



De gemiddelde Euroconsument - een pluriform fenomeen

Over de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de rechtspraak van het Hof van Justitie♦

Sinds 12 december 2007 is in de Europese Unie de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (verder: 'de Richtlijn') van toepassing. Ook in Nederland, hoewel de implementatiewet pas op 15 oktober 2008 in werking trad. Deze Richtlijn is de nieuwste loot aan de Europese harmonisatieboom en beoogt een volledige harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten op het gebied van de oneerlijke, misleidende en agressieve handelspraktijken.

Dit artikel gaat over de vraag of deze harmonisatierichtlijn het Procrustus bed wordt waarop de uiteenlopende Europese consumentenrechtstelsels worden geüniformeerd. Deze vraag zal worden beantwoord aan de hand van een analyse van het begrip 'gemiddelde consument' in de Richtlijn en in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. In zijn toepassing blijkt het schijnbaar uniforme begrip 'gemiddelde consument' namelijk aanzienlijk pluriformer te zijn dan goed is voor maximum harmonisatie.

Daarmee roept dit artikel ook vragen op met betrekking tot de in Brussel in voorbereiding zijnde herziening van het consumentenacquis en de inhoud van het Gemeenschappelijke Referentiekader: hoe uniform dienen de hierin te ontwikkelen communautaire begrippen te zijn en hoeveel ruimte kunnen zij laten aan de uiteenlopende taalkundige, culturele en sociale tradities van de lidstaten?

♦ Eerder in aangepaste vorm verschenen in SEW (2009) 1, en in D. Busch en H. Schelhaas (red.), *VergelijkenderWijs - Promoti-bundel Prof. mr. E.H. Hondius* (Deventer: Kluwer, 2007), p. 59-73 onder de titel 'De gemiddelde consument in Europa: een pluriforme verschijning'. De auteur dankt Mihaela Carpus-Carcea, University of Birmingham, voor haar research ten behoeve van dit artikel.

1 Inleiding

De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken is een spectaculair voorbeeld van wetgeving op het gebied van het Europees privaatrecht.¹ Zij voorziet in een algemeen verbod van oneerlijke handelspraktijken.² Daarnaast bevat zij bijzondere regels met betrekking tot misleidende en agressieve handelspraktijken. De Richtlijn richt zich hoofdzakelijk op de verhouding tussen ondernemingen en consumenten (B2C) en niet op die tussen ondernemingen onderling (B2B).³ Ten tijde van het van toepassing worden van de Richtlijn, was de Eerste Kamer nog bezig met het Voorlopig Verslag bij het implementatievoorstel.⁴ De implementatiewet verscheen op 25 september 2008 in het Staatsblad en trad op 15 oktober 2008 in werking. De bepalingen zijn opgenomen in de art. 6:193a-j Burgerlijk Wetboek.⁵

De Richtlijn is bedoeld als een maatregel van maximum harmonisatie. Maximum harmonisatie betekent dat de lidstaten niet kunnen afwijken van de bepalingen van de Richtlijn. Er zijn echter diverse redenen waarom er verschillen zullen blijven bestaan tussen de lidstaten met betrekking tot de regulering van handelspraktijken.

In de eerste plaats zijn de lidstaten bevoegd om tot medio 2013 op het gebied van de bestaande minimum harmonisatierichtlijnen nationale bepalingen te blijven toepassen die strenger zijn dan de bepalingen van de Richtlijn. Deze maatregelen moeten echter noodzakelijk zijn voor een toereikende consumentenbescherming en evenredig zijn met dit doel. De periode van zes jaar kan voor een beperkte periode worden verlengd. Met betrekking tot de bevoegdheid tot het nemen van strengere maatregelen geldt een proportionaliteitstoets (art. 3 lid 5). Deze bepaling beperkt derhalve de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten op terreinen die worden beheerst door minimum harmonisatie maar het is niet duidelijk hoe dit zal worden getoetst.⁶ De achtergrond van deze bepaling is dat het ongewenst werd geacht om de minimum harmonisatierichtlijnen via de achterdeur van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken tot maximum harmonisatie Richtlijnen te transformeren.⁷

1 Richtlijn 2005/29/EC van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, Pb 2005 L 149/22. Zie voor een uitvoerige rechtsvergelijkende analyse van de 'oude' wetgeving in 25 lidstaten: Cees van Dam and Erika Budaite, 'The Statutory Frameworks and General Rules on Unfair Commercial Practices in the 25 EU Member States on the Eve of Harmonisation', (2007) 2 *Yearbook of Consumer Law* 2008, p. 107-139. Zie voorts onder meer Hugh Collins (red.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (The Hague-London-New York, 2004); R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families* (Leiden-Boston, 2006); M. Radeideh, *Fair Trading in EC Law* (Groningen: Europa Law Publishing, 2005); J. Stuyck, E. Terryn and T. Van Dyck, 'Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market', *CMLR* 43 (2006), p. 107-152; Frauke Henning-Bodewig, *Unfair competition law: European Union and member states* (The Hague: Kluwer Law International, 2006).

2 Bijlage I bij de Richtlijn bevat een lijst van 31 praktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd.

3 Zie art. 2 onder d Richtlijn; zie echter ook art. 11.

4 Het Voorlopig verslag verscheen op 20 december 2007: zie Kamerstukken I, 2007-2008, 30 928, nr. B.

5 Wet van 25 september 2008 tot aanpassing van de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek en andere wetten aan de richtlijn betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, Stb. 2008, 397. Deze EU-Richtlijn hangt samen met EU-Verordening nr. 2006/2004 van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (PbEU L 364). Deze Verordening is in Nederland geïmplementeerd in de Wet handhaving consumentenbescherming, Stb. 2006, 591.

6 Zie F. de Cecco, 'Room to move? Minimum harmonisation and fundamental rights', 2006 *CMLR* (43), p. 1-22. Dit is uiteraard anders zodra de strengere regels leiden tot indirecte discriminatie in de zin van art. 28 EG.

7 Stuyck, Terryn en Van Dyck, a.w., p. 141-142.

Ten tweede is de Richtlijn niet van toepassing op wettelijke voorschriften die betrekking hebben op smaak en fatsoen. Voorts blijven de lidstaten bevoegd om van de Richtlijn af te wijken ter bescherming van de gezondheid en veiligheid van consumenten, bijvoorbeeld met betrekking tot alcohol, tabak of farmaceutische producten. Ook op het gebied van financiële diensten en onroerende zaken kunnen de lidstaten de economische belangen van de consumenten verdergaand beschermen dan de Richtlijn doet.⁸

Ten derde is het aan de lidstaten overgelaten om te voorzien in de nodige sancties, mits deze in overeenstemming zijn met de beginselen van doelmatigheid en evenredigheid en mits zij voldoende preventieve werking hebben.⁹ De Richtlijn laat de lidstaten dus een ruime marge voor het kiezen van de geëigende instrumenten. Daarmee is disharmonie gegeven. Zo kent Duitsland bijvoorbeeld een sterke privaatrechtelijke handhavingstraditie waarin consumentenorganisaties een belangrijke rol spelen, is in Frankrijk en in de Scandinavische landen handhaving in B2C situaties vooral een publiekrechtelijke aangelegenheid en hebben het Verenigd Koninkrijk, Italië en Nederland een sterke traditie in zelfregulering.¹⁰ De Commissie heeft in een Witboek inmiddels ideeën gepresenteerd om de Europese disharmonie op het gebied van privaatrechtelijke handhaving van het *mededingingsrecht* te redresseren.¹¹ De hieraan ten grondslag liggende ideeën zijn uiteraard evenzeer van belang voor de privaatrechtelijke handhaving van de regels inzake eerlijke handelspraktijken, omdat beide categorieën regels verstoring van de markt beogen te voorkomen.

