

Verkoop met verlies als verboden marktpraktijk: conform aan Europees recht?

Gert Straetmans¹

1. Inleiding	528
§ 1. Toepassingsgebied richtlijn nr. 2005/29/EG	528
§ 2. Rechtspraak Hof van Justitie over toepassingsgebied richtlijn	528
§ 3. Tussenbesluit: bijzonder ruim toepassingsgebied	529
2. Rechtspraak inzake verkoop met verlies	530
§ 1. De Euronics-beschikking	530
a. Draagwijdte Euronics-beschikking	530
b. Consumentenbescherming beogen: formeel of daadwerkelijk?	531
c. Potentiële beïnvloeding van de aankoopbeslissing van de consument volstaat	534
§ 2. Arrest van 16 september 2016 van het Hof van Cassatie	535
§ 3. Arrest van 19 oktober 2017 van het Hof van Justitie – Europamur Alimentación	536
3. Conformiteit van artikelen VI.116 en VI.117 WER met richtlijn nr. 2005/29/EG	538
4. Besluit – Gevolgen voor WER	540

SAMENVATTING

Het verbod van verkoop met verlies uit artikel VI.116 WER ressorteert onder richtlijn nr. 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken. In zijn arrest van 16 september 2016 benadrukt het Hof van Cassatie dat de Belgische wetgever met het verbod van verkoop met verlies niet alleen formeel een dubbele doelstelling (B2B en B2C) vooropstelde, maar die doelstellingen ook daadwerkelijk beoogde. Het Hof van Justitie voegt daaraan in zijn arrest van 19 oktober 2017 toe dat het doel van de consumentenbescherming ook aanwezig is bij een verbod van verkoop met verlies tussen groothandelaren en detailhandelaren, aangezien dergelijke verkooptransacties ook gevolgen hebben voor de consumenten. Ten gevolge van die rechtspraak zal de Belgische wetgever de huidige regeling moeten opheffen. Die opheffing zal gevolgen hebben voor de uitzondering die voor het verbod van verkoop met verlies bestaat tijdens de soldenperiodes. Ook de solden- en sperperideregels zijn strijdig met richtlijn nr. 2005/29/EG en behoeven aanpassing.

RÉSUMÉ

L'interdiction de la vente à perte visée par l'article VI.116 C.D.E. entre dans le champ d'application de la directive n° 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. Dans son arrêt du 16 septembre 2016, la Cour de cassation souligne que le législateur belge a poursuivi avec l'interdiction de la vente à perte non seulement un double but (B2B et B2C) du point de vue formel mais dès le début aussi réellement ce double objectif. La Cour de Justice dans son arrêt du 19 octobre 2017 y ajoute que la finalité de protéger des consommateurs est également présente dans une interdiction de vente à perte entre un grossiste et un détaillant, pour la raison que de telles transactions ont aussi des conséquences pour les consommateurs. A la suite de cette jurisprudence, la réglementation existante de la vente à perte devrait être abrogée par le législateur belge. Cette abrogation aura des effets sur la réglementation des soldes ainsi que sur le régime des pré-soldes qui à leur tour ne sont pas non plus en conformité avec la directive n° 2005/29/CE.

¹ Gewoon hoogleraar Economisch en Europees economisch recht Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Onderneming & Recht, plaatsvervangend raadsheer hof van beroep Antwerpen.

1. INLEIDING

Twee arresten vormen de aanleiding voor deze bijdrage over de regeling van verkoop met verlies in het Wetboek van economisch recht (hierna: WER): het arrest van het Hof van Cassatie van 16 september 2016 in het geschil tussen Euronics en Kamera Express, dat reeds tot een beschikking² van het Hof van Justitie leidde, en het arrest van 19 oktober 2017 van het Hof van Justitie in de *Europamur Alimentación*-zaak³. Beide arresten die in dit nummer zijn opgenomen, handelen in de kern over het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken⁴ en de conformiteit van nationale regels inzake verkoop met verlies met die richtlijn.

Alvorens dieper in te gaan op de inhoud van voormelde arresten (punt 2.) en vervolgens de vraag naar de Europees-rechtelijke conformiteit van de huidige regeling van verkoop met verlies in het WER te beantwoorden (punt 3.), wordt eerst het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken kort gedefinieerd. Een besluit (punt 4.) geeft nog aan wat de gevolgen zijn voor de Belgische wetgeving van de analyse.

§ 1. Toepassingsgebied richtlijn nr. 2005/29/EG

Artikel 3, 1. verklaart richtlijn nr. 2005/29/EG van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Die inperking tot handelspraktijken B2C belette de Europese wetgever evenwel niet om de harmoniserende werking van de richtlijn ruim te zien⁵. Inleidende overweging 6 stelt in die zin dat “*de wetgeving van de lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken, waaronder oneerlijke reclame, die de economische belangen van de consumenten rechtstreeks en aldus de economische belangen van legitieme concurrenten onrechtstreeks schaden, bij deze richtlijn (worden) geharmoniseerd*”. In inleidende overweging 8 voegt de Europese wetgever daaraan toe dat “*deze richtlijn (...) de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (beschermt)*”.

Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen; hierdoor is binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn een eerlijke concurrentie gewaarborgd” (eigen benadrukking).

Op die manier zullen zowel consumenten als ondernemingen “*zich kunnen verlaten op één regelgevend kader op basis van duidelijk omschreven rechtsbegrippen dat alle aspecten van oneerlijke handelspraktijken in de gehele Europese Unie regelt. Daardoor (...) zal de interne markt op dit gebied kunnen worden voltooid*”⁶ (eigen benadrukking).

§ 2. Rechtspraak Hof van Justitie over toepassingsgebied richtlijn

Ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het toepassingsgebied van de richtlijn zeer ruim is en niet alleen B2C-handelspraktijken in de strikte zin onder haar toepassingsgebied ressorteren, maar daarnaast ook handelspraktijken die behoudens consumentenbescherming eveneens belangen van ondernemingen beogen. Zelfs indien handelspraktijken hoofdzakelijk andere doelstellingen nastreven dan de bescherming van de economische belangen van de consumenten, zoals de bescherming van de pluriformiteit van de pers, weerhield dit het Hof van Justitie er niet van om ze toch onder het toepassingsgebied van de richtlijn te brengen⁷. Overeenkomstig het door de Europese wetgever beoogde toepassingsgebied zijn uitsluitend nationale wettelijke regelingen betreffende oneerlijke handelspraktijken “*die ‘alleen’ de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, uitgesloten van de werkingssfeer van deze richtlijn*”⁸.

Onder handelspraktijken verstaat de richtlijn: “*iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten*”⁹ (eigen benadrukking). Uit de recht-

² HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154.

³ HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur*, ECLI:EU:C:2017:782.

⁴ Richtlijn nr. 2005/29/EG van 11 mei 2005 (*Pb* 11 juni 2005, L. 149/22).

⁵ Zie G. STRAETMANS, “Harmonisation des pratiques commerciales déloyales: protection des entreprises?” in J. VOINOT en E. TERRY (eds.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales: évolution et perspectives*, Brussel, Larcier, 2012, (107) 107-135 en G. STRAETMANS, “Recente tendensen in handelspraktijken” in *CBR-Jaarboek 2005-2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, (163) 163-275.

⁶ Inleidende overw. 12 bij de richtlijn.

⁷ Zie onder meer HvJ 9 november 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG / ‘Österreich’-Zeitungsverlag GmbH*, ECLI:EU:C:2010:660, r.o. 44-45 en meer uitgebreid, J. STUYCK, “Pratiques du commerce et concurrence: vers un nouvel équilibre”, *DCCR* 2011, nr. 91, (3) 14; G. STRAETMANS en J. STUYCK, “Wet Marktpraktijken en consumentenbescherming”, *CBR-Jaarboek 2009-2010*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 617 *et seq.*, en dezelfde, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming: een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, nr. 10, (386) 386-419.

⁸ Zie HvJ 9 november 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG / ‘Österreich’-Zeitungsverlag GmbH*, ECLI:EU:C:2010:660, r.o. 21. Vgl. met HvJ 23 april 2009, gevoegde zaken C-261 en 299/07, *VTB-VAB en Galatea*, ECLI:EU:C:2009:244, r.o. 52 en HvJ 14 januari 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV / Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:12, r.o. 39.

⁹ Art. 2, d) richtlijn nr. 2005/29/EG.

spraak van het Hof van Justitie volgt dat dit begrip eveneens zeer ruim moet worden genomen. Het Hof ziet handelspraktijken als “*commerciële handelingen die duidelijk deel uitmaken van het marketingbeleid van een ondernemer en rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering en de afzet van zijn producten*”¹⁰. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie valt voorts op te maken dat het Hof in geen van de arresten afzonderlijk aandacht besteedt aan het vereiste *rechtstreekse* verband met de verkoopbevordering. Wanneer een commerciële handeling deel uitmaakt van het marketingbeleid of de commerciële strategie van een onderneming, dan is er voor het Hof van Justitie sprake van een handelspraktijk, te weten een praktijk die een mogelijke invloed uitoefent op de aankoopbeslissing van een potentiële consument.

Het ruime materiële toepassingsgebied van de richtlijn wordt voorts bevestigd in rechtspraak waarin het Hof van Justitie aangeeft wanneer handelspraktijken het economische gedrag van de gemiddelde Europese consument (wezenlijk of wezenlijk kunnen) verstoren. Onder “wezenlijk verstoren” verstaat de richtlijn “*een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten*”¹¹ (eigen benadrukking). Een *besluit over een transactie* is een door een consument genomen “*besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht de consument wel of niet tot handelen overgaat*”¹². In navolging van die aanwijzingen van de Europese wetgever interpreteerde het Hof van Justitie ook dit begrip zeer ruim in het arrest *Trento Sviluppo*¹³. Een besluit over een transactie omvat aldus het Hof niet alleen het besluit om een product al dan niet te kopen maar tevens het besluit dat daarmee *rechtstreeks* verband houdt, met name het besluit om de winkel binnen te gaan¹⁴. Volgens het

Hof vindt die uitlegging ook steun in artikel 3, 1. van de richtlijn, dat de richtlijn breed van toepassing *maakt* “*op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product*”¹⁵ (eigen benadrukking).

§ 3. Tussenbesluit: bijzonder ruim toepassingsgebied

De richtlijnbevestigingen en de rechtspraakevoluitie tonen aan dat het vereiste rechtstreekse verband met de verkoopbevordering en met de aankoopbeslissing van de consument soepel wordt geïnterpreteerd in het licht van de doelstelling van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, namelijk alle aspecten van oneerlijke handelspraktijken regelen en zo de interne markt op dit gebied voltooiën.

Verkoopbevorderend is dan elke praktijk (handeling, omisatie, gedraging, voorstelling van zaken, commerciële communicatie met inbegrip van reclame en marketing) die de potentiële consument kan bereiken en een mogelijke invloed kan hebben op zijn aankoopbeslissing. Tussen reclame (rechtstreeks en onrechtstreeks verkoop bevorderen) en handelspraktijk (rechtstreeks verkoop bevorderen) bestaat er geen tegenstelling¹⁶. Integendeel, een handelspraktijk in de verhouding tussen onderneming en consument wordt zeer ruim genomen en omvat reclame. Een praktijk die past in de commerciële strategie of het marketingbeleid van een onderneming grijpt in de verhouding met de consument in en strekt ertoe of kan ertoe strekken de consument in zijn aankoopbeslissing te beïnvloeden. Uitsluitend de praktijk die zuiver ingrijpt in de zakelijke relatie tussen ondernemingen ontsnapt aan het toepassingsgebied van de richtlijn.

