

N Omnibus A
MH/SL/AS
862-2021

Brussel, 21 september 2021

ADVIES

betreffende

**HET VOORONTWERP VAN WET HOUDENDE WIJZIGING VAN
BOEKEN I, VI EN XV VAN HET WETBOEK VAN ECONOMISCH RECHT
IN HET KADER VAN DE OMZETTING VAN DE ZOGEGENAAMDE
"OMNIBUS"RICHTLIJN.**

In zijn brief van 5 juli 2021 heeft de heer David Clarinval, Minister van Middenstand, Zelfstandigen, KMO's en Landbouw, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing, het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO gevraagd betreffende een voorontwerp van wet houdende wijziging van boeken I, VI en XV van het Wetboek van economisch recht in het kader van de omzetting van de Omnibusrichtlijn.

Na raadpleging van de commissie Marktpraktijken heeft de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO op 21 september 2021 onderstaand advies uitgebracht.

CONTEXT

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

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 de prijsaanduiding.

De Hoge Raad heeft zich de afgelopen twee jaar al twee keer uitgesproken over dit onderwerp².

STANDPUNT

Allereerst stelt de Hoge Raad positief vast dat zijn verzoek om te worden geraadpleegd over concrete ontwerpen van wetteksten voor de concrete omzetting van de richtlijn werd gehoord.

De mening van de Hoge Raad die pleit voor het vermijden van *goldplating* bij de omzetting van Europese richtlijnen is bekend, maar kan nogmaals worden herhaald. Op veel punten heeft de wetgever daar in onderhavig geval rekening mee gehouden.

De Hoge Raad zal zijn opmerkingen over de verschillende aspecten uitwerken volgens de volgorde van de artikelen van het voorontwerp van wet.

De belangrijkste kritiek die naar voren komt bij het lezen van dit voorontwerp van wet is dat bepaalde aspecten/situaties niet nauwkeurig genoeg zijn en daardoor rechtszekerheid missen voor de hoofdrolspelers en in het bijzonder voor ondernemingen.

Naast de artikelen die expliciet in dit advies worden genoemd, verwijst de HRZKMO voor het overige naar de standpunten die in zijn eerdere adviezen over de omzetting van de Omnibusrichtlijn naar voren werden gebracht.

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 de 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.

² Advies van 19 februari 2019 over een “new deal” voor de consument en advies van 20 oktober 2020 over de omzetting van de Omnibusrichtlijn.

SPECIFIEKE OPMERKINGEN

Artikel 7 - Definities

Dit artikel voegt een definitie toe die eigen is aan Boek XVII van het Wetboek van Economisch Recht (WER). Het definieert op een extreem brede manier de "bevoegde instantie" die kan optreden ter verdediging van collectieve belangen. De Hoge Raad kan zich niet achter deze definitie scharen, omdat deze niet de nodige garanties bevat om de rechtszekerheid voor alle betrokken partijen te waarborgen. De contouren van wat een bevoegde instantie moet zijn, worden duidelijk omschreven in artikel XVII.39, waarnaar het volstaat te verwijzen. De Hoge Raad vraagt daarom om hier gewoon naar te verwijzen en geen nieuwe definities te creëren die onnodig en bovendien niet nauwkeurig genoeg zijn om niet aan interpretatie onderhevig te zijn.

Artikel 11 - Aankondigingen van prijsverminderingen

Artikel 11 van het voorontwerp van wet voegt artikel VI.18 toe aan het Wetboek van economisch recht.

In het kader van het opstellen van de om te zetten bepaling had de Hoge Raad de Belgische wetgever gevraagd om de versie van artikel 43 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument over te nemen, die de beste garantie biedt voor de rechtszekerheid van alle partijen en voor eerlijke praktijken en die haar waarde reeds heeft bewezen.

De in het voorontwerp van wet opgenomen bepaling volgde deze suggestie niet. Dientengevolge dienen volgens de Hoge Raad bepaalde verbeteringen/verduidelijkingen te worden aangebracht aan dit nieuwe artikel VI.18 om de rechtszekerheid van de partijen te garanderen en om te vermijden dat dit de deur openzet voor verschillende interpretaties.

