

RECHTSLEER

DOCTRINE

De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken

Jules Stuyck¹

| | |
|--|-----|
| 1. Inleiding | 903 |
| 2. Het systeem van de WHPC | 903 |
| 3. De nieuwe richtlijn | 904 |
| 3.1. Context | 904 |
| 3.2. Toepassingsgebied | 905 |
| 3.3. Interne markt | 906 |
| 3.4. Oneerlijke handelspraktijken: één grote en twee kleine algemene bepalingen en een zwarte lijst | 906 |
| 4. Gevolgen van de richtlijn voor de WHPC | 908 |
| 4.1. Inleiding | 908 |
| 4.2. De noodzakelijke hervormingen | 908 |
| 4.2.1. Toepassingsgebied | 908 |
| 4.2.2. Artikel 94 WHPC | 909 |
| 4.2.3. Invoering van twee kleine algemene normen | 909 |
| 4.2.4. Invoering van een catalogus van praktijken die in alle omstandigheden verboden zijn | 910 |
| 4.3. De verhouding tussen de algemene norm en de per se verboden | 911 |
| 4.4. De referentieconsument | 911 |
| 4.5. Handhaving van striktere regels in de verhouding tussen ondernemingen | 911 |
| 4.6. De verhouding met het contractenrecht | 912 |
| 4.7. Het lot van regels inzake sales promotions | 913 |
| 4.8. De vordering tot staking | 914 |
| 4.9. Richtlijnconforme interpretatie | 914 |
| 5. Besluit | 915 |

SAMENVATTING

Op 11 mei 2005 zag richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt het licht. De omzetting in nationaal recht moet vóór 12 juni 2007 gerealiseerd worden. De omzettingsbepalingen moeten uiterlijk op 12 december 2007 van kracht worden.

De richtlijn harmoniseert enkel het recht inzake oneerlijke handelspraktijken in de relatie tussen ondernemingen en consumenten. De huidige wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (WHPC) daarentegen is zowel van toepassing op de relatie tussen “verkopers” en consumenten als op de verhouding tussen “verkopers” onderling.

In deze bijdrage worden kort de belangrijkste gevolgen van de richtlijn voor de WHPC behandeld.

Het toepassingsgebied ratione personae zal moeten worden aangepast, i.z. door de vervanging van het verkopersbegrip door het begrip “handelaar” uit de richtlijn (begrip dat overeenstemt met het ondernemingsbegrip uit het

¹ Buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven; advocaat.

mededingingsrecht). De algemene norm inzake consumentenbescherming in artikel 94 WHPC kan in essentie worden behouden. De wetgever dient wel twee nieuwe semi-algemene normen in te voeren waarbij misleidende respectievelijk agressieve praktijken worden verboden die het economische gedrag van de gemiddelde consument uit de doelgroep met betrekking tot het product wezenlijk verstoren of kunnen verstoren. Hij dient eveneens de “zwarte lijst” met praktijken die in alle omstandigheden verboden zijn, in de bijlage van de richtlijn, over te nemen. De lijst bevat met name een aantal agressieve praktijken die naar huidig Belgisch recht niet per se verboden zijn.

Een aantal belangrijke materieelrechtelijke bepalingen van de WHPC (o.m. die inzake onrechtmatige bedingen en verkoop op afstand, die de omzetting zijn van vroegere richtlijnen) worden door de richtlijn niet getroffen.

De populaire vordering tot staking van de WHPC lijkt te voldoen aan de vereisten van de richtlijn inzake effectiviteit van de handhaving van de nieuwe bepalingen.

Bij de omzetting van de richtlijn dienen niet enkel nieuwe bepalingen te worden ingevoerd. De WHPC bevat ook een aantal per se bepalingen (bv. die over het gezamenlijke aanbod, aankondigingen van prijsverminderingen, uitverkoop, enz.) die volgens de auteur niet (als zodanig) kunnen worden gehandhaafd in de relatie tussen ondernemingen en consumenten.

De auteur pleit ervoor dat de wetgever de noodzakelijke omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken aangrijpt om (eindelijk) de WHPC te vervangen door een moderne, meer marktgeoriënteerde, wet en kom af maakt met achterhaalde reglementeringen die niet of nauwelijks nog voorkomen in de andere lidstaten van de EU.

RÉSUMÉ

Le 11 mai 2005, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur vit le jour. Cette directive doit être transposée en droit national au plus tard le 12 juin 2007 et les dispositions la transposant doivent entrer en vigueur au plus tard le 12 décembre 2007.

La directive harmonise uniquement le droit des pratiques déloyales dans les rapports entre entreprises et consommateurs. L'actuelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs (LPCC) par contre s'applique tant aux rapports entre “vendeurs” et consommateurs qu'aux rapports entre “vendeurs”.

La présente contribution décrit brièvement les principales conséquences de la directive pour la LPCC.

Le champ d'application ratione personae de la loi devra être adapté, en particulier par le remplacement de la notion de “vendeur” par celle de “professionnel” (qui correspond en fait à la notion d'entreprise connue en droit de la concurrence). La norme de loyauté envers les consommateurs de l'article 94 LPCC peut être maintenue pour l'essentiel, mais le législateur devra introduire deux nouvelles normes semi-générales, interdisant respectivement les pratiques trompeuses et les pratiques agressives affectant ou pouvant affecter d'une manière sensible le comportement économique envers le produit du consommateur moyen du groupe cible. Le législateur doit également intégrer la liste noire de pratiques interdites en toutes circonstances figurant en annexe à la directive. Cette liste contient notamment un certain nombre de pratiques agressives qui ne sont pas interdites en tant que telles par la législation belge.

Toute une série de dispositions de protection de la LPCC (notamment celles en matière de clauses abusives et de contrats à distance, transposant des directives antérieures) ne sont pas affectées par la présente directive.

La très populaire action en cessation de la LPCC semble d'ores et déjà répondre aux exigences de la directive en ce qui concerne l'efficacité des mesures de mise en œuvre des nouvelles dispositions matérielles.

La directive ne nécessite pas uniquement l'introduction de nouvelles dispositions: la LPCC contient également des dispositions interdisant en toutes circonstances certaines pratiques commerciales ne figurant pas sur la liste noire (par exemple celles en matière d'offres conjointes, d'annonces de réductions de prix, de ventes en liquidation, etc.). Ces interdictions ne pourront, selon l'auteur, être maintenues dans les rapports entre professionnels et consommateurs.

Selon l'auteur, le législateur belge devrait saisir l'occasion de la transposition nécessaire de la directive pratiques commerciales déloyales pour remplacer l'actuelle LPCC par une nouvelle loi moderne et plus conforme aux lois du marché et abandonner une fois pour toutes des réglementations obsolètes n'existant plus ou à peine dans les autres États membres de l'UE.

1. INLEIDING

Op 11 mei 2005 zag richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (“richtlijn oneerlijke handelspraktijken”) het licht².

Het doel van deze richtlijn is bij te dragen aan de goede werking van de interne markt en een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten schaden, te harmoniseren (art. 1).

De lidstaten moeten vóór 12 juni 2007 de omzetting realiseren. De omzettingbepalingen moeten uiterlijk op 12 december 2007 van kracht worden.

De lidstaten kunnen evenwel gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. Deze maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen en evenredig zijn met dit doel (art. 3 lid 5). Het gaat bv. om de richtlijn misleidende reclame (die reeds in Belgisch recht werd omgezet en die een minimum harmonisatie karakter heeft). De Commissie legt uiterlijk 12 juni 2011 aan het Europees Parlement en de Raad een uitvoerig verslag voor over de toepassing van de richtlijn alsook over de mogelijkheden voor verdere harmonisatie en vereenvoudiging van de communautaire wetgeving inzake consumentenbescherming en, wat artikel 3 lid 5 betreft, over alle op communautair niveau vereiste maatregelen om te

garanderen dat passende niveaus van consumentenbescherming worden gehandhaafd. Bij het verslag wordt indien nodig een voorstel tot herziening van deze richtlijn of van andere toepasselijke delen van het Gemeenschapsrecht gevoegd. T.a.v. de overgangperiode van artikel 3 lid 5, kan de in artikel 18 bedoelde toetsing, in voorkomend geval, gepaard gaan met de indiening van een voorstel om deze afwijking voor een beperkte periode te verlengen.