In die context dient de rechtspraak inzake verkoop met verlies geanalyseerd te worden.

¹⁰. HvJ 23 april 2009, gevoegde zaken C-261 en 299/07, *VTB-VAB en Galatea*, ECLI:EU:C:2009:244, r.o. 50. Zie uitgebreid over deze rechtspraak, G. STRAETMANS en J. STUYCK, “De WMPC: een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 386 *et seq.*

¹¹. Zie art. 2, e) richtlijn nr. 2005/29/EG.

¹². Zie art. 2, k) richtlijn nr. 2005/29/EG.

¹³. HvJ 19 december 2013, C-281/12, *Trento Sviluppo srl en Centrale Adriatica Soc.coop.arl / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2013:859.

¹⁴. HvJ 19 december 2013, C-281/12, *Trento Sviluppo srl en Centrale Adriatica Soc.coop.arl / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2013:859, r.o. 36. Dus niet de aankoopbeslissing in strikte zin is maatgevend, maar ook de daaraan voorafgaande handelingen waarop de handelspraktijk van invloed kan zijn.

¹⁵. HvJ 19 december 2013, C-281/12, *Trento Sviluppo srl en Centrale Adriatica Soc.coop.arl / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2013:859, r.o. 37.

¹⁶. Aangenomen wordt dat het op algemene wijze versterken van een imago of naamsbekendheid van een goed, dienst of onderneming daartoe reeds volstaat. Dit volgt uit het arrest *Belgian Electronic Sorting Technology* (HvJ 11 juli 2013, C-657/11, ECLI:EU:C:2013:516, r.o. 59) waarin het Hof het gebruik van *metatags*, die het als een *onrechtstreekse* wijze van verkoopbevorderende communicatie kwalificeerde, ook als handelspraktijk aanmerkte, namelijk als een onderdeel van de commerciële strategie van de onderneming.

2. RECHTSPRAAK INZAKE VERKOOP MET VERLIES

Het cassatiearrest van 16 september 2016 wordt voorafgegaan door de *Euronics*-beschikking¹⁷ van 7 maart 2013 van het Hof van Justitie. Het past eerst de redenering die ten grondslag ligt aan deze beschikking aan te stippen. Daarbij geldt als uitgangspunt dat het Hof van Justitie een beschikking neemt “wanneer het antwoord op een prejudiciële vraag duidelijk uit de rechtspraak kan worden afgeleid”¹⁸.

§ 1. De *Euronics*-beschikking

a. Draagwijdte *Euronics*-beschikking

In zijn *Euronics*-beschikking over de Belgische regeling van verkoop met verlies die aan de artikelen VI.116 en VI.117 WER voorafging, neemt het Hof van Justitie de zienswijze van de rechtbank van koophandel te Gent over. Die had gesteld dat het verbod van verkoop met verlies weliswaar gevolgen heeft voor de betrekkingen tussen de marktdeelnemers, maar dat dit niet wegneemt dat de verbodsbepaling beoogt de consument te beschermen. Nu de B2C-werking aldus was vastgesteld, moest nog nagegaan worden of wat voorlag een handelspraktijk in de zin van richtlijn nr. 2005/29/EG uitmaakte. Ook daarop komt het Hof van Justitie al snel tot het besluit dat het hoger toegelichte, bijzonder ruime toepassingsgebied van de richtlijn ook de bedoelde verkopen met verlies insluit. “Praktijken als aan de orde in het hoofdgeding waarbij met verlies wordt verkocht, die, zoals de verwijzende rechter opmerkt, als een lokvogelprocedé werken, hebben tot doel consumenten naar de winkel van een handelaar te lokken en deze consumenten tot kopen aan te zetten. Zij maken dus deel uit van de commerciële strategie van een ondernemer en houden rechtstreeks verband met de verkoopbevordering en de afzet van zijn producten. Zij vormen dan ook handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en vallen bijgevolg binnen de materiële werkingssfeer van deze richtlijn.”¹⁹.

Vervolgens dient de systematiek van de richtlijn uitsluitend te brengen over de conformiteit van de Belgische verbodsbepa-

ling om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen. Naar intussen vaste rechtspraak voert de richtlijn een volledige harmonisatie door van de regels inzake handelspraktijken tussen ondernemingen en consumenten. Dat houdt in dat de lidstaten met betrekking tot handelspraktijken die binnen het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, geen strengere maatregelen kunnen vaststellen dan deze uit de richtlijn, ook niet wanneer de nationale maatregelen een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand zouden brengen²⁰.

Bijgevolg geven de richtlijnbevestigingen zelf de criteria aan op grond waarvan een handelspraktijk verboden kan worden. Bovendien het algemene verbod van oneerlijke handelspraktijken²¹ bevat de richtlijn specifiekere verboden van misleidende handelspraktijken (misleidende acties en misleidende omissies)²² en van agressieve handelspraktijken²³. Daarbovenop geeft de richtlijn in bijlage I een uitputtende lijst van 31 handelspraktijken die onder alle omstandigheden (“*per se*” dus) als oneerlijk worden beschouwd.

Uit die systematiek leidt het Hof van Justitie af dat de B2C-handelspraktijken die niet vermeld staan in de lijst van bijlage I aan de richtlijn slechts verboden kunnen worden op grond van een individuele toetsing aan de criteria uit de richtlijnbevestigingen²⁴.

Verkoop met verlies staat niet vermeld in bijlage I bij de richtlijn en kan bijgevolg niet onder alle omstandigheden, *c.q.* op algemene wijze, worden verboden. Het algemene verbod uit de Belgische voorloper van de huidige bepalingen ter zake van verkoop met verlies in het WER is in strijd met de richtlijn, aangezien de rechter niet in de mogelijkheid wordt gesteld om het oneerlijke karakter van de handelspraktijk te beoordelen in het licht van de richtlijncriteria. Het Hof besluit derhalve dat de richtlijn “*zich verzet tegen een nationale bepaling als aan de orde in het hoofdgeding die een algemeen verbod behelst om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen, voor zover deze bepaling de bescherming van de consument beoogt*” (eigen benadruking).

¹⁷ HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154.

¹⁸ HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154, r.o. 15.

¹⁹ HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154, r.o. 22.

²⁰ Zie art. 4 van richtlijn nr. 2005/29/EG en zie HvJ 14 januari 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV / Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:12, r.o. 41 en HvJ 30 juni 2011, C 288/10, *WAMO / JBC en Modemakers Fashion*, ECLI:EU:C:2011:443, r.o. 33.

²¹ Art. 5 van de richtlijn.

²² Art. 6 en 7 van de richtlijn.

²³ Art. 8 en 9 van de richtlijn.

²⁴ Zie inleidende overw. 17 van de richtlijn; zie ook HvJ 14 januari 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV / Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:12, r.o. 45; HvJ 9 november 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG / 'Österreich'-Zeitungverlag GmbH*, ECLI:EU:C:2010:660, r.o. 34 en HvJ 30 juni 2011, C 288/10, *WAMO / JBC en Modemakers Fashion*, ECLI:EU:C:2011:443, r.o. 37.

b. Consumentenbescherming beogen: formeel of daadwerkelijk?

Deze laatste formulering is niet nieuw in de beschikkingspraktijk van het Hof van Justitie. Met betrekking tot de Belgische prejudiciële vragen over de sperperioderegeling uit de wet op de marktpraktijken en consumentenbescherming antwoordde het Hof van Justitie in de *WAMO*-beschikking²⁵, na te hebben vastgesteld dat de doelstelling van de betrokken regeling niet duidelijk uit de verwijzingsbeslissing kon worden afgeleid, dat het aan de verwijzende rechter stond om vast te stellen of de nationale regeling “*daadwerkelijk de bescherming van de consumenten beoogt*”²⁶ (eigen benadrukking). Komt de rechter tot die vaststelling, dan dient hij vervolgens na te gaan of de regeling een handelspraktijk betreft in de zin van de richtlijn. Aangezien de richtlijn een bijzonder ruim begrip geeft aan handelspraktijk, vervolgt het Hof dat “*reclamecampagnes zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, die tot doel hebben consumenten naar de winkel van de handelaar te lokken, (...) echter duidelijk deel uit(maken) van de commerciële strategie van een ondernemer en (...) rechtstreeks verband (houden) met de verkoopbevordering en de afzet van zijn producten. Zij vormen dan ook handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d) van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en vallen dus binnen de materiële werkingssfeer van deze richtlijn (...)*”²⁷.

In de *INNO*-beschikking²⁸, eveneens over de Belgische sperperioderegeling, bevestigt het Hof van Justitie dat een nationale bepaling niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken kan vallen “*indien zij, zoals de verwijzende rechter van oordeel is, enkel de concurrentieverhoudingen tussen handelaars regelt en niet de bescherming van de consument beoogt*”²⁹ (eigen benadrukking). Toch vervolgt het Hof *in casu* de analyse. Wanneer de sperperioderegeling er echter ook toe strekt de consument tegen dergelijke praktijken te beschermen, dan is de algemene regeling een handelspraktijk die, bij gebrek aan concrete, individuele toets aan de richtlijn criteria, niet beantwoordt aan de vereisten van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken³⁰.

De wat afwijkende formulering (daadwerkelijk consumentenbescherming vs. consumentenbescherming beogen) van het Hof van Justitie in beide beschikkingen met betrekking tot de Belgische sperperioderegeling gaf in het verleden meer dan eens aanleiding tot polemiek in de Belgische rechtsleer en in de rechtspraak³¹.

In de rechtsleer tekenden zich twee grote strekkingen af. Sommigen waren van oordeel dat handelspraktijken binnen het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29/EG vallen, zodra zij formeel, volgens de *ratio legis*, niet alleen de bescherming van ondernemingen maar ook de bescherming van consumenten beogen³². Daartegenover stonden zij die

25. HvJ 30 juni 2011, C 288/10, *WAMO / JBC en Modemakers Fashion*, ECLI:EU:C:2011:443. Zie ook de weergave in “Marktpraktijken”, *RABG*, 2011/16, 114, met noot B. GILLIS, “Sperperioderegeling toch niet strijdig met de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken?”.

26. HvJ 30 juni 2011, C 288/10, *WAMO / JBC en Modemakers Fashion*, ECLI:EU:C:2011:443, r.o. 28.

27. HvJ 30 juni 2011, C 288/10, *WAMO / JBC en Modemakers Fashion*, ECLI:EU:C:2011:443, r.o. 31.

28. HvJ 15 december 2011, C-126/11, *INNO / UNIZO e.a.*, ECLI:EU:C:2011:851.

29. HvJ 15 december 2011, C-126/11, *INNO / UNIZO e.a.*, ECLI:EU:C:2011:851, r.o. 29.

30. HvJ 15 december 2011, C-126/11, *INNO / UNIZO e.a.*, ECLI:EU:C:2011:851, r.o. 30.

31. Zie daarover meer bij G. STRAETMANS, “De Belgische sperperioderegeling herbezocht”, *DCCR* 2015, nr. 107, (47) 47-70.