De Hoge Raad hecht namelijk het grootste belang aan de transparantie en duidelijkheid van deze bepalingen om de rechtszekerheid van de ondernemingen te garanderen, die de voorbije jaren ontbrak door de talrijke wijzigingen als gevolg van de opeenvolgende omzettingen van Europese richtlijnen. De kans wordt hier geboden en moet dus worden gegrepen.

Art 11, §1

Om verwarring te voorkomen, is het verstandig toe te voegen dat het over "aankondigingen van prijsverminderingen *aan de consument*" gaat. Het toepassingsgebied van de Omnibusrichtlijn dekt namelijk alleen B2C-relaties, wat ook het geval was met eerdere wetgeving die deze kwestie regelde³.

De terminologie die in de memorie van toelichting wordt gebruikt, is nauwkeuriger dan die in de bepaling. Het doel van een wettelijke bepaling is echter om een duidelijke regel vast te leggen. Daarom stelt de Hoge Raad voor om "tijdens een periode die niet korter is dan 30 dagen" te vervangen door "tijdens de periode van 30 dagen". Dit laat geen ruimte voor interpretatie en waarborgt de rechtszekerheid van partijen.

Prijsvergelijkingen vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 11 van het voorontwerp van wet. Er moet inderdaad een onderscheid worden gemaakt tussen aankondigingen van prijsverminderingen en prijsvergelijkingen, zoals trouwens in de memorie van toelichting is aangegeven.

Zo is de Hoge Raad van mening dat, volgens de verschillende toelichtingen die in de memorie van toelichting zijn opgenomen, wanneer een bedrijf een korting van een bepaald percentage op de online winkel aankondigt ten opzichte van de prijzen die in de fysieke winkel worden gehanteerd, het om een prijsvergelijking gaat en dat dit dus wel degelijk buiten het toepassingsveld van dit artikel valt. Hij vraagt om deze verduidelijking ook op te nemen in de memorie van toelichting.

³ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en Wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken

Met betrekking tot **wekelijks weerkerende kortingen**, bijvoorbeeld elke woensdag een korting op een bepaald goed, hanteert de memorie van toelichting een restrictieve interpretatie door te stellen dat in geval van wekelijkse woensdagkortingen de referentieprijis de prijs is die de daaraan voorafgaande woensdag werd toegepast, voor zover dit de laagste prijs is die door de onderneming werd toegepast gedurende de referentieperiode van dertig dagen voorafgaand aan de aankondiging van de prijsvermindering. Deze interpretatie komt niet overeen met de realiteit op het terrein, ze gaat te ver. De consument is zich er terdege van bewust dat deze prijs niet de basisprijs is. Een dergelijke interpretatie zal uiteindelijk de consumenten benadelen, aangezien ondernemingen deze praktijk niet langer zullen aanhouden gezien de gevolgen ervan.

Een andere beoogde toepassing van de bepaling gaat wederom te ver. Zo lezen we in de memorie van toelichting dat “De **braderijprijs** zal [...] te beschouwen zijn als de referentieprijis indien dit de laagste prijs is die de onderneming heeft toegepast tijdens de referentieperiode van dertig dagen voorafgaand aan de prijsvermindering die wordt toegepast ter gelegenheid van de soldenperiode”. De Hoge Raad moet nogmaals vaststellen dat de omzetting niet in de geest van de wetgeving is opgesteld en niet in overeenstemming is met de realiteit op het terrein. Inderdaad, zelfs in de eerdere versies van deze hierboven reeds genoemde praktijken heeft een dergelijke interpretatie nooit de overhand gehad. Het is voor alle actoren (inclusief consumenten wiens bescherming het doel is) duidelijk dat deze gebeurtenissen uitzonderingen vormen op de normale verkoopsituatie. Daarnaast zal een dergelijke invulling uiteindelijk ook de consument benadelen, aangezien bedrijven niet meer geneigd zullen zijn dergelijke evenementen te organiseren of er interessante artikelen aan te bieden. De Hoge Raad vraagt dat er voor de bepaling van de referentieprijis geen rekening wordt gehouden met prijsverminderingen ter gelegenheid van handelsmanifestaties tijdens de sperperiode (art. VI.29, § 4 WER).

