

University of Groningen

De bewijslastomkering bij oneerlijke handelspraktijken

Tigelaar, Leonieke; Pavillon, Charlotte

Published in:
 Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Tigelaar, L., & Pavillon, C. (2021). De bewijslastomkering bij oneerlijke handelspraktijken: Een jurisprudentie-onderzoek naar de toepassing van art. 6:193j lid 1 en 2 BW. *Tijdschrift voor Consumentenrecht & Handelspraktijken*, 2021(4), 204-215.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De bewijslastomkering bij oneerlijke handelspraktijken

Een jurisprudentie-onderzoek naar de toepassing van art. 6:193j lid 1 en 2 BW

Artikel 6:193j lid 1 en 2 BW bevatten een bewijslastomkering ter zake van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die een ondernemer aan een consument heeft verstrekt resp. de toerekenbaarheid van een oneerlijke handelspraktijk aan de ondernemer. In deze bijdrage bespreken wij de wijze waarop de rechter met deze bewijslastomkering omgaat en beantwoorden wij de vraag naar haar toegevoegde waarde voor de processuele positie van consument en concurrent.

1. Inleiding

De afdeling oneerlijke handelspraktijken (afdeling OHP; art. 6:193a-art. 6:193j BW) dient ter omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.¹ Om consumenten te beschermen, komen artikel 6:193j leden 1 en 2 BW zowel consumenten als concurrenten, die ook actiegerechtigd zijn om tegen oneerlijke handelspraktijken op te treden,² deels tegemoet in de bewijslast van de oneerlijke handelspraktijk. De ondernemer draagt de bewijslast van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt (lid 1) en van de (niet-)toerekenbaarheid van de oneerlijke handelspraktijk (lid 2). Deze bepalingen keren niet slechts de bewijsleveringslast, maar ook de bewijslast in de zin van het bewijsrisico om.³ De partij die de bewijslast draagt van bepaalde feiten, loopt het risico dat haar vordering door gebrek aan bewijs (*non liquet*) wordt afgewezen. Kan een consument of een concurrent de onjuistheid en/of onvolledigheid van de verstrekte informatie en de toerekening daarvan niet bewijzen, dan zal dat een geslaagd beroep op de afdeling OHP niet in de weg staan.

Interessant is om na te gaan hoe in de rechtspraak is omgegaan met deze bewijslastomkering. In deze bijdrage vragen wij ons af: hoe past de rechter artikel 6:193j lid 1 en 2 BW toe en wat is de toegevoegde waarde van deze bepalingen voor de processuele positie van de consument en concurrent? Wij bespreken eerst de beoogde werking van artikel 6:193j lid 1 en 2 BW (par. 2). Na een toelichting op de uitspraken die aan onze analyse ten grondslag liggen (par. 3) bespreken we in eerste instantie de artikel 6:193j lid 1 BW-zaken (par. 4) en zoomen we in op de toepassing van de bewijslastomkering van lid 1 BW (par. 5). In een tweede deel behandelen we de arti-

kel 6:193j lid 2 BW-zaken (par. 6) en richten het vizier op de bewijslastomkering van lid 2 (par. 7). Tot slot beantwoorden wij de centrale vraag naar de toegevoegde waarde van lid 1 en lid 2 voor de processuele positie van consument en concurrent (par. 8).

2. Beoogde werking van artikel 6:193j lid 1 en 2 BW

2.1. Artikel 6:193j lid 1 BW

De bewijslast ten aanzien van de oneerlijkheid, het misleidende of agressieve karakter van een handelspraktijk, waaronder het manipulatievereiste,⁴ rust in beginsel op de consument of concurrent. Artikel 6:193j lid 1 BW komt hem hierin enigszins tegemoet:

‘Indien een vordering wordt ingesteld, of een verzoekschrift als bedoeld in artikel 305d lid 1 onder a van Boek 3 wordt ingediend ingevolge de artikelen 193b tot en met 193i, rust op de handelaar de bewijslast ter zake van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt als dat passend lijkt, gelet op de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de

* Universitair docent Europees privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

** Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht, aan de Rijksuniversiteit Groningen en redactievoorzitter van dit tijdschrift.

1. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEU* 2005, L 149).
2. Over deze vordering: V. van Druenen & C. Jeloschek, ‘Civielrechtelijke handhaving door concurrenten van de regels over oneerlijke handelspraktijken’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2020, afl. 2, p. 40-47 en M.S.A. Faraj & L.B.A. Tigelaar, ‘Naar een hanteerbare vordering voor een concurrent tegen een ondernemer die zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2018, afl. 6, p. 285-293.
3. Over dit verschil H.J. Sniijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd – Mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade’, *NJB* 2015, afl. 38, p. 2664-2672. Een vermoeden – wettelijk of jurisprudentieel – vormt geen omkering van het bewijsrisico. Door hoge eisen aan het tegenbewijs te stellen (twijfel zaaien volstaat niet) verschuift het risico in de praktijk wel degelijk richting de aansprakelijk gestelde partij.
4. Dat is het vereiste dat de handelspraktijk de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen om een verkeerd besluit te nemen over een transactie.

rechtmatige belangen van de handelaar en van elke andere partij bij de procedure.⁵

Artikel 6:193j lid 1 BW heeft betrekking op *alle* handelspraktijken. Aannemelijk is dat de bepaling slechts voor misleidende handelspraktijken van betekenis is, omdat zij betrekking heeft op *informatieverschaffing*.⁶ Onder misleidende handelspraktijken vallen ook misleidende omissies waarbij de ondernemer essentiële informatie weglaat, deze informatie op een onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige manier of te laat verstrekt (art. 6:193d-art. 6:193f BW). Wordt de ondernemer beticht van een omissie, het weglaten van essentiële informatie, dan zal hij krachtens artikel 6:193j lid 1 BW moeten aantonen dat de informatie wel is verschaft.⁷

De consument of concurrent moet, als hij een vordering instelt op grond van artikel 6:193b-6:193i BW,⁸ weliswaar stellen en bewijzen dat bepaalde informatie (al dan niet) is verstrekt, maar het is in deze fase van het geding niet noodzakelijk te bewijzen dat sprake is van een in de wet omschreven oneerlijke handelspraktijk. Ook behoeft hij niet aannemelijk te maken dat er sprake van een oneerlijke handelspraktijk kan zijn.⁹ De ondernemer wordt toegelaten tot bewijslevering omtrent de juistheid en volledigheid van die informatie *indien* hij hetgeen de consument of concurrent heeft gesteld, voldoende betwist.

Sommige auteurs twifelen aan het praktische belang van lid 1.¹⁰ Zo zou op grond van de uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 150 Rv eenzelfde resultaat kunnen worden bereikt. Andere auteurs zijn van mening dat de bewijslastomkering een duidelijke versterking van de processuele positie van de consument (en concurrent) vormt.¹¹ Het voordeel van lid 1 is dat dit buiten twijfel stelt dat de ondernemer het *bewijsrisico* draagt van een gedane bewering en dat dit niet afhankelijk is van een *ad hoc* afweging door de rechter.¹²

Ons komt evenwel voor dat lid 1 wel ruimte laat voor een dergelijke afweging. Het zogenoemde ‘passendheids-criterium’, het laatste deel van artikel 6:193j lid 1 BW, laat de uiteindelijke bewijslastomkering namelijk over aan de rechter. De rechter moet overwegen dat hij de omkering van de bewijslast gelet op de concrete omstan-

digheden van het geval en met inachtneming van de rechtmatige belangen van de ondernemer en van elke andere partij bij de procedure passend acht. Het uiteindelijke beschermingsniveau wordt aldus door de rechter bepaald.¹³

2.2. Artikel 6:193j lid 2 BW

Artikel 6:193j lid 2 BW is een ‘als-tenzij’-bepaling die uit drie delen bestaat. De bepaling luidt als volgt:

‘Indien op grond van artikel 193b onrechtmatig door de handelaar is gehandeld, is hij voor de dientengevolge ontstane schade aansprakelijk, tenzij hij bewijst dat zulks noch aan zijn schuld is te wijten noch op andere grond voor zijn rekening komt.’

In tegenstelling tot lid 1 volgt lid 2 *niet* uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Het was de keuze van de minister om de OHP als *species* van de onrechtmatige daad te kwalificeren met bijbehorende aanspraak op schadevergoeding.¹⁴ Gekozen is ook voor een bewijslastomkering ten aanzien van de (niet-)toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de ondernemer. Een dergelijke omkering is toegestaan gelet op de ‘*remedial autonomy*’ van de lidstaten.¹⁵

Van Nispen ziet geen meerwaarde in lid 2 daar algemeen wordt aangenomen dat op de verweerder die onrechtmatig heeft gehandeld, de last ligt om te bewijzen dat de gedraging hem niet kan worden verweten en niet anderszins voor zijn rekening komt.¹⁶ Dit volgt echter niet uit artikel 6:162 lid 3 BW: het bewijs van de toerekenbaarheid ligt volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv op de weg van de eisende partij, nu zij zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde onrechtmatige daad.¹⁷ Uit artikel 6:193j lid 2 BW volgt naar wij menen dat de consument/concurrent niets hoeft te stellen ten aanzien van de toerekenbaarheid. Franx is van mening dat Van Nispen uit het oog verliest dat artikel 6:193j lid 2 BW niet alleen de bewijsleveringslast, maar ook het *bewijsrisico* voor de toerekenbaarheid omkeert en bij de ondernemer legt.¹⁸ In een situatie waarin de eiser stelt dat sprake is van een *toerekenbare* omissie van informatie maar de

5. De bepaling vindt haar basis in art. 12 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

6. D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Monografieën BW, deel B49a), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 12.