Zoals de titel aangeeft harmoniseert de richtlijn enkel het recht inzake oneerlijke handelspraktijken in de relatie tussen ondernemingen en consumenten. Voor België (en bepaalde andere lidstaten zoals Duitsland en Oostenrijk) is dit een probleem omdat het recht inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen ten aanzien van consumenten er geïntegreerd is met het recht inzake oneerlijke mededinging³. De wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (WHPC) bevat weliswaar een algemene clause inzake oneerlijke mededinging (art. 93) en een aparte clause inzake eerlijke praktijken ten aanzien van de consument (art. 94), maar beide bepalingen zijn gebaseerd op dezelfde norm der “eerlijke handelsgebruiken”, concept dat zijn oorsprong vindt in het Unieverdrag van Parijs. Bovendien bevat de WHPC heel wat “per se” bepalingen (geboden en verboden) die, volgens de *ratio legis* van de wet, zowel de bescherming van concurrenten als van consumenten beoogt.

In deze bijdrage wil ik kort de belangrijkste problemen behandelen die met de omzetting van de richtlijn in Belgisch recht gepaard zullen gaan. Ik zal tot de conclusie komen dat, hoewel de WHPC reeds veel realiseert van wat de communautaire wetgever beoogt, zij ook een groot aantal bepalingen bevat die hoogstwaarschijnlijk niet (als zodanig) kunnen worden gehandhaafd en dat het hoe dan ook aanbeveling verdient de WHPC te vervangen door een modernere meer marktgeoriënteerde wet.

2. HET SYSTEEM VAN DE WHPC⁴

De WHPC integreert zoals gezegd het recht inzake oneerlijke mededinging met bepalingen inzake consumentenbescherming. Het bevat regels inzake informatie van consumenten, het verbiedt of reglementeert bepaalde verkoopmethoden en methoden van sales promotion ten einde concurrenten en consumenten te beschermen, het bevat twee “catch all”-bepalingen. De eerste verbiedt elke met de eer-

lijke handelsgebruiken strijdige daad waarbij een verkoper andere “verkopers” in hun beroepsbelangen schaadt of kan schaden (art. 93); de tweede verbiedt elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden waarbij een verkoper een of meer consumenten schaadt of kan schaden (art. 94). De artikelen 93 en 94 verschillen enkel door de schadevereiste. Zij bevatten, althans woordelijk, dezelfde gedragsnorm.

² Voor een grondigere bespreking van de richtlijn, zie J. STUYCK, E. TERRY en T. VAN DYCK, “Confidence through Fairness? The Directive on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market”, eertlang te verschijnen in *Common Market Law Review*.

³ Voor een overzicht van het recht inzake onrechtmatige mededinging van de 25 lidstaten van de EU, zie H. HARTE-BAVENDAMM en F. HENNING-BODEWIG, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, München, Beck, 2004.

⁴ Voor wat volgt verwijst ik korthedshalve naar J. Stuyck, *Handelspraktijken*, 2^{de} uitg., Mechelen, Kluwer, 2004.

Tenslotte bevat de WHPC de populaire vordering tot staking die school heeft gemaakt in andere rechtsdomeinen, en accessoir straf- en administratieve sancties.

Volgens vaststaande rechtspraak vormt elke schending van een wettelijke of reglementaire bepaling bij de beroepsuitoefening een met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad. Wanneer concurrenten of consumenten door een dergelijke schending in hun (beroeps)belangen worden geschaad kunnen zij de vordering tot staking van de WHPC instellen op grond van artikel 93 *c.g.* artikel 94 WHPC (zogen. “onwettige mededinging”).

Doorheen de jaren werd de wetgeving op de handelspraktijken, eerst de wet betreffende de handelspraktijken van 14 juli 1971 en later de WHPC die deze wet verving, aangescherpt. Dit gebeurde ten behoeve van de middenstand met de oude reglementeringen (inzake solden, uitverkopen, de aankondiging van prijsverminderingen, verkoop met premie). Ook werden er (in 1991 of later) nieuwe verboden ingevoerd, namelijk die van verkoop met verlies, gezamen-

lijk aanbod, prijsaankondigingen tijdens de sperperiodes. De omzetting van EG-richtlijnen leidde tot nieuwe bepalingen inzake consumentenbescherming in de WHP en later in de WHPC: misleidende en vergelijkende reclame, onrechtmatige bedingen, verkoop op afstand.

Het personele toepassingsgebied van de WHPC is hoogst gecompliceerd. De meeste van haar bepalingen zijn enkel van toepassing op “verkopers”. Om verkoper te zijn moet men “producten” of “diensten” verkopen. Onroerende goederen vallen niet onder het toepassingsgebied van de meeste bepalingen en diensten van vrije beroepen vallen in het geheel niet onder de WHPC. Effecten ressorteren slechts gedeeltelijk onder de WHPC. Een aparte wet van 2 augustus 2002 bevat een bescherming van de consument inzake reclame, onrechtmatige bedingen en verkoop op afstand bij vrije beroepen⁵. De naleving van deze wet wordt verzekerd door een vordering tot staking voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg.

3. DE NIEUWE RICHTLIJN

3.1. Context

De richtlijn werd genomen ter uitvoering van het EG-consumentenbeleid. De idee van een algemene richtlijn (een kaderrichtlijn) inzake handelspraktijken werd reeds geopperd in het Commissie Groenboek over de Consumentenbescherming in de Europese Unie⁶. De Commissie (DG Sanco) diende in juni 2003 een voorstel voor een richtlijn in. De richtlijn kwam er vrij snel (mei 2005).

In 2001 diende de Commissie (DG Markt) een voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoopbevordering in de interne markt in. Vier jaar later is het nog steeds onduidelijk of en zo ja wanneer het (inmiddels sterk geamendeerde)⁷ voorstel zal worden aangenomen. Het voorstel wil de regels betreffende het gebruik van en de commerciële communicatie over verkoop-

bevorderende acties vastleggen, teneinde een goede werking van de interne markt en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen.

Behalve informatieplichten inzake commerciële communicatie en bescherming van kinderen wil het voorstel de lidstaten verbieden de volgende maatregelen op te leggen:

- een algemeen verbod op het gebruik of de commerciële communicatie van een verkoopbevorderende actie⁸;
- tenzij dit op grond van het Gemeenschapsrecht is vereist;
- een beperking van de waarde van een verkoopbevorderende actie, met uitzondering van kortingen op producten met een vaste prijs en verkoop onder de kostprijs;
- een verbod op kortingen voorafgaande aan een seizoensuitverkoop⁹;

⁵ B.S. 20 november 2002.

⁶ Com(2001)531 def.

⁷ Com(2002)585 def.

⁸ Onder “verkoopbevorderende actie” wordt verstaan: de aanbieding van een korting, geschenk, premium of gelegenheid tot deelneming aan een promotionele prijsvraag of een promotioneel spel (art. 2 *sub b*); een verbod van het gezamenlijke aanbod, zoals in art. 54 WHPC, zou dus niet meer kunnen. *De lege lata* kan worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in een arrest van 12 mei 2005, *Commissie/België*, zaak C-287/03 een directe vordering van de Commissie tegen België wegens schending van het EG-Verdrag die gericht was tegen art. 57 lid 4 WHPC afwees. Zoals bekend bevat deze bepaling een uitzondering op het verbod van het gezamenlijke aanbod voor “titels, bestaande uit documenten die, na de aanschaf van een bepaald aantal producten of diensten, recht geven op een gratis aanbod of een prijsvermindering bij de aanschaf van een gelijkaardig product of dienst, voorzover dat voordeel door dezelfde verkoper verstrekt wordt en niet meer bedraagt dan een derde van de prijs van de vroeger aangeschafte producten of diensten.” De Commissie stelde dat de in de wet geformuleerde voorwaarden “gelijkaardig product of dienst” en “dezelfde verkoper” het vrij verrichten van diensten beperken (art. 49 WHPC). De toepassing van deze voorwaarden is immers nadelig en discriminerend voor met name buitenlandse ondernemingen die op de Belgische markt actief willen worden. Het Hof wees de vordering af. De Commissie had niet, zoals het Hof dat voor een vordering wegens verdragsinbreuk eist, een voldoende omstandig en gedocumenteerd bewijs geleverd van een nationale bestuurlijke en/of rechterlijke praktijk die het bedoelde belemmerende effect zou hebben. Ten gronde heeft het Hof zich niet over het Belgische verbod van het gezamenlijke aanbod uitgesproken.

⁹ Onze Belgische sperperiodes.

