

Verkoperbegrip uit de Wet op de Handelspraktijken; de daden van koophandel ontgroeid?

Gert Straetmans¹

A. Probleemstelling	463
B. Verkoperbegrip verruimd: coherente interpretatie W.Kh. – WHPC	466
C. Consumentenbegrip verengd: coherente interpretatie verkoper en consument	469
D. Dra een indicatieve lijst?	470
E. Europees recht past bij, waar nationale rechtstraditie afhaakt	470
F. WHPC middelerwijl	473

SAMENVATTING

1. Na het cassatiearrest van 13 september 2002, waarin het verkoperbegrip uit de Wet op de Handelspraktijken wordt verduidelijkt, mag worden gesteld dat verkoper en consument in omgekeerd evenredig verband tot elkaar staan voor wat het beroepsmatige karakter betreft. Een ruim verkoperbegrip gaat hand in hand met een eng consumentenbegrip, maar niet zonder het onderscheid tussen “het aanbieden op een markt” en “het aankopen op een markt” uit het oog te verliezen. Sinds 13 september 2002 blijft de kruisverwijzing in artikel 1.2° WHPC naar het Wetboek van Koophandel ten behoeve van verkopers van diensten immers beperkt tot de daden van koophandel, winstoogmerk in de zin van dat wetboek niet inbegrepen. Artikel 1.6°, (c) werkt door in artikel 1.6°, (a) WHPC, zodat de aard zelf van de activiteit of gestelde handeling determinerend is. Die kwalificatie naar aard wordt voorts ontdaan van kwalificatie ondermijnende factoren zoals de ideologische, filosofische, politieke, sociale of andere doelstellingen.

2. Verkoper in de zin van de Wet op de Handelspraktijken veronderstelt dan een zekere organisatie om zijn diensten of producten aan het publiek, op de markt aan te bieden of het voornemen om diensten of producten op georganiseerde wijze aan het publiek, op de markt aan te bieden. Naar Belgisch recht strandt de reflexwerking of doorwerking op de daden van koophandel bij het winstoogmerk, maar alvast voor handelspraktijken zal de Europese wetgever in de (nabije?) toekomst een aantal aan de daden van koophandel verbonden nationale drempels slechten.

RÉSUMÉ

1. Après l'arrêt de cassation du 13 septembre 2002, qui précise la notion de vendeur de la loi sur les pratiques du commerce, on peut affirmer que le vendeur et le consommateur se trouvent dans un rapport proportionnellement inverse l'un par rapport à l'autre pour ce qui concerne le caractère professionnel. Une notion large du vendeur va de pair avec une notion étroite du consommateur, mais pas sans perdre de vue la distinction entre “l'offre sur un marché” et “l'acquisition sur un marché”. Depuis le 13 septembre 2002, la référence croisée à l'article 1.2° LPC vers le C.comm. en faveur des vendeurs de services reste en effet limitée aux actes de commerce, le but lucratif au sens de ce code non compris. L'article 1.6°, (c) exerce un effet sur l'article 1.6°, (a) LPC, de sorte que la nature même de l'activité ou de l'acte posé est déterminante. Cette qualification par nature est en outre dépouillée de la qualification des facteurs qui y portent atteinte comme les buts idéologiques, philosophiques, politiques, sociaux ou autres.

2. Vendeur au sens de la loi sur les pratiques du commerce suppose alors une certaine organisation pour offrir sur le marché les services ou produits au public ou l'intention d'offrir sur le marché des services ou produits de manière organisée. En droit belge, l'effet réflexe ou l'extension aux actes de commerce échoue sur l'exigence du but de lucre, mais en attendant pour les pratiques commerciales, le législateur européen va aplanir dans un futur (proche?) un certain nombre de seuils nationaux liés aux actes de commerce.

¹ Universiteit Antwerpen.

A. PROBLEEMSTELLING

1. Status quaestionis: verkoper/consument. Wat naar aanleiding van het cassatiearrest van 11 mei 2001² nog een “niet geheel onaantrekkelijke analyse”³ moest genoemd worden⁴, is na het cassatiearrest van 13 september 2002⁵ een feit: verkoper en consument staan in omgekeerd evenredig verband tot elkaar voor wat het beroepsmatige karakter betreft. Een ruim verkoperbegrip gaat hand in hand met een eng consumentenbegrip, maar niet zonder het onderscheid tussen “het aanbieden op een markt” en “het aankopen op een markt” uit het oog te verliezen.

Op 11 mei 2001 verduidelijkte het hof het begrip *consument* uit artikel 1.7° van de Wet op de Handelspraktijken (hierna: WHPC)⁶ door het te plaatsen tegenover “diegene die beroepsmatig een activiteit uitoefent”, te weten een verkoper in de zin van artikel 1.6° WHPC. Voor het hof volgt uit de samenhang van de artikelen 1.2° en 1.6° WHPC dat voor het verkoperbegrip de aard zelf van de activiteit *of gestelde handeling* terzake determinerend is. De kwalificatie naar aard wordt voorts ontdaan van kwalificatie ondermijnende factoren zoals het winstoogmerk of de ideologische, filosofische, politieke, sociale of andere doelstellingen.

Op 13 september 2002 verduidelijkte het hof het *verkoperbegrip* uit artikel 1.6° WHPC⁷. In lijn met voormeld arrest is het criterium van de aard zelf van de activiteit *of gestelde handeling* determinerend om verkopers te duiden. Voor verkopers van “diensten”, die in artikel 1.2° WHPC (onder meer) onder verwijzing naar daden van koophandel in de zin van artikelen 2 en 3 van het Wetboek van Koophandel

(hierna: W.Kh.) worden gedefinieerd, speelde nog het vereiste van “winstbejag” of “winstoogmerk in de zin van het Wetboek van Koophandel”. Dit kon worden aangewend om ondanks de ruime bewoordingen van artikel 1.6°, (c) WHPC (“met of zonder winstoogmerk”), het verkoperschap in de zin van artikel 1.6°, (a) WHPC te ontlopen⁸. Gevraagd naar het verkoperschap van een VZW die gratis taxidiensten te water⁹ aanbiedt in het kader van haar statutair doel, besloot het hof “dat uit de samenhang van de artikelen 1.2° en 1.6° Wet Handelspraktijken volgt dat niet is vereist dat diegene die een dienst te koop aanbiedt of verkoopt, handelt met winstoogmerk opdat hij als verkoper in de zin van artikel 1.6° Wet Handelspraktijken zou kunnen aangezien worden, maar dat de aard zelf van de activiteit of gestelde handeling terzake determinerend is”, ongeacht of er een tegenprestatie verschuldigd is door diegene aan wie de dienst ten goede komt. Aangezien taxidiensten, verrichtingen van vervoer zijn in de zin van artikel 2, *sub* 5, W.Kh.¹⁰ en geen winstoogmerk vereist is om als verkoper in de zin van de WHPC aangemerkt te worden, is de betrokken VZW verkoper.

2. Kruisverwijzing WHPC – W.Kh. Met de invoering van de nieuwe Wet op de Handelspraktijken in 1991 werd het “handelaarschap” uit de Wet van 1971¹¹, ten minste als algemeen aanknopingspunt, ten voordele van “verkopers” afgelegd. Het arrest van 11 mei 2001 bevrijdt de consument en dus, zo volgt uit het arrest van 13 september 2002, ook de verkoper van kwalificatie ondermijnende factoren. Het is de aard van de activiteit¹² die van tel is, en terecht¹³. De oefening

² Zie Cass. 11 mei 2001, *Vlaamse Concentratie t. Gemeenschapscentrum pianofabriek, T.B.H.* 2001, 692.

³ Zie G. STRAETMANS, “Wie verkoper is, is geen consument, Wie consument is, is geen verkoper; Maar is daarom wie geen verkoper is, consument en wie geen consument is, verkoper?”, *T.B.H.* 2001, 697.

⁴ De bondige redactie van het cassatiearrest maakte immers “elke speculatie, hoe aanlokkelijk ook, ongepast”, *ibid.*

⁵ Zie Cass. 13 september 2002, *Gent Watertoerist t. Elektroboot V.Z.W. e.a., Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2002*, Mechelen, Kluwer, 2003, 688 en zie hierover J. STUYCK, “Handelspraktijken”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht – Handels- en economisch recht*, Deel 2.A., Mechelen, Kluwer, 2004, 28-29 en meer algemeen, C. GASSEE en G. DELARUELLE, “Wet Handelspraktijken: het begrip verkoper, de vergelijkende reclame en de bevoegdheid van de stakingsrechter inzake merkenbreuken”, in *De consument in het recht: verwend, verwaand of miskend?*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 137-143.

⁶ Naar luid van deze bepaling is consument, “wie uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden producten of diensten verwerft of gebruikt”.

⁷ Zie over het verkoperbegrip onder meer de in voetnoot 3 vermelde annotatie en daarin aangehaalde rechtsleer.

⁸ Zie hierover onder meer H. SWENNEN, “Verkopers van voorzorg”, *R.W.* 2001-02, 554.

⁹ Het betrof gratis openbaar watertransport (bus- en taxidienst) op de Gentse binnenwateren middels een milieuvriendelijke “elektroboot”. Het project werd gefinancierd door sponsoring via het verhuren van advertentieruimte.

¹⁰ De bepaling omsluit: “alle verrichten van *ondernemingen van vervoer te land, te water of door de lucht*” (eigen benadrukking).

¹¹ Zie over de evolutie tot de Wet op de Handelspraktijken van 1971, C. SALDARI, “Un processus législatif: la loi sur les pratiques du commerce”, *Courrier Hebdomadaire du CRISP*, nrs. 751-752, 11 februari 1977.

¹² De strijd over micro- of macrobenadering is thans, voor wat de Wet Handelspraktijken betreft, beslecht. Zie wel nog met strijdlust, G. STRAETMANS, “Who’s who? Verkoper of consument blijft een prangende rechtsvraag”, *D.C.C.R.* 1996, nrs. 33, 376-388.

