanair/PR Aviation-arrest: de luchtbrug tussen de OHP-regels en concurrenten’, *IER* 2014/35.

52 HvJ EG 20 juni 2009, C-261/07 en C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244 (*VTB-VAB NV/Total Belgium NV&Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV*), r.o. 39:

“alle autoriteiten van de betrokken lidstaten, de nationale rechterlijke instanties daaronder begrepen zich dienen te onthouden van onder andere van een uitlegging van het interne recht die, na het verstrijken van de uitvoeringstermijn, de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling *ernstig in gevaar zou kunnen brengen*.”

met verwijzing naar HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, *Jurispr. blz. I-6057*, r.o. 122 en 123. Zie ook HvJ EG 10 april 1984, 14/83 (*Von Colson & Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*), r.o. 15 en 23.

“15 Volgens artikel 189, derde alinea, EEG-verdrag “is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten, vorm en middelen te kiezen.” Hoewel deze bepaling de lidstaten vrij laat bij de keuze van de middelen en wegen voor de uitvoering van de richtlijn, doet deze vrijheid niet af aan de verplichting van elke lidstaat om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren”.

53 **Geen beroep gedaan op artikel 6:193a-j, wel op artikel 6:194 BW, maar niet aan beoordeling toegekomen.**
Rb. Den Haag (vzr.) 27 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13582 (*BKR/Dynamiet*), r.o. 4.2.

54 **Beroep op artikel 6:193a-j BW erkent; vordering afgewezen want uiting geen B2C-reclame**
Rb. Midden Nederland (Lelystad) (vzr.) 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9317 (*GSK/Sandoz*), r.o. 4.26-4.29.

49 Anders, maar wel van vóór het RLVs-arrest: Van Nispen, Huydecoper & Cohen Jehoram (2012), § 6.2.6, p. 383: “De richtlijn lijkt zich dus niet te richten op bescherming van ondernemers tegen oneerlijke handelspraktijken.” Zie ook Rb. Amsterdam (vzr.) 27 Januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:397 (*Omega Pharma-Boehringer*), r.o. 4.1. en r.o. 4.11, waarin – met een verwijzing naar overweging 8 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken – de eisende concurrent geen rechtstreeks, maar wel een indirect beroep (artikel 6:162 BW jo. artikel 6:193a-j BW) krijgt.

50 First Report on the application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’), § 4.1, p. 26.

11. **Schutznorm – alleen belang indien concurrentiepositie kan worden aangetast**

De enkele vaststelling dat er sprake is van een oneerlijke handelspraktijk is op zich niet voldoende voor een beroep op de OHP-bepalingen. Het (afgeleide) doel van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is om de concurrent te beschermen tegen schade aan *zijn economische belangen* (overweging 6), waardoor *een eerlijke concurrentie* wordt *gewaarborgd* (overweging 8). Er moet sprake zijn van een oneerlijke handelspraktijk die voor de concurrentiepositie van de concurrent schadelijk kan zijn, wil hij een (eigen) belang hebben om zich te kunnen verzetten. Dreigende schade is daarbij, zoals bij de onrechtmatige daad, voldoende.⁵⁵

Deze schutznorm-lat ligt niet hoog. Een enkele misleidende reclame-uiting, zal de concurrentiepositie al kunnen aantasten. Alleen als de handelspraktijk, hoewel oneerlijk, daadwerkelijk niet schadelijk is voor de concurrent, heeft hij geen eigen belang. Die situatie zal zich niet snel voordoen, maar is niet geheel ondenkbaar. Een handelaar die consumenten vraagt om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of om bewaring van producten die hij heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd, handelt onder alle omstandigheden oneerlijk (agressief).⁵⁶ Maar of daarmee de concurrent kan worden geschaad, is nog maar de vraag.

Ik heb er niets op tegen als een concurrent (indirect) als beschermheer, -vrouw van het consumentenbelang optreedt. Maar of dat past onder deze schutznorm, valt te betwijfelen. Aan de andere kant, de Nederlandse Reclame Code kent deze schutznorm niet. Daaronder kan ook de concurrent – zonder enige eigen belang – een klacht tegen een oneerlijke handelspraktijk indienen.