7. Verkade 2016, nr. 49.

8. Deze bepalingen omvatten oneerlijke, misleidende, agressieve handelspraktijken en zwartelijstpraktijken.

9. *Kamerstukken I* 2006/07, 30928, E, p. 2 (NMvA). Aangehaald door C.J.J.C. van Nispen, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 6:193j, aantekening 1 (laatst bijgewerkt op 1 december 2020).

10. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/320 (ten aanzien van het vergelijkbare art. 6:195 lid 1 BW).

11. J.P. Franx, *Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract* (R&P nr. FR15), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 11.2.1. Hij spitst deze bewering toe op de consument-belegger. T.M.C. Arons, ‘Van financiële massaproducten en (massa)vernietigingssancities’, *Ondernemingsrecht* 2015/104, par. 1 en A.C.W. Pijs, ‘Misleiding van het beleggende publiek, een oneerlijke handelspraktijk!’, *Ondernemingsrecht* 2008/97, par. 6. Het gaat om een bijzondere bewijsregel in de zin van art. 150 Rv, zie *Kamerstukken I* 2006/07, 30928, C, p. 2 (MvA).

12. Franx 2017, par. 11.2.6. Deze opvatting sluit aan bij een opmerking van de minister dat de bepaling alle onduidelijkheid wegneemt t.a.v. de toepasselijkheid van de bijzondere bewijsregel uit de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (*Kamerstukken I* 2006/07, 30928, E, p. 2 (NMvA)). De bepaling vindt namelijk haar oorsprong in art. 12 van de richtlijn.

13. Verkade 2016, nr. 50. De toepassing van het passendheids criterium zou ten koste kunnen gaan van consumentenbescherming. Rechters zouden bij hun afweging het belang van de ondernemer kunnen laten prevaleren boven het belang van de consument.

14. *Kamerstukken II* 2006/07, 30928, nr. 3, p. 5 (MvT).

15. Zie hierover Franx 2017, par. 11.3.

16. C.J.J.C. van Nispen, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 6:193j, aantekening 3.

17. Zie over de ‘normale’ bewijslastverdeling bij de toerekenbaarheid van een OD: ECLI:NL:GHARN:2010:BN3795.

18. Franx 2017, par. 11.3. Volgens Franx zou zonder het bestaan van de bepaling, indien niet duidelijk wordt of de *lead manager* (on)volgende onderzoek heeft verricht, de toerekenbaarheid niet vast komen te staan en de vordering van de belegger worden afgewezen.

toerekenbaarheid niet komt vast te staan, kan de vorde-
ring dankzij lid 2 wel worden toegewezen.

Artikel 6:193j lid 2 BW verwijst, net als artikel 6:162 lid 1
BW, expliciet naar het *condicio sine qua non*-vereiste
(‘dientengevolge’). Voorop staat dat de omkering van de
bewijslast slechts betrekking heeft op de toerekenbaarheid
van de oneerlijke handelspraktijk aan de ondernemer.¹⁹

De consument of concurrent moet overeenkomstig de
hoofregel van artikel 150 Rv zelf stellen en bewijzen dat
hij schade heeft geleden *als gevolg van* de oneerlijke
handelspraktijk. Met andere woorden: de bewijslastom-
kering omvat niet het causaal verband noch het bestaan
van de schade. De vraag is of deze begrenzing van arti-
kel 6:193j lid 2 BW problematisch is in de praktijk. De
vraag of de consument omwille van het Europees effecti-
viteitsbeginsel dient te worden bijgestaan in het aantonen
van het causaal verband tussen oneerlijke handelspraktijk
en schade (of bij een beroep op de vernietigings-sanctie
uit artikel 6:193j lid 3 BW, het sluiten van de overeen-
komst) wordt veelal bevestigend beantwoord.²⁰

3. Gepubliceerde uitspraken waarin artikel 6:193j lid 1 en 2 BW worden aangehaald

Ons doel is om een beeld te schetsen van de toepassing
van de bewijslastomkering in de praktijk en daartoe ma-
ken wij gebruik van de gepubliceerde rechtspraak. Op
15 oktober 2008 traden artikel 6:193j lid 1 en 2 BW in
werking. Sindsdien is de bepaling verschillende keren
toegepast in de rechtspraak. Op 1 november 2020, ruim
12 jaren na de invoering van de bepaling, gaf de website
rechtspraak.nl 321 treffers weer naar aanleiding van de
zoekterm: ‘6:193j’. Wij zijn ons ervan bewust dat niet alle
uitspraken worden gepubliceerd. Van deze 321 uitspraken
zijn de *civiele* zaken geselecteerd waarin artikel 6:193j
lid 1 of lid 2 BW *uitdrukkelijk* wordt genoemd.²¹ Dit
houdt in dat uitspraken waarin artikel 6:193j BW niet
expliciet wordt aangehaald, niet zijn meegenomen in ons
onderzoek. Dat neemt niet weg dat de uitspraken die wij
hebben gevonden een waardevol inzicht geven in de toe-
passing van artikel 6:193j lid 1 en 2 BW. In 19 uitspraken
komt artikel 6:193j lid 1 en/of artikel 6:193j lid 2 BW ter
sprake. In negen uitspraken wordt artikel 6:193j lid 1 BW
en in acht uitspraken wordt artikel 6:193j lid 2 BW aan-
gehaald. In twee uitspraken komen beide leden aan de
orde. De negentien zaken zijn weergegeven in de volgende
tabel.

Art. 6:193j lid 1 BW

Rb. Arnhem 24 november 2010,
ECLI:NL:RBARN:2010:BO5268 (27 eisers/Dormio)

Rb. Zwolle-Lelystad 27 juli 2011,
ECLI:NL:RBZLY:2011:BV6739 (11 eisers/Cash &
Property BV)

Rb. Utrecht 29 februari 2012,
ECLI:NL:RBUTR:2012:BV8187 (Eisers/Leensysteem
BV)

Rb. Midden-Nederland 12 maart 2014,
ECLI:NL:RBMNE:2014:2577 (Eiseres/Proximedia)

Rb. Oost-Brabant 13 maart 2014,
ECLI:NL:ROBR:2014:971 (Proximedia/Quality Toys)

Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014,
ECLI:NL:GHARL:2014:3884 (Telefoongids.com/Stich-
ting Gilde)

Rb. Den Haag 13 maart 2019,
ECLI:NL:RBDHA:2019:2346 (Nu Theorie/Turbo
Theorie)

Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2020,
ECLI:NL:GHSHE:2020:589 (Appellant/Dressage Sta-
bles)

Rb. Midden-Nederland 24 juni 2020,
ECLI:NL:RBMNE:2020:2301 (Hoch Capital/Gedaagde)

Art. 6:193j lid 2 BW

Rb. Amsterdam 18 mei 2011,
ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ6506 (Stichting Misreke-
ning/ING)

Rb. Zeeland-West-Brabant 3 september 2014,
ECLI:NL:RBZWB:2014:7358 (Depositogarantiestelsel)

Rb. Den Haag 8 november 2017,
ECLI:NL:RBDHA:2017:12687 (Tommy Teleshop-
ping/Tel Sell)

Rb. Gelderland 20 februari 2019,
ECLI:NL:RBGEL:2019:760 (BMW via marktplaats)

Rb. Midden-Nederland 13 november 2019,
ECLI:NL:RBMNE:2019:6459 (Bemiddeling bij huur)

Rb. Amsterdam 20 november 2019,
ECLI:NL:RBAMS:2019:8741 (Stichting Car
Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat)

Rb. Den Haag 22 januari 2020,
ECLI:NL:RBDHA:2020:758 (Obligatiehouders/Gen-
med)

Rb. Noord-Holland 13 mei 2020,
ECLI:NL:RBNHO:2020:3644 (Claim Makelaar
Grond/Multirisk)

19. C.J.J.C. van Nispen, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 6:193j, aantekening 4.

20. Zie M.B.M. Loos & C.M.D.S. Pavillon, ‘Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten’, *NJB* 2020/29, J.W. Rutgers, ‘Kroniek van het Europees Privaatrecht’, *NJB* 2020, p. 1117 en C.M.D.S. Pavillon & L.B.A. Tigelaar, ‘Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk; een hanteerbare sanctie?’, *Contracteren* 2018, afl. 3, p. 71-79.

21. Overigens hebben wij ook de zaken onderzocht waarin ‘art. 6:193j’ wordt aangehaald zonder dat specifiek wordt verwezen naar ‘lid 1’ of ‘lid 2’.

