

DE WET HANDELSPRAKTIJKEN, STOORZENDER VOOR DE VRIJE MEDEDINGING?

Steven Vanackere

Beleidsvoerders staan voortdurend voor een verscheurende keuze tussen billijkheid en efficiëntie. De norm voor de wet handelspraktijken is de billijkheid: hoe gedraag je je als 'fatsoenlijk' handelaar? De vrij economische aanpak in dit werk tracht bloot te leggen hoe op deze manier een stuk efficiëntie wordt opgegeven, hoe de structuur van de vrije mededinging erdoor wordt aangetast.

Les politiciens se trouvent continuellement devant le choix terrible entre l'équité et l'efficience. La norme de la loi sur les pratiques du commerce est l'équité: quel comportement convient au commerçant honnête? Un point de vue plutôt économique peut révéler qu'ainsi, la loi sacrifie partiellement l'efficience, qu'elle entame la structure de la compétition parfaite.

Policy makers continuously find themselves in the unpleasant position of having to choose between equity and efficiency. The standard of the trade practices act is equity: what behaviour can be expected of a 'decent' merchant? A rather economical approach will try to show the cost of this act in terms of efficiency: it will indicate how the market structure of free competition is affected.

§ 1. VRAAGSTELLING

1. De wet Handelspraktijken (verder afgekort als WHP) heeft ontegensprekelijk met mededinging te maken. Ook al is geen concurrentiële relatie nodig opdat tussen twee partijen een vordering tot staken mogelijk zou zijn (1), toch kan er geen twijfel over bestaan dat de WHP, juist door het voorwerp van haar voorschriften, drastisch in de mededingingsstructuur ingrijpt. Zij heeft echter de vrije mededinging niet zozeer op het oog, veeleer de eerlijke mededinging.

2. Vrije mededinging is een economisch begrip dat verwijst naar één van de manieren om de markt te ordenen, naast andere vormen zoals mono-

(1) VAN GERVEN, W., *Leerboek handels- en economisch recht*, II, 1982, Antwerpen, SWU, 269.

polie, oligopolie, enz. Traditioneel (2) somt men als kenmerken van de zuivere mededinging op :

- Er zijn veel aanbieders en veel vragers op de markt.
- De verhandelde goederen zijn homogeen, substitueerbaar.
- De markt is transparant : relevante informatie, die individuen tot rationele marktbeslissingen brengen moet, is perfect beschikbaar.
- De deelnemers zijn 'prijs-nemers' : prijzen zijn door de markt gegeven en kunnen door producent of consument individueel niet gewijzigd worden.

3. Het gaat hier vanzelfsprekend om een ideëel model, waarvan het spiegelbeeld in de realiteit altijd verdraaiingen kent. Toch wordt algemeen aanvaard dat (het zo goed mogelijk benaderen van) deze marktform in zeer vele gevallen de welvaart dient. Haar grootste verdienste ligt misschien in het feit dat de prijzen waartoe zij leidt het best de echte, economische kost van een product weergeven. Dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot het monopolie waar de aanbieder grote overwinst kan realiseren, ten koste van de welvaart van de individuele consument, door zijn aanbod te reduceren en zo hogere prijzen te bekomen.

4. De WHP stelt echter, zoals gezegd, de eerlijke mededinging centraal. Rechtvaardigheid (of althans een bepaalde opvatting daarover) komt in de plaats van efficiëntie. Men wil marktdeelnemers beschermen tegen de sterksten, omdat de overmacht van die sterken — iets waar ze volgens de economische 'wet' van de vrije mededinging 'recht' op hebben ! — onbillijke gevolgen met zich meebrengt. We kunnen dus rustig stellen dat het in de WHP gaat om bescherming tegen de concurrentie i.p.v. bescherming van de concurrentie.