32. Zie J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 901-915; J. STUYCK, “Much ado about nothing? Een nieuwe etappe in de justitiële saga rond de sperperiodes”, *TBH* 2014, nr. 4, (395) 399 en J. STUYCK, “Handels- en economisch recht, Deel 2 Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 2015, 450-451. Ook B. KEIRSBILCK en E. TERRY, in H. DE WULF, B. KEIRSBILCK en E. TERRY, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken (2003-2010)”, *TPR*, 2011/3, randnr. 98, (925) 995, die verwijzen naar: Werkdocument van de Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende de omzetting en toepassing van richtlijn nr. 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, SEC(2009) 1666, 3 december 2009, 15 en 16, zijn die mening toegedaan. Zie voorts ook D. CHAVAL en G. RUE, “*Errare humanum est, perseverare diabolicum ... La loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur n’est plus appliquée*”, *DAOR* 2013, nr. 108, (444) 454, die vanuit rechtszekerheids oogpunt opteren voor de “*ratio legis*” als doorslaggevende factor: “Les effets d’une mesure, particulièrement en économie qui n’est pas une science exacte, ne sont pas nécessairement atteints rapidement ou peuvent varier dans le temps. Ainsi, suivant le moment où l’analyse des effets d’une disposition légale est effectuée par un juge, cette disposition pourrait tomber ou non dans le champ d’application de la directive. On le voit, cette interprétation mène à l’insécurité et l’incohérence”; D. GOL, “Des pratiques du commerce aux pratiques du marché: la loi du 6 avril 2010” in N. THIRION (ed.), *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Luik, Anthemis, 2010, (53) 98 en andermaal E. TERRY, “Koppelverkoop en andere per se verboden in de Handelspraktijkenwet (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het *VTB-VAB*-arrest van het Hof van Justitie”, *RW* 2009-10, (1242) 1249.

de daadwerkelijke doelen als aanknopingsfactor prefereerden boven de formele doelstelling van de wetgever³³.

De Belgische rechtspraak over de sperperioderegeling werd gekenmerkt door een gelijkaardige tweedeling. Het hof van beroep te Brussel³⁴ was van oordeel dat niet zozeer de formele *ratio legis* die de wetgever vooropstelt doorslaggevend is, maar wel of de nationale wetgeving daadwerkelijk de vooropgestelde bescherming biedt. Het Hof van Cassatie leek zich daarbij aan te sluiten, maar niet zonder een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, die uiteindelijk resulteerde in de hoger vermelde *INNO*-beschikking van het Hof van Justitie³⁵.

De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Dendermonde gaf meer gewicht aan de *ratio legis* van de wetgeving en stelde het Hof van Justitie vervolgens een prejudiciële vraag die beslecht werd in de eveneens hoger aangestipte *WAMO*-beschikking³⁶. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel oordeelde in dezelfde lijn³⁷.

In navolging van de *WAMO*- en *INNO*-beschikkingen oordeelde het Hof van Cassatie vervolgens op basis van de wetsgeschiedenis en de formele doelen die de wetgever met de betrokken regeling voor ogen had³⁸. Het hof van beroep te Antwerpen was echter niet overtuigd van die koerswijziging en liet opnieuw de daadwerkelijke bescherming prime-

ren op de *ratio legis* van de wetgever³⁹. Het hof van beroep te Gent plaatste zich wel in lijn met het laatst vermelde arrest van het Hof van Cassatie en greep terug naar de formele *ratio legis* van de betrokken regeling⁴⁰.

Terwijl het hof van beroep te Antwerpen oordeelde dat de op de daadwerkelijke bescherming gerichte interpretatie niet werd tegengesproken door de *INNO*-beschikking van het Hof van Justitie, waarin weliswaar niet meer werd verwezen naar “daadwerkelijk beogen”, stelde het hof van beroep te Gent dat uit de verwijzing naar “daadwerkelijk beogen” in de *WAMO*-beschikking niet mag worden afgeleid dat dit overeenstemt met “daadwerkelijk beschermen”. Mocht het Hof van Justitie daadwerkelijk “het effect” hebben beoogd, zou het moeten verplicht hebben om na te gaan of de nationale regeling *daadwerkelijk* de consument *beschermt* en dus niet of de nationale regeling *daadwerkelijk* de bescherming van consumenten *beoogt*⁴¹.

In de discussie werd meermaals de eigenheid van de prejudiciële procedure over het hoofd gezien. Zo stipte het hof van beroep te Antwerpen terecht aan dat de discrepantie in de formulering van de beschikkingen louter te verklaren viel vanuit het verschil in formulering van de prejudiciële vra(a)g(en)⁴². Ook de benadrukking dat het uiteindelijk aan de nationale rechter staat om na te gaan welke bescherming de nationale regeling beoogt, is inherent aan de prejudiciële

33. Zie H. JACQUEMIN, “L’interdiction des annonces de réduction de prix en période d’attente à l’aune de la directive sur les pratiques commerciales déloyales”, *DAOR* 2013, nrs. 105-106, (211) 217, die “les finalités réelles de la mesure” doorslaggevender acht dan “les intentions déclarées du législateur”. Vgl. met A. PUTTEMANS, “Qu’y a-t-il de neuf dans la nouvelle loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur (ex-LPCC) et qu’en est-il de sa compatibilité avec le droit européen?”, *Dr. banc. fin.*, 2011/1, (3) 29, die de idee verdedigt dat “qu’une interprétation conforme au 6^e considérant de la directive, lu en entier, devrait conduire la Cour à considérer qu’il convient de vérifier si l’annonce d’une réduction de prix en période d’attente est de nature à porter exclusivement atteinte aux intérêts économiques des concurrents de l’annonceur et, en cas de réponse négative à cette première question, si elle est de nature à porter directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs. Dès lors que la réponse à la première ou à la seconde de ces questions est affirmative, la législation en cause sort du champ d’application de la directive 2005/29”. Vgl. voorts met H. JACQUEMIN, “Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique”, *JT* 2014, (722) 726, met L. DE BROUWER, “Ordonnance *Wamo*: les règles nationales sur les présoldes au regard du droit européen”, *JDE* 2011, (264) 265, die van oordeel is “qu’il ne suffit pas au législateur de déclarer qu’il poursuit la protection d’une catégorie de personnes, encore convient-il de vérifier si la disposition concernée poursuit ‘effectivement’ ces finalités”, met J.-S. LENAERTS, “Ordonnance *Inno NV*: les annonces de réduction de prix en période d’attente et leur conformité au droit européen: suite ... mais certainement pas fin!”, *REDC*, 2012/3, (541) 553, die aanstipt “que ce ne sont pas les objectifs déclarés qui importent, mais les finalités réelles de la pratique en cause” en met M. VANDENPLAS, S. ALBERT en K. DEPUYDT, “De conformiteit van de Belgische sperperioderegeling met de Europese consumentenrichtlijn”, *RW* 2014-15, afl. 10, (382) 386, die stellen: “Het feit dat de wetgever aanvankelijk ook de bescherming van de consument in overweging nam, lijkt niet langer relevant, indien zou blijken dat de regelgeving in de praktijk enkel de bescherming van de concurrentie bewerkstelligt.” Zie ook K. JANSSENS en Th. DE MEESE, “De sperperiode: *alea non iacta est*, de pogingen van de wetgever ten spijt”, *Jaarboek Handelspraktijken 2014*, 351-354.

34. Brussel 12 mei 2009, *Jaarboek Handelspraktijken 2009*, 252.

35. Cass. 21 februari 2011, C.09.0436.N, te raadplegen op www.jure.juridat.just.fgov.be.

36. Zie beschikking van 18 december 2009 van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Dendermonde in een geschil tussen *JBC en Modemakers Fashion / WAMO*, diens tussenbeschikking in kort geding van 2 juni 2010 met de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie en diens beschikking van 20 juni 2012.

37. Zie Voorz. Kh. Brussel 28 juni 2010, *NJW* 2010, 594, die aangaf dat de Belgische reglementering van solden- en sperperiode strenger was dan de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en daarmee dan ook onvereenigbaar.

38. Cass. 2 november 2012, C.09.0436.N, *Inno / Unizo e.a.*, te raadplegen op www.cass.be.

39. Antwerpen 6 februari 2014 en daarover meer bij J. STUYCK, “Much ado about nothing? Een nieuwe etappe in de justitiële saga rond de sperperiodes”, *TBH* 2014, nr. 4, (395) 399 en bij G. STRAETMANS, “De Belgische sperperioderegeling herbezocht”, *DCCR* 2015, nr. 107, (47) 47-70.

40. Gent 3 november 2014, *JBC en Modemakers Fashion / Wamo, Unizo en Mode Unie*, 2012/RK/193, 2014/15833, *onuitg.*, punt 13.

41. Gent 3 november 2014, *JBC en Modemakers Fashion / Wamo, Unizo en Mode Unie*, 2012/RK/193, 2014/15833, *onuitg.*, punt 12.

42. Zie hierover meer uitgebreid, G. STRAETMANS, “De Belgische sperperioderegeling herbezocht”, *DCCR* 2015, nr. 107, (47) 64.

procedure⁴³. In dat licht werd terecht opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie niet zonder meer valt “*af te leiden dat de ‘reële doelstelling’, eerder dan de formele doelstelling, zoals die door de wetgever wordt gearticuleerd, bepaalt of een nationale regeling onder het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken valt*”⁴⁴.

Plaatsen we de *WAMO*- en *INNO*-beschikkingen in de ruimere rechtspraak over richtlijn nr. 2005/29/EG van het Hof van Justitie, dan is het Hof inderdaad niet eenduidig in de keuze tussen “daadwerkelijke doelstelling” of “*ratio legis*”⁴⁵. In het arrest *Plus Warenhandels-gesellschaft*⁴⁶ gaf het Hof van Justitie aan dat wanneer de nationale wetgever uitdrukkelijk een consumentenbeschermende werking beoogt, daaraan later in het raam van de toepassing van de richtlijn geen afbreuk meer kan worden gedaan. Daarmee zegt het Hof van Justitie echter niet dat de formele doelstelling van de wetgeving (steeds) primeert. De voorliggende handelspraktijk (gezamenlijk aanbod) had nu eenmaal een impact (sorteert gevolgen) op de economische belangen van de consument en de wetgever had de regeling zo bedoeld. In *Mediaprint*⁴⁷ neemt het Hof van Justitie nadrukkelijker afstand van de doelstelling die de wetgever formeel beoogt. De verwijzende rechter had duidelijk aangegeven dat de voorliggende regels inzake gezamenlijk aanbod behoorden tot de commerciële strategie van de ondernemingen en bijgevolg de aankoopbeslissing van de consument konden beïnvloeden⁴⁸.

In de *Pelckmans*-beschikking⁴⁹ kreeg het Hof van Justitie de vraag of de Belgische regeling die handelaars, behoudens

enkele uitzonderlijke gevallen, verbiedt hun winkel 7 dagen per week te openen en hen daartoe een wekelijkse sluitingsdag oplegt, een handelspraktijk was in de zin van richtlijn nr. 2005/29/EG. Nadat het Hof van Justitie had herhaald dat de richtlijn niet van toepassing is op nationale wettelijke regelingen die niet de bescherming van de consument beogen⁵⁰, kijkt het naar de door de nationale rechter aangedragen doelstellingen van de openingsurenwet. Deze wet heeft tot doel de werknemers en de zelfstandigen uit de handelssector een vrijheidsmarge te verzekeren “*om hun, na de openingsuren van de zaak waarin zij actief zijn, een minimaal gezinsleven en een relatie alsook een cultureel leven en een mogelijkheid tot voorgezette beroepsopleiding te bieden*”⁵¹. Niet tegengesproken op dit punt tijdens de procedure had het Hof vervolgens geen moeite om te besluiten dat “*een dergelijke nationale wettelijke regeling (...) niet de bescherming van de consument op het oog (heeft) en (...) bijgevolg niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken (kan) vallen*”⁵².