Art. 6:193j lid 1 en 2 BW

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015,
ECLI:NL:GHARL:2015:7904 (*Brugfinancieringen*)

Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2020,
ECLI:NL:GHARL:2020:4577 (*Appellante/OneLife*)

Tabel: Gepubliceerde uitspraken waarin art. 6:193j lid 1 of/en 2 BW expliciet ter sprake komen

Al met al gaat het om een gering aantal uitspraken. Dit hangt samen met de aanvankelijk beperkte betekenis van de (door de ACM gehandhaafde) afdeling OHP in de (civiele) rechtspraak.²² Intussen lijkt het tij enigszins gekeerd. Negen van de negentien uitspraken zijn in de jaren 2019 en 2020 geweest (en de uitspraak *Depositogarantiestelsel* uit 2014 is in 2018 alsnog gepubliceerd). Het lijkt dat de bepaling, samen met de afdeling OHP, aan bekendheid en populariteit wint.

4. De partijen, het ambtshalve optreden en de oneerlijke handelspraktijken in de lid 1-procedures**4.1. De zaken waarin artikel 6:193j lid 1 BW wordt aangehaald**

In elf zaken is artikel 6:193j lid 1 BW aangehaald. Deze zaken worden in chronologische volgorde besproken.

1 In de zaak *27 eisers/Dormio* staan verschillende consumenten tegenover een ondernemer vanwege de koop van vakantiewoningen op een Waals vakantiepark.²³ De consumenten zouden zijn misleid door *Dormio* over de opzet van het park, de verhuurcondities en de faciliteiten.²⁴ De consumenten hebben hun vordering gebaseerd op artikel 6:194 BW.²⁵ De rechter wijst de vordering af omdat onvoldoende is gesteld welke mededelingen misleidend waren. Vervolgens, als *obiter dictum*, haalt de rechter artikel 6:193j BW aan.²⁶

2 In de zaak *11 eisers/Cash & Property BV* staan eveneens verschillende consumenten tegenover een ondernemer. De overeenkomsten die de consumenten hebben gesloten, zien op de gebruiksrechten van vakantiewoningen die zich bevinden in o.a. Ghana en Spanje.²⁷ In deze zaak

gaat het om de informatieverstrekking door de voorganger van *Cash & Property BV* over de eigendomssituatie van vakantiewoningen.²⁸ De rechter overweegt onder aanvulling van rechtsgronden dat de consumenten een beroep kunnen doen op de afdeling OHP.²⁹ De rechter haalt uit eigen beweging artikel 6:193j lid 1 BW aan en overweegt dat de informatie over de eigendomssituatie van de woningen van wezenlijk belang is, dat de gegeven informatie de consument heeft misleid en dat essentiële informatie is weggelaten dan wel onduidelijk is verstrekt. Er is daarom sprake van een oneerlijke handelspraktijk.³⁰

3 In de zaak *Eisers/Leensysteem BV* staan twee consumenten tegenover een ondernemer. Het gaat in deze uitspraak om de bemiddeling bij een verzekeringsovereenkomst en een kredietovereenkomst.³¹ *Leensysteem* zou zich volgens de consumenten bij het aangaan van de *kredietovereenkomst* schuldig hebben gemaakt aan een agressieve handelspraktijk door haast te maken met het sluiten van de overeenkomst en de consumenten geen tijd te geven om het aangaan te overdenken.³² Volgens de rechter is geen sprake van een oneerlijke handelspraktijk omdat de afdeling OHP nog niet in werking was getreden op het moment dat *Leensysteem* bemiddelde en verder had de consument de tijd moeten nemen om de overeenkomst te lezen en te begrijpen.³³ Bij het sluiten van de *verzekeringsovereenkomst* zou *Leensysteem* de consumenten hebben toegezegd dat de arbeidsongeschiktheid van één van hen geen probleem zou opleveren.³⁴ De rechter overweegt dat bij een dergelijke uitlating *Leensysteem* een onjuiste mededeling heeft gedaan en onrechtmatig jegens de consumenten heeft gehandeld. Er dient daarom bewijslevering plaats te vinden. De rechter overweegt vervolgens dat de (door hem aangehaalde) bijzondere bewijslastverdeling van artikel 6:193j, evenals de afdeling OHP waarvan zij deel uitmaakt, op deze zaak niet van toepassing is.³⁵

4, 5 en 6 In de zaken *Eiseres/Proximedia*, *Proximedia/Quality Toys*, *Telefoongids.com/Stichting Gilde* wordt het beroep op artikel 6:193j lid 1 BW gedaan in vergelijkbare situaties. In deze zaken is het steeds een ondernemer die een beroep doet op de afdeling OHP, meer specifiek op artikel 6:193j lid 1 BW, jegens een andere ondernemer omdat deze hem met een bepaalde gedraging heeft bewo-

22. Een snelle zoektocht naar 'oneerlijke handelspraktijken' in de periode 1 januari 2006 tot 1 januari 2011 levert 31 treffers op, in de periode 1 januari 2016 tot 1 januari 2021 levert dezelfde zoekterm 199 uitspraken op.

23. *27 eisers/Dormio*, r.o. 2.1. De vakantiewoningen zijn in 2002 en 2003 gekocht. De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn misleidende reclame (2006/114/EG) waren toen nog niet geïmplementeerd en dan ook niet van toepassing. Het is opmerkelijk dat de rechter daar niet op ingaat.

24. *27 eisers/Dormio*, r.o. 2.13.

25. *27 eisers/Dormio*, r.o. 4.16.

26. *27 eisers/Dormio*, r.o. 4.16.

27. *11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 2.10 e.v. Opmerkelijk is dat de consumenten ook de bestuurder van *Cash & Property BV* aansprakelijk stellen (*11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 4.7).

28. *11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 4.13.

29. Zelf deden zij een beroep op art. 6:194 BW.

30. *11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 4.13. In r.o. 4.15 lijkt de rechtbank ook art. 6:193j lid 2 BW toe te passen.

31. *Eisers/Leensysteem BV*, r.o. 2.14.

32. *Eisers/Leensysteem BV*, r.o. 2.25.

33. *Eisers/Leensysteem BV*, r.o. 2.23 en 2.26.

34. *Eisers/Leensysteem BV*, r.o. 2.36.

35. *Eisers/Leensysteem BV*, r.o. 2.38.

gen tot het aangaan van een overeenkomst (*business-to-business*).³⁶ In de uitspraak *Eiseres/Proximedia* is niet geheel duidelijk om welke gedraging het gaat. De rechter spreekt in elk geval over een verkooptechniek van Proximedia.³⁷ In de zaak *Proximedia/Quality Toys* benadert Proximedia ondernemer Quality Toys telefonisch voor een advertentiecampaagne op Google.³⁸ In de zaak *Telefoongids.com/Stichting Gilde* heeft *Telefoongids.com* de stichting telefonisch benaderd voor het vermelden van een advertentie op hun website en een offerte gestuurd.³⁹ Het komt in deze zaken niet tot een inhoudelijke toetsing van de gedragingen aan de afdeling OHP, omdat aan de afdeling OHP geen reflexwerking toekomt.⁴⁰

7 In de zaak *Brugfinancieringen* staan drie consumenten tegenover een ondernemer. Zij hebben met hem een overeenkomst van vermogensbeheer gesloten.⁴¹ In het kader daarvan deden de consumenten mee aan brugfinancieringen.⁴² De consumenten vinden dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk omdat de ondernemer essentiële informatie heeft achtergehouden over de door hen aangeschafte voorobligaties.⁴³ Het hof oordeelt dat geen sprake is van een piramidespel (art. 6:193g onder n BW) en houdt vervolgens de informatieverstrekking over de risico's van brugfinancieringen, de ontvangen plaatsingscommissie en de eigen deelname van de ondernemer aan de brugfinancieringen tegen het licht van artikel 6:193d lid 2 BW.⁴⁴ Het hof oordeelt dat de ondernemer op alle drie de punten essentiële informatie heeft weggelaten of op onvoldoende duidelijke wijze heeft verstrekt en dat sprake is van misleidende omissies in de zin van artikel 6:193d lid 1 BW.⁴⁵ Vervolgens vult de rechter ambtshalve het beroep op de afdeling OHP aan door artikel 6:193j lid 1 BW en artikel 6:193j lid 2 BW te berde te brengen.⁴⁶

8 De zaak *Nu Theorie/Turbo Theorie* heeft betrekking op de situatie waarin een ondernemer als concurrent een

beroep doet op de afdeling OHP jegens een ondernemer omdat deze met bepaalde praktijken consumenten probeert te bewegen met hem een overeenkomst aan te gaan. Op deze wijze heeft de malafide ondernemer een voorgrond op zijn concurrent.⁴⁷ In deze uitspraak draait het om beweringen die Turbo Theorie heeft gedaan omtrent het slagingspercentage van cursisten na het volgen van theorielessen voor het theorie-examen.⁴⁸ De rechter overweegt dat Nu Theorie in het geheel niet heeft gemotiveerd waarom de beweringen op de website van Turbo Theorie misleidend zijn en dus een oneerlijke handelspraktijk vormen. De rechter overweegt verder dat Nu Theorie blijkbaar een (slecht gemotiveerd) beroep doet op artikel 6:193j lid 1 BW. Zo vult de rechter het beroep op de afdeling OHP van de concurrent ambtshalve aan.⁴⁹ De rechter oordeelt dat geen sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.⁵⁰

9 In de zaak *Appellant/Dressage Stables* staat een consument tegenover een ondernemer. Het gaat om informatieverstrekking over de opzegging van een stallingsovereenkomst voor een paardentruck. De consument beroept zich op artikel 6:193j BW en stelt dat krachtens deze bepaling de ondernemer had moeten informeren c.q. bewijzen dat geen opzegmogelijkheid in de overeenkomst was opgenomen en dat bij tussentijdse beëindiging geen aanspraak zou bestaan op restitutie. Het hof oordeelt dat geen sprake is van een misleidende omissie in de zin van artikel 6:193d lid 2 BW. Dat bij opzegging van de stallingsovereenkomst geen aanspraak kan worden gemaakt op restitutie van niet-genoten termijnen, is namelijk geen essentiële informatie volgens de rechter.⁵¹

10 In de zaak *Appellante/OneLife* staat een consument tegenover een ondernemer. Het draait om de deelname aan OneLife, een virtuele constructie waarin geld moet worden ingelegd om uiteindelijk *onecoins* ontvangen. Appellante wordt overgehaald om € 11.980 te investeren.⁵²

36. *Eiseres/Proximedia*, r.o. 2.2; *Proximedia/Quality Toys*, r.o. 4.1; *Telefoongids.com/Stichting Gilde*. In het arrest *Telefoongids.com/Stichting Gilde* blijkt dat uit het vonnis dat in eerste instantie gewezen wordt door de Rb. Noord-Nederland op 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1615, r.o. 4.5.1.

