

N Omnibus A2
MH/SL/AS
832-2020

Brussel, 20 oktober 2020

ADVIES

over

DE OMZETTING VAN DE OMNIBUSRICHTLIJN

(goedgekeurd door het bureau op 10 juli 2020,
bekrachtigd door de algemene vergadering van de Hoge Raad op 20 oktober 2020)

In haar brief van 23 april 2020 heeft de Minister van Werk, Economie en Consumenten het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO gevraagd in het kader van de voorbereiding van een wetsontwerp ter omzetting van de Omnibusrichtlijn, in het bijzonder met betrekking tot de sancties en de aspecten waarover de lidstaten bepaalde keuzes moeten maken.

Na raadpleging van de commissie Marktpraktijken heeft het bureau van de Hoge Raad op 10 juli 2020 onderstaand advies uitgebracht, dat werd bekrachtigd door de algemene vergadering van de Hoge Raad op 20 oktober 2020.

CONTEXT

Richtlijn (EU) 2019/2161 van 27 november 2019¹, de zgn. Omnibusrichtlijn, moet worden omgezet in Belgisch recht. Deze richtlijn is tot op zekere hoogte van maximale aard, maar laat de lidstaten toch een zekere speelruimte.

In hoofdzaak wijzigt deze richtlijn 4 richtlijnen:

- Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken;
- Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten;
- Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen;
- Richtlijn 98/6/EG betreffende prijsaanduidingen.

In zijn advies van 4 juni 2019 over een "New Deal" voor de consument had de Hoge Raad in dit verband reeds een standpunt ingenomen over een voorstel van richtlijn tot wijziging van het consumentenrecht dat, na bespreking en amendementen, heeft geleid tot de huidige richtlijn.

STANDPUNTEN

Ten eerste betreft de Hoge Raad het ten zeerste dat er werd afgezien van de twee wijzigingen met betrekking tot het herroepingsrecht die werden voorzien in het bovenvermelde voorstel. Het betrof enerzijds de afschaffing van de verplichting om een goed terug te nemen indien de consument het gebruikt heeft in plaats van het enkel te testen en anderzijds de mogelijkheid voor de handelaar om het goed pas na ontvangst van de retourzending terug te betalen. Dit herstelde volgens de Hoge Raad een zeker evenwicht tussen de rechten en de plichten van de partijen en kwam tegemoet aan het oorspronkelijke doel van het herroepingsrecht, namelijk de consument de mogelijkheid bieden het goed te inspecteren alsof hij in een fysieke winkel was. Het risico zou niet langer volledig bij de kmo's hebben gelegen, maar zou worden gedeeld tussen de consument en de handelaar. Hierdoor was de B2C-relatie evenwichtiger.

A. SANCTIES

De adviesvraag heeft onder meer specifiek betrekking op de mening van de Hoge Raad inzake sancties. Richtlijnen 93/13/EEG (oneerlijke bedingen) en 98/6/EG (prijsaanduiding) worden hoofdzakelijk gewijzigd met betrekking tot de sancties.

¹ Richtlijn 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie.

Er dient te worden opgemerkt dat de beoogde harmonisatie veelal wordt bereikt omdat de sanctieregeling gebaseerd is op een aantal criteria (hoewel deze niet exhaustief en louter indicatief zijn) waarmee rekening moet worden gehouden bij het bepalen van de sancties. Deze criteria worden op identieke wijze hernomen in de vier gewijzigde richtlijnen.

Het doel is doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties vast te stellen, een formule die vaak terugkomt in het Europese recht. De Hoge Raad meent dat de criteria die in de richtlijn worden weerhouden het mogelijk maken de diverse situaties juist in te schatten en er de adequate sancties op toe te passen.

Zoals gesteld in zijn advies uit 2019 is de Hoge Raad voorstander van geheel doeltreffende sancties. Hij meent echter dat het goed zou zijn te verduidelijken dat een waarschuwing de eerste stap zou kunnen zijn voor kleinschaligere inbreuken die te goeder trouw werden gepleegd. Het zou inderdaad wenselijk zijn om ruimte voor fouten toe te kennen aan de zelfstandigen en kmo's, die meestal minder goed geïnformeerd zijn over de verzameling toepasselijke regels en minder goed uitgerust zijn omdat ze niet altijd over gespecialiseerd personeel beschikken om aan hun verplichtingen te voldoen.

De boete van 4 % van de omzet bij grensoverschrijdende inbreuken is eveneens disproportioneel voor kmo's. Het werkelijke doelwit moet niet de materiële fout of fout te goeder trouw te zijn, maar wel de grote georganiseerde fraude, die vaak enorm veel consumenten treft. Deze twee situaties zouden minstens op een verschillende wijze moeten worden behandeld.