12. **Legitiem – betekenis onduidelijk – ruime uitleg ligt voor de hand**

Wat met 'legitiem' exact wordt bedoeld is niet duidelijk. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken geeft geen nadere uitleg. Ik meen dat het begrip niet te restrictief moet worden uitgelegd. Alle legale (bona fide)⁵⁷ concurrenten moeten daaronder worden verstaan, ook indien ze zelf wel eens in strijd hebben gehandeld met de OHP-bepalingen.

13. **Concurrent – in ruime zin**

Ook het begrip 'concurrent' moet ruim worden uitgelegd. De bedoelde bescherming ziet weliswaar op het waarborgen van de eerlijke concurrentie, aldus overweging 8. Maar de restrictie zit hem voornamelijk in de vraag of de concurrentiepositie wel of niet kan worden geschaad door de on-

eerlijke handelspraktijk. Ook indien de agerende onderneming geen concurrent in enge zin is – hij biedt niet (deels) dezelfde of soortgelijke producten of diensten aan – kan een oneerlijke B2C-praktijk zijn concurrentiepositie desondanks schaden. Weliswaar niet zijn positie ten opzichte van die oneerlijke handelaar (want die is niet concurrerend), maar wel zijn positie ten opzichte van zijn concurrenten (in enge zin).

Zo had ook mijn inziens Transavia zich in de EU-claim-zaak op de OHP-bepalingen kunnen beroepen, ondanks dat zij geen concurrent is van EUclaim.⁵⁸ Want als de reclame-uitingen van EUclaim richting de Transavia-consumenten misleidend (een oneerlijke handelspraktijk) zouden zijn, dan zouden die uitingen ook schadelijk kunnen zijn voor (de reputatie van) Transavia en daarmee voor diens positie ten opzichte van haar concurrenten.

14. **Conclusie**

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken heeft duidelijk als doel ook de legitieme concurrent te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten (B2C-praktijken) van een concurrerende handelaar, zoals ook overwogen door het Hof van Justitie in het RLvS-arrest. De richtlijn draagt de lidstaten op om middelen – eveneens voor de concurrent – passend in de eigen (Nederlandse) traditie, op te nemen. De Nederlandse traditie laat zien dat voorheen de concurrent – gelijk de consument – kon optreden tegen misleidende B2C-reclames op basis van dezelfde bepalingen als de consument. De (implementatie) wil van de Nederlandse wetgever is niet (duidelijk) tot uitdrukking gebracht. Zijn wens is in ieder geval niet om de concurrent geen of minder bescherming te bieden. Hetgeen overigens, gezien de maximumharmonisatie doelstelling en de werkingssfeer, ook niet mogelijk zou zijn. Niet alleen de wetgever, maar ook de rechtsprekende autoriteiten dienen zich te onthouden een andere dan richtlijnconforme interpretatie. Zij dienen daarentegen bij gebrek van een juiste implementatie de betreffende nationale wetgeving, ofwel artikel 6:193a-j BW, richtlijnconform uit te leggen, tenzij dat tegen de wil van de wetgever zou ingaan. Echter die wil was en is er niet.

Er is dus geen enkele reden (meer) om de legitieme concurrent wiens concurrentiepositie door een oneerlijke B2C-praktijk kan worden aangetast een beroep op artikel 6:193a-j BW te ontzeggen, al dan niet via de weg van de onrechtmatige daad.

55 Lindenbergh, T&C Burgerlijk wetboek, art. 6:162 BW, aant. 1 en 6.

56 Ex artikel 6:193i, sub a-h BW.

57 Verkade schrijft "bona fide concurrenten", zie Mon. BW B49b (Verkade), p. 11 en Mon. BW B49a, 2^e druk (Verkade), p. 11; Geerts en Vollebregt schrijven "de wél eerlijke ondernemer", zie Geerts en Vollebregt (2009), p. 8.

58 V.zr. Rb. Zutphen 13 oktober 2011 (*Transavia/Euclaim*), IER 2012/12, m.nt Geerts. In zijn noot onder dit vonnis (p. 90-96) vliegt Geerts dit iets anders aan: "Art. 11 Richtlijn OHP spreekt immers over personen en organisaties die een rechtmatig belang hebben bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken, met inbegrip van de concurrenten. Hieruit volgt m.i. dat ook handelaren die geen concurrent zijn, rechtstreeks door de OHP-regels kunnen worden beschermd wanneer zij een rechtmatig belang hebben".