37. *Eiseres/Proximedia*, r.o. 2.5.

38. *Proximedia/Quality Toys*, r.o. 3.

39. *Telefoongids.com/Stichting Gilde*, r.o. 3.1.3.

40. *Telefoongids.com/Stichting Gilde*, r.o. 3.7 e.v.; *Proximedia/Quality Toys*, r.o. 4.2 en *Eiseres/Proximedia*, r.o. 4.2. Zie Van Nispen, *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, Deventer: Wolters Kluwer, afd. 3A Boek 6, aant. 13 en 14 (laatst bijgewerkt op 1 december 2020) over het onderscheid tussen reflexwerking van de afdeling OHP en het optreden van een concurrent als actiegerechtigde.

41. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.1.

42. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.2. Dit zijn kortlopende leningen voor de aankoop van onroerende zaken ter overbrugging van de periode die daarna nodig was om de uitgifte op de markt te bewerkstelligen van obligaties in bepaalde fondsen.

43. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.9.

44. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.10 e.v.

45. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.22.

46. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.23.

47. Nu Theorie spreekt ook de bestuurder van Turbo Theorie aan (*Nu Theorie/Turbo Theorie*, r.o. 3.2.6).

48. *Nu Theorie/Turbo Theorie*, r.o. 3.2.5.

49. *Nu Theorie/Turbo Theorie*, r.o. 4.17.

50. *Nu Theorie/Turbo Theorie*, r.o. 4.19. Zie par. 5.

51. *Appellant/Dressage Stables*, r.o. 6.11.2. Het was zuiver geweest als de rechter deze toepasselijkheidsvraag uitdrukkelijk had onderscheiden van de toepassing van de bewijslastomkering van art. 6:193j lid 1 BW.

52. *Appellante/OneLife*, r.o. 2.8

Zij vermoedt echter oplichting en vordert haar geld terug van de ondernemer.⁵³ Opvallend is dat het hof de afdeling OHP ambtshalve toepast.⁵⁴ De *onecoins* blijken niet verkoopbaar, noch overdraagbaar, zolang geen sprake is van een beursgang.⁵⁵ Het genereren van opbrengst was alleen mogelijk door nieuwe deelnemers aan te brengen.⁵⁶ De door OneLife opgezette constructie merkt het hof aan als een piramidesysteem (art. 6:193g onder n BW).⁵⁷ Het hof past vervolgens artikel 6:193j lid 2 BW toe. Later haalt het artikel 6:193j lid 1 BW aan.⁵⁸ In het kader van een beroep op eigen schuld door de ondernemer, overweegt het hof dat deze miskent dat hij de materiële juistheid en volledigheid moet bewijzen krachtens artikel 6:193j lid 1 BW. Het eigen schuld-verweer faalt dan ook.⁵⁹

11 In de zaak *Hoch Capital/Gedaagde* staat een ondernemer tegenover een consument.⁶⁰ Het draait hierin om een overeenkomst met betrekking tot het handelen in *Contracts for Difference*.⁶¹ Gedagde – de consument – vordert in reconventie krachtens artikel 823a Rv geluidsopnames van Hoch Capital omdat zij onder druk zou zijn gezet en dit zou een agressieve handelspraktijk opleveren.⁶² De rechter verwijst naar artikel 6:193j lid 1 BW.⁶³ Dat de consument in de bodemprocedure het bewijsrisico voor de volledigheid en juistheid van de verstrekte informatie niet draagt, neemt niet weg dat de consument volgens de rechtbank een rechtmatig belang heeft bij de geluidsopnames. De bewijslast ten aanzien van de oneerlijkheid van een handelspraktijk – de misleiding of agressieve bejegening *an sich* – rust in beginsel wel op de consument. De consument zou ervoor kunnen kiezen om een transcriptie van de opnames te maken en als productie in het geding te brengen, zodat een bewijsopdracht niet meer nodig is.⁶⁴

4.2. Analyse

In de meeste uitspraken (zeven zaken) staat een consument of staan verschillende consumenten tegenover een ondernemer.⁶⁵ De overige vier zaken hebben betrekking op een geschil tussen ondernemers onderling.⁶⁶ Eén van deze zaken betreft een geschil tussen concurrenten.⁶⁷ In de zaken waarin ondernemers tegenover elkaar staan, wordt veelal een (vergeefs) *beroep* op artikel 6:193j lid 1 BW gedaan door één van de partijen.⁶⁸ Alleen in de zaak tussen concurrenten, *Nu Theorie/Turbo Theorie* vult de rechter het beroep van de concurrent ambtshalve aan. In de zaken tussen consument(en) en de ondernemer is het doorgaans de rechter die het initiatief neemt tot toepassing van artikel 6:193j lid 1 BW.⁶⁹ In de andere zaken vult de rechter een beroep op de afdeling OHP ambtshalve aan met artikel 6:193j lid 1 BW (1) of past hij de gehele afdeling OHP en daarmee artikel 6:193j lid 1 BW, zonder dat hierop een beroep is gedaan, ambtshalve toe (2).⁷⁰ In beide gevallen heeft de rechter een actieve rol bij de toepassing van de bepaling. De ambtshalve toepassing van de afdeling OHP als bedoeld onder (2) is vooralsnog niet voorgeschreven door het Hof van Justitie van de Europese Unie – integendeel – maar wordt in de Nederlandse literatuur en rechtspraak afgeleid uit de noodzaak de consument effectief te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken.⁷¹ Immers, daar naar Nederlands recht ervoor is gekozen om individuele remedies aan de schending van de regeling te koppelen,⁷² hangt de effectiviteit van deze remedies mede af van de mogelijkheid voor de rechter om de afdeling OHP ambtshalve toe te passen. Wat verder opvalt, is dat artikel 6:193j lid 1 BW (zoals voorspeld, par. 2.1) vaak ter sprake komt in zaken waarin bescherming wordt gezocht door een of meer consumenten naar aanleiding van een vermeende misleidende handelspraktijk.⁷³ In twee zaken zoeken consumenten niettemin bescherming tegen een vermeende agressieve

53. *Appellante/OneLife*, r.o. 2.7.

54. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.5.

55. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.8. Onweersproken staat vast dat slechts sprake was van een voorgenomen beursgang in 2017.

56. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.8.

57. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.8-5.9.

58. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.13 en 5.15.

59. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.15.

60. Deze zaak onderscheidt zich van de andere zaken omdat dit vonnis is gewezen in een kort geding.

61. *Hoch Capital/Gedaagde*, r.o. 2.1. Een contract for difference (CFD) is een contract tussen twee partijen waar de verkoper het verschil (*difference*) betaalt tussen de waarde van een onderliggend product bij aankoop en bij verkoop. Bij een negatief verschil betaalt de koper aan de verkoper.

62. *Hoch Capital/Gedaagde*, r.o. 6.9.

63. *Hoch Capital/Gedaagde*, r.o. 6.12.

64. *Hoch Capital/Gedaagde*, r.o. 6.12 en 6.14. Ook kunnen de geluidsopnames voor de consument van belang zijn om haar rechtspositie te heroverwegen, voor het geval deze opnames haar standpunt niet ondersteunen.

65. *27 eisers/Dormio*, *11 eisers/Cash & Property BV*, *Eisers/Leensysteem BV*, *Brugfinancieringen*, *Appellant/Dressage Stables*, *Appellante/OneLife* en *Hoch Capital/Gedaagde*.

66. *Eiseres/Proximedia*, *Proximedia/Quality Toys*, *Telefoongids.com/Stichting Gilde* en *Nu Theorie/Turbo Theorie*.

67. *Nu Theorie/Turbo Theorie*.

68. Dit is niet altijd de eiser. In *Proximedia/Quality Toys* is dit gedaagde.

69. Alleen in de zaak *Appellant/Dressage Stables* doet een consument zelf een beroep op de bepaling.

70. Uit de zaken blijkt vaak niet of de rechters optreden onder de noemer van art. 25 Rv of op basis van de Europese verplichting tot ambtshalve toepassing.