B. SPEELRUIMTE LIDSTATEN

Richtlijn 98/6/EG

Aankondiging van prijsverminderingen

De Hoge Raad stelt een aanvulling vast ten overstaan van wat het voorstel voorschrijft.

Er wordt een artikel 6bis ingevoegd dat de modaliteiten van de aankondiging van prijsverminderingen regelt. Deze bepaling is vrij gelijkaardig aan wat vroeger bestond in het Belgische recht.

De Hoge Raad vraagt aan de Belgische wetgever om bij het opstellen van de om te zetten bepaling de versie van artikel 43 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument te hernemen, die de beste garantie biedt voor de rechtszekerheid van alle partijen en voor eerlijke praktijken.

De Hoge Raad hecht het hoogste belang aan de transparantie en de duidelijkheid van deze bepalingen om de rechtszekerheid van de ondernemingen te verzekeren. Dit aspect ontbrak de laatste jaren ingevolge de talrijke wijzigingen naar aanleiding van de opeenvolgende omzettingen van Europese richtlijnen. Een extra mogelijkheid zou kunnen zijn bepaalde verduidelijkingen met betrekking tot de interpretatie of tot wat al dan niet binnen het toepassingsgebied valt, aan te brengen, met name onder de vorm van voorbeelden, in de memorie van toelichting van de wet ter omzetting van de huidige richtlijn.

Richtlijn 2005/29/EG

Verkoop buiten verkooppunten

Door de wijziging die wordt ingevoerd door het vervangen van paragrafen 5 en 6 van artikel 3 van richtlijn 2005/29/EG, opent de huidige richtlijn een bres. Tot dusver was richtlijn 2005/29/EG een richtlijn van maximale aard die er België zelfs tot had verplicht een aantal bepalingen inzake marktpraktijken op te heffen.

De richtlijn laat aan de lidstaten de ruimte om regels op te stellen over bepaalde aspecten en vormen van dit soort verkoop. De richtlijn laat de lidstaten toe om bepalingen vast te stellen ter bescherming van de legitieme belangen van de consumenten met betrekking tot agressieve of misleidende handelspraktijken in het kader van ongevraagde bezoeken door een handelaar bij de consument thuis of van excursies die worden georganiseerd door een handelaar met als doel of gevolg producten te promoten bij of te verkopen aan consumenten.

Bij het lezen van consideransen 55 en 56, die aan de lidstaten ruime bevoegdheden verlenen voor het vaststellen van de modaliteiten van dit soort verkoop, is de Hoge Raad verontrust. Hij vraagt dan ook aan de Belgische wetgever om gematigd te blijven en zo bij de omzetting van deze bepaling een zeker evenwicht te bewaren tussen de belanghebbenden.

Tweevoudige kwaliteit

De richtlijn voert een bepaling in met betrekking tot de tweevoudige kwaliteit van producten. Om een aantal redenen verschillen de samenstelling of de kenmerken van producten inderdaad soms aanzienlijk van lidstaat tot lidstaat. Dit wordt beschouwd als een misleidende praktijk, "tenzij dit gerechtvaardigd is op grond van legitieme en objectieve factoren".

De Hoge Raad is geen voorstander van deze methode om de eventuele problematiek van een verschillende samenstelling van eenzelfde product aan te pakken. Hij meent dat dit soort verbod de ontwikkeling van e-commerce bij de kmo's kan afremmen. Gelet op de zware verplichtingen waaraan de ondernemingen onderworpen zijn op het vlak van etikettering en vermelding van de samenstelling van producten, heeft de consument bovendien alle elementen in handen om de samenstelling van de producten te kennen.

Ten slotte staat de Hoge Raad positief tegenover de mogelijkheid die door de richtlijn wordt gelaten (en die niet bestond in het voorstel) om zich te kunnen rechtvaardigen op grond van legitieme en objectieve factoren. Hij betreurt het echter dat er niet nader wordt gedefinieerd wat onder "legitieme en objectieve factoren" moet worden verstaan. De ondernemingen worden immers met rechtsonzekerheid geconfronteerd, aangezien zij niet weten of hun geval als objectief en legitiem zal worden beschouwd. Het zou goed zijn de elementen waar rekening mee kan worden gehouden meer in detail te bepalen.

Onlinemarktplaatsen

In het licht van de technologische evoluties en de ontwikkeling van dit soort kanalen, wordt in deze richtlijn, met het oog op de consumentenbescherming, nader ingegaan op de werking van onlinemarktplaatsen.