In de reeds hoger geanalyseerde *Euronics*-beschikking⁵³ aarzelde het Hof van Justitie evenmin om te besluiten dat verkoop met verlies tot doel heeft “*consumenten naar de winkel van een handelaar te lokken en deze consumenten tot kopen aan te zetten*”⁵⁴ en bijgevolg handelspraktijken in de zin van de richtlijn zijn nu zij “*deel uit (maken) van de commerciële strategie van een ondernemer en (...) rechtstreeks verband (houden) met de verkoopbevordering en de afzet van zijn producten*”⁵⁵. Bespiegelingen over *ratio legis* of “daadwer-

43. Zie o.m. Concl. van 29 juni 2017 van Adv. Gen. H. SAUGMANDSGAARD in C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:506, overw. 40: “*Hoe dan ook staat het aan de verwijzende rechter, en niet aan het Hof, om de strekking en de doelstellingen te bepalen van de nationale rechtsbepalingen die in het hoofdgeding van toepassing zijn. Bijgevolg is het Hof gebonden door de zienswijze die de nationale rechter dienaangaande heeft gegeven en niet door de opmerkingen die voor hem zijn ingediend*”, met verwijzingen naar rechtspraak: HvJ 8 juni 2016, C 479/14, *Hünnebeck*, EU:C:2016:412, r.o. 36; HvJ 21 juni 2016, C 15/15, *New Valmar*, EU:C:2016:464, r.o. 25; HvJ 21 september 2016, C 221/15, *Etablissements Fr. Colruyt*, EU:C:2016:704, r.o. 15 en HvJ 4 mei 2017, C 29/16, *HanseYachts*, EU:C:2017:343, r.o. 34.

44. J. STUYCK, “*Much ado about nothing? Een nieuwe etappe in de justitiële saga rond de sperperiodes*”, *TBH* 2014, nr. 4, (395) 399.

45. Gelet op de prejudiciële procedure hoeft het Hof van Justitie dat ook niet te zijn. In functie van de prejudiciële vragen en van wat de nationale rechter over het nationaal recht aandraagt, interpreteert het Hof Europees recht om zo de nationale rechter een dienstig antwoord te verstrekken.

46. HvJ 14 januari 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV / Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:12, r.o. 40.

47. HvJ 9 november 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG / ‘Österreich’-Zeitungsverlag GmbH*, ECLI:EU:C:2010:660, r.o. 40.

48. Daartoe specifiek gevraagd, gaf het Hof in het arrest *Mediaprint* nog aan dat de mogelijkheid om aan een wedstrijd deel te nemen ten minste voor een deel van de doelgroep de doorslaggevendende reden vormt om een krant te kopen. Dit daadwerkelijke effect is bijgevolg een van de factoren waarmee de nationale rechter rekening kan houden bij zijn oordeel dat de betrokken handelspraktijk het economische gedrag van de consument wezenlijk verstoort of kan verstoren in de zin van de richtlijn (zie r.o. 44 en 45).

49. HvJ 4 oktober 2012, C-559/11, *Pelckmans / Walter Van Gastel*, ECLI:EU:C:2012:615.

50. HvJ 4 oktober 2012, C-559/11, *Pelckmans / Walter Van Gastel*, ECLI:EU:C:2012:615, r.o. 20. Het Hof verwijst hierin niet naar “*daadwerkelijk beogen*”.

51. HvJ 4 oktober 2012, C-559/11, *Pelckmans / Walter Van Gastel*, ECLI:EU:C:2012:615, r.o. 22.

52. HvJ 4 oktober 2012, C-559/11, *Pelckmans / Walter Van Gastel*, ECLI:EU:C:2012:615, r.o. 23.

53. HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154.

54. HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154, r.o. 22.

55. HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154, r.o. 22.

kelijk effect” gaan aan dit besluit van het Hof van Justitie niet vooraf⁵⁶.

c. Potentiële beïnvloeding van de aankoopbeslissing van de consument volstaat

De analyse toont aan dat de wijze waarop zaken voor het Hof van Justitie worden gebracht, gelet ook op de beperkingen die inherent zijn aan de prejudiciële procedure, een invloed hebben op de rechtspraak van het Hof. Dat komt scherper tot uiting in de hoger geciteerde *WAMO*- en *INNO*-beschikkingen. In die saga zag men bovendien meer dan eens over het hoofd dat ook waar het Hof van Justitie zich in de analyse bedient van “daadwerkelijk beogen” of “ertoe strekken” het *dictum* van de betrokken beschikkingen telkens bepaalt dat het volstaat dat de betrokken regeling consumentenbescherming “beoogt”⁵⁷ en dat het Hof in zijn analyse om tot een besluit te komen steevast het ruime toepassingsgebied⁵⁸ van richtlijn nr. 2005/29/EG benadrukt.

Focust de verwijzingsbeschikking van de nationale rechter op de *ratio legis* van de betrokken maatregel, dan zal die als uitgangspunt van de analyse genomen worden. De verwijzing naar de *ratio legis* als startpunt volstaat voor een toets aan de richtlijn nr. 2005/29/EG indien daaruit reeds volgt dat de praktijk consumentenbescherming beoogt. Als eerste aanknopingspunt sluit dit ook aan bij het hoger geciteerde werkdocument⁵⁹ van de Europese Commissie. Bestaat er evenwel tijdens de procesvoering voor het Hof discussie over de draagwijdte van de betrokken regeling of meldt de verwijzingsbeschikking van de nationale rechter onduidelijkheid over die draagwijdte, dan laat het Hof van Justitie niet na om de ruime doelstellingen van richtlijn nr. 2005/29/

EG te benadrukken, om vervolgens, ingevolge de prejudiciële procedure, de uiteindelijke kwalificatie over te laten aan de nationale rechter.

De vraag rijst dan hoe die nationale rechter te werk moet gaan om recht te doen aan de volledige harmonisatie van de richtlijn? Op basis van voorgaande analyse lijkt het gepast om in lijn met de doelstellingen van de richtlijn na te gaan of de betrokken regeling de economische besluitvorming van de consument kan beïnvloeden. Hoewel de richtlijn haar toepassingsgebied duidt onder verwijzing naar “oneerlijke handelspraktijken” in de B2C-relatie en dus “handelspraktijken die de economische belangen van consumenten rechtstreeks schaden”, mag daaruit in de praktijk geen beperkende lezing worden afgeleid. De focus van de Europese wetgever op de verboden oneerlijke handelspraktijken verklaart die terminologie. Het doel van de richtlijn is immers om de reglementering van oneerlijke handelspraktijken volledig te harmoniseren met het oog op de voltooiing van de interne markt op dit terrein. Een exhaustieve catalogoog van drie types van verboden, want oneerlijke handelspraktijken (de algemene norm van oneerlijke handelspraktijken, de misleidende en de agressieve handelspraktijken)⁶⁰ gekoppeld aan een totale of volledige harmonisatiemaatregel houdt immers niet alleen in dat men aangeeft wat als oneerlijk moet worden beschouwd, maar tegelijkertijd ook wat eerlijk is en niet meer kan worden verboden⁶¹. De richtlijn ziet bijgevolg op handelspraktijken die de economische besluitvorming van de consument kunnen beïnvloeden, maar verbiedt daarin slechts die handelspraktijken die de besluitvorming van de consument wezenlijk of merkbaar verstoren in die zin dat hij wordt gebracht tot een besluit over een transactie dat hij, in afwezigheid van die oneerlijke praktijk, niet had genomen.

⁵⁶ Ook in vele andere arresten verleidt de specifieke vraagstelling het Hof van Justitie niet tot bespiegelingen over al dan niet daadwerkelijk beoogde consumentenbescherming. Zie onder meer HvJ 12 mei 2011, C-122/10, *Ving Sverige*, ECLI:EU:C:2011:299, r.o. 21-25: reclame is B2C; HvJ 18 oktober 2012, C-428/11, *Purely Creative*, ECLI:EU:C:2012:651: een mededeling aan consument dat hij een prijs heeft gewonnen wordt verondersteld een B2C-handelspraktijk te zijn; HvJ 18 juli 2013, C-265/12, *Citroën Belux*, ECLI:EU:C:2013:498, r.o. 18: een gezamenlijk aanbod behoort tot het marketingbeleid van een onderneming en is rechtstreeks verkoop bevorderend = B2C-handelspraktijk en HvJ 17 oktober 2013, C-391/12, *RLV's*, ECLI:EU:C:2013:669, r.o. 41: de publicatie door een krantenuitgever van artikelen ter verkoopbevordering van producten van een derde onderneming is in hoofde van de krantenuitgever geen B2C-handelspraktijk indien die niet in naam en/of voor rekening van die onderneming optreedt: “Aangezien de publicatie door de krantenuitgever van dergelijke artikelen, die – in voorkomend geval indirect – de producten en diensten van derden kunnen promoten, geen wezenlijke verstoring vormt van het economische gedrag van de consument bij diens beslissing zich de betrokken krant – die overigens gratis verschijnt – te verwerven of mee te nemen (zie over dit aspect arrest *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, punten 44 en 45), kan een dergelijke uitgeverspraktijk op zich echter niet als een ‘handelspraktijk’, in de zin van artikel 2, sub d) van richtlijn nr. 2005/29, van deze uitgever worden aangemerkt.” In hoofde van de derde ondernemingen wier producten geadverteerd worden, zijn de gepubliceerde artikelen dat wel.

⁵⁷ Zie reeds G. STRAETMANS, “De Belgische sperperioderegeling herbezocht”, *DCCR* 2015, nr. 107, (47) 65.

⁵⁸ Zie daartoe zowel de *WAMO*- als de *INNO*-beschikking: HvJ 30 juni 2011, C-288/10, *WAMO / JBC en Modemakers Fashion*, ECLI:EU:C:2011:443 en HvJ 15 december 2011, C-126/11, *INNO / UNIZO e.a.*, ECLI:EU:C:2011:851. Vgl. met r.o. 40, *partim*: “*soweit mit dieser Bestimmung Ziele des Verbraucherschutzes verfolgt werden*”, “*in so far as the provision pursues objectives relating to consumer protection*” en “*pour autant que cette disposition poursuive des finalités tenant à la protection des consommateurs*”. Zie over die laatste bewoording: D. CHAVAL en G. RUE, “*Errare humanum est, perseverare diabolicum ... La loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur n’est plus appliquée*”, *DAOR* 2013, nr. 108, (444) 454: “*Cela ne signifie pas que les objectifs doivent être atteints.*”

⁵⁹ Zie Werkdocument van de Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende de omzetting en toepassing van richtlijn nr. 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken, SEC(2009) 1666, 3 december 2009 en *supra*, vn. 80.

⁶⁰ En de bijpassende lijst uit bijlage I van handelspraktijken die onder alle omstandigheden worden verboden.

⁶¹ Zie hierover uitgebreid, G. STRAETMANS, “Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Belgische omzettingswetgeving” in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY, *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 22-23.

Deze interpretatie is in lijn met het ruime toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29/EG en de ruime definitie van handelspraktijk⁶² en sluit eveneens aan bij de ruime interpretatie van het Hof van Justitie in rechtspraak en beslissingspraktijk⁶³.

Hieruit volgt dat indien de aankoopbeslissing van de consument kan worden beïnvloed, de praktijk consumentenbescherming beoogt en reeds binnen het ruime geharmoniseerde gebied van richtlijn nr. 2005/29/EG valt⁶⁴. Wordt daarbij het vermogen van de consument om een geïnformeerde beslissing te nemen merkbaar of wezenlijk beperkt of verstoord, zoals bijvoorbeeld door de praktijken uit bijlage I aan de richtlijn, dan dient de handelspraktijk verboden te worden. Is dat niet het geval, dan kan een preventief algemeen nationaal verbod van de betrokken handelspraktijk niet meer gehandhaafd blijven en kan een mogelijk verbod van dergelijke praktijk nog slechts *post factum* volgen na individuele toetsing aan de richtlijncriteria. De hier aangehouden interpretatie past in de ruimere context van de vrij verkeer rechtspraak waarbij het Hof van Justitie bij nationale maatregelen stelselmatig nagaat welk potentieel (handelsbelemmerend) effect zij kunnen hebben op het vrij handelsverkeer⁶⁵. De richtlijn oneerlijke handelspraktijken dient datzelfde doel, door naast consumentenbescherming, de belemmeringen aan het vrij handelsverkeer van nationale regels inzake handelspraktijken in het belang van de interne markt weg te werken.