Een vierde probleem met betrekking tot maximum harmonisatie doet zich voor bij de toepassing van het concept van ‘de gemiddelde consument’. Dit is een centraal concept in de Richtlijn, dat aansluit bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹² In deze rechtspraak speelt ‘de gemiddelde consument die redelijk geïnformeerd en redelijk omzichtig en oplettend is’ niet alleen een rol op het terrein van misleidende handelspraktijken maar bij de toepassing van art. 28 EG, dat kwantitatieve beperkingen van het vrij verkeer van goederen en maatregelen van gelijke werking verbiedt.¹³

Het opmerkelijke van deze rechtspraak is dat ‘de gemiddelde consument’ geen uniform begrip is. Het Hof laat de toepassing van deze maatstaf namelijk niet zelden over aan de nationale rechter en staat hem toe rekening te houden met zijn eigen nationale recht en met sociale, culturele en taalkundige factoren.

In de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken fungeert het door het Hof ontwikkelde concept van de gemiddelde consument als maatstaf voor het beoordelen van de

⁸ Considerans, punten 7 en 9.

⁹ Zie art. 11 lid 1 en 13 Richtlijn. Samenwerking op het gebied van internationale handhaving van consumentenwetgeving is thans geregeld in Verordening (EG) No. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

¹⁰ Stuyck, Terry en Van Dyck, a.w., p. 111; Hans-W. Micklitz, ‘A General Framework Directive on Fair Trading’, in H. Collins (red.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (The Hague: Kluwer, 2004), p. 77; Reiner Schulze en Hans Schulte-Nölke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices* (2003), p. 21 en 23.

¹¹ Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008) 165, 02.04.2008. Zie over de verschillen in Europa de studie in opdracht van de Commissie door Denis Waelbroeck, Donald Slater en Gil Even-Shoshan, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules* (Brussels, 2004).

¹² In de Richtlijn wordt de ‘gemiddelde consument’ vermeld bij het algemene verbod in art. 5 lid 2 sub b (art. 6:193b lid 2 sub b BW), bij misleidende handelingen in art. 6 lid 1 en 2 art. 6:193c lid 1 BW), bij misleidende omissies in art. 7 lid 1 en 2 (art. 6:193d lid 2 en 3 BW) en bij agressieve handelspraktijken in art. 8 (art. 6:193h BW). Voorts wordt het gemiddelde lid van een kwetsbare groep genoemd in art. 5 lid 3 (art. 6:193a lid 2 BW).

¹³ HvJ 16 juli 1998, Zaak C-210/96, *Gut Springenheide and Rudolf Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, Jur. I-4657, r.o. 31; HvJ 13 januari 2000, Zaak C-220/98 *Estée Lauder Cosmetics/Lancaster Group*, Jur. I-117, r.o. 27. Zie onder meer Thomas Wilhelmsson, ‘The Informed Consumer v the Vulnerable Consumer in European Commercial Practices Law – a Comment’, (2006) 1 *Yearbook of Consumer Law* 211.

oneerlijkheid van handelspraktijken. Dit roept de vraag op hoe 's Hof's pluriforme begrip van 'de gemiddelde consument' zal functioneren in een maximum harmonisatie richtlijn.

Ter beantwoording van deze vraag analyseer ik in par. 2 het concept van 'de gemiddelde consument' in de rechtspraak van het Hof van Justitie. In par. 3 ga ik in op de Richtlijn en op het maximum harmonisatie karakter ervan. In par. 4 maak ik enkele opmerkingen over de betekenis van sociale, culturele en taalkundige aspecten bij het vaststellen van de 'gemiddelde consument' en in par. 5 vermeld ik enkele mogelijke consequenties voor het zogenaamde Gemeenschappelijk Referentiekader. In par. 6 concludeer ik ten slotte of met de inwerkingtreding van de Richtlijn de consumenten in Europa inderdaad over één kam zullen worden geschoren.

2 De 'gemiddelde consument' volgens het Hof van Justitie

2.1 Inleiding

In de rechtspraak van het Hof speelt 'de gemiddelde consument' in de eerste plaats een rol bij de toepassing van art. 28 EG. Deze bepaling verbiedt kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking. Iedere maatregel van een lidstaat die de intra-communautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren is een maatregel van gelijke werking.¹⁴ In 1979 overwoog het Hof in *Cassis de Dijon*, dat handelsbelemmerende maatregelen die zowel op nationale als op geïmporteerde producten van toepassing zijn in strijd kunnen zijn met art. 28 EG, indien deze maatregelen tot gevolg (kunnen) hebben dat de handel tussen de lidstaten wordt belemmerd.

Waar *direct* discriminerende nationale maatregelen alleen gerechtvaardigd kunnen worden door de limitatief in art. 30 EG opgesomde gronden, overwoog het Hof in *Cassis de Dijon* dat voor *indirect* discriminerende nationale maatregelen ook andere rechtvaardigingsgronden kunnen gelden. Het gaat hier om een open rechterlijke categorie van rechtvaardigingsgronden van algemeen belang, zoals de eerlijkheid van de handel en consumentenbescherming. Wel is in die gevallen steeds vereist dat de maatregelen evenredig zijn aan het ermee beoogde doel en dat dit doel niet kan worden bereikt door maatregelen die voor het intra-communautaire handelsverkeer minder belemmerend zijn.¹⁵ Voor het vaststellen van de gerechtvaardigdheid van een nationale maatregel op grond van het belang van consumentenbescherming, heeft het Hof het concept van de 'gemiddelde consument' ontwikkeld.¹⁶

Het concept van 'de gemiddelde consument' speelt in de tweede plaats een rol bij de toepassing van secundaire communautaire wetgeving met betrekking tot misleidende handelspraktijken. De uitspraken van het Hof op dit terrein betreffen veelal de uitleg van

¹⁴ HvJ 11 juli 1974, Zaak 8/74, *Procureur de Roi/Dassonville*, Jur. 837.

¹⁵ HvJ 20 februari 1979, Zaak C-120/78, *Rewe-Zentral/Bundesmonopolverwaltung für Brantwein (Cassis de Dijon)*, Jur. 649, r.o. 8. Zie ook HvJ 13 december 1990, Zaak C-238/89, *Pall/Dahlhausen*, Jur. I-4827, r.o. 12 en HvJ 18 mei 1993, Zaak C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher*, Jur. I-2361, r.o. 12. De hier zeer beknopt weergegeven regels kunnen uiteraard geen recht doen aan de verschillende opvattingen in de literatuur en de nuances in de rechtspraak van het Hof.

¹⁶ Sinds HvJ 24 november 1993, Gevoegde Zaken C-267-268/91, *Strafzaak tegen Keck en Mithouard*, Jur. I-6097, vallen buiten art. 28 EG nationale regels die bepaalde verkoopmodaliteiten, zoals advertenties, aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere Lid-Staten in de zin van *Dassonville*.

richtlijnen op het gebied van misleidende en vergelijkende reclame,¹⁷ misleidende handelsmerken,¹⁸ alsmede de etikettering van landbouwproducten¹⁹, voedselproducten²⁰ en cosmetische producten.²¹

2.2 Het begrip ‘gemiddelde consument’

Voor zover valt na te gaan noemde het Hof ‘de gemiddelde consument’ voor het eerst in de vroege jaren 70²² maar het duurde een kwart eeuw totdat het tot volle wasdom kwam in *Gut Springenheide* en *Estée Lauder*. Nadat het Hof in 1995 in *Mars* al had gerept over ‘de consument met een redelijk onderscheidingsvermogen’²³ presenteerde het drie jaar later, in *Gut Springenheide*, wat nu nog steeds de standaarddefinitie is.