In de eerste plaats moet het statuut van de derde die goederen, diensten of digitale inhoud aanbiedt, worden meegedeeld aan de consument. Indien deze derde geen handelaar is, zijn de regels inzake consumentenbescherming immers niet van toepassing tussen particulieren. Er wordt bepaald dat de aanbieders van onlinemarktplaatsen een korte verklaring in deze zin moeten verstrekken aan de consument.

De Hoge Raad is verheugd over deze toevoeging ten opzichte van het voorstel van richtlijn. Artikel 7 voorziet, zoals gewijzigd, dus onder punt f) dat het aangeven van de al dan niet professionele aard van de derde die producten aanbiedt op de onlinemarktplaats gebeurt op basis van de verklaring van deze derde aan de aanbieder van de onlinemarktplaats. Deze laatste moet dus niet de eindverantwoordelijkheid dragen voor de kwalificatie die de verkoper aanneemt.

De aanbieders van onlinemarktplaatsen moeten bovendien nog andere informatie verstrekken aan de consumenten. Wanneer het gaat om het verstrekken van informatie aan de consument onder de vorm van zoekresultaten moeten de gebruikte parameters ter bepaling van de rangschikking aan de consument worden meegedeeld. Er moet ook bepaalde informatie in verband met het toepasselijk recht ter kennis van de consument worden gebracht. De bepalingen van de richtlijn lijken volgens de Hoge Raad evenwichtig en evenredig.

Om een bepaalde concurrentiepositie te behouden voor de aanbieders die op het Belgische grondgebied zijn gevestigd, vraagt de Hoge Raad daarom aan de wetgever om niet verder te gaan dan wat door de richtlijn wordt voorgeschreven en geen gebruik te maken van de mogelijkheid die wordt geboden door artikel 6bis, 2. In de geest van considerans 27 is het belangrijk dat de informatievereisten voor de aanbieders van onlinemarktplaatsen evenredig zijn, om te zorgen voor een evenwicht tussen een hoog niveau van consumentenbescherming en het concurrentievermogen van aanbieders van onlinemarktplaatsen.

Individuele verhaalsmogelijkheden voor de consument

Door het invoegen van een artikel 11bis in richtlijn 2005/29/EG, stelt de huidige richtlijn individuele verhaalsmogelijkheden ter beschikking van de consumenten die schade hebben geleden door oneerlijke handelspraktijken. Het gaat enerzijds om de vergoeding (schadeloosstelling) van de geleden schade en, indien relevant, om een prijsvermindering of de beëindiging van de overeenkomst. Er wordt gepreciseerd dat deze remedies evenredig en doeltreffend zijn. De Hoge Raad dringt erop aan dat de naleving van deze twee criteria wordt verzekerd.

De lidstaten beschikken op dit gebied over een zekere vrijheid aangezien zij de toepassingsvoorwaarden en de rechtsgevolgen van deze remedies mogen bepalen. In voorkomend geval kunnen zij daarvoor rekening houden met de ernst en aard van de oneerlijke handelspraktijk, de door de consument geleden schade en andere relevante omstandigheden. Considerans 16 gaat nog verder en stelt dat het voor de lidstaten mogelijk moet blijven om rechten op andere remedies te handhaven of in te voeren. Met deze andere remedies worden meer bepaald de reparatie of de vervanging beoogd.

De Hoge Raad kan niet anders dan zich akkoord verklaren met de beoogde doelstelling van de richtlijn om doeltreffende individuele remedies ter beschikking te stellen van de consument die het slachtoffer is van oneerlijke handelspraktijken. Hij benadrukt echter dat er absoluut op moet worden toegezien dat de geboden mogelijkheden evenredig blijven. Het is ook belangrijk dat er rekening wordt gehouden met alle factoren om te bepalen of het werkelijk gaat om een opzettelijke oneerlijke handelspraktijk. Ook daar wordt er een zekere speelruimte toegekend aan de lidstaten. De Hoge Raad vraagt nogmaals aan de Belgische wetgever om niet verder te gaan zodat de ondernemingen die gevestigd zijn op het Belgische grondgebied niet worden benadeeld. Om een zekere aantrekkelijkheid te behouden voor een vestiging in België mogen de regels die van toepassing zijn op de ondernemingen geen negatieve invloed hebben op hun concurrentiepositie ten opzichte van de ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd.

Bovendien beschermt het Europese recht de consument reeds zeer sterk en biedt hem een heel arsenaal aan rechten. Men dient dus niet verder te gaan dan dat en goed uitgebalanceerde regels te behouden om het risico op misbruik door consumenten te vermijden ten aanzien van -hoofdzakelijk kleine- ondernemingen, die vaak minder goed geïnformeerd zijn over alle juridische aspecten inzake overeenkomsten.