Art 11, §2

De Hoge Raad is van oordeel dat het aangewezen is om geen vaste, verkorte periode in de wetgeving op te nemen, maar om de onderneming de vrijheid te geven om zelf, mits de nodige transparantie ten aanzien van de consument, een kortere referentieperiode te bepalen voor een goed dat minder dan dertig dagen op de markt is. In dat geval dient de laagste prijs die tijdens de verkoopperiode van minder dan dertig dagen werd toegepast als de ‘vorige prijs’ te worden beschouwd.

Bovendien is er een terminologiefout in dit artikel geslopen: de term "product" moet worden vervangen door het woord "goed".

Artikel 12 - Progressieve prijsvermindering

Artikel 12 van het voorontwerp van wet introduceert een artikel VI.19 in het Wetboek van economisch recht. In de versie die voor advies aan de Hoge Raad is voorgelegd, lijkt de keuze voor de aan te nemen versie nog niet definitief vast te staan.

Dit artikel gaat over de progressieve vermindering van de prijs over een ononderbroken periode met behoud van een initiële referentieprijis.

De Hoge Raad spreekt zich zonder aarzelen uit voor de tweede optie in het voorontwerp van wet, die een limiet op de genoemde ononderbroken periode voorziet van maximaal 30 dagen. De vaste termijn zorgt voor meer transparantie en meer rechtszekerheid voor alle belanghebbenden. Ook identificeert de consument de referentieprijis duidelijker. Dit systeem is eenvoudiger in te voeren en te controleren.

Bovendien sluit dit systeem beter aan bij de mechanismen die voorheen van kracht waren en waar de Hoge Raad in zijn advies van 2020 om vroeg.

Met betrekking tot de seizoensgebonden soldenperiodes is het verstandig te specificeren dat in dit verband de referentieprijs de prijs is die wordt gehanteerd in de 30 dagen voorafgaand aan de eerste dag van de solden.

Artikel 13 en volgende. - Precontractuele informatie

De Hoge Raad juicht het toe dat de wetgever bij de omzetting de Europese voorschriften nauwgezet heeft opgevolgd en de Belgische ondernemingen dus niet heeft benadeeld door hen bijkomende verplichtingen op te leggen.

Artikel 16 - Onlinemarktplaatsen

De Hoge Raad wil de aandacht vestigen op een problematiek in verband met de reissector. Momenteel zijn de zeer grote operatoren (van het type Booking.com enz.) erin geslaagd om de voorgeschreven regeling te omzeilen en niet onderworpen te zijn aan de wet van 21 november 2017 betreffende de verkoop van pakketreizen, gekoppelde reisarrangementen en reisdiensten en derhalve aan de desbetreffende richtlijn. In het kader van de huidige omzetting moet erop worden toegezien dat deze ondernemingen wel degelijk onderworpen zijn aan de regels ter bescherming van de consumentenrechten en er dus niet aan ontsnappen onder het voorwendsel dat zij een onlinemarktplaats zijn wanneer zij daadwerkelijk optreden als tussenpersoon bij het afsluiten van een verkoopovereenkomst en niet enkel als aanbieder van een online tool.

Artikel 20 - Herroepingsrecht

De Hoge Raad verwijst voor zijn algemene visie op de ontwikkelingen rond het herroepingsrecht naar de eerdergenoemde adviezen.

Wat betreft de formulering van deze bepaling in dit voorontwerp van wet, apprecieert de Hoge Raad dat de wetgever heeft gekozen voor een zuivere omzetting van de richtlijn.

De Hoge Raad wil er enkel aan herinneren dat de reissector onderworpen is aan een bijzondere regeling (lex specialis) en niet kan werken volgens het systeem van herroepingsrecht.