71. HvJ EU 19 september 2018, C-109/17, ECLI:EU:C:2018:735, m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*Bankia/Merino*), *TvC* 2018, afl. 6, p. 316. Zie bevestigend bijv. A-G Kokott in haar conclusie van 19 november 2019 in gevoegde zaken C-616/18 en C-679/18, ECLI:EU:C:2019:975 (*Cofidis II*), punt 46. Deze zaak is intussen helaas ingetrokken.

72. Na implementatie van de Moderniseringsrichtlijn (EU) 2019/2161, *PbEU* 2019, L 328/7, geldt dat consumenten in ieder geval het recht op ontbinding, prijsvermindering of vernietiging van de overeenkomst alsmede het recht op schadevergoeding dienen te hebben, zie art. 11 bis van de gewijzigde Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.

73. *27 eisers/Dormio*, *11 eisers/Cash & Property BV*, *Eisers/Leensysteem BV*, *Brugfinancieringen* en *Appellant/Dressage Stables*. De zwarte lijstpraktijk in *Appellante/OneLife* valt ook onder het begrip misleidende handelspraktijk.

handelspraktijk.⁷⁴ Artikel 6:193j lid 1 BW kan bij agressieve handelspraktijken relevant zijn indien informatieverstrekking een rol heeft gespeeld binnen de agressieve bejegening.

In slechts vier van de elf uitspraken past de rechter de regels rondom de bewijslastomkering ex artikel 6:193j lid 1 BW daadwerkelijk toe.⁷⁵ In de andere zeven zaken wordt niet toegekomen aan die toepassing omdat: a) de afdeling OHP niet van toepassing was,⁷⁶ b) het beroep op artikel 6:193j lid 1 BW niet opgaat omdat de weggelaten informatie niet onder het toepassingsbereik van de afdeling OHP valt⁷⁷ of c) artikel 6:193j lid 1 BW ter sprake komt in het kader van een artikel 843a Rv (vordering tot exhibitie).⁷⁸

5. De toepassing van de bewijslastomkering uit artikel 6:193j lid 1 BW

Bij de behandeling van de elf lid 1-procedures hebben wij zojuist gelet op de partijen, het ambtshalve optreden en de oneerlijke handelspraktijken. In deze paragraaf behandelen we vier uitspraken waarin de rechter de regels rondom de bewijslastomkering uit artikel 6:193j lid 1 BW daadwerkelijk toepast. Voor de toepassing van de vereisten rondom bewijslastomkering dient eerst te worden nagegaan of de consument of concurrent die zich op de afdeling OHP beroept, voldoende heeft gesteld.

In de zaak *Nu Theorie/Turbo Theorie* is het maar de vraag of concurrent Nu Theorie voldoende heeft gesteld. Deze betoogt dat *Turbo Theorie* de claim 'hoogste slagingspercentage' en de claim 'gemiddeld slaagt 95%' niet kan onderbouwen.⁷⁹ De rechter overweegt eerst dat het aan de rechter is om te bepalen of een omkering van de bewijslast in casu passend is. De rechter betreft dus uitdrukkelijk het passendheids criterium uit artikel 6:193j lid 1 BW in zijn overweging.⁸⁰ In dat kader is de blote stelling van Nu Theorie dat genoemde reclame mededelingen van Turbo Theorie onjuist zijn, onvoldoende om aan Turbo Theorie bewijs op te dragen van de juistheid van de mededelingen. Nu Theorie maakt namelijk helemaal niet duidelijk wat de aanwijzingen zijn op grond waarvan zij meent dat deze mededelingen niet kunnen kloppen.⁸¹

In de zaak *11 eisers/Cash & Property BV* stellen de consumenten dat de ondernemer en de bestuurder hen heeft misleid omtrent de eigendomssituatie van de woningen.⁸²

De ondernemer betwist de misleiding en draagt aan dat hij niet de suggestie heeft gewekt de woningen in eigen-

dom te hebben.⁸³ De rechter haalt artikel 6:193j lid 1 BW aan en overweegt dat in de overeenkomsten telkens wordt verwezen naar een specifiek benoemde woning. De indruk dat de ondernemer de woningen in eigendom had, werd verder versterkt door beweringen in een brochure en een powerpointpresentatie.⁸⁴ Nadat de rechter stil heeft gestaan bij het manipulatievereiste komt hij tot de conclusie dat sprake is van oneerlijke handelspraktijken.⁸⁵ De betwisting van de ondernemer wordt kennelijk ontkracht door de aanwezige stukken, daarom wordt niet toegekomen aan bewijslevering.

In de zaak *Brugfinancieringen* wordt niet expliciet stilgestaan bij de stelplicht van de consumenten of bij het passendheids criterium. Uit de overwegingen valt af te leiden dat de consumenten kennelijk aan de stelplicht hebben voldaan. In het arrest wordt namelijk bij de bespreking van artikel 6:193j lid 1 BW direct ingegaan op de procesuele positie van de ondernemer.⁸⁶ In *Brugfinancieringen* heeft de ondernemer onvoldoende gemotiveerd betwist dat hij bij zijn advies om aan brugfinancieringen deel te nemen essentiële informatie heeft weggelaten, dan wel op onduidelijke of onvolledige wijze heeft verstrekt. Er wordt dan ook niet toegekomen aan de bewijslevering door de ondernemer van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie.⁸⁷

In de zaak *Appellante/OneLife* past de rechter de bewijslastomkering toe naar aanleiding van een beroep van de ondernemer op eigen schuld (art. 6:101 BW).⁸⁸

Voor dat beroep heeft de ondernemer slechts aangevoerd dat de consument wist waaraan zij begon en dat hij geen onjuiste informatie heeft verstrekt. De rechter overweegt dat op de handelaar krachtens artikel 6:193j lid 1 BW de plicht rust de materiële juistheid en volledigheid van de verstrekte informatie te bewijzen. Dat de verstrekte informatie juist en volledig is geweest, heeft de ondernemer niet onderbouwd. Het beroep op eigen schuld faalt dan ook.⁸⁹

6. De partijen, het ambtshalve optreden en de oneerlijke handelspraktijken in de lid 2-zaken

6.1. De zaken waarin artikel 6:193j lid 2 BW wordt aangehaald

In tien zaken komt artikel 6:193j lid 2 BW ter sprake. Deze zaken zullen in chronologische volgorde worden besproken. De zaken *Brugfinancieringen* en *OneLife* zijn al in paragraaf 4.1 besproken en zullen daarom niet in

74. *Eisers/Leensysteem BV en Hoch Capital/Gedaagde*.

75. *11 eisers/Cash & Property BV, Brugfinancieringen, Nu Theorie/Turbo Theorie en Appellante/OneLife*.

76. *27 eisers/Dormio, Eisers/Leensysteem BV, Eisers/Proximedia, Proximedia/Quality Toys en Telefoongids.com/Stichting Gilde*.

77. *Appellant/Dressage Stables*.

78. *Hoch Capital/Gedaagde*.

79. *Nu Theorie/Turbo Theorie*, r.o. 4.17.

80. Slechts in één andere zaak gebeurt dit ook: arrest Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884 (*Telefoongids.com/Stichting Gilde*), namelijk in de uitspraak in eerste aanleg: Rb. Noord-Nederland 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1615, r.o. 4.5.7 (*Stichting Gilde/Telefoongids.com*).

81. *Nu Theorie/Turbo Theorie*, r.o. 4.18.

82. *11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 4.11. In deze zaak wordt art. 6:193j lid 1 BW impliciet toegepast.

83. *11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 4.12.

84. *11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 4.13.

85. *11 eisers/Cash & Property BV*, r.o. 4.13.

86. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.23.

87. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.23.

88. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.15.

89. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.15.

deze paragraaf worden behandeld. Deze zaken zijn wel meegenomen in de analyse in paragraaf 6.2.

1 In de zaak *Stichting Misrekening/ING* procedeert een stichting tegen een ondernemer op grond van artikel 3:305a BW. Volgens de stichting heeft de ING ten onrechte bij de opening van een Toprekening vermeld dat na zes maanden een jaarlijkse rente van 4% over het saldo zou worden vergoed. De ING zou zich hiermee schuldig hebben gemaakt aan een oneerlijke handelspraktijk.⁹⁰ De stichting beroept zich op artikel 6:193j lid 2 BW en geeft aan dat de ING aansprakelijk is voor de geleden schade van de spaarders.⁹¹ De leus: ‘Met een Toprekening ontvangt u maar liefst 4% rente’, en: ‘als u nu een Toprekening opent krijgt u de eerste zes maanden zelfs 4,75% rente’ acht de rechtbank echter niet misleidend.⁹²

2 In de zaak *Depositogarantiestelsel* procedeert een consument tegen een financieel adviesbureau. De rechter past artikel 6:193j lid 2 BW ambtshalve toe naar aanleiding van een beroep op de afdeling OHP en vult zo de rechtsgronden aan.⁹³ In deze zaak stelt de rechtbank een oneerlijke handelspraktijk vast: in de eigen reclamefolder van het financieel adviesbureau stonden onjuiste mededelingen, namelijk dat het een spaarproduct zou zijn en dat het depositogarantiestelsel van toepassing zou zijn.⁹⁴