Het ging om een bedrijf dat eieren verkocht met de aanduiding ‘6-Korn – 10 frische Eier’ met in de eierdozen een informatieblad waarin de kwaliteiten werden geroemd die de eieren dankzij dit voer zouden hebben. De Duitse toezichthouder had bezwaar tegen deze claims op basis van het geïmplementeerde art. 10(2)(e) van Verordening 1907/90, dat verkoopbevorderende vermeldingen op de verpakking van eieren toestaat voor zover zij de consument niet kunnen misleiden. De Duitse rechter vroeg het Hof of bij de uitleg van deze bepaling moet worden uitgegaan van een oppervlakkige consument of van een consument met een gemiddeld onderscheidingsvermogen. Het Hof koos voor het laatste: om vast te stellen of een verkoopbevorderende vermelding de koper kan misleiden, moet de rechter ‘... uitgaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddelde consument die redelijk goed geïnformeerd is, en redelijk oplettend en omzichtig.’²⁴ Het Hof bevestigde deze maatstaf in latere uitspraken.²⁵

Door naar oudere rechtspraak te verwijzen suggereerde het Hof dat dit de maatstaf was die het altijd al had toegepast,²⁶ hoewel het dit in elk geval niet met zoveel woorden had gedaan. Wel had het soms overwogen dat ‘een aanzienlijk aantal consumenten’ niet mocht worden misleid door een handelspraktijk. Dit gebeurde bijvoorbeeld in *Nissan*, waarin het ging om de vraag of een advertentie van een garage in Frankrijk misleidend was, waarin nieuwe Nissans onder de dealerprijs werden aangeboden. De voertuigen die uit België

17 Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 inzake misleidende reclame, Pb 1984, L 250, 17-20; 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 1997, L 290, 18-23.

18 Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, Pb 1989, L 40, 1-7.

19 Verordening (EEG) nr. 1907/90 van de Raad van 26 juni 1990 betreffende bepaalde handelsnormen voor eieren, Pb 1990, L 173, 5-11.

20 Richtlijn 2000/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 maart 2000 inzake de etikettering en presentatie van levensmiddelen alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame, Pb 2000, L 109, p. 29-42.

21 Richtlijn 76/768/EEC van de Raad van 27 juli 1976 inzake cosmetische produkten, Pb 1976, L 262, 169-200.

22 HvJ 13 mei 1971, Gevoegde zaken 41-44/70, *International Fruit Company and Others/Commissie (No. 1)*, Jur. 411, inzake veiligheidsmaatregelen voor de import van appels.

23 HvJ 6 juli 1995, Zaak C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln/Mars*, Jur. I-1923, r.o. 13.

24 *Gut Springenheide*, r.o. 37. De vertalingen vormen overigens een bron van internationale verwarring. De Nederlandse vertaling spreekt over ‘de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument’. In het Frans is dit: ‘un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.’ En in het Engels: ‘the average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect.’

25 *Estée Lauder*, r.o. 27; HvJ 24 oktober 2002, Zaak C-99/01, *Strafzaak tegen Linhart and Biffel*, Jur. I-9375, r.o. 32; HvJ 8 april 2003, Zaak C-44/01, *Pippig Augenoptik/Hartlauer Handelsgesellschaft*, Jur. I-3095, r.o. 55.

26 *Gut Springenheide*, r.o. 30-31, met verwijzing naar onder meer HvJ 7 maart 1990, Zaak C-362/88, *GB-INNO-BM*, Jur. I-667; Zaak C-238/89, *Pall*; HvJ 18 mei 1993, Zaak C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft/Yves Rocher*, Jur. I-2361; HvJ 2 februari 1994, Zaak C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratoires et Estée Lauder Cosmetics (Clinique)*, Jur. I-317; HvJ 29 juni 1995, Zaak C-456/93, *Langguth*, Jur. I-1737, en Zaak C-470/93 *Mars*.

werden ingevoerd waren goedkoper, omdat zij minder accessoires hadden dan de exemplaren die door de Franse dealers werden verkocht. Het Hof overwoog dat de reclame slechts als misleidend zou kunnen worden aangemerkt indien mocht blijken dat *een aanzienlijk aantal consumenten* tot aankoop zou besluiten zonder te beseffen dat tegenover de lagere prijs een geringer aantal accessoires staat.²⁷

Meer recent suggereerde het Hof in *Lidl* dat beide concepten – ‘de gemiddelde consument’ en ‘een aanzienlijk aantal consumenten’ - inderdaad twee kanten van dezelfde medaille zijn.²⁸ Zij helpen de rechter om een grens te trekken tussen het belang van de handelsvrijheid enerzijds en eerlijke handel en consumentenbescherming anderzijds. Waar de ‘gemiddelde consument’-maatstaf een voornamelijk normatief-juridisch concept is, vergelijkbaar met de ‘goede huisvader’ in het aansprakelijkheidsrecht, is de ‘aanzienlijk aantal consumenten’-maatstaf empirisch-economisch van aard die kan worden gekwantificeerd, zoals bijvoorbeeld in Duitsland gebeurt (zie par. 2.4).

Vermoedelijk geldt een andere maatstaf indien ook gezondheidsbelangen aan de orde zijn. Het Hof overwoog in *Gut Springenheide* namelijk uitdrukkelijk dat een vergissing van de consument met betrekking tot de kenmerken van het product geen risico voor de volksgezondheid meebracht.²⁹ Welke test zou gelden als dat wel het geval zou zijn geweest, liet het Hof in het midden maar het ligt voor de hand dat dan ook de minder oplettende consument beschermd zal worden. De marktplaats is tot op zekere hoogte een spel met economische belangen als inzet maar spelen met de gezondheid van de consument is van een andere orde.

2.3 *Pluriformiteit (I): sociale, culturele en taalkundige factoren*

Twee jaar voordat het Hof in *Gut Springenheide* de huidige definitie van ‘de gemiddelde consument’ gaf, had het in *Graffione* al duidelijk gemaakt dat het niet ging om een uniform concept maar dat de rechter bij de toepassing ervan rekening moet houden met sociale, culturele en taalkundige factoren.

In eerdere arresten, met name *Duits bier* (1987) en *Clinique* (1994), had het Hof nog voor een uniforme benadering gekozen. In *Duits bier* besliste het Hof dat een verbod op het invoeren van bier dat in een ander land rechtmatig was geproduceerd maar niet volgens het Duitse *Reinheitsgebot*³⁰ een inbreuk vormde op het vrij verkeer van goederen. De Duitse regering betoogde dat een verbod gerechtvaardigd was ter bescherming van de Duitse consument, omdat deze bij de aanduiding “bier” zich slechts een drank zou kunnen voorstellen die op basis van het *Reinheitsgebot* is gebrouwen.³¹ Het Hof gaf toe dat voorstellingen van consumenten per lidstaat kunnen verschillen maar ging er van uit dat deze in de loop der tijd kunnen evolueren en dat de invoering van de interne markt ‘een van de wezenlijke factoren [is] die tot een dergelijke evolutie kunnen bijdragen.’³² Volgens het Hof zou met etiket-informatie het belang van consumentenbescherming voldoende kunnen

²⁷ HvJ 16 januari 1992, Zaak C-373/90, *Nissan*, Jur. I-131, r.o. 16.