- een verplichting om vooraf toestemming te vragen voor het gebruik of de commerciële communicatie van een verkoopbevorderende actie, of een verplichting met gelijke werking.

Nationale bepalingen inzake (weder)verkoop beneden kostprijs (zoals art. 40 WHPC) worden in het gewijzigde voorstel niet meer geïmplementeerd.

In de hierna volgende commentaar zal het (momenteel bevroren) voorstel voor een verordening inzake verkoopbevordering buiten beschouwing worden gelaten. De opheffing van handelsbarrières ten gevolge van nationale regelingen inzake verkooppromoties past stellig in de interne marktpolitiek van de Commissie. Dat de Commissie op het zelfde domein der handelspraktijken twee verschillende, niet op elkaar afgestemde, wetgevende initiatieven neemt kan moeilijk op bijval rekenen. Kennelijk is er binnen de Commissie een gebrek aan coördinatie van het werk van de DG's Markt en Sanco.

3.2. Toepassingsgebied

Richtlijn 2005/29 is, naar luid van haar titel, van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (vertaling van het Engelse “business-to-consumer”).

De richtlijn definieert het begrip onderneming niet, maar bevat daarentegen een definitie van “handelaar” (een begrip dat voorts niet wordt gehanteerd in de omschrijving van het toepassingsgebied). Handelaar is de natuurlijke of rechtspersoon die de handelspraktijken verricht die onder de richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in zijn naam of voor zijn rekening optreedt¹⁰ (art. 1 sub b)).

Het handelaarsbegrip (“professionnel”, “trader”) wordt in de richtlijn slechts incidenteel gehanteerd (bv. in art. 1 sub h) in de definitie van professionele toewijding en in artikel 12: lidstaten mogen eisen dat de handelaar de bewijzen aandraagt van feitelijke beweringen die hij maakt). Hoewel het moet worden betreurd dat de communautaire wetgever het toepassingsgebied van de richtlijn *ratione personae* niet duidelijk heeft gedefinieerd, lijkt het de bedoeling te zijn geweest de richtlijn van toepassing te verklaren op de relaties tussen “handelaars”, zoals in artikel 1 gedefinieerd, en consumenten. Het handelaarsbegrip van de richtlijn wijkt overigens in essentie niet af van het ondernemingsbegrip, zoals dat onder meer in het kartelrecht wordt gehanteerd. Het omvat elke economische activiteit die op duurzame wijze wordt uitgeoefend (de duurzaamheid ligt besloten in de begrippen “beroeps- en bedrijfsactiviteit”).

Consument is, zoals in andere EG-richtlijnen, enkel de natuurlijke persoon (met uitsluiting van rechtspersonen) die handelspraktijken verricht die onder de richtlijn vallen en die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen.

De richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product (art. 3 lid 1). Product is: een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen (art. 1 sub b)).

De richtlijn laat het *verbintenisrecht*, en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet (art. 3 lid 2). Zij doet evenmin afbreuk aan de communautaire of nationale voorschriften inzake gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten (art. 3 lid 3) of aan de vestigingsvoorwaarden, de vergunningsregelingen, de deontologische gedragscodes of andere specifieke voorschriften voor gereguleerde beroepen ter handhaving van hoge integriteitsnormen van de beroepsbeoefenaar, die de lidstaten overeenkomstig het communautaire recht aan beroepsbeoefenaren kunnen opleggen (art. 3 lid 8).

Bovendien bevat de richtlijn een overgangperiode. Naar luid van artikel 3 lid 5 kunnen de lidstaten gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007 op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. Deze maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen en evenredig zijn met dit doel.

De richtlijn is van toepassing op alle sectoren van het economische leven. Artikel 3 lid 9 bepaalt evenwel dat wat “financiële diensten” in de zin van richtlijn 2002/65/EG en onroerend goed betreft, de lidstaten vereisten mogen opleggen die op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn. De bepalingen van de richtlijn zijn evenwel ook op deze sectoren van toepassing.

Financiële diensten in de zin van richtlijn 2002/65/EG (verkoop op afstand financiële diensten) zijn: iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen (art. 2 sub b)).

Met betrekking tot het door de richtlijn bestreken gebied is het tenslotte van belang overweging 7 uit de preambule te citeren: “Deze richtlijn betreft handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden van beslissingen”.

¹⁰. De Nederlandse tekst van de richtlijn laat soms te wensen (de Belgische wetgever is dus niet de enige die in dit bedje ziek is); de tekst luidt: “die in zijn naam of voor rekenschap van hem optreedt”, in het Frans: “toute personne agissant au nom ou pour le compte d’un professionnel”.

gen van de consument over transacties met betrekking tot producten. Deze richtlijn is niet van toepassing op handelspraktijken die hoofdzakelijk voor andere doeleinden bedoeld zijn, bijvoorbeeld commerciële communicatie gericht op beleggers, zoals jaarverslagen en promotiemateriaal over bedrijven. Deze richtlijn is niet van toepassing op wettelijke voorschriften in verband met smaak en fatsoen, die van lidstaat tot lidstaat sterk verschillen. Handelspraktijken zoals het op straat aanklappen van personen voor commerciële doeleinden kunnen in sommige lidstaten om culturele redenen niet gewenst zijn. De lidstaten moeten dan ook, overeenkomstig de communautaire regelgeving, handelspraktijken op hun grondgebied aan banden kunnen blijven leggen om redenen van smaak en fatsoen, ook indien die praktijken de keuzevrijheid van de consument niet beperken. Bij de toepassing van de richtlijn, met name van de algemene clausules, moet terdege rekening worden gehouden met de situatie per geval.”

Deze overweging roept veel vragen op die hier niet alle exhaustief aan bod kunnen komen. Er is onder meer de vraag in hoeverre lidstaten, rekening houdend met het karakter van maximum harmonisatie van de richtlijn, nog bepaalde praktijken mogen verbieden op ethische gronden, andere dan “smaak of fatsoen” (bv. reclame die in strijd is met de menselijke waardigheid; cf. de discussies en procedures rond bepaalde “Benetton”-reclame in verschillende lidstaten) wanneer deze praktijken wel rechtstreeks verband houden met het beïnvloeden, van beslissingen van de consumenten over transacties m.b.t. producten? Alvast blijkt uit deze overweging dat commerciële communicatie gericht op beleggers (bv. prospectus bij uitgifte van effecten) niet onder de richtlijn valt. Dit laatste wordt evenwel tegengesproken door de tekst zelf van de richtlijn die betrekking heeft op “producten”, hieronder begrepen “rechten en verplichtingen”.

M.b.t. de diverse complexe vraagstukken die in overweging 7 worden aangesneden moet worden opgemerkt dat de preambule bij een richtlijn geen afbreuk kan doen aan de bewoordingen zelf van de richtlijn.

3.3. Interne markt

Naar luid van artikel 4 (“interne markt”) mogen lidstaten geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.

Deze tekst is een compromis. In het aanvankelijke voorstel bevatte artikel 4 twee alinea’s. De eerste alinea werd

geschrapt na amendering in het Europees Parlement. Het luidde als volgt: “Handelaren moeten, binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied, enkel voldoen aan de bepalingen van de lidstaat in dewelke zij gevestigd zijn.”¹¹.

Het oorsprongslidbeginsel werd dus verlaten. De richtlijn brengt wel totale harmonisatie tot stand. Dit blijkt uit de systematiek van artikel 5 (zie hierna). Ter vergelijking: de richtlijn misleidende reclame brengt enkel minimum harmonisatie tot stand; lidstaten mogen strenger zijn. De combinatie van totale harmonisatie en een interne marktclausule zoals die nu in artikel 4 staat (met weglating van het oorsprongslidbeginsel) leidt tot het volgende: elke lidstaat mag zijn nationale bepalingen inzake handelspraktijken toepassen op handelspraktijken die op hun grondgebied plaatsvinden ook als die uitgaan van ondernemingen die in andere lidstaten gevestigd zijn (en grensoverschrijdend opereren), maar die bepalingen mogen niet strenger zijn dan wat de richtlijn toelaat, behalve dan, gedurende een overgangperiode van zes jaar, wanneer die bepalingen de omzetting zijn van minimum harmonisatierichtlijnen. Anderzijds moeten lidstaten stellig rekening houden met het feit of een grensoverschrijdende handelspraktijk in het land van vestiging van de onderneming toelaatbaar is of werd verklaard. Elk verbod van een dergelijke handelspraktijk moet op een met de richtlijn conforme beoordeling steunen en elke nationale belemmering voor een dergelijke handelspraktijk moet *in concreto* kunnen gerechtvaardigd worden (bv. sociale, taalkundige of culturele factoren, cf. overweging 18 van de preambule).