3 De zaak *Tommy Teleshopping/Tel Sell* betreft een procedure tussen twee concurrenten.⁹⁵ Tommy Teleshopping c.s. verwijten Tel Sell c.s. dat zij producten inkopen onder een bepaalde naam, en die naam vervolgens zodanig wijzigen dat de naam overeenkomt met de producten van Tommy Teleshopping. Zo koopt Tel Sell een Fitness toestel in met de naam ‘Swing Maxx’ en biedt dit aan op haar website onder de naam ‘Wonder Body Core Trainer’, terwijl Tommy Teleshopping al gebruikmaakt van de naam ‘Wonder Core’. Tommy Teleshopping c.s. stellen dat Tel Sell bij de consument doelbewust de verkeerde indruk wekt dat het product is vervaardigd door de fabrikant waarvoor Tommy Teleshopping reclame maakt, terwijl dit niet het geval is. De rechtbank stelt vast dat sprake is van een zwartelijstpraktijk in de zin van artikel 6:193g onder m BW.⁹⁶ Nadat de rechtbank constateert

dat de *Schutznorm* van de afdeling OHP zich ook uitstrekt tot legitieme concurrenten als Tommy Teleshopping,⁹⁷ vult de rechtbank de rechtsgrond ambtshalve aan met artikel 6:193j lid 2 BW.⁹⁸

4 In de *BMW*-zaak staat een consument tegenover een autoverkoper. De rechter past afdeling OHP ambtshalve toe en dus ook artikel 6:193j lid 2 BW.⁹⁹ De rechter is van mening dat de ondernemer met zijn WhatsApp-bericht ‘deze auto is schadevrij’ op de vraag van de consument ‘Heeft de auto in het verleden geen schade gehad?’ onjuiste informatie heeft verstrekt. Dit levert een misleidende handelspraktijk op (art. 6:193c lid 1 BW).¹⁰⁰

5 In de zaak *Bemiddeling bij huur* hebben verschillende consumenten, die zonder deze te hebben gecedeerd aan een stichting, hun vorderingen gebundeld. In deze zaak wordt de (indirecte) bestuurder¹⁰¹ van het verhuurmakelaarsbureau waarmee de consumenten in zee zijn gegaan en waarvan de werkzaamheden zijn gestaakt, in rechte aangesproken op grond van de afdeling OHP voor het schenden van het verbod van het dienen van twee heren. Dat de rechter dit toelaat, is opmerkelijk daar bestuurders doorgaans niet als ondernemer worden aangemerkt en niet op grond van de afdeling OHP maar op grond van de genus artikel 6:162 BW moeten worden aangesproken (dit geldt ook voor zaak 7).¹⁰² Omdat niet de vennootschap-wederpartij maar de (oud)bestuurder hiervan wordt aangesproken, wordt de weg van de onrechtmatige daad bewandeld. Het structureel overtreden van artikel 7:417 lid 4 BW door bemiddelingskosten te vorderen vormt volgens de huurders een oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 6:193b BW. Door te handelen in strijd met artikel 7:417 lid 4 BW en artikel 7:264 BW wordt ook in strijd met de vereisten van professionele toewijding in de zin van artikel 6:193b BW gehandeld.¹⁰³ De rechter gaat hierin mee.¹⁰⁴ De huurders doen een beroep op de afdeling OHP en de rechter vult de rechtsgronden ambtshalve aan met artikel 6:193j lid 2 BW.¹⁰⁵

6 In de zaak *Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat* gaat het om een dieselschandaal-claim, geïnitieerd door de Stichting Car Claim.¹⁰⁶ De stichting

90. *Stichting Misrekening/ING*, r.o. 3.2-3.3.

91. *Stichting Misrekening/ING*, r.o. 3.4.

92. *Stichting Misrekening/ING*, r.o. 4.8 e.v. Dit is in hoogste instantie bevestigd door de Hoge Raad: HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1191 (art. 81 RO-zaak). Zie over de uitspraak in eerste instantie: A.G. Castermans, ‘Misleidende omissie bij het aangaan van overeenkomsten. Reflexwerking van de regeling oneerlijke handelspraktijken’, *MvV* 2011, afl. 7/8, p. 202-207.

93. *Depositogarantiestelsel*, r.o. 1 en 5.5.

94. *Depositogarantiestelsel*, r.o. 5.7.

95. In deze zaak tussen concurrenten stelt *Tommy Teleshopping* de bestuurders van *Tel Sell* aansprakelijk omdat aan hen een persoonlijk ernstig verwijt valt te maken omdat het gaat om herhaalde, doelbewust gepleegde oneerlijke handelspraktijken (*Tommy Teleshopping/Tel Sell*, r.o. 3.4).

96. *Tommy Teleshopping/Tel Sell*, r.o. 4.21 e.v.

97. Zie hierover Faraj & Tigelaar, *TvC* 2018, p. 284-293.

98. *Tommy Teleshopping/Tel Sell*, r.o. 4.38.

99. *BMW via marktplaats*, r.o. 5.2.

100. *BMW via marktplaats*, r.o. 5.4.

101. Enig aandeelhouder en bestuurder van het opgeheven bedrijf was [bedrijfsnaam 1] B.V. die als enig aandeelhouder en bestuurder mevrouw [gedaagde onder 2] heeft.

102. Wenk bij Rb. Den Haag 22 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:758, RO 2020/27 (*Obligatiehouders/Genmed*).

103. *Bemiddeling bij huur*, r.o. 4.14 e.v.

104. *Bemiddeling bij huur*, r.o. 4.15-4.16.

105. *Obligatiehouders/Genmed*, r.o. 4.11, *Bemiddeling bij huur*, r.o. 4.22 en *Brugfinancieringen*, r.o. 4.23.

106. *Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat*.

beroept zich op artikel 6:193j lid 2 BW.¹⁰⁷ In deze zaak strandt het beroep op de oneerlijke handelspraktijk reeds in de ontvankelijkheidsfase. De vordering gebaseerd op artikel 6:193j lid 2 BW is niet-ontvankelijk omdat zij een individuele beoordeling zou vereisen. Zo ‘geldt in ieder geval dat van geval tot geval sterk verschilt welke informatie is verstrekt’.¹⁰⁸

7 In de uitspraak *Obligatiehouders/Genmed* procederen drie consumenten tegen vermogensbeheerder VLP.¹⁰⁹ Ook de (indirecte) bestuurders worden aangesproken.¹¹⁰ In de *Genmed*-zaak heeft *Genmed* zich schuldig gemaakt aan een misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c BW door het verstrekken van onjuiste informatie over zowel haar uitgangspositie als haar toekomstverwachtingen.¹¹¹ De consumenten doen een beroep op de afdeling OHP en de rechter haalt in dat kader artikel 6:193j lid 2 BW aan.¹¹²

8 In de zaak *Claim Makelaar Grond/Multirisk* gaat het om een gebundelde claim waarin 184 gedupeerden hun vordering aan de Stichting Claim Makelaar in Grond hebben gecedeerd. Deze stichting behartigt de belangen van diverse grondeigenaren die zich misleid voelen door Makelaar in Grond, een organisatie die zich richt op het plaatsen van advertenties voor de verkoop van grondkavels. In deze zaak betreft de stichting, zij het summier, de bestuurder in rechte.¹¹³ Zij brengt ter comparitie ‘voor het eerst en zonder enige nadere concrete toelichting’ artikel 6:193j lid 2 BW ter sprake.¹¹⁴ Aan de stelling dat sprake is van een oneerlijke handelspraktijk gaat de rechtbank dan ook voorbij.

6.2. Analyse

In de meeste uitspraken (zes zaken) staat een consument of staan verschillende consumenten tegenover een ondernemer.¹¹⁵ De overige drie zaken hebben betrekking op een procedure tussen een stichting en een ondernemer.¹¹⁶ Eén van de zaken betreft een geschil tussen concurrenten.¹¹⁷ In de zaken waarin een stichting tegenover een

ondernemer staat, doet de stichting een vergeefs beroep op artikel 6:193j lid 2 BW.¹¹⁸ In de drie zaken tussen een stichting en een ondernemer zijn uiteindelijk geen oneerlijke handelspraktijken vastgesteld.¹¹⁹ Slechts in één zaak gebeurt dit na een inhoudelijke toetsing waarin niet aan de toerekenbaarheidsvraag wordt toegekomen.¹²⁰ In twee zaken gebeurt dit zonder inhoudelijke toetsing omdat de vordering gebaseerd op artikel 6:193j lid 2 niet-ontvankelijk is of het beroep op artikel 6:193j lid 2 BW ter comparitie zonder nadere toelichting wordt gedaan. De rechter gaat daarom aan het beroep voorbij.¹²¹

In de zaken tussen consument(en) en de ondernemer is het doorgaans de rechter die het initiatief neemt tot toepassing van artikel 6:193j lid 2 BW. De rechter vult ambtshalve een beroep op de afdeling OHP aan of past de gehele afdeling OHP en daarmee artikel 6:193j lid 2 BW ambtshalve toe.¹²² In deze zaken heeft de rechter, net als bij artikel 6:193j lid 1 BW, een actieve rol bij de toepassing van de bepaling. Anders dan bij de ambtshalve toepassing van lid 1, is bij de ambtshalve toepassing van lid 2 wel steeds sprake van een oneerlijke handelspraktijk. Dit verschil valt te verklaren vanuit de systematiek van de bepaling. Lid 1 ziet op de vaststelling van de oneerlijke handelspraktijk, de onrechtmatigheid en lid 2 ziet op de vervolgstap, de toerekening van de onrechtmatigheid.