¹³ Zie G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 147, nr. 285, waarin onder verwijzing naar W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, A, Brussel, Story-Scientia, 1989, 63-83, Cass. 30 december 1946, *Pas.* 1946, I, 489 en Cass. 9 november 1948, *Pas.* 1948, I, 623, werd gesteld dat het winstoogmerk in de zin van het W.Kh. (“le but de lucre, de spéculation” of “winstbejag”) in het Belgische handelsrecht in die betekenis geen doorslaggevend criterium meer vormt. Het winstoogmerk in de ruimere, burgerrechtelijke zin kan gehandhaafd worden. “Het is weliswaar vereist om van een commerciële activiteit te gewagen, maar in wezen valt het samen met het bedrijfsmatig uitoefenen van een activiteit, zodat de aard van de activiteit als begrenzingscriterium primeert”. Maar meteen werd daaraan de vraag gekoppeld of de limitatieve lijst van daden van koophandel uit art. 2 W.Kh. nog wel maatgevend was om activiteiten naar aard als economisch te kwalificeren. Naar algemeen aanvoelen was die lijst veeleer indicatief. De in bepaalde rechtsleer bepleitte vervanging van de limitatieve lijst van daden van koophandel uit art. 2 W.Kh. of nog het verkoperbegrip uit art. 1.6° WHPC door het “ondernemingsbegrip”, zoals dat in het Europese kartelrecht gold, werd echter afgewezen als ondoelmatig synonimiseren zonder (daadwerkelijk) bijkomende criteria aan te reiken om het begrip “activiteit” en voorts “economische activiteit” te duiden. De recentste poging in die zin vindt men bij M. DENEFF, *V.Z.W. en stichting naar Belgisch recht*, Proefschrift K.U.Leuven, 1 augustus 2002, 237-290.

om, naar aanleiding van het feitenrelaas uit het arrest van 11 mei 2001, op grond van de traditionele toepassing van artikel 2 W.Kh., het afgewezen consumentenschap voor de VZW Vlaamse Concentratie om te zetten in verkoperschap, liep niet, zo getuige de kop en de “*cauda*” van de in dit tijdschrift gepubliceerde annotatie. Swennen, die het cassatiearrest van 13 september 2002 becommentarieert, wijst daar ook op¹⁴.

Het cassatiearrest van 13 september 2002 komt daaraan deels tegemoet. Sinds 13 september 2002 blijft de kruisverwijzing in artikel 1.2° WHPC naar het W.Kh. ten behoeve van verkopers van diensten beperkt tot de daden van koophandel, *winstoogmerk in de zin van dat wetboek niet inbegrepen*. Artikel 1.6°, (c) werkt immers door in artikel 1.6°, (a) WHPC. Bijgevolg vervalt het voor cassatie aan de orde gestelde winstoogmerk.

Dan rest nog het vereiste van “*onderneming*” dat voor bepaalde daden van koophandel uit artikel 2 W.Kh. wordt gesteld. Speculatie op grond van deze vereisten kan nog met het verkoperbegrip uit de WHPC conflicteren, maar anders dan het traditionele winstoogmerk uit het W.Kh., treft dit niet alleen verkopers van diensten¹⁵, maar evenzeer verkopers van producten. Artikel 1.6°, (a) en 1.6°, (c), WHPC vereisen immers voor natuurlijke personen dat producten of diensten worden aangeboden of verkocht “in het kader van een beroeps¹⁶activiteit”, terwijl voor rechtspersonen bij toepassing van artikel 1.6°, (a) slechts de uitoefening “met het oog op de verwezenlijking van hun statutair doel” is vereist. Zoals hierna wordt aangegeven, hoeft daarin niet noodzakelijk een tegenstelling gelezen te worden, maar het arrest van het Hof van Cassatie is op dit punt veeleer verwarrend dan verduidelijkend. Voornamelijk een disjunctieve benadering van “activiteit” en “gestelde handeling” in de definitie van verkoper uit het arrest van 13 september 2002 zou dan spaak lopen op het vereiste beroepsmatige of ondernemingskarakter van respectievelijk WHPC en W.Kh. Het Hof van Cassatie maakt immers niet duidelijk of de “dienst” aan de hand van de “aard” van de activiteit of gestelde handeling wordt gedetermineerd dan wel ook meteen het “beroepsmatige” karakter. Een en ander zou zelfs de idee kunnen voeden dat het Hof van Cassatie in voormelde arresten een goed stuk weegs is de lijst van daden van koophandel uit de artikelen 2 en 3 W.Kh., althans voor de toepassing van de WHPC, als *indicatie*¹⁷ toe te passen.

3. Invloed W.Kh. op WHPC: lijst van daden van koophandel maatgevend? De kernvraag is bijgevolg welk

gewicht nog aan de voorwaarden van het Wetboek van Koophandel én aan de lijst van daden van koophandel voor de toepassing van de WHPC moet gegeven worden?

Dit laatste punt komt nu eerst aan bod en veronderstelt een afweging van aan- en afwijzingen. De uitkomst helpt bij de interpretatie van de cassatierechtspraak ter beantwoording van het eerste onderdeel van de vraag.

De balans opgemaakt moet (vooralsnog) worden besloten dat het Hof van Cassatie niet om de daden van koophandel heen kan. Te (ver)gezocht zijn vermeende (het weerwoord staat cursief) aanwijzingen als:

- (1) de passus uit het **recentste Jaarverslag van het Hof van Cassatie**¹⁸ dat het arrest van 13 september 2002 het “ruime verkoperbegrip” uit het arrest van 11 mei 2001 bevestigt, waarin “**diegene die beroepsmatig een bepaalde activiteit uitoefent**” zonder meer verkoper wordt genoemd. *Laatst vermeld arrest verduidelijkt het consumentenbegrip en wendt voormelde definitie slechts aan om duidelijk te maken dat de betrokken VZW de gehuurde advertentieruimte niet uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden bestemde of gebruikte;*
- (2) de passus uit het **arrest van 31 januari 2002**¹⁹, waarin de bemiddelingsactiviteit met het oog op de verkoop van onroerende goederen door NV Notarishuis (burgerlijke vennootschap) een *accessorium* aan de hoofdopdracht van de notaris, namelijk akten verlijden, wordt genoemd. De NV is verkoper van diensten in de zin van artikel 1.6°, (a), WHPC ook al stelt het hof “dat het feit dat een toegelaten bemiddeling gecentraliseerd wordt uitgeoefend door een aparte rechtspersoon die voor een aantal notarissen optreedt, **de aard van die activiteit niet wijzigt**” (eigen benadrukking) en voorts dat “wanneer zulke bemiddeling wordt uitgeoefend voor rekening van de notarissen-vennoten door een aparte rechtspersoon en de bemiddeling in wezen niet verschilt van die welke een notaris deontologisch mag doen, deze rechtspersoon niet bijdraagt tot een miskenning van een deontologisch verbod”. *Het arrest handelt over de vrijstelling van inschrijving voor notarissen (bij toepassing van artikel 4.1° van het K.B. van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar), en bij uitbreiding voor “instrumenten” die ze in het raam van hun opdracht benutten. Het verkoper-*

¹⁴. H. SWENNEN, “Noot bij Cass. 13 september 2002”, *R.W.* 2003-04, in druk.

¹⁵. Voor diensten is de conflictzone overigens veeleer beperkt. Voornamelijk moet gedacht worden aan “verrichtingen van ondernemingen van vervoer” (art. 2, *sub* 5, W.Kh.) en “verrichtingen van ondernemingen van leveringen” (art. 2, *sub* 6, W.Kh.).

¹⁶. In art. 1.6°, (c) wordt bovendien verwezen naar een “commerciële, financiële of industriële” activiteit om het beroepsmatige nader te duiden. Zie hierover meer, *infra*.

¹⁷. Zie W. VAN GERVEN, *Handels- en economisch recht*, I, A, Brussel, Story-Scientia, 1989, 82, die spreekt van een enuntiatieve opsomming van de artt. 2 en 3 W.Kh. en zie ook G. STRAETMANS, *Consument en markt*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 160, nr. 306.

¹⁸. Zie *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2002-2003*, 41-42, te raadplegen op de website: www.cass.be.

¹⁹. Zie Cass. 31 januari 2002, *Beroepsinstituut van vastgoedmakelaars t. NV Notarishuis*, C.01.0201.N, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2002*, Mechelen, Kluwer, 2003, 414, eveneens te raadplegen op www.cass.be. Zie evenwel J. STUYCK, “Handelspraktijken”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht – Handels- en economisch recht*, Deel 2.A, Mechelen, Kluwer, 2004, 154, randnr. 187.7, die de afwijzing van de vordering tot staken zonder meer terecht vindt.