3.4. Oneerlijke handelspraktijken: één grote en twee kleine algemene bepalingen en een zwarte lijst

Artikel 5 lid 1 verbiedt oneerlijke handelspraktijken.

Artikel 5 lid 2 bevat een algemene bepaling, vergelijkbaar met artikel 94 WHPC. Volgens die bepaling is een handelspraktijk oneerlijk wanneer zij:

- a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding; en
- b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

Professionele toewijding wordt gedefinieerd in artikel 1 *sub h*) als: “het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aan-

¹¹ Zie over die verdwenen bepaling J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “La proposition de directive ‘pratiques commerciales déloyales’: quel marché unique pour le consommateur?”, *Revue européenne de droit de la consommation* 2003, 239 e.v. (op p. 265-274). Die bepaling kon potentieel in botsing komen met de klassieke IPR-regel inzake onrechtmatige mededinging, “*lex loci delicti commissi*”, zoals die ook in het voorstel Rome II-Verordening vervat is.

zien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar.”

Artikel 5 lid 3 bevat, op basis van een amendement van het Europees Parlement, een bepaling die bedoeld is de “zwakke” consument te beschermen. Zij luidt als volgt: *“Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.”*

Artikel 5 lid 4 bevat twee verbijzonderingen van de “catch all” van artikel 5 lid 2. “Meer in het bijzonder”, aldus die bepaling, zijn handelspraktijken oneerlijk die:

- a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7; of
- b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

De artikelen 6-7 en 8-9 bevatten preciseringen i.v.m. het misleidende *c.q.* het agressieve karakter van een handelspraktijk.

Tenslotte verwijst artikel 5 lid 5 naar Bijlage I die een lijst bevat van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.

De zwarte lijst van de bijlage is dus uitputtend, maar ze is lang, zeer lang, en sommige van de items in de opsomming zijn eerder open normen.

Misleidende handelspraktijken worden onverdeeld in misleidende handelingen en misleidende omissies.

Als misleidend wordt beschouwd een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen (volgt een lijst van elementen waaronder het bestaan of de aard van het product, de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, de prijs, enz.; lijst die vergelijkbaar is met die van de richtlijn misleidende reclame en artikel 23 WHPC, maar uitgebreider is). Misleiding over niet in deze lijst genoemde elementen zal onder de grote algemene norm van artikel 5 van de richtlijn moeten worden gebracht.

Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Als misleidende omissie wordt voorts beschouwd een handelspraktijk die essentiële informatie als hoger bedoeld, rekening houdend met de in dat lid geschetste details, verborgen houdt, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig verstrekt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Overeenkomstig de communautaire wetgeving vereiste informatie met betrekking tot commerciële communicatie, inclusief reclame en marketing, wordt als essentieel beschouwd (een niet-limitatieve lijst staat in bijlage II).

Volgens artikel 8 wordt als agressief beschouwd een handelspraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.

Artikel 9 preciseert wat onder gebruik van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding moet worden verstaan. Ongepaste beïnvloeding wordt nader gedefinieerd in artikel 2 *sub j*) als: “het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, pressie uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt.”

De (zwarte) lijst van bijlage I ten slotte somt limitatief een aantal handelspraktijken op “die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd”.

De lijst bevat een opsomming van 23 misleidende handelspraktijken en 8 agressieve handelspraktijken.

Tot de misleidende handelspraktijken uit de zwarte lijst horen onder meer lokvogelpraktijken, het voorstellen van wettelijke rechten van de consument als een onderscheidend kenmerk, redactionele reclame, het doen van feitelijk onjuiste beweringen over de aard en de omvang van het gevaar voor de persoonlijke veiligheid indien de consument

het product niet koopt, het doelbewust creëren van de onjuiste indruk dat een product door een bepaalde fabrikant is geproduceerd, het opzetten van een piramidesysteem, de valse bewering dat men zijn handelszaak stopzet, beweringen dat producten het winnen bij kansspelen kunnen vergemakkelijken en bedrieglijke beweringen dat zij ziekten, gebreken of misvormingen kunnen genezen.

Tot de agressieve handelspraktijken die de zwarte lijst opsomt horen onder meer het wekken van de indruk dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld; de consument thuis opzoeken en zijn verzoek om weg te gaan of niet meer terug te komen, negeren, behalve indien, en voor zover dit gerechtvaardigd is volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven; hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia behalve indien er, voorzover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven; kinderen er in reclame rechtstreeks toe aanzetten om geadverteerde producten te kopen

of om hun ouders of andere volwassenen ertoe over te halen die producten voor hen te kopen; niet gevraagde leveringen; de consument uitdrukkelijk meedelen dat, als hij het product of de dienst niet koopt, de baan of de bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang komen; de bedrieglijke indruk wekken dat de consument al een prijs heeft gewonnen of zal winnen dan wel door een bepaalde handeling te verrichten een prijs zal winnen of een ander soortgelijk voordeel zal behalen, als er in feite:

- geen sprake is van een prijs of een ander soortgelijk voordeel; dan wel
- als het ondernemen van stappen om in aanmerking te kunnen komen voor de prijs of voor een ander soortgelijk voordeel afhankelijk is van de betaling van een bedrag door de consument of indien daaraan voor hem kosten zijn verbonden.

De grote “Generalklausel” heeft duidelijk een residuair, een “catch all” of “vangnet”-karakter t.o.v. deze lijst. Voorts bevat het de fundamentele concepten waarop ook de twee kleine algemene bepalingen zijn gebouwd.

4. GEVOLGEN VAN DE RICHTLIJN VOOR DE WHPC

4.1. Inleiding

Hoewel de WHPC bij een oppervlakkige beschouwing de doelstellingen en de bepalingen van de richtlijn vrij dicht benadert – zeker in vergelijking met het recht van de meeste lidstaten van de EU¹² – vereist een juiste omzetting van de richtlijn heel wat aanpassingen aan de WHPC. Op een aantal punten is het niet zeker hoe die omzetting moet gebeuren. Tenslotte kan de omzetting van de richtlijn de gelegenheid zijn om de WHPC eindelijk te moderniseren door een duidelijke definitie te geven van haar doelstellingen, door deze doelstelling in overeenstemming te brengen met die van de mededingingswet en door verboden en verplichtingen af te schaffen die in strijd zijn met de grondbeginselen van onze economische ordening, met name vrijheid van handel, van mededinging en vrij verkeer.

4.2. De noodzakelijke hervormingen

4.2.1. Toepassingsgebied

De richtlijn is, zoals gezegd, van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van “ondernemingen” jegens “consumenten” (art. 3 lid 1). De richtlijn definieert “onderneming” niet (de Engelse versie heeft het over “business-to-consumer”), maar bevat een definitie van “handelaar”, nl. de natuurlijke

of rechtspersoon die de handelspraktijken verricht die onder de richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in zijn naam of voor zijn rekening optreedt. Dit ruime handelaarsbegrip, nl. een persoon die handelt in het kader van een beroeps- of bedrijfsactiviteit stemt in essentie overeen met het ondernemingsbegrip uit het kartelrecht. De Belgische wetgever zal bij de omzetting van de richtlijn van dit handelaarsbegrip moeten uitgaan.

Het verkopersbegrip van de WHPC moet dus worden verlaten. Daarbij verdient het aanbeveling het begrip “onderneming” te hanteren en dit te definiëren, in de betekenis die het begrip in het mededingingsrecht heeft, met name als elke natuurlijke of rechtspersoon, die op duurzame wijze een economische activiteit ontplooit¹³. In de memorie van toelichting kan dan worden gepreciseerd dat dit begrip het begrip “handelaar” zoals dat in de richtlijn wordt gedefinieerd, omvat.

Zoals uit het ruime begrip “product” van artikel 2 *sub c*) van de richtlijn blijkt (“een goed of dienst, met inbegrip van onroerend goed, rechten en verplichtingen”) zal het toepassingsgebied van de nieuwe bepalingen evenmin beperkt mogen worden tot “producten” en “diensten” zoals deze begrippen thans in de WHPC worden gedefinieerd, d.w.z. met uitsluiting (behalve voor sommige bepalingen van de WHPC) van onroerende goederen, diensten die geen daad van koophandel zijn in de zin van het W.Kh. en van effecten.