5. Nu zijn vrije mededinging en eerlijke mededinging niet noodzakelijk opposieten. Wanneer de wetgever, op basis van een norm van eerlijke mededinging, verbiedt om met verlies te verkopen, dan kan dit prijzenoorlogen helpen voorkomen waarin de zwakkere handelaars zware klappen te incasseren zouden krijgen. Op de lange termijn kan door zo'n verbod eventueel ook de zuivere concurrentie gediend worden. Opeenvolgende prijzenoorlogen zouden immers kunnen leiden tot een markt met slechts één (monopolistische) of slechts enkele (oligopolistische) overlevende handelaars, zodat de consument uiteindelijk toch het gelag te betalen zou hebben, via onvermijdelijk hogere prijzen.

6. Een goed wetgever ziet vrije concurrentie en eerlijke concurrentie dus als componenten : beiden zijn te beschouwen als welvaartsvoorwaarden en moeten als zodanig nagestreefd worden. Spijtig genoeg voor die wetgever is deze opdracht niet zo eenvoudig. Als 'oneerlijke concurrentie' mag niet

(2) EYSKENS, M., *Micro-economische theorie*, I, s.d., Leuven, Wouters, 17.

verboden worden wat als 'vrije concurrentie' moet toegelaten worden (3). Daarmee is de kous echter nog niet af! Men stelt terecht, vanuit billijkheidsoverwegingen, dat al wat als 'oneerlijke concurrentie' hoort verboden te zijn, niet als 'vrije concurrentie' mag toegelaten worden.

7. Zo wordt de wetgever een koorddanser, met twee waarden aan de uiteinden van zijn balanceerstok. Verbieden we afbrekende reclame, omdat ze in strijd is met een soort fair play tussen handelaars? Of staan we haar integendeel toe (zolang de verstrekte informatie correct is), omdat de transparantie van de markt, de voorlichting van de consument erdoor gediend wordt? Sceptici (en daar reken ik mezelf voor de gelegenheid toe) kunnen opmerken dat de koorddanser-wetgever niet zozeer aan waardenafweging doet, wel aan belangenafweging. Grote distributiebedrijven, consumenten en hun verenigingen, kleine handelaars, professionele organisaties,... Wie weegt er het zwaarst?

8. In deze bijdrage wordt gepoogd te analyseren hoe bepaalde artikelen van de WHP de vrije mededinging aan banden leggen. In hoeverre het goed is dat de een de ander aan banden legt, m.a.w. waar de beleidsgrens ligt tussen vrije en eerlijke mededinging, is een veel delicateser probleem. Toch zal ook daar geprobeerd worden enkele suggesties te formuleren.

§ 2. ANALYSE

A. De WHP zelf

9. Het is misschien niet onverstandig te vertrekken met een weinig voor de hand liggende vraag: in hoeverre tast een reglementering, om het even welke reglementering, vanzelf al niet de marktstructuur aan? In het reglementeren zelf ligt al een eerste afwijzing van een marktsysteem dat met zijn spreekwoordelijke 'invisible hand', wars van elk menselijk ingrijpen, zou zorgen voor een optimale verdeling van schaarse middelen. Deze afwijzing van het 'laissez faire, laissez passer-principe' is trouwens in de twintigste eeuw (terecht) algemeen geworden: meer en meer economen en politici kregen oog voor de marktfalingen die het gevolg waren van een ongenueanceerd vertrouwen in de vrije markt. Als remedie voor deze kwaal stelden ze dan ook kordaat overheidsingrijpen voor, o.a. via allerlei reglementeringen (4).

(3) VAN DEN BERGH, R., Over de mededingingsbeperkende werking van de wet handelspraktijken of het verhaal van concurrenten die tegen de concurrentie beschermd willen worden, *Economisch en Sociaal Tijdschrift*, 1980, 421.

(4) Ook in de motieven van het Ontwerp nr. 947 (*Parl. St. Sen.* 1984-85, nr. 947-1, p. 1) over de WHP weerklinkt deze filosofie nog. Men spreekt er van "l'assainissement de la concurrence".

10. Een groeiend netwerk van reglementeringen herschiep ons Westers marktsysteem tot een gemengde economie: overheidsmaatregelen en vrije markt gaan hand in hand. Het kon echter niet uitblijven dat sommige economen het concept 'overheidsfalingen' introduceerden: inefficiënties, verspillingen, verkeerde allocatie van goederen, enz., juist tengevolge van de bemoeienis van de overheid! Ook sommige juristen klagen trouwens over een overproductie aan wetten, en hun verwijten kaderen in deze evolutie.