²⁸ Zie de verwijzing in HvJ 19 september 2006, Zaak C-356/04, *Lidl Belgium GmbH v Etablissements Franz Colruyt*, Jur. I-8501, r.o. 77-80 in verband met de gemiddelde consument naar een aanzienlijk aantal consumenten in *Nissan*. zie ook Malek Radeideh, *Fair Trading in EC Law* (Groningen: Europa Law Publishing, 2005), p. 188, die opmerkt dat de discussie of ‘de gemiddelde consument’ een normatief of feitelijk begrip is ‘... construes a contradiction where there is none.’

²⁹ *Gut Springenheide*, r.o. 28.

³⁰ Dit *Reinheitsgebot* gaat terug op een Beierse wet uit 1516 die beoogde kwaliteit te garanderen en vervalsing te voorkomen; zie H.C. von Heydebrand u.d. Lasa, ‘Free Movement of Foodstuffs, Consumer Protection and Food Standards in the European Community: Has the Court of Justice got it Wrong’, *ELR* 1991, p. 391.

³¹ HvJ 12 maart 1987, Zaak 178/84, *Commissie v Duitsland*, Jur. 1227, r.o. 31.

³² *Commissie v Duitsland*, ov 32.

worden behartigd zonder belemmering van de import van producten uit andere lidstaten.³³ De opvatting van het Hof dat consumentenopvattingen konden evolueren onder invloed van de invoering van de interne markt, was kenmerkend voor de toenmalige gedachte dat toenemende marktintegratie door regelharmonisatie geleidelijk aan zou leiden tot meer uniformiteit van consumentengewoonten en -verwachtingen.

In *Clinique* koos het Hof voor een soortgelijke benadering. Hier ging het om de verkoop van cosmetische artikelen in Duitsland onder de naam *Clinique*. Een beroepsorganisatie betoogde dat consumenten zouden kunnen denken dat deze producten medische eigenschappen bevatten maar het Hof zag dit gevaar niet, omdat de producten uitsluitend werden verkocht in parfumerieën en warenhuizen en niet in apotheken. Voorts waren de producten toegelaten in andere lidstaten en had het gebruik van die naam daar blijkbaar niet tot misleiding van consumenten aanleiding gegeven.³⁴

Sinds het midden van de jaren 90 kwam er verandering in 's Hof's uniforme benadering. In *Graffione* uit 1996 stonden het toiletpapier en de papieren zakdoekjes van het merk *Cotonelle* centraal. Een Italiaanse rechtbank had dit merk nietig verklaard, omdat het consumenten het idee kon geven dat de producten katoen bevatten wat niet het geval was (art. 12 lid 2 sub b van de Eerste Merkenrecht Richtlijn). *Graffione* stopte daarop de levering van *Cotonelle* producten. Toen het bedrijf Franse het product vervolgens in Italië ging importeren vanuit Frankrijk en Spanje, waar het niet was verboden, stapte *Graffione* naar de rechter. In antwoord op prejudiciële vragen overwoog het Hof dat het met art. 28 EG strijdige handelsverbod kon worden gerechtvaardigd op grond van consumentenbescherming mits de maatregel evenredig is en minder beperkende maatregelen niet mogelijk zijn. Het Hof overwoog vervolgens, in navolging van AG Jacobs, dat het '... wegens *de taalkundige, culturele en sociale verschillen* tussen de lidstaten mogelijk [is], dat een merk dat in de ene lidstaat niet misleidend is voor de consument, dit in een andere lidstaat wel is.'³⁵

In 1999 bevestigde het Hof deze benadering in *Estée Lauder*. Het bedrijf Lancaster bracht een huidverstevigende crème met de aanduiding 'lifting' op de markt. Concurrent Estée Lauder betoogde dat dit misleidend was, omdat kopers ten onrechte konden denken dat het gebruik van het product tot resultaten zou leiden die identiek of vergelijkbaar waren met een operatieve ingreep. Met betrekking tot de toepassing van art. 28 EG en art. 6 lid 3 van de Richtlijn met betrekking tot cosmetische producten (dat lidstaten opdraagt maatregelen te nemen tegen misleidende productinformatie) overwoog het Hof, dat het aan de nationale rechter is om vast te stellen, met inachtneming van alle relevante gegevens, of consumenten deze verwachtingen inderdaad hebben.³⁶ Daarbij moet onder meer worden nagegaan, '... of sociale, culturele of taalkundige factoren kunnen rechtvaardigen, dat het woord "lifting", wanneer het voor een verstevigende crème wordt gebruikt, door de Duitse consument anders wordt opgevat dan door de consument in andere lidstaten'.³⁷

Met deze beslissingen maakte het Hof ruimte voor een meer pluriforme toepassing van de 'gemiddelde consument'. Het gaat nog steeds om een Europese test maar met een vrije marge voor de nationale toepassing.³⁸

³³ *Commissie v Duitsland*, r.o. 35.

³⁴ *Clinique*, r.o. 21-23.

³⁵ HvJ 26 november 1996, Zaak C-313/94, *F.lli Graffione SNC v Ditta Fransa*, Jur. I-6039, r.o. 22 (cursief toegevoegd).

³⁶ *Estée Lauder*, r.o. 30.

³⁷ *Estée Lauder*, r.o. 29 (cursief toegevoegd).

³⁸ Zie ook Niamh Nic Shuihne, 'Labels, Locals and the Free Movement of Goods', in: Rachael Craufurd Smith (ed.), *Culture and European Union Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 87.

2.4 *Pluriformiteit (II): bevoegdheidsverdeling Hof van Justitie en nationale rechter*

Deze rechtspraak kan in verband worden gebracht met de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter. Uit *Gut Springenheide* volgt dat het Hof ‘... wanneer de voorliggende stukken voldoende leken en de oplossing duidelijk leek, het probleem zelf heeft beslecht in plaats van de eindbeoordeling aan de nationale rechter over te laten’.³⁹ ‘Anderzijds heeft het Hof in andere zaken, waarin het niet over voldoende gegevens beschikte of de oplossing wegens de stand van het voorliggende dossier niet eenduidig leek, de beslissing over het eventueel misleidend karakter van de benaming, het merk of de reclame-uiting aan de nationale rechter overgelaten.’⁴⁰ Deze verklaring legt de nadruk op de beschikbaarheid van informatie voor het Hof. Zij hangt samen met de in de vorige paragraaf genoemde ‘sociale, culturele en taalkundige factoren’. Voor het beoordelen van dergelijke gevallen is de nationale rechter beter toegerust dan het Hof en het ligt voor de hand dat het Hof juist in deze gevallen de beslissing naar de nationale rechter ‘delegeert’.