¹² Zie het overzicht bij HARTE-BAVENDAMM en HENNING-BODEWIG, *o.c.*

De Belgische wetgever zou, zoals hij dat in het verleden heeft gedaan bij de omzetting van de richtlijnen misleidende reclame, onrechtmatige bedingen en verkoop op afstand, het toepassingsgebied van de WHPC kunnen uitbreiden m.b.t. de nieuw in te lassen bepalingen en voor het overige het verkopersbegrip behouden, maar dit zou de WHPC nog onleesbaarder maken. Bovendien wordt het residuaire gebied waarop het oude verkopersbegrip nog verder kan worden gehanteerd wel bijzonder klein, tenzij de wetgever ervoor opteert in de B2B relaties alles bij het oude te laten (zie hiervoor hierna). In dat geval zal ook de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen¹⁴ moeten worden aangepast.

4.2.2. Artikel 94 WHPC

In zekere zin heeft België met haar Handelspraktijkenwet een voortrekkersrol vervuld op het door de richtlijn geharmoniseerde gebied. Onze WHPC van 1991 bevat nu reeds een algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken t.a.v. consumenten (art. 94) en verbiedt uitdrukkelijk een aantal van de in de zwarte lijst van de richtlijn genoemde praktijken.

Toch zal ook de WHPC materieelrechtelijk sterk moeten worden aangepast. Niet alleen de lijst van jegens consumenten verboden handelspraktijken zal fors moeten worden uitgebreid (zie hierna), maar ook de algemene norm zal moeten worden aangepast.

Vooreerst is er het toepassingsgebied. De term “verkoper” in artikel 94 moet worden vervangen door die van “onderneming” (die het ruime begrip “handelaar” van de richtlijn omvat) (zie hoger). Voorts rijst de vraag of de foutvereiste (thans met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad) niet moet worden vervangen door dat van strijdigheid met de “vereisten van professionele toewijding” (“diligence professionnelle”). Tenslotte zal de schadevereiste moeten worden gepreciseerd als de verstoring van het economische gedrag van de consument.

Het begrip “eerlijke handelsgebruiken” moet m.i. niet verdwijnen. Het begrip “professionele toewijding” wordt in de richtlijn immers gedefinieerd als “het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag

worden verwacht, *overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar*” (mijn cursivering). Volgens de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel van de richtlijn¹⁵ is het begrip “analoog met de begrippen van goede handelspraktijken die in de rechtsstelsels van de meeste lidstaten te vinden zijn.”

Hoewel het begrip “eerlijke handelsgebruiken” kan worden behouden, zou de wetgever van de hervorming van de WHPC best gebruik maken om de norm der eerlijke handelsgebruiken in een uitdrukkelijke marktconforme zin te preciseren, zoals dat ook in Duitsland gebeurd is met het nieuwe UWG 2004, met name door een verwijzing naar het algemene belang in het wel functioneren van de mededinging¹⁶.

4.2.3. Invoering van twee kleine algemene normen

De WHPC bevat geen met de artikelen 6 tot 9 van de richtlijn vergelijkbare (kleine) algemene normen die respectievelijk misleidende handelingen en omissies en agressieve praktijken verbieden. Artikel 23 WHPC bevat wel een catalogus van misleidende reclamevormen, die de omzetting is van de richtlijn misleidende reclame uit 1984 en op weinig verrassende wijze grotendeels overeenstemt met de catalogus van artikel 6 van de nieuwe richtlijn. Wel betreft artikel 23 WHPC enkel misleidende *reclame*, een begrip dat, niettegenstaande zijn ruime definitie (art. 22), toch niet alle mogelijke handelspraktijken omvat, inzonderheid praktijken die tot een bepaalde consument zijn gericht en geen publiek karakter hebben (m.a.w. waarbij geen communicatiemiddelen worden gebruikt). Bovendien veronderstelt “reclame” in de zin van artikel 22 WHPC een verkoopbevorderend oogmerk. Een misleidende praktijk veronderstelt een dergelijk oogmerk niet, maar wel een bepaald effect, namelijk dat de consument ertoe gebracht wordt een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Ook artikel 7, inzake misleidende omissies zal moeten worden omgezet. Het huidige artikel 23, 4° WHPC is te beperkt, met name tot misleidende *reclame* door omissie waarbij een verkoper essentiële inlichtingen weglaat *met de bedoeling* te misleiden. Artikel 7 van de richtlijn heeft het ook over het niet verstrekken van “essentiële” informatie, maar kwalificeert dit uitgebreid, onder meer door te stellen dat bepaalde informatie waarvan de mededeling door bepaalde EG-richt-

^{13.} De hier voorgestelde definitie wijkt lichtjes af van deze van art. 1 *sub a*) van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging (B.S. 1 september 1999), waar dit begrip als volgt wordt gedefinieerd: “alle natuurlijke of rechtspersonen, die op duurzame wijze een economische doel nastreven”; de voorgestelde definitie knoopt niet aan bij het doel van de onderneming maar bij de aard van de activiteit, zoals in het EG-mededingingsrecht (“elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd”: H.v.J. 23 april 1991, C-41/90, *Höfner en Elser/Macrotron*, Jur. 1991, I-1979).

^{14.} B.S. 20 november 2002.

^{15.} Com(2003)356 final, nr. 53.

^{16.} Zie daarover F. HENNING-BODEWIG, “A new Act Against Unfair Competition in Germany”, *IIC* 2005, p. 425-426.

lijnen wordt voorgeschreven, uit hun aard essentieel zijn in de zin van deze bepaling.

Ook artikel 8 van de richtlijn is nieuw en zal moeten worden omgezet. Deze bepaling verbiedt agressieve handelspraktijken, een categorie die als zodanig in het Belgisch recht niet bekend is. Als agressief wordt beschouwd, aldus artikel 8, *“een handelspraktijk die (...) door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid (...) van de consument (...) aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.”* (voor de volledige definitie zie hoger nr. 3.4.). Artikel 9 preciseert wat onder gebruik van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding moet worden verstaan. De artikelen 8 en 9 zullen op het eerste gezicht integraal moeten worden overgenomen.

4.2.4. Invoering van een catalogus van praktijken die in alle omstandigheden verboden zijn

De in een (zwarte) lijst in de bijlage bij de richtlijn genoemde misleidende *c.q.* agressieve praktijken zijn in alle omstandigheden verboden. De lijst is dwingend voor de lidstaten. Zij moeten alle in die lijst genoemde praktijken in alle omstandigheden verbieden en ze mogen er geen andere per se verbieden. De lijst kan enkel door de communautaire wetgever worden gewijzigd.

De meeste van in de lijst genoemde praktijken zijn in België niet *expressis verbis* verboden. Vaak zullen zij onder de verbodsbepalingen van artikel 23 (reclame) of 94 WHPC kunnen worden gebracht, maar dit volstaat niet voor een correcte omzetting van de richtlijn. De Belgische wetgever zal de lijst moeten overnemen.

De praktijken genoemd in de zwarte lijst worden geacht oneerlijk te zijn en moeten, zoals gezegd, in alle omstandigheden worden verboden, d.w.z. dat niet mag gevegd worden dat degene die zich op de onrechtmatigheid van de praktijk beroept aantoont dat de praktijk in de omstandigheden van het geval in strijd is met de vereisten van professionele toewijding (of de eerlijke handelsgebruiken) en dat de gemiddelde consument in zijn koopbeslissing wordt beïnvloed.

Evenmin dient het effect van de praktijk op de markt te worden aangetoond.

In de lijst vindt men min of meer de volgende nu reeds door artikel 23 WHPC verboden praktijken terug: lokvogel-aanbiedingen (art. 23, 9° WHPC: punten 5-7 zwarte lijst),

redactionele reclame (art. 23, 5°: punt 11 zwarte lijst), het wekken van de indruk dat de consument iets kan winnen door het lot (art. 23, 10° WHPC: punten 16 en 31 zwarte lijst) en onterechte beweringen i.v.m. invloed van een product op de gezondheid (art. 23, 13°: punt 17 zwarte lijst).

Piramideverkoop (punt 14) valt nu reeds onder het ruimere en strengere verbod van artikel 84 WHPC.

De meeste in de lijst genoemde agressieve handelspraktijken zijn nieuw t.o.v. de WHPC, aldus

“24. De indruk geven dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld.