- begrip was dus niet rechtstreeks aan de orde;*
- (3) de passus uit voormeld **arrest van 13 september 2002**, waarin het hof enerzijds besluit dat het bestreden arrest niet zonder schending van artikel 1.6° WHPC kon oordelen dat de betrokken VZW geen **handelaar** was in de zin van de WHPC, nu de VZW gratis taxi- en busvervoer aanbiedt en daarbij handelt ter verwezenlijking van haar statutair bepaald maatschappelijk doel (eerste onderdeel) en anderzijds dat dergelijke vervoerdienst **op zichzelf** een handelsdaad uitmaakt (derde onderdeel). Het eerste besluit zou op een reflexwerking tussen verkoper- en handelaarbegrip kunnen wijzen, en zo op een soepele lezing van het limitatieve karakter van de lijst. Het tweede besluit bevestigt dan. Het vertrekt van de geïsoleerde handeling zonder meer, op zichzelf, hoewel artikel 2 W.Kh. refereert aan verrichtingen van “ondernemingen” van vervoer. *Het arrest betrof een in wezen té klare zaak. Weliswaar wordt naar de vervoerdienst op zichzelf verwezen, maar evenzeer gerefereerd aan maatschappelijk doel ter verwezenlijking waarvan de handeling wordt gesteld;*
- (4) **de tekst van artikel 1.2° WHPC** zelf die voor handelsdaden niet expliciet naar het W.Kh. verwijst terwijl de ambachtsactiviteiten onder uitdrukkelijke verwijzing naar de Wet op het Ambachtsregister²⁰ nader worden bepaald. *De wetsevolutie laat op dit punt een markant spiegelbeeld zien. Terwijl “product” in het Ontwerp van wet betreffende de prijzen en bepaalde handelspraktijken²¹ als “grondstoffen, eetwaren, dieren, vervaardigde voorwerpen en om het even welke koopwaren, met in begrip van de energiebronnen, welke het voorwerp van handelsdaden zijn” (eigen benadruking) werd gedefinieerd, en “dienst” werd omschreven als “het ter beschikking stellen van roerende goederen en om het even welke andere beroepsprestatie, met inbegrip van verzekeringen, die het voorwerp uitmaakt van een publiek aanbod maar niet neerkomt op de uitoefening van een vrij beroep of op de uitvoering van een arbeids- of leerovereenkomst”, omschreef het Ontwerp*

van wet betreffende de handelspraktijken²² “product” als “lichamelijke roerende goederen”(art. 1.1°) en “dienst” als “alle beroepsprestaties die het voorwerp uitmaken van een daad van koophandel of een door de wet als ambachtsbedrijvigheid beschouwde bedrijvigheid”. In diezelfde lijn definieert de Wet op de Handelspraktijken van 1991 thans, zoals bekend, “producten” als “alle lichamelijke roerende zaken”(art. 1.1° WHPC), en “diensten” als “alle prestaties die een handelsdaad uitmaken of een ambachtsactiviteit bedoeld in de Wet op het ambachtsregister”(eigen benadruking, art. 1.2° WHPC). Zoals de Memorie van Toelichting verduidelijkt maakt de Wet Handelspraktijken zelf, voor wat de diensten betreft, de koppeling met het Wetboek van Koophandel²³.

Het zogenaamde BVVO-arrest van 13 maart 1998 past in laatst vermelde lijn maar bekleedt, in het licht van de hier aan de orde gestelde vraag, een afzonderlijke plaats²⁴. Het Hof van Cassatie besloot in dit arrest immers “que, notamment pour l’application de l’article 94 de la loi sur les pratiques du commerce, il n’y a de vendeur, en cas d’offre en vente ou de vente des services, que si les services constituent des actes de commerce (énumérés aux artt. 2 et 3 du Code de commerce) ou une activité artisanale”. De zaak liep, in de woorden van Swennen, vierkant: het betrof aanbevelingen aan de leden in verband met beperkingen op vergoedingen van hospitalisatieverzekeringen²⁵. Aan de Orde waren immers door de leden van de beroepsvereniging betaalde diensten van *essentieel intellectuele aard*. Voorts was niet duidelijk welke invloed uitging van de BVVO als *beroepsvereniging* in de zin van de Wet van 31 maart 1898.

4. Daden van koophandel behouden belang voor toepassing WHPC. In balans moet dus met de lijst van daden van koophandel uit de artikelen 2 en 3 W.Kh. verder gewerkt worden, maar niet zonder, voor handelspraktijken die nog “verkoper” als aanknopingspunt hebben²⁶, in lijn met het Hof van Cassatie een soepele lezing aan te houden.

²⁰ Art. 72.1° van de Wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen (B.S. 5 februari 2003) heft de Wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister op. Art. 2.8° definieert het handelsregister als een “deelverzameling van de Kruispuntbank van Ondernemingen omvattende de gegevens van de in de Kruispuntbank van Ondernemingen geregistreerde handels- en ambachtsondernemingen”. Onder “ambachtsonderneming” wordt voortaan verstaan: “de onderneming opgericht door een private persoon die in België gewoonlijk krachtens een contract van huur van diensten, hoofdzakelijk materiële prestaties levert, voorzover daarmee geen leveringen van waren of slechts toevallige leveringen van waren gepaard gaan en aldus vermoed wordt de hoedanigheid van “ambachtsman” te hebben” (art. 2.5°).

²¹ Zie *Parl. St.* Senaat 1963-64, 268, 74.

²² Zie *Parl. St.* Kamer 1970-71, 958, nr. 1, 1.

²³ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Senaat, zitting 1984-85, 947/1, 6. “Worden dus bedoeld de prestaties die opgesomd worden door artikel 2 van het Wetboek van Koophandel alsmede deze van ambachtslieden die geen handelaars zijn, bedoeld bij de Wet op het ambachtsregister”.

²⁴ Zie Cass. 13 maart 1998, *U.P.E.A. t. Test Aankoop, J.T.* 1998, 453 en hierover G. STRAETMANS, “Recente tendensen in handelspraktijken”, in *C.B.R. Jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu, 1999, 245-256.

²⁵ Zie H. SWENNEN, “Verkopers van voorzorg”, *R.W.* 2001-02, 557.

²⁶ Daarbij zij meteen opgemerkt dat het verkoperbegrip uit art. 1.6° WHPC voor de toepassing van de afdeling onrechtmatige bedingen, in omzetting van de corresponderende Europese richtlijn, werd verruimd. Naar luid van art. 31, § 2, 2° zijn verkoper “niet enkel de personen bedoeld in artikel 1.6, maar ook iedere andere natuurlijke persoon of rechtspersoon, uitgezonderd de titularissen van een vrij beroep zoals bepaald in artikel 2.1°, van de wet van 3 april 1997 betreffende de oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten, die bij een overeenkomst afgesloten met een consument handelt in het kader van zijn beroepsactiviteit”. Zie voorts over de door deze bepaling uitgezonderde vrij beroepsbeoefenaars, *infra*: randnr. 9 en voetnoten 38 en 39, én over de invloed van het Europese recht op het verkoperbegrip bij handelspraktijken, *infra*: randnr. 17.

B. VERKOPERBEGRIIP VERRUIMD: COHERENTE INTERPRETATIE W.Kh. – WHPC

5. Samenhang tussen W.Kh. en WHPC. Voormeld besluit brengt ons ertoe de gegevens die de recente Cassatie-rechtspraak aanreikt in een met het W.Kh. én met de WHPC verzoenende interpretatie uit te werken, als antwoord op het eerste onderdeel van de in randnummer 3 vermelde kernvraag. Meteen resulteert uit dit uitgangspunt dat de draagwijdte van het cassatiearrest van 13 september 2002 beperkt blijft tot de verduidelijking van het begrip “diensten” uit de WHPC en dat het naast elkaar stellen van “activiteit” en “gestelde handeling” in dat arrest niet zozeer gedragen wordt door de concrete context van het arrest, maar een verduidelijking is in het licht van de ruimere samenhang tussen W.Kh. en WHPC. Voorts volgt dat het cassatiearrest van 11 mei 2001 voornamelijk het begrip consument nader bepaalt, en slechts “*a posteriori*” als een bevestiging van de vooropgestelde verzoenende interpretatie gelezen kan worden (zie hierna C).

6. Verkoper – aard van de dienst. De aard is volgens het Hof van Cassatie determinerend om te bepalen of de dienst onder de WHPC ressorteert²⁷, en niet het winstoogmerk in de zin van het W.Kh., en evenmin, zo volgt uit het cassatiearrest van 11 mei 2001, de ideologische, filosofische, politieke, sociale of andere doelstellingen van de (rechts)persoon die de activiteit ontplooit of handeling stelt.

Het criterium van “de aard” een ruimere draagwijdte geven²⁸, door uit de aard op zich meteen ook verkoperschap in de zin van de WHPC af te leiden, zou, zoals hoger vermeld, niet alleen afbreuk doen aan het vereiste van “onderneming” dat het W.Kh. aan bepaalde daden van koophandel verbindt maar ook aan het vereiste van “beroepsactiviteit” uit artikel 1.6°, (a) en (c) van de WHPC zelf. Door op 11 mei 2001 onverkort te besluiten dat “niet het winstoogmerk of het doel, maar de aard zelf van de activiteit *of de gestelde handeling* determinerend is voor het al dan niet beroepsmatige karakter ervan” (eigen benadrukking), wekt het Hof van Cassatie de indruk dat “activiteit” en “gestelde handeling” naast elkaar moeten geplaatst worden. Dat wordt nu verduidelijkt.

7. Verkoper – activiteit. Het onderscheid tussen “activiteit” en “gestelde handeling” is namelijk te verklaren vanuit de systematiek van de daden van koophandel zelf, het raam waarin het arrest van 13 september 2002 totstandkwam. Met “activiteit” wordt algemeen “werkzaamheid of bedrijvigheid” bedoeld en naar algemeen taalgebruik concreet: “een

verrichting, als deel van een programma”²⁹. “Activiteit” kan dan samenvallen met “onderneming” uit het W.Kh., dat traditioneel³⁰ als een referentie aan “herhaling” wordt gezien en meer concreet³¹ als “een veelheid van handelingen wat een vooraf daartoe opgezette organisatie veronderstelt” of “een geheel van voorbereidselen waarna de activiteit kan worden aangevat” of “een uitoefening via een daartoe opgezette organisatie die meer is dan de organisatie van persoonlijk werk”, “een zelfstandig organisatieschema” of nog “de intentie om zich naar binnen en naar buiten als een economische onderneming te organiseren”. Het betreft dan een zekere *organisatie* om zijn diensten of producten aan het publiek, op de markt aan te bieden of het *voornemen* om diensten of producten op *georganiseerde wijze* aan het publiek, op de markt aan te bieden. In die zin zal “onderneming” vaak samenvallen met beroepsmatige uitoefening.

Met handeling wordt doorgaans “een op zichzelf staande niet-werktuiglijke verrichting”³² bedoeld. In de systematiek van de lijst van daden van koophandel hoeft dit onderscheid tussen activiteit en handeling, dat het Hof van Cassatie maakt, niet te verwonderen. Zoals bekend, kan ook een bepaalde geïsoleerde verrichting, *c.q.* handeling, een daad van koophandel uitmaken. Precies die daden van koophandel worden dan door het begrip “gestelde handeling” uit het cassatiearrest gevat. Logischerwijze bevestigt het Hof van Cassatie dat ook in die context, de “aard” (van de gestelde handeling), hoe dan ook determinerend is.