De beschikbaarheid van informatie hangt ook samen met ’s Hofs overwegingen in *Gut Springenheide* en *Estée Lauder*, dat de nationale rechter overeenkomstig zijn nationale recht kan bepalen welk percentage misleide consumenten hem voldoende significant voorkomt om in voorkomend geval een verbod te rechtvaardigen.⁴¹ Zoals opgemerkt in par. 2.2 is een handelspraktijk misleidend indien een ‘aanzienlijk aantal consumenten’ er door wordt misleid. Het Hof heeft nooit aangegeven welk percentage hiervoor vereist is en het accepteert uitdrukkelijk dat deze percentages per land kunnen verschillen. Volgens *Gut Springenheide* moet de nationale rechter namelijk overeenkomstig zijn nationale recht bepalen ‘... welk percentage misleide consumenten hem voldoende significant lijkt om in voorkomend geval een verbod van die reclame-uiting te rechtvaardigen.’⁴² Aldus gaf het Hof zijn zegen aan de Duitse methode volgens welke ‘an advertisement is already considered to be misleading by German courts if only 10 to 15 per cent of the addressed average casual (passing) consumers would be misled’.⁴³ Deze ‘liberale’ benadering van het Hof is des te opmerkelijker, nu ’s Hofs maatstaf van de ‘gemiddelde, redelijk goed geïnformeerde, oplettende en omzichtige consument’ niet eenvoudig valt te rijmen met de Duitse ‘gemiddelde oppervlakkige consument’ die in de genoemde marktonderzoeken centraal staat.⁴⁴

2.5 *Onderscheid tussen primaire en secundaire wetgeving*

De bevoegdheidsverdeling tussen Hof en nationale rechter kan, behalve met de voor het Hof beschikbare informatie (par. 2.4), ook te maken hebben met de omvang van de inbreuk op het vrij verkeer van goederen. Hoe sterker een nationale maatregel het vrij verkeer van goederen beperkt, des te minder zal het Hof geneigd zijn om afstand te doen van zijn bevoegdheid om de zaak zelf te beslissen en aldus een uniforme toepassing van de verdragsbepalingen te waarborgen. Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een

³⁹ *Gut Springenheide*, r.o. 30, met verwijzing naar *GB-INNO-BM; Pall; Yves Rocher; Clinique; Langguth en Mars*. Zie ook HvJ 4 april 2000, Zaak C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln/Adolf Darbo*, Jur. I-2297.

⁴⁰ *Gut Springenheide*, r.o. 33, met verwijzing naar HvJ 25 februari 1992, Zaak C-203/90, *Erzeugergemeinschaft Gutshof-Ei/Stadt Bühl*, Jur. I-1003; HvJ 17 maart 1983, Zaak 94/82, *Strafzaak tegen De Kikvorsch Groothandel*, Jur. 947 en *Graffione*. Zie ook *Nissan*, r.o. 16 en *Lidl*, r.o. 85-86.

⁴¹ *Estée Lauder*, r.o. 31; zie ook *Gut Springenheide*, r.o. 37.

⁴² *Gut Springenheide*, r.o. 36-37. Bevestigd in *Estée Lauder*, r.o. 31; zie ook *Nissan*, r.o. 16.

⁴³ R. Mann, ‘German Advertising Standards under Pressure from Europe’, *EIPR* 1999, p. 519.

⁴⁴ S. Dittmer, ‘Misleading Advertising: An End to the ‘Cursory Average Consumer’’, *EIPR* 1998, p. 314.

nationaal verbod om een gehele productsoort of een complete productlijn in de handel te brengen, zoals in *Duits bier* en in *Clinique*. Omgekeerd zal het Hof vermoedelijk eerder geneigd zijn om de beslissing naar de nationale rechter te ‘delegeren’ naarmate de gevolgen van een nationaal verbod geringer zijn voor de intra-communautaire handel. Hier valt te denken aan een verbod op een bepaalde marketing methode (zoals advertenties in *Nissan* en *Lidl* of een product claim in *Gut Springenheide* en *Estée Lauder*). In deze gevallen kan er meer ruimte zijn voor de nationale rechter, in het bijzonder indien ook sociale, culturele en taalkundige factoren een rol spelen en indien de nationale maatregel voornamelijk een nationaal effect heeft (zoals advertenties) en niet of minder op het intra-communautaire verkeer. In deze gevallen speelt art. 28 EG een meer ondergeschikte rol en ligt de nadruk op de toepassing van de secundaire wetgeving.

Een verwante vraag is of een decentrale benadering meer voor de hand ligt indien het gaat om de toepassing van een minimum harmonisatie richtlijn. In zaken die werden beheerst door de minimum harmonisatie richtlijnen inzake misleidende en vergelijkende reclame (*Nissan*, *Lidl*), liet het Hof de beslissing aan de nationale rechter. Een illustratie bieden ook *Clinique* en *Graffione*, waarin de Eerste Merkenrecht Richtlijn van kracht was. Alleen in *Graffione* wees het Hof op het feit dat deze richtlijn geen volledige harmonisatie beoogde.⁴⁵ Het belangrijkste verschil tussen beide zaken is dat in *Graffione* een Italiaanse rechter het merk *Cotonelle* nietig had verklaard wegens het misleidende karakter ervan, terwijl dat in *Clinique* niet het geval was. Als de Merkenrecht Richtlijn geen maximum harmonisatie beoogt, ligt het voor de hand dat moet worden voorkomen dat een dergelijke maximum harmonisatie wordt ingevoerd door de achterdeur van een te strikte toepassing van art. 28 EG. Dit is echter speculatie, omdat het Hof zich tot nu niet heeft begeven in een discussie inzake de verhouding tussen minimum harmonisatie enerzijds en de toepassing van het concept van de gemiddelde consument anderzijds.

2.6 Ontwikkelingen op Verdragsniveau

De ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof naar een meer pluriform concept van ‘de gemiddelde consument’ kan op Europees constitutioneel niveau in verband worden gebracht met twee wijzigingen van het EG Verdrag door het Verdrag van Maastricht (1992).

In de eerste plaats bepaalt art. 151 lid 1 EG sindsdien: ‘De Gemeenschap draagt bij tot de ontplooiing van de culturen van de lidstaten onder eerbiediging van de nationale en regionale verscheidenheid van die culturen, maar tegelijk ook de nadruk leggend op het gemeenschappelijk cultureel erfgoed.’ En volgens lid 4 houdt de Gemeenschap ‘... bij haar optreden uit hoofde van andere bepalingen van dit Verdrag rekening met de culturele aspecten, met name om de culturele verscheidenheid te eerbiedigen en te bevorderen.’⁴⁶

Dit belang van culturele pluriformiteit is verder ontwikkeld in art. 22 van het (niet van kracht zijnde) Handvest van Grondrechten van de Europese Unie, dat bepaalt: ‘De Unie eerbiedigt de culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid.’ De Toelichting op dit artikel vermeldt dat het steunt op art. 6 EG en art. 151 leden 1 en 4 EG aangaande cultuur. In art. 6 EG wordt bepaald dat de Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele

⁴⁵ *Graffione*, r.o. 29.

⁴⁶ Zie voor gevallen waarin nationaal cultureel beleid werd beschouwd als een rechtvaardiging voor (in elk geval) indirecte discriminatie: Conclusie AG Van Gerven voor HvJ 4 mei 1993, Zaak C-17/92, *Federación de Distribuidores Cinematográficos/Estado Español en Unión de Productores de Cine y Televisión (Fedicine)*, Jur. I-2239.

vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben (lid 1). De Unie eerbiedigt voorts de nationale identiteit van haar lidstaten (lid 3).