§ 2. Arrest van 16 september 2016 van het Hof van Cassatie

Het mag dan niet verbazen dat een hernieuwde tweedeling in de rechtspraak met betrekking tot verkoop met verlies achterwege blijft; het juridische debat is, ook over verkoop met verlies⁶⁶, naar aanleiding van de Belgische sperperioderegeling gevoerd. Het hof van beroep te Gent, dat de zaak na de

Euronics-beschikking toegewezen kreeg, oordeelde dan ook op 16 december 2013⁶⁷ met overname van voormelde overwegingen van het Hof van Justitie uit de *Euronics*-beschikking, dat het algemene Belgische verbod van verkoop met verlies in strijd is met de richtlijn.

Het verbod streeft immers een dubbel doel na. Vooreerst is het verbod “*ingegeven door de wil om hiermee het aantal markspelers niet aan te tasten: verkoop met verlies bedreigt immers diegene die zich dit om welke financiële reden dan ook, niet kunnen veroorloven*”⁶⁸. Daarmee dient de wetgever, aldus het Hof, de B2B-belangen. Maar daarnaast heeft de wetgever zich ontegensprekelijk laten leiden “*door de wens om een breed spectrum aan verkopers blijvend voor de consument beschikbaar te zien. Hiermee poogde de wetgever die consument niet afhankelijk te laten worden van een uiteindelijk uitgediend aantal spelers op kwestieuze markt (...) waarvan dan gevreesd zou kunnen worden dat die ‘overblijvers’, na eerst scherpe (verlies)prijzen te hebben aangeboden, de prijzen naderhand te hoog zouden stellen*”⁶⁹. Het hof van beroep zag daarin onmiskenbaar een B2C-luik waarbij het verbod van verkoop met verlies ook de bescherming van de consument beoogt. Het besloot dan ook dat het niet is omdat het verbod van verkoop met verlies “*enerzijds de concurrentie tussen de detailhandelaars en anderzijds ook die tussen de detailhandelaars en de grootdistributie op het oog heeft, dat er geen tweede bedoeling is, met name de bescherming van de consument door het in stand houden van een breed aanbod van verkopers*”⁷⁰.

Voor het Hof van Cassatie wordt die zienswijze vervolgens betwist. Geargumenterd wordt dat oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten onrechtstreeks schaden buiten het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29/EG vallen⁷¹. Een handelspraktijk, zoals de verkoop met verlies, die de economische belangen van de concurrenten schaadt en slechts onrechtstreeks de economische belangen van de consumenten⁷², moet beschouwd wor-

62. Zie *supra*, punt 1., inzonderheid 1, § 3.

63. Zie *supra*, punt 1., § 2 en punt 2., § 1, a. en b.

64. Het Hof vermeldt meermaals dat het “lokken van de consument naar de winkel van een handelaar” of het “consumenten aanzetten tot kopen” volstaat om een B2C-handelspraktijk uit te maken. Zie punt 2., § 1, b.

65. Zie hierover reeds G. STRAETMANS, “Harmonisation des pratiques commerciales déloyales: protection des entreprises?” in J. VOINOT en E. TERRY (eds.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales. Evolution et perspectives*, Brussel, Larcier, 2012, (107) 107-135. Bij goederen, waartoe de wettelijke regeling van verkoop met verlies is beperkt, gaat het om het effect op de markttoegang; zie hierover G. STRAETMANS, “Selling arrangements, advertising rules and access to the market: Keck undone?”, *Common Market Law Review* 2002, (1407) 1407-1421.

66. Zie o.m. voor een kwalificatie van verkoop met verlies als zuiver B2B, L. DE BROUWER, “Oneerlijke en geregementeerde handelspraktijken” in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (143) 156; zie omgekeerd voor een gemengde kwalificatie B2B én B2C: G. STRAETMANS, “Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Belgische omzettingwetgeving” in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 44; G. STRAETMANS en J. STUYCK, “De WMPC: een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 2010-11, (386) 386-419 en B. KEIRSBILCK en J. STUYCK, “Een kritische analyse van de wet marktpraktijken en consumentenbescherming”, *TBH* 2010, (739) 739 *et seq.*

67. Gent 16 december 2013, 2012/AR/2556, *onuitg.*

68. Zie voorziening in cassatie van 12 februari 2015, randnr. II.B.130.

69. Zie voorziening in cassatie van 12 februari 2015, randnr. II.B.140.

70. Zie voorziening in cassatie van 12 februari 2015, randnr. III.180.

71. Zie voorziening in cassatie van 12 februari 2015, randnr. IV.205.

72. Deze schade resulteert onrechtstreeks uit verkopen met verlies aangezien aldus het aantal verkopers, voornamelijk gespecialiseerde kleinhandelaars, daalt en omdat die praktijk mogelijks het effect kan hebben van een lokvogelprocedé die hen andere producten doet kopen; zie voorziening in cassatie van 12 februari 2015, randnr. IV.250.

den als een handelspraktijk die *alleen* de economische belangen van de concurrenten schaadt waarop de richtlijn, ingevolge de hoger geschetste rechtspraak van het Hof van Justitie, niet van toepassing is⁷³. Daarnaast wordt terugverwezen naar de hoger geschetste polemiek⁷⁴ en beargumenteerd dat het de nationale rechter is die bepaalt of de betrokken reglementering de bescherming van de consument nastreeft en dat daarbij moet worden nagegaan of het verbod van verkoop met verlies *daadwerkelijk* en dus los van de mogelijke intenties van de wetgever, de bescherming van de consument beoogt, *quod non*.

In die context komt het Hof van Cassatie terecht tot het besluit dat “uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (...) aldus kennelijk (volgt) dat van zodra een nationale wettelijke regeling naast de economische belangen van de concurrenten, ook de belangen van de consumenten beoogt te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken die de belangen van de consumenten schaden, ook al is zulks slechts onrechtstreeks, deze regeling onderworpen is aan de voorschriften van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en dat slechts de nationale wettelijke regelingen betreffende oneerlijke handelspraktijken die ‘alleen’ de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaars uit de werkingssfeer van de richtlijn zijn gesloten”⁷⁵.

Voorts leidt het Hof van Cassatie uit de wetsgeschiedenis af dat de Belgische wetgever met het verbod van verkoop met verlies niet alleen formeel een dubbele doelstelling (B2B en B2C) vooropstelde, maar die doelstellingen ook daadwerkelijk beoogde. De wetgever stipte daarbij immers aan “dat verkoop met verlies wordt toegepast door grotere ondernemingen die de verlieslatende prijs hanteren om aan de klanten, die zij eerst naar hun winkels hebben gelokt met hun lage verlieslatende prijs, andere goederen met een hogere winstmarge te kunnen verkopen, dat deze praktijk kan leiden tot het verdwijnen van de speciaalzaken, dat de consument er belang bij heeft dat er voldoende alternatieve distributiekanaalen beschikbaar blijven, inzonderheid de speciaalzaken waar de nadruk wordt gelegd op een betere dienstverlening, en dat het verbod van verkoop met verlies daartoe kan bijdragen”⁷⁶. Het cassatieberoep wordt bijgevolg verworpen nu de beslissing van het hof van beroep te Gent naar recht is verantwoord.

Het Hof van Cassatie sluit zo aan bij het vernietigingsarrest met betrekking tot het hoger geciteerde arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 6 februari 2014 in verband met de sperperioderegeling⁷⁷. Het Hof overwoog toen helder: “Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever niet alleen formeel een dubbele doelstelling vooropstelde, maar ook daadwerkelijk en met opgave van redenen beoogde, naast de economische belangen van de concurrenten, de consument te beschermen en in te lichten door de doorzichtigheid en juistheid te verzekeren van de prijzen zoals die onmiddellijk vóór en tijdens de opruimingsperiodes worden toegepast.”⁷⁸. Het hof van beroep te Gent, waarnaar de zaak vervolgens werd doorverwezen, zal zich nu naar de beslissing van het Hof van Cassatie moeten voegen voor wat het door cassatie beslechte rechtspunt betreft⁷⁹.

Door zowel de formele doelstelling van de regeling als de daadwerkelijke doelstelling uit de wetsgeschiedenis af te leiden, voorkomt het Hof van Cassatie kundig dat rechterlijke afwegingen tot een doelstelling van de betrokken wetgeving zouden besluiten die haaks staat op de formele *ratio legis* van de wetgever. Ook met betrekking tot verkoop met verlies oordeelt het Hof van Cassatie thans dat de wetgenese niet alleen formeel een dubbele doelstelling (B2C en B2B) vooropstelt, maar dat de wetgever met regelgeving ook daadwerkelijk en met opgave van redenen beoogde om naast de economische belangen van concurrenten ook de consumenten te beschermen.

Deze zienswijze van het Hof van Cassatie spoort niet alleen met navolgende rechtspraak van het Hof van Justitie (zie § 3), maar anticipeert ook op de recentere wetsevolutie op dit terrein in België (zie punt 3).

§ 3. Arrest van 19 oktober 2017 van het Hof van Justitie – *Europamur Alimentación*

In het *Europamur Alimentación*-arrest⁸⁰ oordeelt het Hof van Justitie in lijn met eerdere rechtspraak dat richtlijn nr. 2005/29/EG zich verzet tegen het Spaanse algemene verbod voor de detailhandel om goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen, en dat de gronden voor afwijking van dit verbod aan die zienswijze geen afbreuk doet, aangezien zij niet gebaseerd zijn op criteria uit de richtlijn.

⁷³. Zie voorziening in cassatie van 12 februari 2015, randnr. IV.220. Bijkomend wordt geargumenteerd dat consumenten niet worden geschaad in hun economische belangen aangezien zij goederen tegen een lagere prijs dan de (her)bevoorradingprijs kunnen aanschaffen (zie randnr. IV.235).

⁷⁴. Zieldquora, punt 2., § 1, b.

⁷⁵. Cass. 16 september 2016, C.15.0116.N, randnr. 6, te raadplegen op www.jure.juridat.just.fgov.be.

⁷⁶. Cass. 16 september 2016, C.15.0116.N, randnr. 7, te raadplegen op www.jure.juridat.just.fgov.be.

⁷⁷. Cass. 29 oktober 2015, C.14.0305.N, *Inno NV / Unizo en Mode Unie e.a.*, www.cass.be.

⁷⁸. Cass. 29 oktober 2015, C.14.0305.N, *Inno NV / Unizo en Mode Unie e.a.*, www.cass.be, punt 4.

⁷⁹. Art. 149 van de wet van 6 juli 2017 tot vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijk recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie, BS 24 juli 2017, 75168 (zogenaamde Potpourri V), verstrengt art. 1110 Ger.W. op dit punt. Art. 1110, vierde lid Ger.W. bepaalt thans dat het gerecht zich voegt naar het arrest van het Hof van Cassatie betreffende het door dat Hof beslechte rechtspunt. Tegen de beslissing van dat gerecht wordt er geen voorziening in cassatie toegelaten in zoverre deze beslissing overeenstemt met het vernietigingsarrest. Art. 150 van die wet heft art. 1119 en 1120 Ger.W. op.

⁸⁰. HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782.