8. Verkoper – beroepsactiviteit/statutair doel. Terugkoppelend aan de Wet op de Handelspraktijken volgt dan uit de door het Hof van Cassatie gecombineerde toepassing van artikel 1.6°, (a) en (c), WHPC dat voor de kwalificatie als verkoper, winstoogmerk in de zin van het Wetboek van Koophandel niet vereist is. Wel zal de persoon die een handeling stelt die naar de aard valt onder de daden van koophandel, pas verkoper zijn in de zin van de WHPC indien die handeling hetzij kadert in een beroepsactiviteit (natuurlijke personen) hetzij de verwezenlijking van het statutaire doel beoogt (rechtspersonen).

9. Verkoper – natuurlijke persoon. Men ziet meteen dat dit voor *natuurlijke personen* niet al te veel problemen hoeft op te leveren. De begrippen “beroepsactiviteit”, “onderneming” of “beroepsmatig karakter” kunnen immers als synoniemen worden beschouwd. In overeenstemming met voormelde interpretatie van het Wetboek van Koophandel

²⁷. De keuze voor dit criterium ligt voor de hand en is in lijn met het W.Kh. en elke andere poging tot afbakening van burgerlijk en handelsrecht.

²⁸. Activiteit of gestelde handeling.

²⁹. VAN DALE, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*.

³⁰. Zie hierover met verwijzingen naar rechtsleer en rechtspraak, W. VAN GERVEN, *o.c.*, 65-69 en G.L. BALLON, “Artikelsgewijze commentaar artikelen 2-3 W.Kh.”, *OHRA*, Kluwer, losbladig, 112-113.

³¹. Zie voornamelijk W. VAN GERVEN, *o.c.*, 65, voetnoot 4; 67, randnr. 52; 73-74, randnr. 57; 78-79, randnr. 61 en 81-83, randnr. 63 en 64.

³². VAN DALE, *Groot woordenboek der Nederlandse taal*.

veronderstelt verkoperschap bijgevolg “een zekere organisatie om (of het voornemen op georganiseerde wijze) handelingen publiek/op de markt³³ te stellen”.

Met Van Gerven mag men voorts stellen dat de rechtspraktijk op dit punt geen verdere duiding vereist³⁴. De regeling van de handelspraktijken blijft een dynamische opdracht en vereist flexibiliteit. Die flexibiliteit staat er mijns inziens niet aan in de weg criteria als het daadwerkelijk op de markt treden, de fiscale behandeling, de lokale of regionale weerslag, de inkomsten die worden gegeneerd, de gewoonte, frequentie of duurzaamheid, de aangewende financiële en andere³⁵ middelen en zo meer, bij de beoordeling van het bestaan van een “organisatie” of het “voornemen daartoe”, mee in aanmerking te nemen. Het criterium van de aard is immers determinerend voor de kwalificatie als dienst, en blijft daartoe, zoals hoger vermeld, beperkt. De betrokken rechter kan bijgevolg de andere criteria aanwenden om zijn aandeel aan “common sense” bij de beoordeling van “de organisatie” te objectiveren³⁶.

10. Verkoper – rechtspersoon. Voor *rechtspersonen* stelt de afstemming van de WHPC op de vereisten van het W.Kh. zich het scherpst, aangezien het criterium “diensten of producten verkopen of aanbieden met het oog op het verwezenlijken van het statutaire doel” niet noodzakelijk samenvalt met de vereiste “organisatie” om verkoper te zijn³⁷. Toch hoeft hieruit in de praktijk geen divergentie te groeien. Wanneer het statutair doel van de rechtspersoon diensten in voorwerpe zin omvat, is de divergentie alvast vermeend. Aange-

nomen mag immers worden dat de uitdrukkelijke vermelding in het statutair doel, een zekere organisatie of het voornemen daartoe impliceert. De rechtspersoon handelt bijgevolg beroepsmatig en is verkoper.

11. Verkoper – vrij beroepsbeoefenaar. Voor *vrije beroepsbeoefenaars* tot slot is met het wegvallen van het winsttoogmerk in de zin van het W.Kh. de laatste drempel tot verkoperschap geslecht. Aangezien zij middels inschrijving bij de betrokken beroepsorganisatie aangeven bepaalde diensten beroepsmatig te willen uitoefenen, kwalificeren zij als verkopers. Zij ressorteren bijgevolg in beginsel onder de WHPC³⁸, zij het dat de corresponderende deontologie bijzondere regels inzake reclame kan bevatten en de wetgever hen aan specifieke wetgeving inzake misleidende en vergelijkende reclame, onrechtmatige bedingen en op afstand gesloten overeenkomsten³⁹ onderwerpt. In welke mate hier het intellectuele of “artistieke” karakter van de dienstverlening als storingsfactor speelt, is onduidelijk⁴⁰. Voormeld BVVO-arrest beschouwt diensten van essentieel intellectuele aard, tegen betaling verleend door een beroepsvereniging aan de leden, niet als daad van koophandel, maar het betrof, zoals hoger gesteld, een bijzondere zaak. Men kan met Van Gerven de legitimiteit van de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de WHPC van dienstprestaties van vrije beroepsbeoefenaars in twijfel trekken⁴¹, eens te meer nu voor de toepassing van de WHPC geen vereiste van “winstbejag” of “winsttoogmerk in de zin van het W.Kh.” meer verboden is aan de dienstverlening. Met een definitie van vrij

³³. De toevoeging doelt op het onderscheid met de organisatie van persoonlijk werk. Het vereiste moet soepel toegepast worden en mag niet worden aangewend als storingsfactor, onder meer door het te kwantificeren om zo “verkopers” alsnog buiten het toepassingsgebied van de WHPC te houden.

³⁴. Zie W. VAN GERVEN, *o.c.*, 73, randnr. 56.

³⁵. Bijvoorbeeld het voeren van intensieve reclame of het aantal personeelsleden dat met de activiteit wordt belast.

³⁶. Op dit punt is een parallel met onder meer het Duitse handelsrecht te trekken, maar “*omnis comparatio claudicat*”. § 1 HGB stelt: “(1) Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuch ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.” “(2) Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert”. Het element “Gewerbe” uit die definitie veronderstelt “dass eine planmässig auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit zu bejahen ist, falls sie fortgesetzt berufsmässig in Wiederholungsabsicht ausgeübt wird. Das Kriterium der Berufsmässigkeit passt indessen weder auf Personengesellschaften noch bei Tätigkeiten auf Kurze Zeit, so dass ausschliesslich die planmässigkeit der Tätigkeit, die auf eine unbestimmte Vielzahl von Geschäften ausgerichtet ist, massgeblich sein kann”. Het criterium van “Gewinnerzielungsabsicht” wordt daarbij in Duitsland ook afgezwakt. De vraag tot slot “ob für den Betrieb eines Unternehmens kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind, (ist) anhand der Gesamtverhältnisse zu entscheiden”. Daarbij “sollen insbesondere ausser dem Umsatz die Art der Tätigkeit und die Struktur des Betriebes eine wesentliche Rolle spielen, ferner die Vielfalt der erbrachten Leistungen, das Anlage- und das Betriebskapital, die Zahl und Funktion der Beschäftigten, die Grösse des Geschäftslokals, der Gewerbeertrag, die Geschäftsbeziehungen und ihre Abwicklung, die Lagerhaltung, die Kalkulation, die Werbung, die Inanspruchnahme von Bankkrediten, die Teilnahme am Wechselverkehr, eine geordnete Aufbewahrung der Geschäftsunterlagen, die Art der Buchführung, regelmässige Inventuren sowie die Erstellung der Bilanzen. Massgeblich sei das sich aus der Würdigung derartiger Merkmale ergebende Gesamtbild”. Zie hierover meer uitgebreid, I. KOLLER in STAUB, *HGB Grosskommentar* §§343-357, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 2001, 5-25 en over de samenhang met verkoper in de zin van het AGB, J. BASEDOW, in *MünchKommZur Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2a: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, München, Beck Verlag, 2003, 1452-1456 (§ 310).

³⁷. Zie H. SWENNEN, “Noot bij Cass. 13 september 2002, *R.W.* 2003-04, in druk en J. STUYCK, “Handelspraktijken”, in *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht – Handels- en economisch recht*, Deel 2.A, Mechelen, Kluwer, 2004, 34, randnr. 31; zie ook G. STRAETMANS, *T.B.H.* 2001, 696.

³⁸. Inzake onrechtmatige bedingen moet er wel nog op gewezen worden dat art. 31, § 2, 2°, WHPC de titularissen van een vrij beroep in de zin van art. 2.1° van de Wet van 3 april 1997 uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van de WHPC uitsluit. Laatst vermeldte wet werd intussen door de Wet van 2 augustus 2002 opgeheven (zie ook volgende voetnoot), zonder op dit punt wijzigingen aan de WHPC door te voeren.

³⁹. Zie de Wet van 2 augustus 2002 waardoor de Wetten van 21 oktober 1992 (misleidende reclame) en van 3 april 1997 (oneerlijke bedingen) worden opgeheven, *B.S.* 20 november 2002, en hierover o.m. R. STEENNOT, “Nieuwe wetgeving voor beoefenaren van vrije beroepen”, *R.W.* 2003-04, 81-90; zie ook I. DEMUYNCK, “De onrechtmatige bedingen in België: a never ending story”, in *CBR-Jaarboek 1998-99*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1999, 311-391.

⁴⁰. Zie over de onbevoegdheid van de stakingsrechter om kennis te nemen van een vordering tot staken tegen een architect, aangezien die onderworpen aan een deontologie als vrije beroepsbeoefenaar geen handelsactiviteit ontplooit, Vz. Kh. Nijvel 18 november 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2002*, H. DE BAUW (ed.), Mechelen, Kluwer, 2003, 724, met noot B. PONET, “Wet vrij beroepen versus WHPC: een architect is een vrije beroeper en geen verkoper”.