Ten tweede is met het Verdrag van Maastricht het subsidiariteitsbeginsel opgenomen in art. 5 lid 2 EG. Dit beginsel vereist dat beslissingen zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen. Hoewel het Hof niet aan dit beginsel is gebonden, kan de gedachte die er aan ten grondslag ligt het Hof wel hebben beïnvloed.⁴⁷ Dit kan ook samenhangen met de wens van het Hof om meer over te laten aan de nationale rechter – deze is uiteindelijk ook een gemeenschapsrechter – teneinde zich, mede ten behoeve van een betere efficiency en een beperking van de werklast, te richten op zaken van meer fundamentele betekenis voor de Gemeenschap.⁴⁸

3 De ‘gemiddelde consument’ in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken

Volgens de considerans bij de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken (r.o. 3) vertonen de wetten van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken ‘... duidelijke verschillen, die aanzienlijke concurrentievervalsingen en belemmeringen voor een goede werking van de interne markt kunnen veroorzaken.’⁴⁹ Deze verschillen verhogen de kosten voor ondernemingen die willen profiteren van de interne markt en zij maken consumenten onzeker over hun rechten (r.o. 4). De Richtlijn beoogt daarom de nationale wetgevingen op dit gebied te harmoniseren: ‘Dat kan alleen door op communautair niveau uniforme regels vast te stellen die een hoog niveau van consumentenbescherming waarborgen en door bepaalde rechtsbegrippen op communautair niveau te verduidelijken tot het niveau dat noodzakelijk is om de goede werking van de interne markt en de rechtszekerheid te verzekeren.’ (r.o. 5). Van deze gedachte van maximum harmonisatie is in de Richtlijn echter, zoals reeds opgemerkt (par. 1), in een aantal opzichten minder terechtgekomen, onder meer door het pluriforme concept van ‘de gemiddelde consument’.

In het oorspronkelijke Richtlijn-voorstel was van die pluriformiteit nog niets te bekennen.⁵⁰ Hierin was namelijk bepaald dat het misleidende karakter van een handelspraktijk diende te worden bepaald door vast te stellen welke gevolgen deze praktijk zou hebben op het economische gedrag van ‘de redelijk goed geïnformeerde, en redelijk oplettende en omzichtige consument’.⁵¹ Deze definitie was ontleend aan de rechtspraak van het Hof van Justitie⁵² maar verschilde daarvan in elk geval op twee punten: zij vermeldde niet dat nationale rechters het concept van de gemiddelde consument konden toepassen overeenkomstig hun nationale recht (*Gut Springenheide*) en tevens ontbrak een verwijzing naar de relevantie van sociale, culturele en taalkundige factoren (*Estée Lauder*). Het voorstel voorzag evenmin in een striktere bescherming van kwetsbare consumenten, zoals

⁴⁷ G. de Burca, ‘The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an institutional actor’, (1998) 38 *JCMS* 217.

⁴⁸ Dit strookt met het Verdrag van Nice (2001) dat belangrijke wijzigingen bracht in de organisatie van het Hof; zie art. 2 lid 26 e.v. Verdrag van Nice en thans de art. 220 e.v. EG.

⁴⁹ Zie ook de twee fact-finding rapporten die in opdracht van de Europese Commissie werden geschreven ter voorbereiding en begeleiding van het wetgevingsproces: Reiner Schulze and Hans Schulze-Nölke (eds.), *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices*, 2003 (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf); Cees van Dam and Erika Budaite (eds.), *Unfair Commercial Practices. An Analysis of the Existing National Laws on Unfair Commercial Practices Between Business and Consumers in the New Member States*, 2005 (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_general_report_en.pdf).

⁵⁰ COM(2003) 356, 18.06.2003.

⁵¹ COM(2003) 356, 18.06.2003, art. 5 lid 2.

⁵² COM(2003) 356, 18.06.2003, art. 2 sub b.

kinderen,⁵³ en beoogde daarmee in feite de introductie van een uniforme volwassen Euroconsument.

In de uiteindelijke versie van de Richtlijn is de in art. 2 opgenomen definitie geschrapt en wordt in overweging 18 van de considerans overwogen, dat ‘... het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van de gemiddelde – dit wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende – consument als maatstaf [wordt] genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren.’ Deze benadering laat ruimte voor een verdere ontwikkeling door het Hof van het begrip ‘gemiddelde consument’ en voor nationale verschillen in het vaststellen van het misleidende karakter van een handelspraktijk. In dezelfde overweging van de considerans galmen de overwegingen van het Hof in *Gut Springenheide* na: ‘Nationale rechtbanken en autoriteiten moeten, rekening houdend met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, hun eigen oordeel volgen om vast te stellen wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is.’ Voorts is de nationale rechter autonoom bij het bepalen van wat een ‘aanzienlijk aantal consumenten’ is dat wordt misleid door een handelspraktijk. De Richtlijn respecteert daarmee dat in de Gemeenschap verschillende standaards kunnen bestaan en biedt ruimte voor een pluriforme Euroconsument. Dit alles heeft tot gevolg dat met ‘s Hofs concept van ‘de gemiddelde consument’ in de Richtlijn een Paard van Troje is binnengehaald dat de beoogde maximum harmonisatie in belangrijke mate ondermijnt.

Het concept van ‘de gemiddelde consument’ in de Richtlijn is nu identiek aan dat van het Hof. Wel lijkt de drempel in de Richtlijn hoger te zijn, omdat tevens voldaan moet zijn aan twee cumulatieve vereisten wil een handelspraktijk oneerlijk zijn (met uitzondering van de praktijken opgesomd in de bijlage bij de Richtlijn die geacht worden altijd oneerlijk te zijn). Art. 5 lid 2 vereist namelijk dat een handelspraktijk ‘(a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding, en b) het economische gedrag van de gemiddelde consument (...) met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.’⁵⁴ Het laatstgenoemde vereiste is als zodanig in de nationale rechtsstelsels onbekend maar het zal in de meeste gevallen besloten liggen in het causaliteitsvereiste.

4 Sociale, culturele en taalkundige factoren

Het is algemeen aanvaard dat juridische begrippen een sociale, culturele en taalkundige context hebben maar het is de vraag wat het concreet betekent dat bij het toepassen van het concept van ‘de gemiddelde consument’ met deze factoren rekening moet worden.

Het Hof noemde de sociale, culturele en taalkundige factoren voor het eerst in *Graffione* en *Estée Lauder*.⁵⁵ Hierin stonden *taalkundige aspecten* centraal. In *Graffione* vond de Italiaanse rechter dat het merk Cotonelle ten onrechte suggereerde dat de hieronder op de markt gebrachte papieren zakdoekjes en toiletpapier katoen bevatten. Om die reden verklaarde hij het merk nietig. Een dergelijke verwarring was inderdaad zeer wel denkbaar

⁵³ Zie thans echter art. 5 lid 3 Richtlijn (= art. 6:193a lid 2 BW): ‘Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep.’ Er is enige reden om te veronderstellen dat ook het Hof van Justitie rekening houdt met de kwetsbare consument: zie HvJ 16 mei 1989, Zaak 382/87, *Strafzaak tegen Buét en Sarl Educational Business Services*, Jur. 1235.

⁵⁴ Zie voor Engeland bijvoorbeeld C. Twigg-Flesner, ‘Deep Impact? The EC Directive on Unfair Commercial Practices and Domestic Consumer Law’, *LQR* 2005, p. 388.

⁵⁵ AG Gulmann had in zijn Conclusie voor *Clinique*, r.o. 18, al (tevergeefs) gepleit om deze factoren in aanmerking te nemen; zie ook Radeideh, *a.w.*, p. 65.

nu het Italiaanse woord voor katoen *cotone* is. Hetzelfde zou kunnen gelden in het Frans (*coton*) en het Engels (*cotton*) en, in iets mindere mate, voor het Nederlands (*katoen*). Ook al is er minder verband in het Spaans (*algodón*) en helemaal niet in het Duits (*Baumwolle*), het is goed te begrijpen dat het Hof vond dat voor 'de gemiddelde consument' taalkundige factoren relevant kunnen zijn bij het vaststellen van het misleidende karakter van een merk.