Europamur is een groothandel die voedingsproducten en andere goederen verkoopt aan supermarkten en buurtwinkels die rechtstreeks concurreren met grote supermarktketens. Aangezien Europamur deel uitmaakt van een inkooporganisatie, kan zij aan haar klanten uit de detailhandel goederen aanbieden tegen scherpe prijzen zodat zij kunnen concurreren met de grote supermarktketens. De regionale overheid te Murcia stelde daarbij vast dat bepaalde goederen door Europamur met verlies werden verkocht en oordeelde dat dergelijke verkoop de consumenten ernstig in hun belangen had geschaad. De betrokken overheid zag de prijzen als lokaas voor consumenten terwijl de onderneming heimelijk beoogde de concurrentie uit te schakelen of te ontmoedigen. Europamur was op haar beurt van oordeel dat het Spaanse verbod niet verenigbaar is met het Europees recht en dat het voor het kleine winkelbedrijf noodzakelijk is om de prijzen op één lijn te krijgen met de concurrentie. De geëerde rechter stelde het Hof van Justitie prejudiciële vragen over de conformiteit van het Spaanse verbod.

Voor het Hof van Justitie betwistte de regionale Spaanse overheid evenwel de toets aan de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, nu verkoop met verlies een B2B-handelspraktijk is die aan het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29/EG ontsnapt.

Zoals hoger geciteerd eindoordeel van het Hof van Justitie laat uitschijnen, volgt het Hof die analyse niet. Uit de toelichting bij de betrokken wet leidde het Hof af dat het Spaanse verbod de consument beoogt te beschermen⁸¹. Verder sloot het Hof van Justitie zich graag aan bij het oordeel van de verwijzende rechter *“dat er van dit beoogde doel ook sprake is in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin groothandelondernemingen verkopen aan de detailhandel, aangezien dergelijke verkooptransacties gevolgen hebben voor de consument. Aangegeven wordt dat de consument bij zijn aankopen bij kleine winkelbedrijven met name voordeel put uit het feit dat gezamenlijk wordt ingekocht via de groothandel. Zonder dat zou de detailhandelaar niet zijn opgewassen tegen de grotere inkoopcapaciteit van grote ketens en warenhuizen”*⁸² (eigen benadrukking). Eens de B2C-werking was vastgesteld, volgt uit de toepassing van de richtlijn-systematiek dat het Spaanse verbod niet conform is aan de richtlijn. *“Daar er van verkoop met verlies geen sprake is bij*

*de in bijlage I bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken genoemde praktijken, moet het opleggen van een boete wegens inbreuk op het verbod op verkoop met verlies immers worden voorafgegaan door een op basis van de feitelijke omstandigheden van elk geval te verrichten toetsing of een dergelijke verkoop ‘oneerlijk’ is volgens de criteria van de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn, en kan de boeteplegging niet worden gebaseerd op een door de zakelijke partij te weerleggen vermoeden.”*⁸³.

Hoewel de analyse zonder meer past in de hoger geschetste rechtspraak van het Hof van Justitie, is het arrest toch opmerkelijk nu het Hof die analyse aanhoudt met betrekking tot een verkoop met verlies tussen een groothandelaar en detailhandelaars waarvan wordt gesteld dat het de consument niet rechtstreeks schaadt.

Dit had de Spaanse regionale overheid van Murcia er zelfs toe gebracht de bevoegdheid van het Hof van Justitie te betwisten. Ter zake van zijn bevoegdheid sloot het Hof zich eerst aan bij de analyse van advocaat-generaal SAUGMANDS-GAARD⁸⁴ en beaamde het dat de richtlijn oneerlijke handelspraktijken *“weliswaar slechts van toepassing is op handelspraktijken die de economische belangen van consumenten rechtstreeks schaden, en dus niet op transacties tussen zakelijke partijen, maar dat niet op grond daarvan tot de slotsom kan worden gekomen dat het Hof niet bevoegd is om de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden”*⁸⁵. Aangezien het Spaanse verbod van verkoop met verlies tot groothandelaren werd uitgebreid en het zowel voor de verkoop tussen groothandelaren en detailhandelaren als voor de verkoop tussen detailhandelaren en consumenten geldt, *“zijn de gevolgen van de door de verwijzende rechter gevraagde uitlegging van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken voorts dezelfde in beide verkoopsituaties”*⁸⁶. Het Hof van Justitie acht zich bijgevolg bevoegd aangezien de uit het Unierecht overgenomen bepalingen uniform moeten worden uitgelegd om uiteenlopende interpretaties in de toekomst te vermijden⁸⁷.

Ten gronde gaat het Hof evenwel nog een stap verder door te bevestigen dat het doel van consumentenbescherming ook aanwezig is bij een verbod van verkoop met verlies tussen groothandelaren en detailhandelaren, aangezien dergelijke verkooptransacties ook gevolgen hebben voor consumenten.

⁸¹. HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782, r.o. 35.

⁸². HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782, r.o. 35.

⁸³. HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782, r.o. 42. Met de laatste toevoeging geeft het Hof aan dat de richtlijn niet zo mag worden toegepast dat het maar aan de onderneming is om aan te tonen dat de gevoerde handelspraktijk beantwoordt aan de richtlijncriteria, terwijl de wetgever *in abstracto* vermoedt dat zulks niet zo is. Ook die omkering van bewijslast strookt niet met de volledige harmonisatie van de richtlijn.

⁸⁴. Concl. van 29 juni 2017 van Adv. Gen. H. SAUGMANDS-GAARD in C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:506.

⁸⁵. HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782, r.o. 28.

⁸⁶. HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782, r.o. 31.

⁸⁷. Het Hof maakte daarbij dankbaar gebruik van het feit dat de Spaanse wetgever de richtlijnbevestigingen van toepassing maakte op transacties tussen zakelijke partijen, te weten situaties die in de regel niet binnen de werkingssfeer van richtlijn nr. 2005/29/EG vallen. Ook voor Adv. Gen. H. SAUGMANDS-GAARD was dit een belangrijk argument om alsnog tot de bevoegdheid van het Hof van Justitie te besluiten om zo een uniforme uitlegging van Unierecht te waarborgen. Zie Concl. van 29 juni 2017 van Adv. Gen. H. SAUGMANDS-GAARD in C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:506, overw. 44, 45 en 51.

Op dit punt wijkt het Hof van Justitie terecht af van de analyse van advocaat-generaal SAUGMANDSGAARD, die niettegenstaande de herhaalde bevestiging van het Hof dat verkopen met verlies handelspraktijken zijn en de vaststelling dat de nationale bepalingen wel degelijk de bescherming van de consument beogen, toch van oordeel was dat zulks onvoldoende is “om het Hof in staat te stellen zich bevoegd te verklaren om de in de onderhavige zaak gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden, gelet op het feit dat de handelspraktijk waar het in het hoofdgeding om gaat het bijzondere

kenmerk vertoont dat zij niet rechtstreeks betrekking heeft op verkoop aan consumenten, maar op verkoop van een groot-handelaar aan detailhandelaren, die op hun beurt aan consumenten verkopen”⁸⁸.

Door de focus aldus te leggen op de gevolgen van een praktijk voor consumenten, biedt het arrest bijkomend steun voor de hoger in punt 2., § 1, sub c. verdedigde interpretatie van het toepassingsgebied van de richtlijn⁸⁹.

3. CONFORMITEIT VAN ARTIKELEN VI.116 EN VI.117 WER MET RICHTLIJN NR. 2005/29/EG

Met die achtergrond kan vervolgens de conformiteit met richtlijn nr. 2005/29/EG van de huidige regeling van verkoop met verlies worden beoordeeld. Beknopt gesteld handhaaft artikel VI.116, § 1 WER het algemene verbod uit de WMPC⁹⁰ van verkoop met verlies van goederen door elke onderneming⁹¹. Verboden is de verkoop tegen een prijs die niet ten minste gelijk is aan de prijs waartegen de onderneming het goed heeft gekocht of die zij zou moeten betalen bij herbevoorrading. Daar wordt aan toegevoegd dat van de bevoorradingprijs of de herbevoorradingprijs de eventueel toegekende en definitief verworven kortingen moeten worden afgetrokken. Bovendien geldt voor de bepaling van de referentieaankoopprijs van een bepaald goed dat ook rekening moet gehouden worden met *niet definitief* verworven volumekortingen, maar dan slechts voor 80% van de *volumekorting* die de onderneming het voorafgaande jaar voor hetzelfde goed heeft verworven⁹². De inperking tot 80% is ingegeven door het feit dat de onderneming niet noodzakelijk elk jaar hetzelfde volume omzet en bijgevolg niet steeds dezelfde volumekorting geniet.

Voor de berekening van de verkoop met verlies wordt geen rekening gehouden met kortingen die gedeeltelijk of volledig worden toegekend in ruil voor andere verbintenissen dan de aankoop van goederen. Bij gezamenlijk aanbod is slechts sprake van verkoop met verlies indien het aanbod in zijn geheel dergelijke verkoop uitmaakt⁹³.

De uitzonderingen op het verbod vindt men terug in

artikel VI.117, § 1 WER. Belangrijk onder meer is dat bij uitverkoop of opruiming (solden) het verbod van verkoop met verlies niet geldt⁹⁴ en voorts dat ondernemingen middels verkoop met verlies moeten kunnen inspelen op het prijsbeleid van concurrenten⁹⁵, een punt dat ook in voormelde *Europamur Alimentación*-zaak speelde⁹⁶.

Uit bovenstaande analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat verkoop met verlies een gedeeltelijke B2C-handelspraktijk⁹⁷ is die binnen het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2005/29/EG valt. Net als het Spaanse verbod omvat het Belgische verbod van verkoop met verlies zowel B2B-verkopen als B2C-verkopen. Zoals hoger aangestipt, laat de ruime lezing van het toepassingsgebied van de richtlijn door het Hof weinig speculatieruimte voor semantische afwegingen tussen “beogen”, “daadwerkelijk beogen”, “ertoe strekken”, “beschermen”, “rechtstreeks schaden” of “onrechtstreeks schaden”. Uit de analyse volgt dat het potentiële effect op de aankoopbeslissing van de consument volstaat om een praktijk, minstens gedeeltelijk, tot handelspraktijk B2C te kwalificeren. Het arrest *Europamur Alimentación* onderschrijft dat met nog meer nadruk door in een gelijkaardige situatie als de Belgische erop te wijzen dat de gevolgen van de gevraagde uitlegging van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken dezelfde zijn in een verkoop met verlies tussen twee ondernemingen als in een verkoop met verlies tussen een onderneming en een consument, aangezien het doel van consumentenbescherming ook aanwezig is bij een verbod van verkoop met verlies tussen groothandelaren

⁸⁸ Concl. van 29 juni 2017 van Adv. Gen. H. SAUGMANDSGAARD in C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:506, overw. 41, *partim*.

⁸⁹ Merk ook op dat het Hof in zijn dictum het nationale algemene verbod van verkoop met verlies zonder meer strijdig acht met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, met weglating van enige verwijzing naar consumentenbescherming beogen of daadwerkelijk beogen.

⁹⁰ Wet van 6 april 2010 op de marktpraktijken en de bescherming van de consument (*BS* 12 april 2010, p. 20.803).

⁹¹ Zie meer uitgebreid, J. STUYCK, “Handels- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 2015, 362-367.

⁹² Art. VI.116, § 1, tweede lid WER.

⁹³ Art. VI.116, § 2 WER.

⁹⁴ Art. VI.117, § 1, 1^o WER.

⁹⁵ Art. VI.117, § 1, 4^o WER; het verbod van verkoop met verlies geldt niet voor goederen waarvan de verkoopprijs om dwingende redenen van mededinging wordt afgestemd op de prijs die door de concurrentie voor hetzelfde of een concurrerend goed wordt gevraagd.