7. De toepassing van de bewijslastomkering van artikel 6:193j lid 2 BW

7.1. Artikel 6:193j lid 2 BW en toerekenbaarheid in de praktijk

De toerekenbaarheid komt slechts in vier uitspraken uitdrukkelijk aan de orde.¹²³ In verschillende zaken waarin een onrechtmatige daad in de zin van lid 2 wordt vastgesteld, is die toerekenbaarheid geen onderdeel van het debat.¹²⁴ Schuld lijkt, zoals vaak het geval bij een onrechtmatige daad, op voorhand te worden aangenomen als de OHP vaststaat. De toerekenbaarheid lijkt veelal besloten te liggen in de strijd met de professionele toewijding die inherent is aan het door de consument te bewijzen misleidende¹²⁵ en agressieve karakter van een handelspraktijk.¹²⁶

107. *Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat*, r.o. 4.1.

108. *Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat*, r.o. 6.6. Sinds de inwerkingtreding van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) is het mogelijk om in een 305a-actie collectief schadevergoeding te vorderen. Hierdoor zou de relevantie van art. 6:193j lid 2 BW in collectieve zaken (verder) kunnen toenemen. Voorwaarde is wel dat een vordering op grond van de Wet OHP ontvankelijk wordt verklaard.

109. *Obligatiehouders/Genmed*.

110. Gedagden onder 1 en 2 zijn via *Genmed Holding B.V.* bestuurder van *Genmed*.

111. *Obligatiehouders/Genmed*, r.o. 4.5 e.v.

112. *Obligatiehouders/Genmed*, r.o. 3.2 en 4.11.

113. *Claim Makelaar Grond/Multirisk*, r.o. 2.5.

114. *Claim Makelaar Grond/Multirisk*, r.o. 4.20.

115. *Depositogarantiestelsel, Brugfinancieringen, BMW via marktplaats, Bemiddeling bij huur, Obligatiehouders/Genmed en Appellante/OneLife*.

116. *Stichting Misrekening/ING, Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat en Claim Makelaar Grond/Multirisk*.

117. *Tommy Teleshopping/Tel Sell*.

118. *Stichting Misrekening/ING, Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat en Claim Makelaar Grond/Multirisk*.

119. *Stichting Misrekening/ING, Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat en Claim Makelaar Grond/Multirisk*.

120. *Stichting Misrekening/ING*.

121. *Stichting Car Claim/Volkswagen, Audi, Skoda, Seat en Claim Makelaar Grond/Multirisk*.

122. *Depositogarantiestelsel, Brugfinancieringen, BMW via marktplaats, Bemiddeling bij huur, Obligatiehouders/Genmed en Appellante/OneLife*.

123. *Depositogarantiestelsel, Brugfinancieringen, Bemiddeling bij huur, Obligatiehouders/Genmed*.

124. *BMW via marktplaats, Appellante/OneLife en Tommy Teleshopping/Tel Sell*.

125. HvJ EU 19 september 2013, C-435/11, ECLI:EU:C:2013:574 (*CHS Tour Services*).

126. Vgl. de schending van een zorgvuldigheidsnorm: A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Monografieën Privaatrecht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 17.3.

Deze beslotenheid geldt, naar het lijkt, zelfs voor de *ernstige* verwijtbaarheid van de ondernemer-bestuurder. In de zaken waarin de ondernemer zich tracht te disculperen, wordt de lat hoog gelegd. Wat hij stelt, is in geen van de onderzochte zaken voldoende om toegelaten te worden tot het bewijs dat de gedraging hem niet valt toe te rekenen.¹²⁷ In de *Depositogarantiestelsel*-zaak refereert de rechter aan de omkering van de bewijslast wat betreft de toerekenbaarheid, daar waar hij de bemiddelaar niet geslaagd acht in zijn poging zich te 'disculperen'.¹²⁸ De bemiddelaar had namelijk gesteld dat hij niet zelf de inhoud van zijn eigen reclamefolder had bepaald. Dit is volgens de rechter gezien de beschermingsdoelstelling van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken niet voldoende om de aansprakelijkheid te laten vervallen.¹²⁹ De bemiddelaar is in tegenstelling tot de consument juist in de positie om de juistheid van de mededelingen te controleren.¹³⁰ In de uitspraak *Brugfinancieringen* heeft de ondernemer onvoldoende gesteld om te kunnen oordelen dat geen sprake is van toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad, dan wel heeft hij erkend de desbetreffende informatie niet te hebben gegeven. Hij wordt dan ook niet toegelaten tot (tegen)bewijs op dit vlak.¹³¹

Opmerkelijk is dat artikel 6:193j lid 2 BW is toegepast bij de toerekening van een onrechtmatige oneerlijke handelspraktijk aan een bestuurder, terwijl bij bestuurdersaansprakelijkheid strenge eisen gelden. In de *Bemiddeling bij huur*-zaak concludeert de rechter dat omdat de bestuurders zelf het beleid van de onderneming bepaalden en uitvoerden toerekenbaarheid voor de hand ligt.¹³² Vervolgens komt de rechter tot de conclusie dat de bestuurders aansprakelijk zijn voor de schade die consumenten hebben geleden. Die schade bestaat uit onterecht in rekening gebrachte bemiddelingskosten. In deze zaak wordt de (ernstige) verwijtbaarheid aan de kant van de bestuurders niet in de beoordeling meegenomen. Het strenge 'ernstig verwijt'-criterium wordt opzij gezet en dat is opmerkelijk. In de zaak *Obligatiehouders/Genmed* komt de rechter tot een ander oordeel, namelijk dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk gehouden kan worden voor schade geleden door een oneerlijke handelspraktijk (i.c. de schade van obligatiehouders die voortvloeit uit misleidende prospectus) mits aan de zwaardere maatstaf (persoonlijk ernstig verwijt) wordt voldaan.¹³³ Artikel 6:193j lid 2 BW wordt hiermee buiten werking gesteld. De beleggers slagen er niettemin in te bewijzen dat sprake is van persoonlijk ernstig verwijtbaar handelen door de bestuurder.¹³⁴ De enige (indirecte) bestuurder

van Genmed bepaalde volledig het beleid van de vennootschap en was ook verantwoordelijk voor de inhoud van de brochures. Hiermee heeft hij toegestaan of bewerkstelligd dat de brochures onjuiste en/of misleidende informatie bevatten.

7.2. Artikel 6:193j lid 2 BW en causaal verband in de praktijk

In de *Depositogarantiestelsel*-uitspraak overweegt de rechter uitdrukkelijk dat artikel 6:193j lid 2 BW 'een causaal verband vereist maar niet regelt'.¹³⁵ Dat de bewijslast van het *condicio sine qua non*-verband in beginsel op de consument rust, neemt niet weg dat een rechter langs de baan van het feitelijk vermoeden de consument tegemoet kan komen in diens bewijslast, zonder deze evenwel om te keren (*res ipsa loquitur*). Dit doet de rechter ook in deze zaak. Het causaal verband wordt aangenomen omdat een bemiddelaar die met inachtneming van de vereiste professionele toewijding een onderzoek naar het financiële product had uitgevoerd, aanstonds zou hebben vastgesteld dat het een beleggingsproduct betrof. De vaststaande feiten zijn zodanig dat van een causaal verband kan worden uitgegaan. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden staat in de uitspraak *Brugfinancieringen* uitgebreid stil bij het vereiste causaal verband. Het hof overweegt dat de bewijslast van dit verband rust op appellanten maar acht op voorhand bewezen dat de drie consumenten de brugfinancieringen niet waren aangegaan indien zij juist en volledig waren geïnformeerd. Dit volgt volgens het hof uit een summier e-mailwisseling. Het hof laat de ondernemer toe tot het leveren van tegenbewijs van het op voorhand aangenomen causale verband tussen het onrechtmatig handelen van de ondernemer en de schade bij de consumenten.¹³⁶

In de zaak *Tommy Teleshopping/Tel Sell* neemt de rechter het bestaan van schade en daarmee het causale verband tussen misleidende handelspraktijk en schade eveneens op voorhand aan. Overwogen wordt dat het onrechtmatig handelen van Tel Sell jegens Tommy meebrengt dat Tel Sell krachtens artikel 6:193j lid 2 BW voor de dientengevolge bij Tommy ontstane schade aansprakelijk is. De mogelijkheid dat schade is geleden, is aannemelijk geworden. Het valt namelijk niet uit te sluiten dat Tommy extra moet investeren in reclame en Adwords, dan wel omzetting heeft geleden, door het handelen van Tel Sell.¹³⁷ In de *BMW*-zaak wordt het 'sterke' causale verband tussen oneerlijke handelspraktijk en de door eiser voldoende gestelde schade (o.a. de kredietvergoeding ten behoeve van de auto) ook voorshands aangenomen.¹³⁸ Dit lijkt

127. Vgl. *Depositogarantiestelsel* en *Brugfinancieringen*.

128. *Depositogarantiestelsel*, r.o. 4.7.

129. *Depositogarantiestelsel*, r.o. 4.4.

130. *Depositogarantiestelsel*, r.o. 4.5.

131. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.23.