11. Het onderwerp van deze bijdrage valt voor een stuk te begrijpen als de vraag naar eventuele overheidsfalingen in de WHP.

B. Aanduidingen

12. Aanduidingen (van prijs, hoeveelheid, benaming en samenstelling, benaming van oorsprong) kunnen mee aan de basis liggen van een transparante markt, waarin relevante informatie voor de consumenten beschikbaar wordt gesteld.

13. Prijsconcurrentie kan enkel haar werk doen als de consument "ondubbelzinnig" (zie art. 2 § 1 WHP) op de hoogte wordt gesteld van de aangekende prijs. Ook het feit dat een "eindprijs" (zie art. 2 § 3 WHP), waarin BTW e.d. al is bijgerekend, wordt aangeduid, helpt de consument een correcte evaluatie van zijn tegenprestatie (in geld) te maken. Het maakt tegelijkertijd een eenvormige vergelijking van producten uit verschillende handelszaken mogelijk.

14. Die eenvormige vergelijking wordt ook gediend door de aanduiding van de hoeveelheid (Afdeling II WHP). Toch blijft het voor de klant een hele klus om gauwgauw een pak chocolade van 250 gram aan 57 frank te vergelijken met een pak van 150 gram aan 31 frank. Unit pricing, het aanduiden van de prijs per (bv. gewichts)eenheid, kan hier een consument- en concurrentievriendelijke oplossing zijn. Daarbij moet echter opgemerkt worden dat de techniek van unit pricing voor de handelaar extra kosten met zich meebrengt. Deze kosten kunnen gemakkelijker gedragen worden door bv. grootwarenhuizen dan door kleine detailhandelaars. Voor zover men deze prijsaanduiding beschouwt als een wezenlijk kenmerk van een goede koop, hoeft men daar echter geen problemen mee te hebben: de relatief lagere kost van unit pricing voor grotere concerns is dan immers niets anders dan een volkomen respectabel schaalvoordeel.

15. Echt voldoende is dit alles niet helemaal. Er wordt immers van de consument (zijnde de motor van de concurrentiestrijd) verwacht dat hij of zij de actuele prijzen in de verschillende handelszaken nagaat, onthoudt en vergelijkt, teneinde de beste koop te realiseren en zo de prijzenconcurrentie

tie te laten triomferen. Dit betekent echter dat de transactiekost (d.i. de vaak veronachtzaamde kost van informatie vergaren, onderhandelen, beslissen,...) disproportioneel oploopt. Zo'n vergelijking tussen verschillende zaken kan de consument zich dus niet altijd veroorloven.

16. Een oplossing voor dit probleem, nl. de prijsvergelijking, heeft de Belgische wetgever niet aanvaard. 'Prijsvergelijking' — het woord zelf is uit de wet verdwenen — is immers alleen toegelaten voor prijzen die men zelf tevoren pleegde toe te passen of voor gereguleerde prijzen. Men zou nochtans kunnen stellen dat de gedragscode van de eerlijke handelaar niet wordt geschonden wanneer op een accurate manier wordt meegedeeld welke prijs de concurrent(en) aanrekenen. In België schijnt men hierover een andere opvatting op na te houden.

17. Een treffend voorbeeld hiervan vindt men in de boekensector (5). De verticale prijsbinding, afgedwongen door het VBVB (Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen) werd daar doorbroken door een grootwarenhuisketen. Het VBVB reageerde met vorderingen tot staken. In een eerste zaak (6) werd gevonnist dat de aankondiging "Nieuwigheden - Boeken - Korting van 20 % op de aanbevolen prijs - De korting is in de prijs inbegrepen" het publiek misleidt, omdat er ten onrechte de indruk van een prijsverlaging wordt gewekt. Prijsverlaging kan immers enkel t.o.v. vroeger door dezelfde detailhandelaar toegepaste prijzen. In een tweede zaak (7) werd gesteld dat de praktijk van de doorgehaalde prijzen verboden is wanneer de vroegere prijs nooit door dezelfde handelaar in dezelfde inrichting werd toegepast. Het Koninklijk Besluit van 20 december 1979 (8), elk jaar te verlengen, ging nóg verder door voor de verkoop van boeken, prentenalbums en prentenboeken elke aanduiding van prijzen die niet de werkelijk gevraagde prijzen waren, te verbieden (cf. art. 3, 3^o WHP). Hier wordt het systeem van de prijsconcurrentie zonder meer ontvoerd. Hoe zou zij immers kunnen functioneren, wanneer prijsverschillen niet mogen meegedeeld worden?