⁴¹. W. VAN GERVEN, *o.c.*, 81.

beroep die afgestemd is op de WHPC⁴², rijst de vraag welke vrij beroepsbeoefenaar dan nog onder het personele toepassingsgebied van de Wet van 2 augustus 2002 zou vallen.

12. Verkoper – eenmalige of geïsoleerde handeling. Uit de analyse volgt dat een eenmalige handeling, ook al wordt ze geabstraheerd van kwalificatie ondermijnende factoren als het vereiste winstbejag en de bestemming, naar aard onder de lijst van daden van koophandel gebracht, niet voldoende is om bijvoorbeeld een VZW, het Rode Kruis of nog een mutualiteit⁴³ tot verkoper te maken. Daartoe is “*een zekere organisatie om (of het voornemen op georganiseerde wijze) handelingen publiek/op de markt⁴⁴ te stellen*” vereist, wat bij rechtspersonen verondersteld wordt vervuld te zijn indien de betrokken activiteit past in de statutaire doelomschrijving. Een zuiver *geïsoleerde handeling*, ook al past ze in de lijst van daden van koophandel, is onvoldoende om verkoper in de zin van de WHPC te zijn (bv. een jeugdvereniging die auto’s wast of een wafelenbak/pannenkookenslag of nog een barbecue organiseert om de groepskas te spijzen; de hotelschool die in het raam van onderwijsstages⁴⁵

recepties voor ruim publiek opluistert⁴⁶), net als een uit de aard *éénmalige*, uitzonderlijke economische activiteit (bv. een hobbyist die kunstboeken verzamelt en uit een nalatenschap een grote partij kunstboeken met enkele bijzonder waardevolle en unieke exemplaren op de kop kan tikken, die hij, tot ergernis van traditionele standhouders/boekenverkopers in het milieu te koop aanbiedt)⁴⁷.

13. Verkoper – winstoogmerk en bestemming. De beroepsactiviteit, die aldus wordt bepaald, vereist voorts geen winstbejag of winstoogmerk in de zin van het Wetboek van Koophandel, het zogenaamde “*but de lucre, de spéculation*”, maar hoe ook het begrip beroepsactiviteit wordt getypeerd, de betrokken handeling zal niet vrij van winstoogmerk in burgerrechtelijke zin zijn. Een organisatie om of het voornemen om op georganiseerde wijze diensten of producten aan het publiek, *c.q.* op de markt aan te bieden, impliceert immers steeds winstoogmerk in die zin dat de activiteit door een natuurlijke of rechtspersoon wordt ontplooid om “*inkomen te verwerven met de bedoeling in zijn levensonderhoud te voorzien of zich te bestendigen*”⁴⁸. Op diensten toegepast,

⁴² Zie art. 2.1° van de Wet van 2 augustus 2002, voormeld. Daarin wordt vrij beroep gedefinieerd als elke zelfstandige beroepsactiviteit die dienstverlening of levering van goederen omvat, welke geen daad van koophandel of ambachtsnijverheid is en die niet wordt bedoeld in de Wet op de Handelspraktijken, met uitsluiting van de landbouwbedrijvigheden en de veeteelt.

⁴³ De “*core business*” van Rode Kruis en mutualiteiten is vanzelfsprekend niet economisch; zie voor een toepassing op Nederlandse ziekenfondsen, uitvoeringsorganen van de Nederlandse Ziekenfondswet, Gent 27 juni 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2002*, H. DE BAUW (ed.), Mechelen, Kluwer, 2003, 697. Vergelijk met J. STUYCK, “Handelspraktijken”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht – Handels- en economisch recht*, Deel 2.A, Mechelen, Kluwer, 2004, 31, randnr. 28.

⁴⁴ De toevoeging doelt op het onderscheid met de organisatie van persoonlijk werk. Het vereiste moet soepel toegepast worden en mag niet worden aangewend als storingsfactor, onder meer door het te kwantificeren om zo “*verkopers*” alsnog buiten het toepassingsgebied van de WHPC te houden.

⁴⁵ Een grondig onderzoek van wat precies per type school tot de onderwijsstage en dus tot de onderwijsopdracht moet gerekend worden, valt ver buiten het bereik van deze bijdrage. Significante verschillen in regelgeving nopen alvast tot omzichtigheid. In de sector van rijsscholen, waarvan de uitbating gekenmerkt is door een bijzonder vergunningstelsel (K.B. van 23 maart 1998 en omzendbrief van 1 oktober 1998), vindt men een vrij recent voorbeeld (zie Gent 13 juni 2002, *DAOR 2003*, nr. 65, 58, met noot G.L. BALLON). Het Hof van Beroep te Gent paste de WHPC toe op de VZW St.-Jozefs Vrije Beroepschool die vrij technisch onderwijs organiseert en daarnaast op georganiseerde wijze een rijsschool uitbaat. Vanuit een marktgerichte interpretatie stelde het hof vast dat de VZW, “*in een materie die overgelaten wordt aan het vrije marktinitiatief en die niet beheerst wordt door vrije beroepen of intellectuele beroepen, op gestructureerde wijze en tegen betaling rijlessen verzorgt en zich als een burgerlijke maatschap/vereniging van leveringen voordeelt*”. Dit volgde onder meer uit het herwerken van de statuten die “*het inrichten van lessen, zowel theorie als praktijk van autorijbewijzen, bus en vrachtwagen, wagens en bromfietzen*” vermelden, de aanvraag tot erkenning als rijsschool, de vergunning daartoe alsmede uit “*de tewerkstelling van een directeur en vijf deeltijdse leerkrachten, uit de redactie van een informatiefolder, uit de herhaalde publiciteit voor deze activiteit en uit de prijzen die zij voor de rijlessen vraagt*”. Indien op basis van de bijzondere regelgeving wordt aangenomen dat het verstreken van een rijbewijs aan jongeren die een technische opleiding volgen, onverenigbaar is met de onderwijsopdracht van middelbare scholen die technisch onderwijs verschaffen, dan ziet men een evenwichtige toepassing. Op 2 juni 2003 besloot de Commissie Zorgvuldig Bestuur, die door het Decreet van 13 juli 2002 betreffende het onderwijs XIII-Mozaïek (B.S. 27 november 2001) werd ingericht en toeziet op de naleving ervan, in deze zaak dat het “*algemeen gesteld, niet aanvaardbaar is dat de middelen van het departement onderwijs tevens ingezet worden bij de organisatie van de VZW V.T.I. autorijsscholen*” (wat door het Hof van Beroep te Gent *in casu* niet bewezen wordt geacht), maar ook dat “*de V.T.I.-scholen minstens de schijn wekken op één of andere manier aan de handelsactiviteiten van de VZW’s V.T.I.-autorijsscholen actief mede te werken. Dergelijke handelspraktijken kaderen niet in een normale dienstverlening aan de leerlingen en zijn niet verenigbaar met de onderwijsopdracht*” (beslissing CZB/KL/KSO/2002/1, te raadplegen op www.ond.vlaanderen.be/zorgvuldigbestuur).

⁴⁶ Zie in dit verband A. PUTTEMANS, “*Professeur = vendeur? Où il sera question d’enseignement hôtelier, d’artisanat, d’autorégulation et de concurrence déloyale*”, *Jaarboek Handelspraktijken 1995*, 512 (508-514) en ook G.L. BALLON, “*Een onderwijsinstelling op het commerciële pad – Over reclame, sponsoring, propaganda, daden van koophandel, oneerlijke concurrentie en onderwijsinstellingen*”, *Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid 2002-03*, 3-25. Zie ook J. STUYCK, “Handelspraktijken”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht – Handels- en economisch recht*, Deel 2.A, Mechelen, Kluwer, 2004, 30, randnr. 27, die erop wijst dat prestaties die geen “*daden van koophandel*” zijn en evenmin prestaties van vrije beroepen toch buiten het toepassingsgebied van de WHPC vallen.

⁴⁷ De postzegelverzamelaar die wekelijks een verkoopstand houdt op een postzegelbeurs en aankopen doet van grote loten postzegels op veilingen, is dan weer wel verkoper.

⁴⁸ Zie W. VAN GERVEN, *o.c.*, die spreekt van “*de bedoeling met enige regelmaat in zijn onderhoud te voorzien*” (67), “*winstoogmerk als kenmerk van de gehele op een inkomstoverschot gerichte bedrijfsactiviteit*” (65), “*de terugbetaling van de inkoopprijs verhoogd met een evenredige vergoeding (GS: of honorarium (74)) voor verantwoordelijkheid*” (71), “*ernaar streven een stabiel overschot van inkomsten op uitgaven en voorzieningen te realiseren met het oog op het in stand houden en ontwikkelen van de onderneming*”; zie ook H. SWENNEN, “*Non-profit en economisch recht*”, *S.E.W. 2002*, 243-248, “*Onder beroepsactiviteit valt m.i. wat iemand doet voor de kost. Dat vereist het doel inkomen te verwerven, maar dat doel hoeft niet het winstoogmerk van het W.Kh. te zijn*”.

ziet men vrije beroepsbeoefenaars en natuurlijke personen die zich bestendigen middels *beroepsmatige activiteiten* die qua aard overeenstemmen met de daden van koophandel. Men ziet ook rechtspersonen die dergelijke diensten aanbieden of verkopen in het raam van hun statutair doel om zo zichzelf of de met de overheid gesloten subsidieovereenkomst te bestendigen. Zij zijn allen verkopers en zij beogen winst in burgerrechtelijke zin. Evenzo veronderstelt een beroepsactiviteit, die in een bepaalde organisatie wordt verderuitlijkt, een bestemming van de elementen die constitutief zijn voor de organisatie.