25. De consument thuis opzoeken en zijn verzoek om weg te gaan of niet meer terug te komen, negeren, behalve indien, en voor zover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven.

26. Hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmedia behalve indien er, voorzover gerechtvaardigd volgens de nationale wetgeving, wordt beoogd een contractuele verplichting te doen naleven. Dit doet geen afbreuk aan artikel 10 van richtlijn 97/7/EG¹⁷ en aan de richtlijnen 95/46/EG¹⁸ en 2002/58/EG¹⁹.

27. Een consument die op grond van een verzekeringspolis een vordering indient, om documenten vragen die redelijkerwijs niet relevant kunnen worden geacht om de geldigheid van de vordering te beoordelen, dan wel systematisch weigeren antwoord te geven op daaromtrent gevoerde correspondentie met de bedoeling de consument ervan te weerhouden zijn contractuele rechten uit te oefenen.

28. Kinderen er in reclame rechtstreeks toe aanzetten om geadverteerde producten te kopen of om hun ouders of andere volwassenen ertoe over te halen die producten voor hen te kopen. Deze bepaling laat artikel 16 van richtlijn 89/552/EEG inzake televisie-omroepactiviteiten onverlet.

29. Vragen om onmiddellijke dan wel uitgestelde betaling of om terugzending of bewaring van producten die de handelaar heeft geleverd, maar waar de consument niet om heeft gevraagd, tenzij het product een vervangingsgoed is zoals bedoeld in artikel 7 lid 3 van richtlijn 97/7/EG (niet-gevraagde leveringen).

30. De consument uitdrukkelijk meedelen dat, als hij het product of de dienst niet koopt, de baan of de bestaansmiddelen van de handelaar in het gedrang komen.”

In werkelijkheid bevatten een aantal van de in die lijst genoemde praktijken eerder vage noties die nader zullen

¹⁷. Richtlijn betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten.

¹⁸. Richtlijn betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

¹⁹. Richtlijn betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

moeten worden geïnterpreteerd (uiteindelijk door het Hof van Justitie) en soms *in concreto* zullen moeten worden getoetst, zo bijvoorbeeld de “indruk” wekken dat de consument het pand niet mag verlaten, bedoeld in punt 24, de hardnekkigheid of het ongewenste karakter van het aandringen bedoeld in punt 26 of het relevante karakter van de documenten bedoeld in punt 27...

4.3. De verhouding tussen de algemene norm en de per se verboden

Het is duidelijk dat de in de zwarte lijst vermelde praktijken in alle omstandigheden verboden zijn. Aldus zal men bij het natrekken of een praktijk oneerlijk is eerst de zwarte lijst consulteren.

Valt een praktijk niet onder de zwarte lijst dan zal vervolgens kunnen worden nagegaan of ze misleidend of agressief is in de zin van de artikelen 6 tot 9 van de richtlijn. De toepassing van deze twee kleine algemene normen veronderstelt niet het bewijs van strijdigheid met de vereisten van professionele toewijding, maar wel een toetsing *in concreto*, met name of de praktijk de consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

Valt een praktijk evenmin onder de artikelen 6-9, dan blijft een beroep op de grote algemene norm mogelijk. In dat geval moet dus zowel worden nagegaan of de referentieconsument in zijn economisch gedrag wordt beïnvloed en de strijdigheid met de vereisten van professionele toewijding worden bewezen.

De vraag is uiteraard of er veel oneerlijke praktijken te bedenken zijn die noch misleidend noch agressief zijn in de zin van de richtlijn.

4.4. De referentieconsument

Volgens de grote algemene norm van de richtlijn (art. 5 lid 2) is een handelspraktijk oneerlijk wanneer zij:

- a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding; en
- b) het economische gedrag van de *gemiddelde consument* die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

Lid 3 voegt er evenwel aan toe dat een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

Zoals bekend gaat het Hof van Justitie van de EG bij de beoordeling of een nationale beperking inzake reclame verenigbaar is met de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer uit van de “vermoedelijke verwachting van een gemiddelde, geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument”²⁰.

Het Hof van Cassatie zijnerzijds oordeelde dat, hoewel de WHPC geen definitie geeft van de consument die zij beoogt te beschermen, het in de rede ligt dat ook de minder goed geïnformeerde consument wordt beschermd, de consument die bij gebrek aan kritische geest t.a.v. wat hem met behendigheid wordt aangeprezen, niet in staat is de valstrikken, de overdrijvingen en de bedrieglijke verwijzingen van de auteur van de reclame te doorzien²¹.

De richtlijn laat toe rekening te houden met de kwetsbare consument (die overigens wordt gedefinieerd als de consument die door zijn mentale of lichamelijke handicap, leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar is voor de handelspraktijk of de onderliggende producten), op voorwaarde nochtans dat de handelaar op redelijkerwijze voorzienbare wijze kan voorzien dat de handelspraktijk het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren. In dat geval moet worden gekeken naar het gemiddelde lid van die groep.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie zal dus moeten worden verfijnd om met deze laatste voorwaarde rekening te houden.

4.5. Handhaving van striktere regels in de verhouding tussen ondernemingen

Aangezien de richtlijn enkel voorziet in een ((totale) harmonisatie) van de eerlijkheid van de handelspraktijken in de verhouding tussen ondernemingen en consumenten, behou-

²⁰. Arrest van 16 juli 1998, C-210/96, *Gut Springenheide en Tusky, Jur.*, p. I-4657, punt 31; arrest van 13 januari 2000, C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics/Lancaster, Jur.*, p. I-117, punt 27.

²¹. Cass. 12 oktober 2000, *Sain-Brice/Belgische Staat, Jaarboek H.P.*, 2000, noot G. STRAETMANS, “Over conflicterende consumentenbeelden en toeval bij sweepstakes”.

den de lidstaten de volledige vrijheid de eerlijkheid van de concurrentieverhoudingen te regelen²².

Hoe moet dit nu in België? Bepalingen in de WHPC die mede de consument beogen te beschermen moeten conform zijn met de richtlijn. Dit betekent, zoals reeds werd opgemerkt, dat handelspraktijken van ondernemingen t.a.v. consumenten niet (langer meer) per se, d.w.z. in alle omstandigheden, zonder concreet bewijs van hun strijdigheid met de eisen van professionele toewijding, mogen worden verboden indien ze niet op de zwarte lijst van de richtlijn staan (want die zwarte lijst is dwingend voor de lidstaten). Maar de richtlijn sluit niet uit dat praktijken die niet in de verhouding met consumenten in strijd zijn met de eisen van professionele toewijding en evenmin op de zwarte lijst van de richtlijn staan toch worden verboden omdat ze oneerlijk zijn in de concurrentie, m.a.w. t.a.v. andere ondernemingen.

De vraag rijst bijgevolg of, aangenomen dat bv. het verbod van verkoop met verlies, van het gezamenlijk aanbod of het verbod van prijsaankondingen tijdens de sperperiodes, enz. niet meer mag worden gehandhaafd ter bescherming van de consument (zie hierna), dergelijke verboden niet zouden kunnen worden gehandhaafd ter bescherming van concurrenten en van de eerlijkheid in de handelstransacties. Een dergelijke handhaving zou in elk geval veronderstellen dat enerzijds de bescherming van de consument uit de *ratio legis* van deze bepalingen verdwijnt (tenminste de verkoop met verlies en gezamenlijke aanbiedingen worden door de huidige WHPC mede ter bescherming van de consument verboden) en anderzijds dat consumenten en consumentenorganisaties niet meer bevoegd zouden mogen zijn de naleving van deze bepalingen (middels de vordering tot staking) af te dwingen.

De beperking van de harmonisatie tot de verhoudingen tussen ondernemingen en consumenten heeft in elk geval tot gevolg dat de lidstaten vrij blijven het leerstuk van de onrechtmatige mededinging tussen concurrenten zoals voordien zelf in te vullen. De rechtspraak inzake toepassing van artikel 93 WHPC zal bijgevolg niet door de richtlijn worden beïnvloed.