18. Noteer daartegenover een opmerkelijke uitspraak van 1983 (9) waarin gesteld wordt: "De nieuwkomer die overgaat tot prijsvergelijkingen tussen een nieuwe service en bestaande systemen stelt als dusdanig geen oneerlijke handelsdaad. (Dergelijke publiciteit wordt echter afbrekend, in de mate dat gesteld wordt dat de bestaande systemen 'veel te duur' zijn)".

(5) Bron van dit voorbeeld: VAN DEN BERGH, R., o.c.

(6) Voorz. Kh. Brussel, 22 oktober 1979, niet gepubliceerd (A.C./8.147/79).

(7) Voorz. Kh. Brussel, 22 oktober 1979, niet gepubliceerd (A.C./8.148/79).

(8) B.S., 8 januari 1980.

(9) Luik, 3 februari 1983, *Jur. Liège*, 1984, 226, noot FRANCOIS, P.

Bemerk hoezeer in deze uitspraak de sfeer van de prijsvergelijking en die van de handelspubliciteit (beter : reclame) in elkaar overlopen.

19. Andere aanduidingen (o.a. i.v.m. de samenstelling) verwijzen naar de kwaliteit van het product. Kwaliteitsconcurrentie is in een stelsel van monopolistische concurrentie — het model dat de realiteit vaak het best benadert — zo mogelijk nog belangrijker dan prijsconcurrentie. Het is dan ook onontbeerlijk voor de goede werking van de vrije mededinging dat de consument geïnformeerd wordt over de kwaliteit van het product. Hier lopen consumentenvoordeel en concurrentievoordeel parallel. Of de aanduiding van de samenstelling van een product concurrentieel positieve gevolgen met zich meebrengt, hangt vanzelfsprekend ook af van hoe wakker de klant is: wie onder ons controleert het voorkomen van E122, E131, E153,... in zijn dropjes aan de hand van de verpakking?

20. Op het eerste gezicht lijkt de concurrentievervalsende werking van een beschermde benaming van oorsprong nogal mee te vallen. Het 'monopolie' dat men toestaat betreft enkel de benaming: concurrenten hebben het volste recht een analoog product, zo mogelijk zelfs van betere kwaliteit, op de markt te brengen, zolang ze dat maar onder een andere benaming doen. Enkel wanneer de benaming zo ingeburgerd zou zijn voor deze of gene producten, komt de nieuwe concurrent voor een drempel te staan die hem kan hinderen in de toegang tot de markt. In België bestaat echter geen arsenaal van streekgebonden kwaliteitsproducten (zoals dat bv. in Frankrijk veel meer het geval is), zodat het effect van deze bepalingen uiteindelijk toch marginaal blijft.

21. Als gezond principe dient nochtans gesteld te worden dat de benaming van oorsprong enkel beschermd mag worden als er sprake is van een duidelijke kwaliteitsband tussen het product en de plaats waar het geproduceerd wordt. Enkel en alleen dan immers bevat die benaming relevante informatie voor de consument.

C. Handelspubliciteit

22. De bewoordingen van art. 19 WHP zijn uitdrukkelijk : handelspubliciteit is in eerste instantie informatie. Men kan van een wetgever verwachten dat hij van de informatie in de reclame eist dat ze correct is (10). De

(10) Overigens is dat op zich al een zeer moeilijk te beoordelen eis. Een zin als "Bloemen houden van mensen" is niet 'correct', toch is het goede reclame. Hoe groter de leugen, des te kleiner het gevaar van bedrog... Men zou kunnen stellen dat reclame geen 'informatie' mag bevatten waarin de waarheid geweld wordt aangedaan, terwijl men de schijn wekt dat dat niet het geval is.