Dit is niet anders dan organisatie voor persoonlijk werk uitsluiten van het toepassingsgebied van de WHPC. Pas wanneer een zekere organisatie wordt opgezet (of men het zich voorneemt) om diensten of producten aan te bieden aan

anderen, verwerft men de hoedanigheid van verkoper, ook al wordt het aldus gegenereerde inkomen aan een niet-economisch doel bestemd. Indien men burgerlijk winstoogmerk los van de subjectieve ingesteldheid van de handelende persoon beschouwt, doet het er inderdaad niet toe of de winst aan economische dan wel niet-economische doeleinden wordt besteed. De VZW Elektroboot uit het cassatiearrest van 13 september 2002 komt zo onder de WHPC, ook al werden de diensten (vervoer te water) gratis aan het publiek aangeboden. Ze ontplooidde de activiteit om zich in het raam van haar statutair doel te bestendigen; gebeurlijk ook om een subsidieovereenkomst met de overheid te bestendigen. Bovendien werd de activiteit onrechtstreeks vergoed door sponsoring van advertentieruimten.

C. CONSUMENTENBEGRIJF VERENGD: COHERENTE INTERPRETATIE VERKOPER EN CONSUMENT

14. Consumentenbegrip verduidelijkt. Voorgaande analyse brengt ons tot het onderscheid tussen “verkoper” en “consument” en het cassatiearrest van 11 mei 2001 dat dit begrip verduidelijkt. Door in laatst vermeld arrest voor de toepassing van de Wet op de Handelspraktijken de niet-economische bestemming of subjectieve ingesteldheid op het niveau van het verkopen of aanbieden op een markt niet te laten spelen, snijdt het Hof van Cassatie een belangrijke ontsnappingsroute af. Het zich organiseren om bepaalde handelingen te stellen, met impliciet de doelstelling zich te bestendigen, is voldoende, maar eveneens noodzakelijk om verkoper te zijn. Noodzakelijk omdat, zoals hoger gesteld, de geïsoleerde economische handeling niet constitutief is voor verkoperschap, maar wel het beroepsmatig aanbieden of verkopen. Voldoende ook, aangezien abstractie wordt gemaakt van de al dan niet economische bestemming van het “zich bestendigen”.

Consument is wie uitsluitend niet-beroepsmatig koopt of gebruikt en, niet-beroepsmatig uit die definitie valt samen met niet-beroepsmatig. De VZW Vlaamse Concentratie biedt in het raam van haar statutair doel diensten aan, die naar aard als beroepsmatig gerangschikt kunnen worden. Uit de statutaire omschrijving volgt immers dat de VZW de betrokken diensten tot haar gewone activiteiten rekent. Aangezien niet het winstoogmerk of het doel, maar de aard zelf van de activiteit of de gestelde handeling determinerend is voor het beroepsmatige karakter, is de kwalificatie als consument meteen uitgesloten. Verkoper in de zin van de

WHPC wordt immers door het hof omschreven als “een persoon die beroepsmatig *een bepaalde activiteit* uitoefent” (eigen benadrukking). Maar impliciet liet het Hof van Cassatie verstaan dat niet-beroepsmatig verwerven of gebruiken overeenstemt met niet-beroepsmatig verkopen of aanbieden, en onder meer hier knelde het⁴⁹. Een natuurlijke persoon of rechtspersoon die producten of diensten op niet-beroepsmatige wijze verkoopt of aanbiedt, d.i. zonder organisatie of het voornemen dit op georganiseerde wijze te doen, is weliswaar geen verkoper in de zin van de WHPC, maar in die transactie ook geen consument in de zin van de WHPC. Het betreft een niet-economische activiteit waarbij geen goederen of diensten worden *verworven of gebruikt* voor *uitsluitend* niet-beroepsmatige doeleinden⁵⁰. Voorts hoeft het beroepsmatig verwerven of gebruiken om te verkopen of aan te bieden niet steeds tot de kwalificatie van verkoper in de zin van de WHPC te leiden, al wekt het Hof van Cassatie die indruk door kordaat elk bestemmingsvereiste te negeren⁵¹.

Het arrest van 11 mei 2001 bevat voorts geen verwijzing naar het Wetboek van Koophandel, wat samen met het ruime verkoperbegrip op een doorbreken van de lijst van daden van koophandel zou kunnen wijzen. Te wijten aan de cassatietechniek en uiteindelijk blijft het arrest beperkt tot het consumentenbegrip, is daarvoor de verklaring. Voorts past de activiteit en, in de systematiek van het W.Kh., ook de gestelde handeling, in het statutaire doel van de rechtspersoon, en dat is in lijn met voormelde interpretatie van het

⁴⁹. De annotatie bij dit arrest droeg dan ook de titel “Wie verkoper is, is geen consument. Wie consument is, is geen verkoper. Maar is daarom wie geen verkoper is, consument en wie geen consument is, verkoper?”, *T.B.H.* 2001, 694.

⁵⁰. Vergelijk met art. 2, § 1 en § 2 van het Koninklijk Besluit van 19 december 2003 betreffende de boekhoudkundige verplichtingen en openbaarmaking van de jaarrekening van bepaalde verenigingen zonder winstoogmerk, internationale verenigingen zonder winstoogmerk en stichtingen (*B.S.* 30 december 2003).

⁵¹. Zie de waarschuwing in dit verband in voormelde annotatie, *o.c.*, 697. In *Fenin* beperkte het gerecht van eerste aanleg het in het kartelrecht gangbare ondernemingsbegrip door een verband te leggen tussen de aankoopactiviteit en het latere gebruik van het gekochte product. Zo “bepaalt het al dan niet economische karakter van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijze de aard van de aankoopactiviteit”, *G.E.A.*, zaak T-319/99, 4 maart 2003, *Fenin*, nog niet gepubliceerd.

cassatiearrest van 13 september 2002. De activiteit krijgt met andere woorden vorm in een zekere organisatie of impliceert een voornemen om betrokken diensten op georganiseerde wijze te leveren. Bijgevolg is de activiteit beroepsmatig. In die zin wordt het cassatiearrest van 13 september 2002 op 11 mei 2001 bevestigd.

seerde wijze te leveren. Bijgevolg is de activiteit beroepsmatig. In die zin wordt het cassatiearrest van 13 september 2002 op 11 mei 2001 bevestigd.

D. DRA EEN INDICATIEVE LIJST?

15. Naar een indicatieve lijst van daden van koophandel? Toch is, na lectuur van de cassatiearresten van 11 mei 2001 en 13 september 2002 en na de vooropgestelde interpretatie van de WHPC in coherentie met het W.Kh., de dubbele indruk niet volledig weggenomen dat enerzijds (4) de stap tot een indicatieve lijst van daden van koophandel dra zal worden gezet, zoniet al gezet is en dat anderzijds (5) het Hof van Cassatie middels de ruime formulering van artikel 1.6° WHPC, naar analogie van het Europese recht, het begrip “economische activiteit” of het “ondernemingsbegrip” als relevante aanknopingsfactor voor de regeling van de handelspraktijken ziet. Dat wordt nu kort geanalyseerd.

16. Doorwerking WHPC op W.Kh. In de huidige stand van de Cassatierechtspraak kan met zekerheid gesteld worden dat de doorwerking of, zoals Swennen dat noemt⁵², de “reflexwerking” van artikel 1.6° (c) op artikel 1.6° (a), WHPC voor gevolg heeft dat het winstbejag of winstoogmerk in de zin van het Wetboek van Koophandel niet meer wordt vereist. Maar, nu het Hof van Cassatie de doorwerking van artikel 1.6° (c) op artikel 1.2° WHPC en dus op de artikelen 2-3 W.Kh. voor de interpretatie van het verkoperbegrip erkent, hoeft die geenszins beperkt te blijven tot het vereiste

winstoogmerk. Indien artikel 1.6° (c) ook wat de geveiseerde activiteiten betreft, zou doorwerken op artikel 1.6° (a), WHPC, dan komt de *limitatieve* lijst van het Wetboek van Koophandel onder druk. Artikel 1.6° (c) verwijst immers ook naar diensten die “commercieel, industrieel of financieel” zijn én een activiteit. Zij worden, zoals bekend⁵³, ruimer opgevat⁵⁴ dan de “daden van koophandel”, die ze overigens, conform aan artikel 1.2° WHPC, ook omvatten. Dat zou kunnen betekenen dat de lijst van daden van koophandel, zoals die thans nog figureert in het Wetboek van Koophandel, voor de toepassing van de Wet op de Handelspraktijken *indicatief* wordt, op voorwaarde tenminste dat eenzelfde doorwerking wordt erkend op het begrip “diensten”, zoals rigide gedefinieerd in artikel 1.2° WHPC en vereist in artikel 1.6° (c) WHPC⁵⁵. Daarop strandt de voorgehouden doorwerking. En meer nog zij toegegeven dat de rigiditeit van artikel 1.2° WHPC voor de doorwerking bij winstoogmerk door de rechterlijke evolutie terzake minder speelde. De in de WHPC gekozen formulering van artikel 1.6° (c) en de samenhang met artikel 1.2° sluiten bijgevolg een doorbraak van de limitatieve lijst van daden van koophandel uit. De tijd lijkt wel rijp voor dergelijke doorbraak en daaraan zijn recente ontwikkelingen van Europees economisch recht niet vreemd.

E. EUROPEES RECHT PAST BIJ, WAAR NATIONALE RECHTSTRADITIE AFHAAKT

17. Uniform ondernemingsbegrip? Vooraleer de ontwikkelingen waarvan sprake kort aan te stippen, moet op de irrelevantie gewezen worden van de term waarmee de lading wordt gedekt. Of “onderneming”, “bedrijf”, “verkoper”, “daad van koophandel”, “economische activiteit” of “beroepshandeling” wordt gekozen, de crux blijft om naar

aard beroepsmatige economische activiteiten af te zonderen voor regelgeving. Het handelsrecht en het economische recht vereisen functionele aanknopingspunten. De complexiteit van de beoogde handelingen staat op het eerste gezicht een uniform aanknopingspunt in de weg. Zo leert de Belgische rechtspraktijk⁵⁶, maar bijvoorbeeld ook de vaak

⁵² H. SWENNEN, “Noot bij Cass. 13 september 2003”, *R.W.* 2003-04, in druk.

⁵³ Zie reeds W. VAN GERVEN, *o.c.*, 78-79, randnr. 61. Zie evenwel J. STUYCK, “Handelspraktijken”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht – Handels- en economisch recht*, Deel 2.A, Mechelen, Kluwer, 2004, 36, randnr. 34, die in navolging van het arrest van 19 september 1995 van het Hof van Beroep te Brussel, commercieel laat samenvallen met daden van koophandel.