4.6. De verhouding met het contractenrecht

Artikel 3 lid 2 van de richtlijn bepaalt wat volgt: *“Deze richtlijn laat het verbintenissenrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet.”*

²² Dit wordt bevestigd door overweging 8 van de preambule, die als volgt luidt: *“Deze richtlijn beschermt de economische belangen van de consument op rechtstreekse wijze tegen oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten. Daarnaast beschermt zij indirect legitieme ondernemingen tegen concurrenten die de regels in de richtlijn niet in acht nemen; hierdoor is binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn een eerlijke concurrentie gewaarborgd. Uiteraard zijn er andere handelspraktijken waardoor weliswaar niet de consumenten maar wel concurrenten en zakelijke klanten worden benadeeld. De Commissie dient zorgvuldig na te gaan in hoeverre buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn communautair optreden op het gebied van oneerlijke concurrentie noodzakelijk is en in voorkomend geval een wetgevingsvoorstel betreffende die andere aspecten van oneerlijke concurrentie op te stellen”.*

Deze bepaling lijkt duidelijk maar ze is het niet. De toepassing zal onvermijdelijk gevolgen hebben in het contractuele vlak.

De richtlijn is immers *“van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product.”*; (benadruking toegevoegd) (art. 3 lid 1). De grote algemene norm van artikel 5 lid 2 veronderstelt dat het economische gedrag van de consument m.b.t. het product wordt beïnvloed. Uit de formulering van de twee kleine algemene normen inzake misleidende c.q. agressieve praktijken, kan worden afgeleid dat daarmee bedoeld worden handelspraktijken die consument er toe brengen of kunnen brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.

De richtlijn viseert onder meer handelspraktijken die beogen de consument te beïnvloeden in zijn beslissing een bestaand contract te verlengen of niet op te zeggen.

Handelspraktijken vallen bijgevolg onder het toepassingsgebied van de algemene normen indien ze de consument in het nemen van een koopbeslissing beïnvloeden, ook als die praktijken plaats vinden in de post-contractuele fase. Hierdoor wordt de afbakening tussen het extra-contractuele en het contractuele veld onscherp. Bepaalde handelspraktijken in de zin van de richtlijn kunnen zelfs helemaal in het contractuele veld liggen.

Wat bv. te denken over algemene verkoopsvoorwaarden die de opzegging van een bestaande overeenkomst op een met de eisen van de professionele toewijding strijdige wijze bemoeilijken. Mogelijk is een dergelijke verkoopsvoorwaarde ook in strijd met de algemene norm inzake onrechtmatige bedingen (art. 31 WHPC: *“elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen”*). In dat geval is er samenloop tussen de schending van een contractuele norm en een extra-contractuele norm. Op zich is dit geen probleem indien de analyse onder beide normen tot hetzelfde besluit leidt. De sanctie is wel verschillend: nietigheid enerzijds, vordering tot staking anderzijds. De cumul van sancties (die art. 3 lid 2 van de richtlijn uitdrukkelijk toelaat) is naar huidig Belgisch recht ook reeds mogelijk: het opleggen van een met de artikelen 31 en 32 onrechtmatige beding kan in strijd worden geacht met artikel 94 WHPC. Er is anderzijds ook geen probleem van samenloop tussen de vordering *ex contractu* en de vordering *ex delicto*, aangezien de verweeten gedraging geen contractuele wanprestatie in de eigen-

lijke zin uitmaakt, m.a.w. een fout bij de *uitvoering* van een contractuele verplichting.

De zwarte lijst daarentegen noemt ook handelspraktijken die zuivere vormen van contractuele wanprestatie zijn. Punt 8 bv. catalogueert als per se onrechtmatig: *“Beloven de consumenten, met wie de handelaar voorafgaand aan de transactie heeft gecommuniceerd in een taal die geen officiële taal is van de lidstaat waar de handelaar gevestigd is, een klantendienst te verschaffen en deze dienst vervolgens enkel beschikbaar stellen in een andere taal zonder dit duidelijk aan de consument te laten weten alvorens deze zich tot de transactie verbindt.”* Punt 27 van zijn kant heeft het over *“Een consument die op grond van een verzekeringspolis een vordering indient, om documenten vragen die redelijkerwijs niet relevant kunnen worden geacht om de geldigheid van de vordering te beoordelen, dan wel systematisch weigeren antwoord te geven op daaromtrent gevoerde correspondentie met de bedoeling de consument ervan te weerhouden zijn contractuele rechten uit te oefenen.”* Naar huidig Belgisch recht kan de miskenning van een louter contractuele verplichting, m.a.w. een verplichting die enkel geldt omdat een persoon zich contractueel verbonden heeft, geen aanleiding geven tot een vordering tot staking²³.

Aangenomen mag worden dat indien de Belgische wet, ter uitvoering van de richtlijn, een bepaalde vorm van contractuele wanprestatie als oneerlijke handelspraktijk catalogueert en daar, zoals de richtlijn vereist, een niet-contractuele sanctie aan koppelt, de bestaande rechtspraak die de vordering tot staking in een dergelijk geval uitsluit op dat punt voorbijgestreefd zal zijn.

De richtlijn brengt in elk geval met zich mee dat de verhouding tussen het contractenrecht en het onrechtmatige daadsrecht wordt beïnvloed. Over die verhouding zal nog wat nagedacht moeten worden.

4.7. Het lot van regels inzake sales promotions

De WHPC bevat heel wat regels inzake methoden van verkooppromotie: het verbod van verkoop met verlies, van het gezamenlijke aanbod en het verbod van de aankondiging van prijsverminderingen tijdens de sperperiodes, de reglementering van solden, uitverkoop en de aankondiging van prijsverminderingen.

Zoals hoger aangegeven harmoniseert de richtlijn enkel de eerlijkheid van handelspraktijken t.a.v. consumenten. Tussen concurrenten kunnen de bestaande regels, ook als zij strikter zijn dan de bepalingen van de richtlijn, blijven bestaan.

De genoemde in België verboden of gereglementeerde vormen van sales promotion beogen, volgens de voorbereidende werken van de wet, echter zowel de bescherming van concurrenten als van consumenten.

Voor zover deze verboden en reglementeringen consumenten beogen te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken kunnen zij, gelet op het karakter van totale harmonisatie van de richtlijn, enkel gehandhaafd worden indien ze in overeenstemming zijn met de richtlijn. Genoemde verboden en regels betreffen, volgens de bewoordingen zelf van de WHPC, “handelspraktijken” en ze worden o.m. verboden of gereglementeerd teneinde de eerlijkheid t.a.v. consumenten te garanderen. In de bewoordingen van de richtlijn vallen verkoop met verlies, prijsaankondigingen en gezamenlijke aanbiedingen beslist onder de definitie van handelspraktijk van de richtlijn, met name *“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”*. Zij vallen echter niet onder de exhaustieve zwarte lijst van de richtlijn en mogen dus niet per se, d.w.z. zonder de omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen, verboden worden.

Al is dit, mede in het licht van het bestaan van een voorstel voor een verordening inzake sales promotions (die o.m. betrekking heeft op verkoop met premie, verkoop met verlies en aankondiging van prijsverminderingen), erg verrassend, toch dringt zich m.i. de conclusie op dat de lidstaten methoden van verkooppromotie die niet in de zwarte lijst van de richtlijn worden genoemd niet meer als zodanig in de relatie tussen ondernemingen en consumenten mogen verbieden maar dienen te onderwerpen aan de test van de grote en de twee kleine algemene normen. Even verrassend, maar voortvloeiend uit het toepassingsgebied van de richtlijn, is dat lidstaten diezelfde methoden van sales promotion nog per se mogen blijven verbieden of reglementeren teneinde de eerlijkheid in de concurrentieverhoudingen te waarborgen.

Indien de Belgische wetgever de bestaande verboden en reglementeringen inzake verkoop met verlies, gezamenlijk aanbod en prijsverminderingen wil behouden dan zal hij dat slechts kunnen op voorwaarde dat de *ratio legis* van deze bepalingen wordt herschreven.

Voor de handhaving van het verbod van de aankondiging van prijsverminderingen tijdens de sperperiodes lijkt mij een herschrijving van de *ratio legis* niet eens nodig omdat het zonder meer duidelijk is dat dit verbod op geen enkele manier kan gezien worden als een maatregel van consumentenbescherming. Dit verbod zou wel moeten worden opge-

²³. Cass. 25 november 1943 (2 arresten), *Pas.* 1944, I, 70 en 72. Deze rechtspraak geldt nog steeds en is te onderscheiden van de rechtspraak inzake samenloop die betrekking heeft op de situatie waar de aan de medecontractant verweten gedraging ook bij afwezigheid van contract onrechtmatig zou zijn (zie hierover Cass. 4 juni 1993, *T.B.H.* 1994, 610, met noot J. STUYCK en C. PAUWELS, “Over co-existentie en samenloop tussen de vordering tot staken en de vordering *ex contractu*” en J. STUYCK, o.c., 67 e.v.)

heven indien en wanneer het huidige gewijzigde voorstel voor een verordening inzake verkooppromotie wordt aangenomen.