⁹⁶ Zie meer uitgebreid over de uitzonderingen, J. STUYCK, “Handels- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 2015, 368-370.

⁹⁷ Het is een gemengde handelspraktijk met zowel B2B- als B2C-aspecten.

en detailhandelaren, nu dergelijke verkooptransacties ook gevolgen hebben (rechtstreeks of onrechtstreeks) voor consumenten. De consument haalt immers voordeel uit de lagere prijs (rechtstreeks) en wint op termijn (onrechtstreeks) door het behoud van de concurrentiegraad op de markt doordat de verkoop met verlies aan de detailhandelaar deze in staat stelt de concurrentie aan te gaan met de grote ketens en warenhuizen⁹⁸.

Uit de hoger geschetste systematiek van de richtlijn volgt dan dat een (gehele of gedeeltelijke) B2C-handelspraktijk slechts algemeen of “*per se*” verboden kan worden indien de praktijk opgenomen is in bijlage I aan de richtlijn. Verkoop met verlies komt evenwel niet voor op de zwarte lijst van de richtlijn. Een algemeen verbod van verkoop met verlies is bijgevolg strijdig met de richtlijn. Slechts op basis van een individuele toets aan de gemiddelde Europese consument en de andere richtlijncriteria kan een verkoop met verlies nog verboden worden. Het bestaan van enkele uitzonderingen, zoals in artikel VI.117 WER op het algemene verbod, doet geen afbreuk aan de non-conformiteit. Het Hof van Justitie stelde steevast: “*Ook al beperken deze uitzonderingen mogelijk de draagwijdte van het verbod (...), kunnen deze – beperkte en vooraf vastgestelde – uitzonderingen immers niet in de plaats komen van de noodzakelijkerwijs tegen de achtergrond van de feitelijke context van elk geval te verrichten toetsing of een handelspraktijk ‘oneerlijk’ is volgens de in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn geformuleerde criteria, wanneer het – zoals in de hoofdgedingen – om een in bijlage I bij deze richtlijn niet vermelde praktijk gaat.*”⁹⁹.

De Belgische wetgever voorzag die evolutie en betracht het algemene verbod van verkoop met verlies te handhaven door het als een zuivere B2B-praktijk te kwalificeren¹⁰⁰. Naar aanleiding van de invoering van het WER werd daartoe de aanhef van artikel VI.116 WER gewijzigd in: “*Teneinde eerlijke marktpraktijken te verzekeren tussen ondernemingen*” (eigen benadrukking). De *memorie van toelichting* meldt in dit verband dat het behoud van het verbod van verkoop met verlies de economische belangen van de individuele ondernemingen en de kmo’s beschermt. “*Omwille van hun kleine omvang beschikken deze laatste vaak niet over de financiële capaciteit om goederen met verlies te verkopen. Zij lopen het risico dat hun bestaan wordt bedreigd tegen-*

over grote ondernemingen die, rekening houdend met de variëteit en het aantal goederen dat te koop wordt aangeboden, gemakkelijker bepaalde goederen met verlies kunnen verkopen, door dit verlies te compenseren met de winst die ze halen op de verkoop van andere goederen. Deze regeling heeft dus enkel tot doel het bestaan van een gezonde en loyale concurrentie tussen ondernemingen te waarborgen.”¹⁰¹.

Deze vanuit legistiek oogpunt bedenkelijke handelwijze om de regeling van verkoop met verlies als een B2B-praktijk buiten schot van richtlijn nr. 2005/29/EG te houden, is, naar mijn mening, vergeefs. Het Hof van Justitie onderkent duidelijk een B2C-werking in de Belgische regeling van verkoop met verlies in de hoger geanalyseerde *Euronics*-beschikking¹⁰² en bevestigt dat in het recentere *Europamur Alimentación*-arrest¹⁰³. Om dezelfde reden werd ook de hoger aangestipte voorziening in cassatie tegen het arrest van het hof van beroep te Gent in de zaak die aanleiding gaf tot de *Euronics*-beschikking verworpen. Voor het Hof van Cassatie verantwoordt de appelrechter zijn beslissing naar recht dat richtlijn nr. 2005/29/EG van toepassing is door te oordelen dat de Belgische bepaling inzake verkoop met verlies naast een B2B-werking ook een B2C-werking heeft¹⁰⁴. De regeling van verkoop met verlies streeft zowel formeel als daadwerkelijk concurrentiedoelen én consumentendoelen na. Voorts gaf het Hof van Justitie reeds te kennen in het arrest *Plus Warenhandelsgesellschaft*¹⁰⁵ dat wanneer de nationale wetgever uitdrukkelijk een consumentenbeschermende werking *beoogt*, daaraan later in het raam van de toepassing van de richtlijn geen afbreuk meer kan worden gedaan. Dit lijkt onverkort te gelden wanneer de wetgever met dezelfde regeling van gedacht verandert.

Men kan natuurlijk nog opwerpen dat het Hof van Cassatie zich niet heeft uitgesproken over de equivalente bepaling van verkoop met verlies uit het Wetboek van economisch recht en dat de wetgever met de invoering van het WER precies de *ratio legis* heeft gewijzigd en dat het Hof van Justitie desgevraagd wellicht geneigd zal zijn dit te volgen.

Zulks is inderdaad niet uitgesloten, gelet op de lijdelijkheid die de prejudiciële procedure gebiedt. Maar, voormelde rechtspraakanalyse geeft ook grond om daaraan te twijfelen. In de *WAMO*-beschikking waarin het Belgische Hof van Cassatie expliciet aangaf dat de sperperioderegeling geen

⁹⁸. Zoals hoger aangegeven, precies de reden waarom de Belgische wetgever de uitzondering van art. VI.117, § 1, 4° WER voorzag.

⁹⁹. HvJ 23 april 2009, gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07, *VTB-VAB / Total Belgium en Galatea / Sanoma Magazines Belgium*, ECLI:EU:C:2009:244, r.o. 65; zie ook HvJ 14 januari 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV / Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:12, r.o. 53; HvJ 9 november 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG / ‘Österreich’-Zeitungsverlag GmbH*, ECLI:EU:C:2010:660, r.o. 40.

¹⁰⁰. De wetgever handelde evenzo bij de solden- en sperperioderegeling. Zie de aanhef van art. VI.25 WER en daarover meer in G. STRAETMANS, “De Belgische sperperioderegeling herbezocht”, *DCCR* 2015, nr. 107, (47) 58.

¹⁰¹. *Memorie van toelichting* van 24 september 2013, *Gedr. St. Kamer*, Doc. 53-3018/001, p. 48.

¹⁰². HvJ 7 maart 2013, C-343/12, *Euronics Belgium BVBA / Kamera Express BV en Kamera Express BVBA*, ECLI:EU:C:2013:154.

¹⁰³. HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782.

¹⁰⁴. Zie Cass. 16 september 2016, C.15.0116.N, te raadplegen op www.jure.juridat.just.fgov.be.

¹⁰⁵. HvJ 14 januari 2010, C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV / Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2010:12, r.o. 40.

bescherming van de consument beoogt, nam het Hof van Justitie daarvan (noodgedwongen) akte, maar vervolgde het, gelet op het ruime toepassingsgebied van de richtlijn, toch de analyse voor zover de nationale rechter alsnog een consument beogende strekking in de regeling zou onderkennen. In het *Europamur Alimentación*-arrest geeft het Hof van Justitie aan dat het zich bevoegd ziet te oordelen over een handelspraktijk die *prima facie* alleen zakelijke partners treft, maar in de praktijk ook gevolgen sorteert voor consumenten. Toegegeven, deze laatste doortastendheid van het Hof was mede ingegeven doordat de regionale overheid ter ondersteuning van het verbod van verkoop met verlies zowel aspecten van consumentenbescherming als van concurrentenbescherming had aangevoerd en de verwijzende rechter op de gevolgen voor de consument van het verbod van verkoop met verlies tussen groothandelaar en detailhandelaar had gewezen. Daarnaast kan de wat particuliere bevestiging van de overweging van advocaat-generaal SAUGMANDS-GAARD dat richtlijn nr. 2005/29/EG slechts van toepassing is op handelspraktijken die de economische belangen van consumenten rechtstreeks schaden, en dus niet op transacties tussen zakelijke partijen¹⁰⁶, koren op de molen zijn voor zuiver B2B-adepten.

Maar zelfs los daarvan, zou het honoreren door het Hof van Justitie van een gewijzigde *ratio legis* van een nationale regeling die anders onder een volledige harmonisatiemaatregel zou vallen, niet alleen de harmoniserende werking van

Europese wetgeving ondermijnen, maar ook lidstatelijke misbruiken in de hand werken. Zo het Hof van Justitie zonder noemenswaardige inhoudelijke wijziging van een nationale bepaling zou aanvaarden dat een initieel gemengde B2B- en B2C-praktijk plots alleen B2B wordt, dan zou die zienswijze haaks staan op de doelstelling van de richtlijn, de volledige harmonisatie die zij beoogt en de interpretatie die het Hof daaraan tot op heden geeft. Aanvaarden dat een wijziging van *ratio legis* impact heeft op een Europees volledig geharmoniseerde norm, zou lidstaten unilateraal de mogelijkheid geven nationale maatregelen buiten het toepassingsgebied van de richtlijn te plaatsen en meer nog de gevolgen voor de consument die het Hof van Justitie in *Europamur Alimentación* leest in een aan de Belgische regeling gelijkwaardig algemeen verbod van verkoop met verlies, miskennen. Een arrest van het Hof van Justitie met die uitkomst zou het streefdoel van het voltooiën van de interne markt op het gebied van handelspraktijken rechtstreeks en ernstig ondermijnen. Het mag worden gehoopt dat het Hof van Justitie op dit punt niet bezwijkt onder lidstatelijke druk. In het arrest van 16 september 2016 tracht het Hof van Cassatie alvast paal en perk te stellen aan verdere speculaties op dit punt door uit de wetsgenese niet alleen af te leiden dat verkoop met verlies formeel een dubbele doelstelling nastreeft, maar dat de wetgever met de betrokken regeling dat ook daadwerkelijk beoogt, met opgave van redenen.

4. BESLUIT – GEVOLGEN VOOR WER

Indien de aankoopbeslissing van de consument kan worden beïnvloed, beoogt de regeling consumentenbescherming en is de richtlijn oneerlijke handelspraktijken van toepassing¹⁰⁷. Wordt daarbij het vermogen van de consument om een geïnformeerde beslissing te nemen merkbaar of wezenlijk beperkt of verstoord, zoals in bijlage I aan de richtlijn, dan dient de handelspraktijk algemeen verboden te worden. Is dat niet het geval, dan kan een algemeen nationaal verbod van de betrokken handelspraktijk niet meer gehandhaafd blijven, en kan enkel nog een eventueel verbod volgen na individuele toetsing aan de richtlijncriteria.

Het verbod van verkoop met verlies uit artikel VI.116 WER ressorteert onder richtlijn nr. 2005/29/EG. Ten gevolge van het hoger geanalyseerde arrest van het Hof van Cassatie van 16 september 2016 en het arrest van 19 oktober 2017 van het

Hof van Justitie, zal de Belgische wetgever de huidige regeling moeten opheffen. Die opheffing zal gevolgen hebben voor de uitzondering die voor het verbod van verkoop met verlies bestaat tijdens de soldenperiodes. Ook die regels zijn, nadat reeds de regels inzake aankondigingen van prijsvermindering geen genade meer vonden bij het Hof van Justitie, strijdig met richtlijn nr. 2005/29/EG. Samen met de speerpierderegeling behoeven zij eveneens aanpassing.