De ontbinding van een overeenkomst is een ernstig gevolg. Dit zou dus enkel mogen worden toegepast bij de zwaarste en opzettelijke (opzet of kwade trouw in hoofde van de onderneming) inbreuken die werkelijk zouden gewogen hebben op de keuze van de consument om al dan niet een overeenkomst af te sluiten.

Richtlijn 2011/83/EU

Precontractuele informatie

Net zoals het voorstel toont de richtlijn zich flexibeler ten opzichte van de ondernemingen met betrekking tot de keuze van de gebruikte communicatiemiddelen. Zij voorziet immers een vereenvoudiging van de informatieverplichtingen in functie van het gebruikte kanaal. De informatieverplichting met betrekking tot het verhaalrecht moet niet meer verplicht worden opgenomen in de reclamefase. Uit de resultaten van geschiktheidscontrole is immers gebleken dat deze informatie het meest relevant is in het stadium van de precontractuele informatie en dat zij dus niet nodig is in de reclamefase (consideransen 39 en 40). Men dient dus absoluut te vermijden dat de (onnodige) verplichtingen voor ondernemingen worden verzwaard.

In het licht van de technologische evoluties werd ook de vermelding van het faxnummer geschrapt.

Wat betreft de verplichte vermeldingen, naast zijn geografisch adres, zijn telefoonnummer of e-mailadres verstrekt de handelaar andere vormen van online communicatie *“waarmee de consument de schriftelijke correspondentie met de handelaar (...) op een duurzame gegevensdrager kan bewaren, (...), [en die] de consument in staat stellen snel contact met de handelaar op te nemen en efficiënt met hem te communiceren”*. Dit laatste element werd toegevoegd zodat een onderneming ook gebruik zou kunnen maken van een chatbox of een online formulier als geldig communicatiemiddel met de klant.

Hoewel het eveneens gaat om een logische aanpassing aan de gangbare vormen van communicatie, moet worden benadrukt dat de ondernemer enkel de verplichting heeft om de consument de mogelijkheid te bieden om de gevoerde communicatie op een duurzame gegevensdrager te bewaren. Of de consument al dan niet gebruik maakt van die mogelijkheid, is niet de verantwoordelijkheid van de ondernemer. Dit element zou dus moeten worden verduidelijkt in de gedetailleerde toelichting.

In bepaalde sectoren zou er door de wetgever meer blijk moeten worden gegeven van pragmatisme met betrekking tot de precontractuele informatie die aan de consumenten moet worden verstrekt. In de sector van de brandstoffenhandelaars weet de klant die telefonisch een bestelling voor stookolie plaatst bijvoorbeeld tot wie hij zich richt, welk soort brandstof hij wil en hoeveel. De voorgeschreven informatieverplichtingen (identiteit van de handelaar, de voornaamste kenmerken van de goederen en diensten, ...) vormen een onevenredige en overbodige administratieve last die een vlotte en snelle uitvoering van de bestelling kan belemmeren.

Verzamelen van metagegevens/ reclame

Considerans 35 bepaalt dat richtlijn 2011/83/EU niet van toepassing mag zijn op situaties waarin de handelaar persoonsgegevens verzamelt om de wettelijke voorschriften na te leven, en evenmin op situaties waarin de handelaar alleen metagegevens verzamelt of waarin de consument, zonder een overeenkomst te hebben gesloten, reclame ontvangt uitsluitend om toegang te krijgen tot digitale inhoud of een digitale dienst. Er wordt een zekere ruimte voor uitbreiding gelaten aan de lidstaten. Omwille van dezelfde redenen met betrekking tot de concurrentiepositie en de rechtszekerheid maar ook met het oog op de (technologische) materie die aan snelle verandering onderhevig is, vraagt de Hoge Raad nogmaals aan de Belgische wetgever om niet verder te gaan dan wat door Europa wordt voorgeschreven. Alle ingestelde regels riskeren snel achterhaald te raken maar ook onduidelijk te worden voor veel spelers (consumenten, ondernemers, rechters, ...) die niet over expertise beschikken in deze aangelegenheden.

Herroepingsrecht

Naast het schrappen van de positieve aspecten met betrekking tot het herroepingsrecht, waarnaar werd verwezen onder het algemeen standpunt, stelt de Hoge Raad vast dat de huidige richtlijn een paragraaf toevoegt aan artikel 9 van richtlijn 2011/83/EU. Deze bepaling heeft als doel om de lidstaten toe te laten regels vast te stellen die de herroepingstermijn verlengen tot dertig dagen in plaats van veertien dagen voor overeenkomsten die worden gesloten in het kader van ongevraagde bezoeken door een handelaar bij de consument thuis of van excursies die worden georganiseerd door een handelaar met als doel producten te promoten bij of te verkopen aan consumenten.