Artikel 24 - Verkoop buiten verkooppunten

Artikel 24 van het voorontwerp van wet voegt een tweede lid toe aan artikel VI.66 van het Wetboek van economisch recht. Het machtigt de Koning om ten aanzien van bepaalde partijen maatregelen te nemen ter bescherming van de consument in het kader van ongevraagde bezoeken bij de consument thuis of van excursies. Hoewel hij liever had gezien dat deze aspecten letterlijk in de wettekst zouden staan, is de Hoge Raad enigszins gerustgesteld bij het lezen van de Memorie van Toelichting waarin het volgende staat: *“Het beperkte toepassingsgebied van deze nieuwe bepaling moet goed voor ogen worden gehouden: ze heeft niet tot doel bepaalde sectoren uit te sluiten van deze verkooptechniek. Er kunnen immers slechts maatregelen worden getroffen voor wat betreft ongevraagde bezoeken ten huize van de consument voor zover deze tot doel hebben de legitieme belangen van de consument te beschermen met betrekking tot agressieve of misleidende marketing- of verkooppraktijken. Er moet dus eerst worden beoordeeld of een bepaalde concrete praktijk een agressieve of misleidende marketing-of verkooppraktijk is. De consequentie daarvan is dat het geen enkele sector op algemene wijze kan worden verboden om aan deur-aan-deurverkoop te doen. Maatregelen kunnen enkel worden genomen om bepaalde praktijken aan te pakken waarvan is vastgesteld dat zij agressief of misleidend zijn. Het is daarom efficiënter om aan de Koning de bevoegdheid te verlenen specifieke maatregelen te nemen voor de sectoren waarvoor is vastgesteld dat er agressieve of misleidende marketing-of verkooppraktijken bestaan.”* Hij hecht ook veel belang aan het feit dat de verplichte raadpleging van de HRZKMO zou worden voorzien in de bepaling alvorens een dergelijk besluit kan worden voorgesteld.

Artikel 28 - Dubbele kwaliteit

Allereerst is de Hoge Raad verheugd door de Belgische wetgever te zijn gehoord in die zin dat de wetgever niet aan *goldplating* heeft gedaan met betrekking tot de bepalingen over het dubbele kwaliteitsniveau van producten. De bepaling van de richtlijn is inderdaad letterlijk overgenomen in het voorontwerp van wet.

Hij betreurt echter dat er geen gevolg is gegeven aan zijn opmerking waarin wordt gevraagd om een definitie van "legitieme en objectieve factoren". Ondernemingen kunnen zich in een situatie van rechtsonzekerheid bevinden, niet wetend of hun zaak als objectief en legitiem zal worden beschouwd. In de memorie van toelichting zijn enkele pistes aangegeven, maar er kunnen nog veel subjectieve elementen meespelen.

Artikel 29 - Consumentenbeoordelingen

Lid 7 ter aanvulling van artikel VI.99 behandelt de verplichtingen van de onderneming wanneer zij toegang biedt tot consumentenbeoordelingen van producten .

De Hoge Raad herinnert eraan dat sommige ondernemingen, in het bijzonder zelfstandigen en kmo's, niet altijd al deze digitale technieken beheersen. Hij pleit er dan ook voor om hier rekening mee te houden wanneer moet worden bepaald of de onderneming haar verplichtingen ter zake is nagekomen. Gezien de sanctie die hiermee gepaard gaat, moet, aangezien dit soort praktijken op de zwarte lijst van verboden praktijken staat, rekening worden gehouden met het (al dan niet) opzettelijke karakter en de goede trouw van de ondernemer.

Art 35 - Niveau van de sancties

Om aan de richtlijn te voldoen, heeft de Belgische wetgever gekozen voor een eenvoudige optie, namelijk om de percentages gewoon toe te voegen aan de omzet in de categorisering van inbreuken. Bovendien wordt er geen onderscheid gemaakt voor grensoverschrijdende inbreuken, waartoe het toepassingsgebied van de Omnibusrichtlijn evenwel beperkt was.