⁵⁴ Naar VAN GERVEN (zie vorige voetnoot) kan onder commercieel: de handel in of het verhandelen van goederen maar ook het verkopen of leveren van diensten; onder financieel: wat met geldbeleggingen te maken heeft en onder industrieel: het vervaardigen van goederen, verstaan worden. In zijn ogen werd met de drie typering de gehele economische activiteit gevat. Voor de toepassing van de WHPC is voorts een beroepsmatige uitoefening vereist, waarnaar “activiteit” verwijst en, die hoger werd verduidelijkt.

⁵⁵ Deze bepaling vermeldt immers een “commerciële, industriële of financiële activiteit” én het te koop aanbieden of verkopen van diensten of producten.

⁵⁶ Zie hoger en onder meer de definitie van onderneming als “de technische bedrijfseenheid, bepaald in het kader van deze wet op grond van de economische en sociale criteria; in geval van twijfel primeren de sociale criteria” in art. 14, § 1.1° van de Wet van 20 september 1948 houdende de organisatie van het bedrijfsleven, zoals verduidelijkt in art. 14, § 2, b, en laatstelijk gewijzigd in 2003 (*B.S.* 16 mei 2003, ed. 2). De Wet van 16 januari 2003 tot oprichting van een Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen (*B.S.* 5 februari 2003), maakt een onderscheid tussen ondernemingen, handelsondernemingen en ambachtsondernemingen, waaronder respectievelijk wordt verstaan: “de rechtspersoon, natuurlijke persoon en vereniging die zich in de Kruispuntbank van Ondernemingen moet inschrijven” (art. 2.3°) en “alle... personen... die daden van koophandel uitoefenen, zoals die worden omschreven in het Wetboek van Koophandel en die aldus vermoed worden de hoedanigheid van ‘handelaar’ te hebben” (art. 2.4°) en voor ambachtsondernemingen, zie art. 2.5°, hoger geciteerd in voetnoot 20.

als voorbeeld genoemde Nederlandse rechtspraak, die, zoals bekend, gekenmerkt wordt door een ontakeling van het Wetboek van Koophandel ten voordele van het NBW en het ondernemingsbegrip⁵⁷.

18. Functionele begripsbepaling. Ook het Europese recht past een functionele benadering toe met ruime begrippen als “economische activiteit” om *vrij verkeer* van personen⁵⁸ te begrenzen en “onderneming” als aanknopingspunt voor kartelrechtelijke doelstellingen⁵⁹. Zoals bekend, wordt het begrip “dienst” in de zin van artikel 49 EG-Verdrag omschreven als “de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden”⁶⁰, waaronder werkzaamheden van industriële aard, van commerciële aard⁶¹, van het ambacht en van de vrije beroepen worden begrepen. Voorts is er een aanknopingspunt met een andere persoon ten behoeve van wie de dienst wordt verricht en wordt de dienstverlening naar luid van artikel 50 EG verondersteld een tijdelijk karakter te hebben, maar dit laatste moet, zoals hierna nog wordt verduidelijkt in functie van de vrijheid van vestiging gezien worden. Zowel het element “vergoeding” als het “tijdelijke karakter” worden ruim geïnterpreteerd. Vergoeding omvat ook het gratis aan verzekerde patiënten verstrekken van medische diensten in het raam van een door de overheid opgezet “*in natura*” socialezekerheidssysteem⁶², terwijl een zekere infrastructuur het tijdelijke karakter aan de dienstverlening niet onttrekt⁶³. Dit laatste punt maakt het verschil met vestiging, dat inhoudt dat “een gemeenschapsonderdaan

duurzaam deelneemt aan het economische leven van een andere Lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale verwechting in de Gemeenschap op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen”⁶⁴. De persoon tot slot die “reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang, dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken” en dus “gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt”⁶⁵, wordt beschouwd als werknemer. De goede lezer merkt dat deze begrenzings van economische activiteit nauw aansluiten bij wat hoger werd vooropgesteld. Weliswaar sluiten de vrijeverkeerbepalingen uit het EG-Verdrag op consistente wijze dienstverrichtingen en arbeidsprestaties zonder tegenprestatie én ook vennootschappen welke geen winst beogen (art. 48 EG)⁶⁶ van hun toepassingsgebied uit, maar ook dat levert geen divergentie op. Voor dienstenverkeer is er de voormelde ruime interpretatie van het Hof van Justitie en voor vennootschappen zonder winstoogmerk mag de uitsluiting van artikel 48 EG niet zo begrepen worden dat ze niet deelnemen aan het economische verkeer⁶⁷.

Het “ondernemingsbegrip” dat voor *kartelrechtelijke* doeleinden werd ontwikkeld, sluit hierbij aan. Volgens vaste rechtspraak is “elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop ze wordt gefinancierd”⁶⁸, onderneming. Onder “economische activiteit” wordt verstaan, “de activiteit bestaande in het aan-

57. Zo ziet men binnen het Nederlandse recht uiteenlopende definities en omschrijvingen van het begrip onderneming, dat nu eens “een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht” (art. 1 van de Wet op de Ondernemingsraden) wordt, dan weer “een bedrijf waarmee men winst wil maken” (art. 3 van de Handelsregisterwet). Sommige auteurs voegen vanuit een andere finaliteit hun eigen definitie toe; onderneming is voor hen “een organisatie van kapitaal en arbeid, gericht op het maken van winst” (zie o.m. J.E.M. AKVELD, W.G. DOLMAN, K.F. HAAK en R.W. HOLZHAUER, *Hoofdstukken Handelsrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 3).

58. Het recht van EU-burgers om vrij te reizen en te verblijven op het grondgebied van de Lidstaten neemt daarnaast of daarin een aparte plaats. Zie hierover en over vrij verkeer van niet(meer)-economisch actieve personen, G. STRAETMANS, “Europees Unieburgerschap: het fundamenteel recht van vrij verkeer als schaaamlap voor usurpatie van bevoegdheden door de Communautaire instellingen?”, in *Verslagboek lessenreeks Migratie- en migrantenrecht*, Brugge, die Keure, 2003, in druk. Onder goederen in de zin van vrij verkeer wordt verstaan “de waren die op geld waardebaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen” (H.v.J., zaak 7/68, *Commissie t. Italië*, *Jur.* 1968, 590, r.o. 1). Deze definitie van goederen werd later met betrekking tot (niet-)recycleerbare en (niet-)herbruikbare afvalstoffen verfijnd. “Voorwerpen die in het kader van handelstransacties over een grens worden vervoerd, vallen binnen de werkingssfeer van artikel 28, ongeacht de aard van die transacties” (H.v.J., zaak C-2/90, *Commissie t. België*, *Jur.* 1992, I-4431, r.o. 26).

59. Voor vergelijkende reclame wordt zelfs het begrip “concurrent” als aanknopingspunt gebruikt, en dat stemt niet overeen met het “ondernemingsbegrip” uit het kartelrecht.

60. Art. 50 EG.

61. Bepaalde financiële activiteiten ressorteren ook onder art. 56 EG e.v., die zien op vrij kapitaal en betalingsverkeer.

62. Zie o.m. H.v.J. 13 mei 2003, zaak C-385/99, *Müller-Fauré en van Riet*, *Jur.* 2003, I-, nog niet gepubliceerd. De medische vrije beroepsbeoefenaars werden immers voor de dienstverlening vergoed, zij het op grond van een tussen verzekeraars en verstrekkers gesloten overeenkomst binnen de door de overheid vastgestelde financiële klijtlijnen. Volledig door de overheid gefinancierd onderwijs is geen economische activiteit, zie o.m. H.v.J., zaak 263/86, *Humbel*, *Jur.* 1988, 5365. De uitbreiding van het dienstenverkeer tot de dienstontvanger in Cowan werd vanuit die exceptie bekritiseerd, zie H.v.J., zaak 186/87, *Cowan*, *Jur.* 1989, 195. Ook sportbeoefening is geen economische activiteit tenzij voor beroeps- of semi-beroepsbeoefenaars, die hetzij een werkzaamheid in loondienst uitoefenen hetzij bezoldigde diensten verrichten, zie H.v.J., zaak 13/76, *Donà*, *Jur.* 1976, 1333, r.o. 12.

63. Zie o.m. H.v.J., zaak C-55/94, *Gebhard*, *Jur.* 1995, I-4165, r.o. 27. Het tijdelijk karakter moet immers niet enkel aan de hand van de duur van de dienst worden beoordeeld, maar ook aan de hand van de frequentie, periodiciteit of de continuïteit.

64. *Ibid.*, r.o. 25.

65. Zie o.m. H.v.J., zaak C-337/97, *Meeusen*, *Jur.* 1999, I-, r.o. 13. Dat de betrokken werknemer gehuwd is met de werkgever onder wiens gezag wordt gepresteerd, doet aan die kwalificatie geen afbreuk.

66. Zie ook H.v.J., zaak C-70/95, *Sodemare*, *Jur.* 1997, I-.

67. Zie H.v.J., zaak C-382/92, *Commissie t. Verenigd Koninkrijk*, *Jur.* 1994, I-2435, r.o. 45, waarin het hof stelt dat het feit dat een entiteit geen winstoogmerk heeft, op zich niet de conclusie rechtvaardigt dat haar activiteit geen economisch karakter heeft.