De Hoge Raad is volledig gekant tegen een verlenging van de herroepingstermijn. Hij meent dat het invoeren van een dergelijke regel opnieuw sterk nadelig kan zijn voor de concurrentiepositie van de Belgische ondernemingen ten opzichte van de ondernemingen die afkomstig zijn uit andere lidstaten. Aangezien de richtlijn de mogelijkheden schrapt die het voorstel wou invoeren, met name de afschaffing van de verplichting om een goed terug te nemen indien de consument het gebruikt heeft in plaats van het enkel te testen en anderzijds om de mogelijkheid voor de handelaar om het goed pas na ontvangst van de retourzending terug te betalen, is de verhouding tussen de rechten en de plichten van consumenten en bedrijven bovendien nog onevenwichtiger. Daarom dringt de Hoge Raad erop aan dat de Belgische wetgever geen gebruik zou maken van deze speelruimte.

Overigens heeft de huidige richtlijn een nieuwe formulering ingevoerd die impliceert dat indien de uitvoering begonnen is voor het verstrijken van de herroepingstermijn, op uitdrukkelijk verzoek of met uitdrukkelijke instemming van de consument, de handelaar ook de uitdrukkelijke erkenning van de consument moet hebben verkregen dat hij zijn herroepingsrecht verliest zodra de handelaar de overeenkomst volledig heeft uitgevoerd. Het gaat hier nogmaals om een bijkomende vereiste voor de handelaar. Bovendien wordt niet gepreciseerd onder welke vorm deze uitdrukkelijke erkenning moet worden verkregen. Naast het onevenwicht dat opnieuw wordt versterkt, zorgt dit ook voor een bepaalde rechtsonzekerheid voor de handelaar om er zeker van te zijn dat hij correct zijn verplichtingen heeft vervuld.

Aangezien zij zich waarschijnlijk bewust waren van de administratieve last en het onevenwicht die deze bepaling met zich meebrengt, hebben de opstellers van de richtlijn de lidstaten een mogelijkheid tot verlichting gelaten. Volgens de toevoegingen aan artikel 16 van richtlijn 2011/83/EU, mogen de lidstaten in het geval van dienstenovereenkomsten die voor de consument een betalingsverplichting inhouden indien hij specifiek heeft verzocht om een bezoek van de handelaar voor de uitvoering van herstellingen, bepalen dat de consument het herroepingsrecht verliest nadat de dienst volledig is uitgevoerd, mits de uitvoering is begonnen met de voorafgaande uitdrukkelijke toestemming van de consument. In dit geval vraagt de Hoge Raad, nog steeds omwille van de balans tussen de rechten en de plichten van de verschillende partijen, dat de Belgische wetgever bij de omzetting gebruik zou maken van de toegekende mogelijkheid.

Verwijzend naar considerans 43, die een meer expliciete uitzondering voorziet op het herroepingsrecht voor *“overeenkomsten voor individuele leveringen van niet-netwerkenenergie, omdat de prijs hiervan gebonden is aan schommelingen in de grondstoffen- en energiemarkten waarop de handelaar geen invloed heeft en die zich binnen de herroepingstermijn kunnen voordoen”*, vraagt de Hoge Raad ten slotte aan de wetgever om van de gelegenheid gebruik te maken om te verduidelijken dat deze uitzondering wordt beoogd in artikel VI.53, 2° van het Wetboek van economisch recht.

BESLUIT

De Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO hecht belang aan het juiste evenwicht tussen de rechten en de plichten van de partijen. Het Europees recht is zeer sterk uitgerust voor consumentenbescherming.

Om dit evenwicht en een houdbare concurrentiepositie te verzekeren voor kleine ondernemingen zoals de zelfstandigen en de kmo's vraagt de Hoge Raad aan de Belgische wetgever om daar waar er een bepaalde vrijheid wordt gelaten aan de lidstaten niet verder te gaan dat wat door Europa wordt voorgeschreven.

Wat de sancties betreft, vraagt de Hoge Raad aandacht voor de opzettelijke aard bij het bepalen en het toepassen van de sancties.

Ten slotte verzoekt de Hoge Raad om te worden geraadpleegd over de ontwerpen van wetteksten die zullen worden opgesteld, zodat hij ook een technisch/juridisch advies kan uitbrengen over de concrete omzetting van de huidige richtlijn.