De Hoge Raad is van oordeel dat deze keuze te streng en te restrictief is en niet in overeenstemming is met de realiteit op het terrein. Inderdaad, de lokale handelaar die uit onwetendheid over de wetgeving en derhalve ter goeder trouw een inbreuk van niveau 1 begaat, kan, afhankelijk van het systeem dat zou worden ingevoerd, worden bestraft met een bedrag dat kan oplopen tot 4% van de totale jaaromzet van het voorgaande boekjaar. De vast te stellen sancties moeten doeltreffend en afschrikkend zijn, maar ook evenredig, wat hier niet het geval is. De Hoge Raad hoopt dat het gegeven voorbeeld de wetgever in staat zal stellen de realiteit op het terrein te zien en hem ertoe zal aanzetten om zijn tekst te verbeteren en daarbij de evenredigheid van de sanctie beter te garanderen.

De Hoge Raad herhaalt daarom de opmerking die al werd gemaakt in zijn advies van 2020, waarin staat dat de boete van 4% van de omzet voor grensoverschrijdende inbreuken onevenredig is voor kmo's. Het echte doelwit moet niet de materiële fout of de fout te goeder trouw te zijn, maar de grote georganiseerde fraude die vaak duizenden consumenten treft. Deze twee situaties moeten op zijn minst verschillend worden behandeld. Voor het overige nodigt de Hoge Raad uit om de overwegingen op dit gebied te herlezen die in zijn twee eerdere adviezen werden uiteengezet.

Art 36 - Sancties: Oneerlijke bedingen

Ook hier kan de Hoge Raad de redenering van de wetgever, die heeft gekozen voor het gemak van zijn opdracht en van de controleorganen zonder echter de nodige aandacht te schenken aan de realiteit op het terrein, niet aanvaarden. Het is waar dat de Omnibusrichtlijn bepaalt dat elke inbreuk op de richtlijn oneerlijke bedingen moet worden bestraft. De Hoge Raad herinnert eraan dat dit reeds het geval is in het Belgische recht, zoals de memorie van toelichting overigens aangeeft, aangezien een dergelijke clause inderdaad als nietig zal worden beschouwd.

Elk onderscheid tussen oneerlijke bedingen wegnemen en niet langer rekening houden met het opzettelijke karakter (kwade trouw) is volstrekt onevenredig. Ook hier dringt de Hoge Raad er bij de wetgever op aan de nodige aanpassingen te voorzien om een zeker evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen te herstellen.

Hij sluit zich aan bij het voorstel van de brc Verbruik dat het aangewezen is gebruik te maken van de mogelijkheid die de richtlijn biedt om de administratiefrechtelijke sancties waarvan sprake in de gewijzigde Richtlijn 93/13/EEG te beperken tot:

- enerzijds de situaties waarin een contractueel beding door het Belgisch recht als een beding op de zwarte lijst wordt opgevat (d.i. de lijst van 33 bedingen die steeds als onrechtmatig worden beschouwd uit artikel VI.83 van het Wetboek van Economisch Recht);
- anderzijds de situaties waarin een onderneming contractuele bedingen blijft gebruiken, terwijl ze als oneerlijk werden aangemerkt door de ondernemingsrechtbank als gevolg van een vordering tot staking.

Schadevergoeding

Dit aspect werd door de Hoge Raad reeds vermeld in zijn advies van 2019, maar men vindt het niet terug in het voorontwerp van wet.

In een poging om de rechten en plichten van de partijen enigszins in evenwicht te brengen, vraagt de Hoge Raad opnieuw expliciet te voorzien in de mogelijkheid om tot schadevergoeding over te gaan door een eventuele vastgestelde waardevermindering in mindering te brengen op het terugbetaalde bedrag wanneer de consument, die gebruik maakt van zijn herroepingsrecht, het goed terugstuurt maar het vermoedelijk heeft gebruikt en er bijgevolg schade aan heeft toegebracht.

CONCLUSIE

De Hoge Raad voor Zelfstandigen en KMO's is verheugd dat zijn verzoek om te worden geraadpleegd over de concrete teksten van de omzetting van de Omnibusrichtlijn in Belgisch recht werd gehoord.

Als rekening wordt gehouden met zijn verzoeken om aanpassingen maar vooral om verduidelijkingen teneinde de rechtszekerheid te waarborgen, is de Hoge Raad over het algemeen tevreden met de tekst die hem voor advies werd voorgelegd, behalve wat betreft de sancties die grondig moeten worden herzien om de evenredigheid te waarborgen