De vraag rijst welke beschermingsfocus artikel VI.116 WER nog heeft. Reeds meermaals werden bij de huidige regeling kanttekeningen geplaatst over de doeltreffendheid¹⁰⁸ en over de perverse effecten¹⁰⁹. In de hoger vermelde arresten van het Hof van Cassatie en het Hof van Justitie ziet men consumentenbeschermende werking in het voorkomen dat verkoop met verlies het aantal marktdeelnemers en het bestaan van

¹⁰⁶. Zie HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782, r.o. 28 en zie Concl. van 29 juni 2017 van Adv. Gen. H. SAUGMANDS-GAARD in C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:506, overw. 42.

¹⁰⁷. Zie inleidende overw. 7 van richtlijn nr. 2005/29/EG: “Deze richtlijn betreft handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van beslissingen van de consument over transacties met betrekking tot producten.”

¹⁰⁸. Zie J. STUYCK, “Handels- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Begin-selen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 2015, 362 en 368-369.

¹⁰⁹. Zie H. SWENNEN, “Bepaalde handelspraktijken” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, E.Story-Scientia, 1992, (61) 66.

voldoende alternatieve distributiekanaal verschaalt¹¹⁰, maar ook omgekeerd dat verkoop met verlies vanwege de groothandelaar voor de detailhandelaar noodzakelijk is om te kunnen concurreren met grote ketens en warenhuizen¹¹¹. B2B-belangen lopen hier onmiskenbaar samen met B2C-belangen.

Uit de richtlijnsystematiek volgt dat een algemeen verbod van verkoop met verlies met dit marktbederf voor ogen, niet meer kan. De individuele afweging aan de richtlijncriteria is hier maatgevend. Misleiding over verkoop met verlies is een oneerlijke handelspraktijk, maar staat daarvan los. De lokvogelpraktijken en “*bait and switch*”-praktijken, waartoe de verkoop met verlies een instrument kan zijn, worden reeds onder alle omstandigheden verboden in respectievelijk artikelen VI.100, 5° en VI.100, 6° WER¹¹². De formulering van de door de richtlijn verboden agressieve handelspraktijken biedt weinig soelaas ter beteugeling van verkoop met verlies in de verhouding tot de consument. Het opvissen van het bestaande verbod via de strijdigheid met de professionele toewijding uit het algemene verbod van oneerlijke handels-

praktijken (art. VI.93 WER) ligt evenmin voor de hand wanneer dit geanalyseerd wordt vanuit het perspectief van de interne markt¹¹³. Ook dan kan een praktijk slechts worden verboden nadat is aangetoond dat de betrokken verkoop met verlies de consument tot een ander besluit over een transactie brengt dan bij afwezigheid van de betrokken verkoop met verlies. De lage prijs beïnvloedt zeker (potentieel) het koopgedrag van de consument, maar zijn besluit over de betrokken transactie wordt niet wezenlijk of potentieel verstoord. Dat zal wellicht slechts het geval zijn indien de dan veeleer systematische verkoop met verlies¹¹⁴ vanwege een onderneming tot nadelige gevolgen voor de concurrentiegraad op de markt en dus ook voor de consument leidt¹¹⁵. In dat licht moet overigens gewezen worden op de mededingingsrechtelijke bepalingen die naar omstandigheden verkopen met verlies reeds verbieden en dus op dit punt marktpraktijken tussen zakelijke partners kanaliseren en daarin onrechtstreeks de gevolgen voor consumenten verdisconteren¹¹⁶. Daarbij komt de *Equiform*-rechtspraak van het Hof van Cassatie op grond waarvan de mededingingsrechtelijke afweging preva-

¹¹⁰ Zie Cass. 16 september 2016, C.15.0116.N., te raadplegen op www.jure.juridat.just.fgov.be, “Er werd daarbij uiteengezet dat verkoop met verlies wordt toegepast door grotere ondernemingen die de verlieslatende prijs hanteren om aan de klanten, die zij eerst naar hun winkels hebben gelokt met hun lage verlieslatende prijs, andere goederen met een hogere winstmarge te kunnen verkopen, dat deze praktijk kan leiden tot het verdwijnen van de speciaalzaken, dat de consument er belang bij heeft dat er voldoende alternatieve distributiekanaal beschikbaar blijven, inzonderheid de speciaalzaken waar de nadruk wordt gelegd op een betere dienstverlening, en dat het verbod van verkoop met verlies daartoe kan bijdragen.” (r.o. 7, *partim*).

¹¹¹ HvJ 19 oktober 2017, C-295/16, *Europamur Alimentación / Murcia*, ECLI:EU:C:2017:782, “Aangegeven wordt dat de consument bij zijn aankopen bij kleine winkelbedrijven met name voordeel put uit het feit dat gezamenlijk wordt ingekocht via de groothandel. Zonder dat zou de detailhandelaar niet zijn opgewassen tegen de grotere inkoopcapaciteit van grote ketens en warenhuizen.” (r.o. 35, *partim*).

¹¹² Vgl. met de eerste Concl. van Adv. Gen. VAN GERVEN van 18 november 1992 inzake *Keck & Mithouard*, *Jur.* 1993, I-6115, waarin wordt gesteld dat de consumentenbescherming mogelijks gebaat is met een verbod van verkoop met verlies waarmee “een lidstaat bepaalde ‘lokvogel-procedés aan banden wil leggen, zoals de techniek waarbij klanten worden aangelokt op basis van met verlies of tegen een uitzonderlijk lage winstmarge verkochte producten, met de bedoeling om hen, eens in de verkoopruimte, ertoe te brengen ook andere producten aan te schaffen die – om het verlies geleden op het ene produkt te compenseren – hoger geprijsd zijn” (overw. 8).

¹¹³ In het arrest *Deroo-Blanquart* ziet het Hof van Justitie de vereisten van professionele toewijding terecht evolutief. Voor het Hof is een aanbod in overeenstemming met de vereisten van professionele toewijding, te weten de vereisten van eerlijke marktpraktijken of van het algemene beginsel van goede trouw, indien het “aanbod voldoet aan de verwachtingen van een belangrijk deel van de consumenten (...) in de (betrokken) sector van de productie (...), aangezien de handelaar aldus blijk geeft van zorgvuldigheid ten aanzien van de consument” (HvJ 7 september 2016, C-310/15, *Vincent Deroo-Blanquart / Sony Europe*, ECLI:EU:C:2016:633, r.o. 37, *partim*). Zie daarover meer in G. STRAETMANS, “Geïnformeerde keuze versus vrije keuze: over een computer met vooraf geïnstalleerde software”, *DCCR* 2017, nr. 116, (35) 35-45.

¹¹⁴ In dit licht is het interessant volgende overwegingen uit de Concl. van Adv. Gen. COSMAS van 23 maart 1995 inzake C-63/94, *Belgapom*, *Jur.* 1995, I-2484 in herinnering te brengen. Nadat de advocaat-generaal had vastgesteld dat het toenmalige verbod van verkoop met verlies voor de Belgische wetgever kennelijk tot doel had de eerlijke concurrentie te garanderen en de belangen van de consumenten te beschermen (zie overw. 39), betwijfelt hij de doeltreffendheid van de betrokken regeling in het perspectief van het vrij verkeer op de interne markt: “Juist dat algemene karakter zelf doet echter de vraag rijzen, of zo een algemeen verbod wel noodzakelijk is ter bereiking van de hierboven vermelde, in beginsel rechtmatige doelstellingen.” (overw. 40). Hij besluit dan ook: “Wil de verkoop met een uiterst beperkte winstmarge een middel zijn om de mededinging uit te schakelen, dan moet die verkoopmethode *voortdurend en uitsluitend* worden toegepast. Ter voorkoming van vervalsing van de concurrentie is het dus niet noodzakelijk die verkoopmethode zo algemeen te verbieden, dat dit verbod ook de situaties omvat waarin de omstandigheden waarin zij wordt toegepast (bv. een geïsoleerde of in de tijd beperkte toepassing) uitsluiten dat de concurrentie wordt geschaad, (en voorts) dat de verkoop tegen een prijs die slechts een uiterst beperkte winstmarge verschaft, (...) in ieder geval slechts in de fase van de detailverkoop een methode kan zijn om de consument te ‘strikken’” (overw. 40, eigen benadrukking).

¹¹⁵ In verband met boycot schreef STUYCK over de rechtspraak die vooraf ging aan het hierna vermelde *Equiform*-arrest van het Hof van Cassatie: “De rechtspraak van het Hof van Cassatie aanvaardde de rechtmatigheid van boycot van systematische prijssonderbieders wanneer die gericht was op de bescherming van de standing van het beroep of de kwaliteit van producten, niet echter wanneer het doel was een outsider de normale toegang tot de markt te ontzeggen.”; zie J. STUYCK, “Handels- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 2015, 233, met de verwijzingen naar rechtspraak aldaar.

¹¹⁶ Zie de art. IV.1 en IV.2 WER en hun Europese equivalenten, art. 101 en 102 VWEU, en het mogelijke misbruik bij verkoop met verlies door een onderneming met machtspositie. In dat verband stelt inleidende overw. 9 bij richtlijn nr. 2005/29/EG: “Deze richtlijn doet evenmin afbreuk aan (...) de communautaire regels inzake concurrentie en de desbetreffende nationale omzettingbepalingen.” STUYCK tekent alvast op: “Er zijn m.i. echter geen goede gronden het zgn. ‘marktbederf’ (... verkoop met verlies van diensten of prijsdiscriminatie), buiten de hypothese van het misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU ...) onrechtmatig te achten.”; zie J. STUYCK, “Handels- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken” in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 2015, 231. Het Hof van Cassatie oordeelde in 2001 dat verkoop met verlies van een dienst in strijd kan zijn met de eerlijke gebruiken, nadat het hof van beroep te Brussel had geoordeeld dat dat zelfs het geval was bij afwezigheid van een machtspositie; zie Cass. 25 oktober 2001, *TBH* 2002, 369.

leert op die van de marktpraktijken bij de invulling van artikelen VI.93 WER en VI.104 WER¹¹⁷.

Anno 2018 beoogt de wetgever modernisering van het ondernemingsrecht met de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht¹¹⁸. Ingrijpende wijzigingen aan het Wetboek van economisch recht werden in het vooruitzicht gesteld. Tot nader order strekt die moderni-

sering zich niet uit tot regels waarvan de conformiteit met Europees recht reeds in 2008 in vraag werd gesteld¹¹⁹. De verhoopde modernisering van Boek VI WER en zijn ontvoogding van middenstandswetgeving tot Europees conform instrument van kanalisering van marktpraktijken laat andermaal op zich wachten.

¹¹⁷. Zie Cass. 7 januari 2000, *RW* 1999-2000, 1269, *TBH* 2000, 369, noot D. VANDERMEERSCH en *RCJB* 2001, 249, noot J. STUYCK. Zie meer over de beperkende of reflexwerking van Boek IV WER op Boek VI WER bij J. STUYCK, "Handels- en economisch recht, Deel 2, Mededingingsrecht, A, Handelspraktijken" in R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN (eds.), *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 2015, 254 en bij H. SWENNEN, "Na tien jaar, toch opnieuw: de wet economische mededinging en de wet handelspraktijken" in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De Belgische mededingingswet anno 2003*, Mechelen, Kluwer, 2003, (224) 228-231.

¹¹⁸. Wet van 15 april 2018 houdende hervorming van hete ondernemingsrecht, BS 27 april 2018, 36878. Deze wet treedt in werking op 1 november 2018.

¹¹⁹. Zie G. STRAETMANS, "Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Belgische omzetting-wetgeving" in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY, *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 1-50.