Taalkundige aspecten spelen ook een belangrijke rol bij etikettering. Indien nationale taalvoorschriften met betrekking tot etikettering van toepassing zijn op nationale en geïmporteerde producten, kan dit indirecte discriminatie opleveren, doordat zij de nationale producent een voorsprong geven. De rechtvaardiging voor deze voorschriften kan worden gevonden in het belang van de consumentenbescherming. Art. 16 lid 1 van Richtlijn 2000/13⁵⁶ schrijft voor dat het etiket moet zijn gesteld in een taal die door de consument eenvoudig kan worden begrepen, tenzij hij op andere wijze kan worden geïnformeerd. Dit mag zelfs een regionale taal zijn, zolang dit tevens een officiële Gemeenschapstaal is (art. 16 lid 2) en zolang de bepalingen van het EG Verdrag (in het bijzonder art. 28) worden gerespecteerd. Of hiermee het belang van de consument steeds wordt beschermd, is de vraag. Het belang van taalkundige en culturele bescherming lijkt bij de totstandkoming van deze wetgeving de overhand te hebben gehad. Meer in het algemeen is het in deze gevallen moeilijk om consumentenbelangen en regionale belangen strikt van elkaar te scheiden.⁵⁷

Omdat het in *Graffione en Estée Lauder (Lifting)* om taalkundige aspecten ging, kon eenvoudig de gedachte postvatten dat de genoemde factoren slechts betrekking hadden op ondergeschikte en in elk geval gelimiteerde aspecten van een zaak. De sociale en culturele factoren lijken in dit opzicht meer te bieden te hebben.

Thomas Wilhelmsson heeft als een van de eersten suggesties gedaan voor de betekenis van *culturele factoren* bij het vaststellen van 'de gemiddelde consument'.⁵⁸ Hij gaat daarbij vooral in op de culturele verschillen binnen Europa, zoals met betrekking tot het vertrouwen in de markt, communicatie-methoden, rationaliteitspatronen, waarden, voorkeuren en dergelijke. Hij doet dit mede in het licht van recent marketing-onderzoek. Dit onderzoek richt zich de laatste jaren steeds meer op de betekenis van verschillen in consumentengedrag voor het succes van adverteerders en marketing in verschillende landen.⁵⁹ Waar marketingdeskundigen een open oog hebben voor diversiteit binnen Europa, is het van groot belang, zoals Wilhelmsson doet, om te overdenken wat de gevolgen van hun onderzoek kunnen zijn voor het Europese (privaat)recht, in het bijzonder voor de vormgeving van 'de gemiddelde consument'. Hij schrijft terecht: 'The European regulatory discourse has so far to an astonishing degree neglected the variations, and the knowledge that exists concerning the variations. Despite the fact that contemporary research on consumer marketing has shown a rapidly growing interest in the effect of cultural variations on the efficiency of marketing and recognised the need to combine globalism with localism, this has not led to any significant discussions in the legal harmonisation literature.'⁶⁰

⁵⁶ Zie noot 12.

⁵⁷ Zie Niamh Nic Shuihne, 'Labels, Locals and the Free Movement of Goods', in: Rachael Craufurd Smith (ed.), *Culture and European Union Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 81-112, in het bijzonder p. 95 e.v. Zie ook Hans-W. Micklitz, 'Zum Recht des Verbrauchers auf die eigene Sprache' (2003) 11 *ZEuP*, p. 635.

⁵⁸ Eén van de weinige uitzonderingen is Thomas Wilhelmsson, 'The Average European Consumer: a Legal Fiction?', in: Thomas Wilhelmsson, Elina Paunio en Annika Pohjolainen (red.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (Kluwer Law International, 2007), p. 241-268.

⁵⁹ Zie met name Marieke de Mooij, *Consumer Behaviour and Culture. Consequences for Global Marketing and Advertising* (Thousand Oaks: Sage Publications, 2004).

⁶⁰ Wilhelmsson, *a.w.*. Zie ook Fernando Gomez, 'The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective', 2 *European Review of Contract Law* 2006, p. 17-34, die opmerkt dat bedrijven zich sowieso moeten aanpassen aan lokale marktomstandigheden waardoor de extra kosten van regulatory compliance te verwaarlozen zouden zijn. Hij vindt het 'apparent that, in the current European context, it is far

Bij het bepalen van ‘de gemiddelde consument’ kan de rechter in zijn overwegingen niet alleen taalkundige en culturele factoren betrekken maar ook *sociale factoren*. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de mate waarin consumenten vertrouwd zijn met de wijze waarop de vrije markt werkt, met ‘westerse’ handelspraktijken en met hoe reclames en advertenties dienen te worden begrepen. In dit opzicht bestaat er een duidelijk verschil tussen de 15 oude lidstaten en de voormalige communistische lidstaten (8 van de 10 nieuwe lidstaten) waar de consumenten pas recent met de vrije markt in aanraking zijn gekomen. Het is daarom denkbaar dat zij hierdoor in mindere mate gewend zijn aan de handelspraktijken van een vrije markteconomie. De gemiddelde consument in Roemenië is niet dezelfde als die in Duitsland en in de toepassing van het concept van ‘de gemiddelde consument’ kan de rechter daarmee rekening houden.⁶¹

Het voorgaande laat zien dat de door het Hof genoemde factoren niet van louter technische aard zijn. De rol van sociale en culturele factoren bij het bepalen van ‘de gemiddelde consument’ opent zelfs een perspectief op vragen van een bredere en fundamentele aard. Vragen die de verhouding tussen nationaal en Europees recht en die tussen consumentenbescherming en het vrij verkeer van goederen in het hart raken. Sociale en culturele aspecten laten namelijk ook ruimte om rekening te houden met het niveau van consumentenbescherming. Dit niveau wordt bepaald door sociale factoren die wortelen in de nationale cultuur en die daarom per land verschillen.⁶²

Wat in het ene land als een ‘eerlijke handelspraktijk’ wordt beschouwd, zal in andere landen als oneerlijk kunnen worden beoordeeld. Zo kent het Verenigd Koninkrijk, anders dan bijvoorbeeld Duitsland, nauwelijks een traditie van publiek- en privaatrechtelijke regulering van handelspraktijken: ‘The world is a very unfair place, and the sooner you get to know it, the better. In my view, unfair competition is not a wrong known to the law.’⁶³ Hier tegenover staat dat in het Duitse reguleringskader op het gebied van de misleidende reclame een advertentie reeds als misleidend kan worden beschouwd indien dat voor 15% van de consumenten het geval is. Engelse rechters daarentegen gebruiken een veel liberaler model, gebaseerd op het idee dat consumenten ‘expect hyperbole and puff’. De Engelse consument wordt daarom geacht niet snel te zijn misleid.⁶⁴

Kan de nationale rechter bij het toepassen van de Richtlijn inderdaad zover gaan om aan de hand van sociale en culturele factoren nationale opvattingen over consumentenbescherming te laten reflecteren in de toepassing van het concept van ‘de gemiddelde consument’? Dat dit in beginsel inderdaad zo is, ligt besloten in ‘s Hofs jurisprudentie omtrent de mogelijkheid voor de nationale rechter om op basis van zijn nationale recht het vereiste percentage consumenten vast te stellen dat door een handelspraktijk wordt misleid teneinde deze als oneerlijk te kwalificeren (zie par. 2.4).

from clear that a uniform pan-European regulatory content would be optimal for the conditions of all national consumer markets, and the various societal preferences concerning authorised and un-authorised commercial practices’.