132. *Bemiddeling bij huur*, r.o. 4.22.

133. *Obligatiehouders/Genmed*, r.o. 4.14. In *Cash & Property BV* werd eveneens de zwaardere maatstaf gehanteerd (r.o. 4.9).

134. *Obligatiehouders/Genmed*, r.o. 4.15-4.16.

135. *Depositogarantiestelsel*, r.o. 5.5. De rechter brengt het artikel in verband met art. 6:98 BW door te oordelen dat 'voor vergoeding komt slechts in aanmerking die schade van [eiseres], die in zodanig verband staat met de oneerlijke handelspraktijk van [gedaagde], dat die schade aan [gedaagde] mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van die oneerlijke handelspraktijk kan worden toegerekend'.

136. *Brugfinancieringen*, r.o. 4.23.

137. *Tommy Teleshopping/Tel Sell*, r.o. 4.38.

138. *BMW via marktplaats*, r.o. 5.8.

eveneens het geval in de *OneLife*-zaak. Appellante heeft voldoende aannemelijk dat zij schade heeft geleden die bestaat uit (het verlies van) het door haar ingelegde bedrag.¹³⁹

In de uitspraak *Obligatiehouders/Genmed* overweegt de rechter ten aanzien van het causaal verband tussen het gebrek aan informatie in de brochures en de schade dat de bestuurder niet heeft weersproken dat de consumenten de obligatieovereenkomsten niet zouden zijn aangegaan als zij met de feiten en omstandigheden die nu tot de conclusie voeren dat er van een oneerlijke handelspraktijk door Genmed sprake is was, ten tijde van het nemen van de obligaties bekend zouden zijn geweest.¹⁴⁰

Wat ons opvalt, is dat de bewijslastomkering ten aanzien van de toerekenbaarheid uit artikel 6:193j lid 2 BW weinig wordt toegepast en soms (ten onrechte) wordt ingeroepen om, zo lijkt het, het strenge toerekeningscriterium van de bestuurdersaansprakelijkheid te omzeilen. Interessant is verder dat in veel zaken sprake is van een feitelijk vermoeden van causaliteit.¹⁴¹

8. Conclusie

Opvallend is de kleine hoeveelheid gepubliceerde uitspraken waarin de bewijslastomkering wordt genoemd. Artikel 6:193j lid 1 BW speelt vooral een rol in zaken waarin bescherming wordt gezocht door een of meer consumenten naar aanleiding van een vermeende misleidende handelspraktijk.¹⁴² Uiteindelijk is de bewijslastomkering in vier zaken toegepast.¹⁴³ De toegevoegde waarde van de bewijslastomkering lijkt dan ook gering.

De waarde van lid 1 voor consumenten en concurrenten is mogelijk beperkt door de formulering die gericht is op informatieverstrekking. Hoewel artikel 6:193j lid 1 BW, gezien de expliciete verwijzing naar artikel 6:193b tot en met 6:193i BW, ook betrekking heeft op oneerlijke handelspraktijken die vallen onder de hoofdnorm en agressieve handelspraktijken, zal de bewijslastomkering slechts uitkomst bieden indien onjuiste of onvolledige informatie onderdeel uitmaakt van de strijdigheid met de professionele toewijding of de agressieve bejegening (zie bijv. art. 6:193h lid 2 onder e BW).

Uit ons jurisprudentie-onderzoek komt naar voren dat de behoefte om beschermd te worden of consumenten te beschermen door middel van een bewijslastomkering ook bij agressieve handelspraktijken kan bestaan.¹⁴⁴ De zin 'rust op de handelaar de bewijslast ter zake van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt' zou wellicht aangevuld kunnen worden met de zinsnede 'en ter zake van de bijzonder vakkundige en zorgvuldige¹⁴⁵ bejegening van de consument voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst en tijdens de uitvoering daarvan'. Een bewijslastomkering ten aanzien van de naleving van de vereisten van professionele toewijding (de overkoepelende norm uit art. 6:193b lid 2 onder a BW), is volgens ons het overwegen waard.¹⁴⁶ Indien een consument stelt en bewijst dat hij op een bepaalde, volgens hem oneerlijke wijze is bejegend door een ondernemer (denk aan tijdsaspecten,¹⁴⁷ de plaats van het sluiten van het contract, de inhoud van het contract en andere communicatie¹⁴⁸), dan is het aan de ondernemer, die dit betwist, om te bewijzen dat de bejegening gepast was.¹⁴⁹

In de onderzochte zaken is regelmatig sprake van een ambtshalve toepassing van artikel 6:193j lid 2 BW met een vaststelling van de oneerlijke handelspraktijk tot gevolg.¹⁵⁰ Schuld wordt doorgaans voorhands aangenomen. De beperkte stelplicht aan de kant van eiser ten aanzien van de toerekenbaarheid – die nog verder wordt beperkt in het kader van ambtshalve toepassing – doet de vraag rijzen naar de toegevoegde waarde van lid 2.¹⁵¹ Een zaak waarin de toegevoegde waarde in termen van de verschuiving van het bewijsrisico naar de ondernemer expliciet blijkt, kwamen wij niet tegen.

Aangenomen wordt doorgaans dat artikel 6:193j lid 2 BW niets toevoegt in termen van bewijs van het causale verband tussen oneerlijke handelspraktijk en schade, daar het geen vermoeden, laat staan een bewijslastomkering daaromtrent bevat. Het ontbreken van deze tegemoetkoming in lid 2 vormt evenwel, op basis van de onderzochte uitspraken, een minder groot probleem in termen van consumentenbescherming dan het lijkt. De vaststelling van de oneerlijke handelspraktijk en van schade leidt tot een *feitelijk* vermoeden van het bestaan van een causaal

139. *Appellante/OneLife*, r.o. 5.13.

140. *Obligatiehouders/Genmed*, r.o. 4.12.

141. Zie de zaken: *Depositogarantiestelsel, Brugfinancieringen, Tommy Teleshopping/Tel Sell, BMW via marktplaats, Obligatiehouders/Genmed* en *Appellante/OneLife*. Zie Snijders 2015.

142. 27 *eisers/Dormio*, 11 *eisers/Cash & Property BV, Eisers/Leensysteem BV, Brugfinancieringen* en *Appellant/Dressage Stables*. De zwarte lijstpraktijk in *Appellante/OneLife* valt ook onder het begrip misleidende handelspraktijk.

143. 11 *eisers/Cash & Property BV, Nu Theorie/Turbo Theorie, Brugfinancieringen* en *Appellante/OneLife*.

144. *Eisers/Leensysteem BV*. Hoe groot die behoefte daadwerkelijk is, zou moeten blijken uit het feit dat de consument bij dergelijke handelspraktijken bewijsproblemen heeft. Dat er, al met al, weinig aan de hand van de regeling OHP wordt geprocedeerd kan hiervoor een indicatie zijn.

145. Deze criteria hebben wij afgeleid uit art. 6:193a onder f BW.

146. Aangezien art. 6:193j lid 1 BW te herleiden is op art. 12 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken rijst dan wel de vraag of een uitbreiding van lid 1 is toegestaan gelet op de maximum harmonisatie die is beoogd door de richtlijn. Naar wij menen is deze uitbreiding, net als de toepassing van bewijsvermoedens ten aanzien van de causaliteit, onderdeel van de 'remedial autonomy' van de lidstaten.

147. In *Eisers/Leensysteem BV* stelden de consumenten geen tijd te hebben gehad om het aangaan van de overeenkomst te overdenken.

148. Dergelijke feitelijkheden zijn relevant gelet op art. 6:193h lid 2 BW.

149. Het bewijsrisico ten aanzien van het manipulatievereiste (art. 6:193b lid 2 onder b BW) en terug te vinden in art. 6:193c, 6:193d en 6:193h BW ligt dan nog wel bij de consument. Echter, aan het bewijs van het manipulatievereiste worden in de praktijk geen hoge eisen gesteld als de strijdigheid met de professionele toewijding, misleiding of agressie is komen vast te staan.

150. *Depositogarantiestelsel, Brugfinancieringen, BMW via marktplaats, Bemiddeling bij huur, Obligatiehouders/Genmed* en *Appellante/OneLife*.

151. Zoals door Van Nispen 'voorspeld', zie hiervoor par. 2.2.

verband tussen beide. Dit verband wordt voorshands aangenomen.¹⁵² Een aanpassing van lid 2 waarmee ook ten aanzien van het causaal verband het bewijsrisico bij de ondernemer wordt gelegd, lijkt dan ook niet nodig om de effectieve werking van de richtlijn te garanderen. Feitelijke en jurisprudentiële bewijsvermoedens bieden voldoende bescherming.¹⁵³

152.Zie de zaken: *Depositogarantiestelsel, Brugfinancieringen, Tommy Teleshopping/Tel Sell, BMW via marktplaats, Obligatiehouders/Genmed en Appellante/OneLife*.

153.Behalve het feitelijk vermoeden kan mogelijk ook de omkeringsregel, een jurisprudentieel vermoeden, uitkomst bieden. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1199, m.nt. C.M.D.S. Pavillon en L.B.A. Tigelaar (*X/Staatsloterij*), *TvC* 2020, afl. 3. Dit laatste vermoeden komt overigens dicht in de buurt van een bewijslastomkering.