68. H.v.J., zaak C-41/90, *Höfner en Elser*, *Jur.* 1991, I-1979, r.o. 21.

bieden van goederen en diensten op een bepaalde markt⁶⁹. Overheidstaken zijn geen economische activiteit⁷⁰ en activiteiten die worden verricht ter uitvoering van een wettelijke of bestuursrechtelijk opgedragen taak evenmin⁷¹. Het onderscheid tussen overheidstaak en ondernemingsactiviteit is soms subtiel, zo getuige de rechtspraak over ondernemingen die pensioenfondsen beheren⁷². Voormeld arrest Fenin past in die lijn. De al dan niet economische aard van de aankoopactiviteiten door beheersorganen van het Spaans nationaal gezondheidsstelsel wordt bepaald door de al dan niet economische aard van het latere gebruik. Het latere gebruik was *in casu* een zuiver sociale activiteit. Het betrokken gezondheidsstelsel dat werd beheerd door ministeries en andere entiteiten “werkt op basis van het solidariteitsbeginsel, aangezien het wordt gefinancierd door sociale bijdragen en andere bijdragen van de overheid en verleent zijn leden op basis van een algemene dekking gratis diensten”⁷³. De entiteiten zijn bijgevolg geen ondernemingen. Gebeurlijke monopsonie doet daar geen afbreuk aan. Tot slot zijn enkel werknemersverenigingen die typisch vakbondswerk verrichten, geen onderneming⁷⁴.

19. Europees verkoperbegrip. Belangrijker is de Europeesrechtelijke evolutie die zich in het domein van de handelspraktijken zal doorzetten. Het Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt⁷⁵ zal in de relatie tussen verkoper en consument bij uitsluiting van de Lidstaten⁷⁶ bepalen welke handelspraktijken oneerlijk zijn. Verkoper of leverancier, die in de richtlijnbevestigingen “handelaar” wordt genoemd, is “elke natuurlijke of rechtspersoon die handelt voor doeleinden die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of

beroepsactiviteit”⁷⁷. Een handelspraktijk wordt gedefinieerd als “iedere handeling, omissie, gedrag, voorstelling 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”⁷⁸. Onder product wordt “een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed”⁷⁹ verstaan. “Consument” tot slot is “een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen”⁸⁰. Wat het verkoperbegrip betreft, is de toekomst duidelijk. Bij het consumentenbegrip valt op dat aan de zogenaamde Europese *standaarddefinitie* wordt gerefereerd⁸¹, die anders dan de WHPC uitsluitend *natuurlijke* personen viseert maar niet uitdrukkelijk vereist dat zij handelen voor doeleinden die *uitsluitend* buiten hun bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Neemt men aan dat de Europese wetgever het betrokken rechtsgebied ook op exhaustieve wijze heeft geregeld, dan zal een lidstatelijke uitbreiding van het consumentenbegrip tot non-profitorganisaties/rechtspersonen niet meer kunnen⁸².

Samen met het gewijzigd voorstel voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt⁸³ zal het domein van de Belgische handelspraktijken volledig worden hertekend. Het gewijzigd voorstel legt bij uitsluiting van de Lidstaten de regels vast betreffende het gebruik en de commerciële communicatie van verkoopbevorderende acties⁸⁴ door “een onderneming, organisatie of persoon, die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent”⁸⁵. Zij kunnen “promotor” zijn en ook “klant” van verkoopbevorderende acties⁸⁶.

69. H.v.J., zaak C-35/96, *Commissie t. Italië*, *Jur.* 1998, I-3851, r.o. 36.

70. Zie o.m. H.v.J., zaak C-364/92, *SAT Fluggesellschaft t. Eurocontrol*, *Jur.* 1994, I-43, inzake controle van het gebruik van het luchtruim.

71. Zie o.m. H.v.J., zaak C-343/95, *Diego Cali*, *Jur.* 1997, I-1580, met betrekking tot een onderneming die in een haven milieu-inspectiediensten verricht, een door de betrokken overheid opgedragen taak.

72. Zie o.m. H.v.J., zaak C-67/96, *Albany*, *Jur.* 1999, I-6025, en daarin het rechterlijke heen-en-weer over “solidariteit” en “kapitalisatie” (r.o. 78 e.v.). Zie meest recent, conclusie van adv.-gen. Jacobs van 22 mei 2003 in gevoegde zaken C-264, 306, 354-355/01, *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen e.a. t. Gödecke e.a.*, nog niet gepubliceerd.

73. G.E.A., zaak T-319/99, 4 maart 2003, *Fenin*, *Jur.* 2003, I-, r.o. 39-40, nog niet gepubliceerd.

74. Zie o.m. H.v.J., gevoegde zaken C-180-184/98, *Pavel Pavlov*, *Jur.* 2000, I-6451, r.o. 67-68.

75. Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, Brussel 18 juni 2003, COM (2003) 356 def.

76. De Richtlijn past de zogenaamde “maximale en optimale harmonisatie” toe waarvoor steeds meer door de Europese wetgever wordt geopteerd. Het betreft in wezen volledige, totale harmonisatie gekoppeld aan een voldoende hoog niveau van consumentenbescherming om de belemmeringen voor de interne markt die uiteenlopende nationale bepalingen met zich brengen, weg te werken en bij consumenten het nodige vertrouwen te wekken om wederzijdse erkenning mogelijk te maken. Zie over deze harmonisatiemethode meer bij P.J. SLOT en G. STRAETMANS, “Harmonisatie van wetgeving in de EG”, *T.P.R.* 2003, nr. 2, 691-832 (722-726).

77. Art. 2 (c).

78. Art. 2 (e).

79. Art. 2 (d).

80. Art. 2 (a), waarbij 2 (b) specificceert dat de gewone consument, de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument is.

81. Het palet aan functionele definities van consument is echter rijker; zie hierover en over de duidelijke evolutie naar voormelde standaarddefinitie, G. STRAETMANS, “The consumer concept in EC Law”, in *Enforcement of international contracts in the European Union. Convergence and divergence between “Brussels I” and “Rome I”*, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS en G. STRAETMANS (ed.), Antwerpen, Intersentia, 2004, in druk.

82. Zie over de discussie naar aanleiding van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, in Frankrijk o.m. J. AMAR, “Une cause perdue: la protection des personnes morales par le droit de la consommation?”, *Contrats, conc., consom. Avril 2003*, 7-10 en in Duitsland o.m. J. BASEDOW, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2a: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, München, Beck Verlag, 2003, 1057.

83. COM (2002) 585 def. en zie voor het voorstel, *PB*, 26 maart 2002, C 75 E/11.

84. De verkoop met verlies (verkoop onder de kostprijs) blijft tot nader order buiten het toepassingsgebied van de verordening (art. 3, § 1).

85. Art. 2 (a).

86. Zie art. 2 (c) en (d).

F. WHPC MIDDELERWIJL

20. Samenhang verkoperbegrip en verboden handelspraktijken. Voormelde cassatierechtspraak en het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 23 mei 2003⁸⁷, dat de eigenlijke aanzet tot deze bijdrage was, zetten duidelijk stappen in de richting van een schier onafwendbare evolutie. Aan het eind van deze bijdrage past het bijgevolg enkele bedenkingen te formuleren bij laatst vermeld arrest. Daarin wordt uitdrukkelijk toepassing gemaakt van de in het arrest van 13 september 2002 door het Hof van Cassatie geformuleerde stelregel. Het beroepsarrest wijdt voorts een aantal opmerkelijke passages aan de verhouding tussen onderlinge (aanvullende) verzekeringen of verzekeringen met variabele premie en premieverzekeringen⁸⁸. Tussen de lijnen waarin wordt afgewogen of de aanvullende hospitalisatieverzekering beantwoordt aan de “premieverzekeringen” uit artikel 2 W.Kh., leest men een duidelijke voorkeur voor het zogenaamde “ondernemingsbegrip”⁸⁹. Hoger werd de termino-

logische inwisselbaarheid verklaard, en elders⁹⁰ ook de thans⁹¹ afgewezen voorkeur voor uitsluiting aan de poort. Dan rijst nog de vraag hoe, tot nader order, de verreikende verboden uit de WHPC *in concreto* zullen toegepast worden op de verruimde groep verkopers. In relatie tot de consument spreekt het voor zich dat elke verkoper een gelijke maatstaf ondergaat. Tussen verkopers onderling lijkt meer omzichtigheid geboden⁹². Meerdere verbodsbepalingen uit de WHPC en rechterlijke interpretaties daarvan, werden immers op de eerste plaats geformuleerd met verkopers in strikte zin of zelfs handelaars in het vizier. De nationale wetgever heeft hier, deels geholpen door de Europese, een taak, zeker nu mag aangenomen worden dat een doorbraak op het niveau van handelspraktijken niet zonder doorwerking op het begrip handelaar en bijgevolg het handelsrecht zal blijven. Intussen ziet men de evenwichtige toepassing in het hier beknopt besproken arrest van het Hof van Beroep te Brussel.

⁸⁷. Gepubliceerd in *T.B.H.* 2004, nr. 3.

⁸⁸. Het arrest van 23 mei 2003 van het Hof van Beroep te Brussel werd gepubliceerd in *T.B.H.* 2004, nr. 3, met commentaar J.-M. BINON.

⁸⁹. Zie ook de commentaar bij dit arrest van J. STUYCK, “Handelspraktijken”, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht – Handels- en economisch recht*, Deel 2.A, Mechelen, Kluwer, 2004, 31-33, randnr. 28.

⁹⁰. Zie voetnoot 12.

⁹¹. Amendementen van die strekking op het Ontwerp WHPC werden niet aangenomen nadat de minister bevestigde dat ziekenfondsen en andere verenigingen niet onder het ontwerp vielen, “tenzij voor een wezenlijk onderdeel van hun activiteit dat een “daad van koophandel” is”. Zie het Verslag De Cooman en Nicolas, *Parl. St. Senaat* 1986-87, nr. 464/2, 20-22.

⁹². Ook VAN GERVEN gaf geruime tijd geleden aan dat een “algemene begripsomschrijving (...) natuurlijk niet (impliceert) dat alle binnen de omschrijving komende ondernemingen aan dezelfde regelen moeten worden onderworpen”, *o.c.*, 77, randnr. 60. Ook het Europees kartelrecht illustreert. Zie voor een uitwas onder de WHPC: Gent 19 juni 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2002*, H. DE BAUW (ed.), Mechelen, Kluwer, 2003, 486, over verkoop met verlies van diensten door een rechtspersoon die geen winstoogmerk nastreeft. Naar resultaat is het arrest bevredigend.