⁶¹ Zie ook Hans-W. Micklitz (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten* (Baden-Baden: Nomos, 1996).

⁶² Zie bijvoorbeeld Thomas Wilhelmsson, ‘Consumer Images in East and West’, in: Hans.-W. Micklitz (red.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, (Baden-Baden, 1996) en meer in het algemeen over culturele diversiteit G. Hofstede en G.J. Hofstede, *Cultures and Organizations. Software of the Mind*, (New York, 2005). Zie voorts Cees van Dam, ‘European Tort Law and the Many Cultures of Europe’, in: Thomas Wilhelmsson, Elina Puanio en Annika Pohjolainen (red.), *Private Law and the Cultures of Europe* (The Hague: Kluwer Law International, 2007), p. 53-76.

⁶³ *Swedac v. Magnet & Southern* [1989] FSR 243 at 239, per Justice Harman. Vermoedelijk vormt dit citaat geen getrouwe weergave (meer) van het Engelse recht op dit punt maar het geeft wel een goed beeld van een nog steeds dominante trend van terughoudendheid.

⁶⁴ De Vrey, a.w., p. 283. Hij voegt daar terecht aan toe (p. 288): ‘This does not necessarily mean that the average English recipient of advertising is *de facto* more used to such statements, it could also mean that the courts believe that they should be more used to it.’

De ruimte voor deze pluriformiteit wordt uiteraard beperkt door de tegenkrachten van één van de hoekstenen van de interne markt: het vrij verkeer van goederen. Deze communautaire vrijheid krijgt voorrang, tenzij een beperking daarvan gerechtvaardigd is op grond van een algemeen belang, zoals het belang van consumentenbescherming (par. 2.1). Het is duidelijk dat een te vergaande pluriformiteit knaagt aan de fundamentele van de interne markt: 'In the specific context of the free movement of goods (...) a fairly delicate balance is required to be struck – while certain local practices and traditions are indeed 'cultural', recognition of this fact in all cases will serve to unpick the very fabric of the internal market so carefully constructed for almost 50 years.'⁶⁵ De komende jaren zullen moeten bewijzen of de gemeenschapsrechtvaardigers in staat zijn tot een evenwichtige koorddans, met in de ene hand 'consumentenbescherming en diversiteit' en in de andere 'vrij verkeer en *level playing field*'.

5 Gemeenschappelijk Referentiekader en een 'Europees BW'

Bovenstaande overwegingen met betrekking tot de wijze waarop het Hof van Justitie een pluriforme betekenis geeft aan 'de gemiddelde consument' roepen de vraag op welke bandbreedtes zullen worden toegestaan, c.q. mogelijk zullen zijn bij de terminologie die wordt ontwikkeld in het zogenaamde Gemeenschappelijk Referentiekader ('GKR').⁶⁶ De bedoeling van dit GKR is om de Europese wetgever (Commissie, Raad en Parlement) te voorzien van een gereedschapskist ('toolbox'), die kan worden gebruikt bij de herziening van bestaande en de voorbereiding van nieuwe wetgeving op het gebied van met name het verbintenisrecht.

Het is nog niet geheel duidelijk waar deze 'toolbox' uiteindelijk toe zal leiden maar vooralsnog zal zij vermoedelijk vooral fundamentele beginselen van contractenrecht, definities van kernbegrippen en modelbepalingen bevatten.⁶⁷ In die zin kan het GKR een belangrijke bijdrage leveren aan de kwaliteit van Europese regelgeving door het bevorderen van consistentie, coherentie en transparantie.

Voor zover het GKR wordt gebruikt bij de herziening van het consumentenacquis en bij de voorbereiding van nieuwe wetgeving, kan zij reeds op korte termijn van praktische betekenis worden.⁶⁸ Harmonisering en uniformering van regelgeving kunnen een bijdrage leveren aan het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal.

Harmonisering en uniformering kunnen op hun beurt echter weer leiden tot nieuwe vormen van marktfalen, omdat Europese consumenten en dus ook Europese deelmarkten verschillend functioneren. Deze pluriformiteit wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie op subtiele wijze gereflecteerd. Deze jurisprudentie geeft de nationale rechter ruimte om in concrete gevallen rekening te houden met taalkundige, culturele en sociale verschillen tussen de lidstaten. Van deze pluriformiteit in consumentenbescherming in de jurisprudentie van het Hof kunnen lessen in bescheidenheid worden geleerd ten behoeve van het vaststellen van een GKR en de herziening van het Consumentenacquis.

⁶⁵ Niamh Nic Shuihne, 'Labels, Locals and the Free Movement of Goods', in: Rachael Craufurd Smith (ed.), *Culture and European Union Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 110.

⁶⁶ Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke a.o. (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (Sellier: München, 2008).

⁶⁷ Tweede voortgangsverslag over het gemeenschappelijke referentiekader (Common Frame of Reference), COM(2007) 447, 25.7.2007.

⁶⁸ Groenboek Herziening van het Consumentenacquis, COM(2006) 744, 8.2.2007, waarover onder meer M.W. Hesselink, 'Naar een (Europees) Wetboek van Consumentenrecht?', NJB 2007, p. 850-857. Zie ook A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E.H. Hondius en J.M. Smits, 'Een Europees BW?', NJB 2007, p. 2482-2488..

6 Conclusie

De uniforme Euroconsument bestaat niet en de ontwikkeling ervan dient evenmin te worden bevorderd. Het valt toe te juichen dat het Hof van Justitie dat ook zo ziet en nationale verschillen toelaat in het concept van de gemiddelde consument bij het vaststellen van het misleidende karakter van een handelspraktijk. Doordat de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken naadloos aansluit bij de rechtspraak van het Hof, blijft de ‘gemiddelde Euroconsument’ een pluriforme verschijning. De Richtlijn is dus niet het Procrustus bed waarop de verschillende Europese consumentenrechtstelsels worden geüniformeerd.

Mede om deze reden vormt de Richtlijn dan ook geen totale harmonisatie van de regulering van oneerlijke handelspraktijken in Europa. Op het gebied van de oneerlijke handelspraktijken zullen ondernemingen en consumenten omzichtig en oplettend dienen te blijven met betrekking tot nationale verschillen. Nationaal recht, rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht blijven daarom van groot belang.⁶⁹ Tegelijk heeft de juridische discussie zich verbreed naar de complexere vraag hoe maatschappij, cultuur en taal ingrijpen in het communautaire concept van de gemiddelde consument.

De pluriformiteit van de *gemiddelde consument* vormt een fraaie illustratie van de pluriformiteit van de *interne markt* en daarmee van de Europese Gemeenschap. Het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal impliceert niet noodzakelijkerwijs dat de markt in de gehele Gemeenschap op dezelfde manier functioneert, c.q. dient te functioneren, ook niet op gebieden die communautair zijn geharmoniseerd.

⁶⁹ Op grond van art. 6 lid 1 van de Rome II Verordening geldt als hoofdregel, dat de verbintenis die voortvloeit uit een oneerlijke handelspraktijk wordt beheerst door het recht van het land waar de collectieve belangen van de consumenten worden geschaad of dreigen te worden geschaad Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('Rome II'), Pb L 199/40, 31.07.2007.