Ten slotte zal artikel 98 WHPC moeten worden herschreven teneinde ervoor te zorgen dat consumenten en consumentenorganisaties geen vordering tot staking meer zouden kunnen instellen tegen schendingen van per se bepalingen die in de relatie tussen ondernemingen en consumenten niet mogen worden gehandhaafd.

4.8. De vordering tot staking

De vordering tot staking kan uiteraard blijven bestaan. Volgens artikel 11 van de richtlijn zorgen de lidstaten voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken, zodat de naleving van deze richtlijn in het belang van de consumenten kan worden afgedwongen. Daartoe behoren wettelijke bepalingen op grond waarvan personen of organisaties die volgens de nationale wetgeving een rechtmatig belang hebben bij het bestrijden van oneerlijke handelspraktijken, met inbegrip van de concurrenten, in rechte kunnen optreden tegen die oneerlijke handelspraktijken (als alternatief wordt de lidstaten de mogelijkheid geboden de handhaving toe te vertrouwen aan een administratieve instantie tot de welke consumenten zich kunnen wenden). Lidstaten moeten in een versnelde procedure voorzien die hetzij leidt tot een beslissing ten gronde, hetzij tot voorlopige maatregelen. De vordering tot staking van de WHPC beantwoordt hieraan.

Artikel 16 van de richtlijn wijzigt overigens richtlijn 98/27 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen. Ook de wet van 26 mei 2002 betreffende de intracommunautaire vorderingen tot staking op het gebied van de bescherming van de consumentenbelangen die ter uitvoering van deze richtlijn werd aangenomen zal bijgevolg moeten worden aangepast teneinde consumentenorganisaties uit ander lidstaten de bevoegdheid te geven in België (in casu voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel of eerste aanleg te Brussel) een vordering tot staking tegen oneerlijke handelspraktijken in de zin van de richtlijn (en de nieuwe wet), die in België plaatsvinden in te stellen.

4.9. Richtlijnconforme interpretatie

De omzettingstermijn voor de richtlijn is vrij lang. Bovendien worden EG-richtlijnen in ons land vaak (veel) te laat

omgezet. Aldus zal de vraag rijzen of de consument zich vanaf de inwerkingtreding van de richtlijn (11 juni 2005, datum van publicatie in het *Publicatieblad*) op de richtlijn kan beroepen in de mate waarin deze bepalingen hem meer bescherming bieden dan de huidige WHPC.

Het antwoord moet genuanceerd zijn.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen richtlijnbevestigingen als zodanig geen verplichtingen opleggen aan particulieren (daaronder begrepen privé-ondernemingen)²⁴. Ook de zogenoemde verplichting tot richtlijnconforme interpretatie kan geen dergelijk gevolg hebben²⁵.

Concreet betekent dit dat de rechtbanken nu reeds de WHPC mogen en na het verstrijken van de omzettingstermijn voor de richtlijn moeten interpreteren in de zin van de richtlijn op voorwaarde dat dit niet leidt tot nieuwe verplichtingen voor ondernemingen. Zo zullen zij bij de invulling van de (evoluerende) norm der eerlijke handelsgebruiken of de bepaling van de referentieconsument voor de beoordeling van de eerlijkheid van een handelspraktijk rekening kunnen houden met de criteria van de richtlijn. Ook zullen zij, na het verstrijken van de omzettingstermijn, bepalingen van de WHPC (bv. het verbod van het gezamenlijke aanbod) buiten toepassing mogen en moeten laten in de mate waarin deze bepalingen aan ondernemingen verplichtingen opleggen die de richtlijn niet meer toelaat (bv. een absoluut verbod van gezamenlijke aanbiedingen ter bescherming van consumenten). Dit volgt uit de suprematie van het Gemeenschapsrecht²⁶. Zij zullen evenwel zeker niet mogen oordelen dat een praktijk ongeacht de omstandigheden van het geval oneerlijk is omdat ze nu op de zwarte lijst van de richtlijn staat, terwijl die praktijk naar huidig nationaal recht niet uitdrukkelijk verboden wordt, doch enkel voor zover de rechter in het licht van de omstandigheden van het geval van oordeel is dat die praktijk in strijd is met de eerlijke handelsgebruiken en de belangen van één of meer consumenten schaadt of kan schaden. Vóór de omzetting van de richtlijn zullen zij evenmin de bepalingen van de WHPC (daaronder begrepen art. 94) conform de richtlijn, mogen toepassen op ondernemingen die geen “verkoper” zijn in de zin van deze wet, want dat zou erop neerkomen dat aan bepaalde ondernemingen verplichtingen worden opgelegd die enkel uit de richtlijn voortvloeien.

Het is dus echt wachten op de omzettingwet om te kunnen spreken van een (kleine) revolutie. Komt die wet er niet tijdig dan kunnen consumenten van de overheid vergoeding van schade vorderen die zij door de laattijdige omzetting zouden hebben geleden²⁷.

²⁴ H.v.J. 14 juli 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, *Jur.* 1994, I-3335; H.v.J. 26 september 1996, C-168/95, *Arcaro*, *Jur.* 1996, I-4705.

²⁵ H.v.J. 16 juli 1998, C-355/96, *Silhouette*, *Jur.* 1998, I-4799.

²⁶ Vergelijk H.v.J. 5 oktober 2004, Gevoegde zaken C-397/01 en C-403/01, *Pfeiffer*, r.o. 109 e.v., *nog niet gepubliceerd*.

²⁷ H.v.J. 8 oktober 1996, C-178/94, *Dillenkofer*, e.v., *Jur.* 1996, I-4845.

5. BESLUIT

De richtlijn nodigt de wetgever uit de materie van de handelspraktijken grondig aan te pakken. De omzetting van de richtlijn vereist in België geen werkelijk grote omwenteling. De norm der eerlijke handelsgebruiken en de vordering tot staking kunnen worden behouden. De specifieke bepalingen inzake consumentenbescherming in de WHPC (prijis- en hoeveelheidsaanduiding, onrechtmatige bedingen, verkoop op afstand en buiten normale bedrijfsruimten,...) worden evenmin door de richtlijn beïnvloed. Zij zijn trouwens grotendeels de omzetting van oudere EG-richtlijnen.

Wel zullen twee “kleine” algemene normen respectievelijk inzake misleidende en agressieve handelspraktijken moeten worden ingevoerd. De zwarte lijst van de richtlijn moet eveneens worden overgenomen en kan best in de tekst van de wet zelf worden ingelast.

De rechtspraak inzake de in aanmerking te nemen consument zal moeten worden verfijnd.

Voorts werd de stelling verdedigd dat de wet methoden van verkooppromotie die door de richtlijn niet per se verboden zijn evenmin nog langer per se zal mogen verbieden in de relatie onderneming-consument, m.a.w. ter bescherming van de consument.

Verboden of voorschriften die enkel ingegeven zijn concurrenten (of de middenstand) te beschermen worden door de richtlijn niet aangesproken.

Aangezien oneerlijke handelspraktijken zullen moeten worden verboden die door alle ondernemingen t.a.v. consumenten worden toegepast zal ook het toepassingsgebied *ratione personae* van de WHPC moeten worden aangepast. Het verdient aanbeveling dat de wetgever voor eens en voor goed het hopeloos ingewikkelde begrip verkoper verlaat en tezelfdertijd de kloof dicht tussen dat begrip en het begrip vrije beroepen door inzake handelspraktijken één wet te maken die van toepassing is op alle ondernemingen.

Ten slotte verdient het aanbeveling dat de WHPC wordt afgeschaft en wordt vervangen door een moderne marktgeoriënteerde wet die de richtlijn omzet en die inzake bescherming van concurrenten één bepaling bevat, namelijk het huidige artikel 93 WHPC. De reglementeringen inzake solden, uitverkopen, niet-misleidende aankondigingen van prijsverminderingen, verkoop met verlies en gezamenlijk aanbod zijn overblijfselen uit het verleden. Wil België straks als (bijna) enig land in de Europese Unie dergelijke mededingingsbeperkend reglementeringen handhaven? De advocaten zullen België daar dankbaar voor zijn.