Belgische wetgever gaat echter verder : zo verbiedt hij vergelijkende reclame, zelfs al bevatte zij niets dan accurate, verifieerbare gegevens. (Merk overigens op dat de voorschriften inzake prijsverlaging (en prijsvergelijking) ook gelden voor de reclame.)

23. Het verbod van misleidende reclame en verwarringstichtende reclame dient zowel de consument als de (anders gedupeerde) concurrent. Bovenal is zij een voorwaarde voor een goed draaiende vrije mededinging, waarbinnen correcte informatie over producten toelaat dat het beste goed aan de laagste prijs ter beschikking van de consument wordt gesteld.

24. Wanneer de WHP een bepaalde praktijk verbiedt, duldt men ook niet dat er reclame voor zo'n praktijk zou gemaakt worden : er bestaat een verbod van reclame voor handelingen, beteugeld door art. 55 WHP of door art. 60 tot 63 WHP. Dit verbod is slechts concurrentievervalsend voorzover het verbod van de bewuste handeling zelf de concurrentie hindert. Wanneer men het spijtig vindt dat een handelaar geen correcte prijsvergelijking mag maken, dan moet men het ook spijtig (alhoewel niet abnormaal) vinden dat reclame voor die verboden praktijk ook beteugeld wordt. Beschouwt men het als niet meer dan vanzelfsprekend dat een kettingverkoop niet toegelaten wordt, dan is men ook tevreden dat zo'n handeltje niet de minste ruchtbaarheid krijgt.

25. Veel eenduidiger is het gesteld met het verbod van vergelijkende reclame. Vanuit het oogpunt van de vrije mededinging zou deze vorm van reclame zonder meer moeten toegelaten worden. Ze maakt immers de markt doorzichtiger en vergemakkelijkt zodoende het verloop van de vrije concurrentie. De enige voorwaarde die men mag (en moet) opleggen is de waarheidsgetrouwheid. Bedrieglijke vergelijkende reclame mag niet aanvaard worden. En aangezien bij vergelijkingen andere deelnemers aan het markt- en rechtsverkeer betrokken worden, mag de rechter de lat gerust redelijk hoog leggen. Maar wanneer accurate vergelijkende reclame (d.i. vergelijkende informatie) de klanten ertoe brengt hun klandizie elders te zoeken, dan is dit perfect aanvaardbaar. Zoiets kan schadelijk zijn voor de handelaar van het inferieure of duurdere goed, maar concurrentie is nu eenmaal geen onschadelijke zaak.

26. Vergelijkende reclame — hoe accuraat ook — door een handelaar gevoerd betekent natuurlijk niet dat de consument volledig geïnformeerd is. Het blijft gaan om reclame en dus om subjectieve informatie : vergelijkingen die in het eigen nadeel uitvallen worden vanzelfsprekend niet gemaakt. En informatie die nadelig is voor een hele branche ("Roken is schadelijk voor de gezondheid") komt de consument via deze reclame helemaal niet te weten. Toch verstrekt correcte vergelijkende reclame nuttige informatie, die niet hoeft verzwegen te worden.

27. Het is hier misschien wel toegestaan even aan vergelijkende reclame te doen? In Duitsland laat men vergelijkende reclame toe "wanneer de reclamemaker een voldoende en objectieve reden voor de gemaakte vergelijking kan aanvoeren, de erin opgenomen gegevens waar en zakelijk zijn en zich tevens binnen de grenzen van het noodzakelijke houden" (11).

28. In Nederland werd nog recent door de Hoge Raad het principe van de vergelijkende reclame aanvaard (12).

29. Wil België binnen de EG aan de harmonisering van de economische wetgeving meewerken, dan kan een aanpassing van haar nationale wetgeving aangewezen zijn. Artikel 4 van het voorstel van richtlijn van 1 maart 1978 (13) stelde: "Vergelijkende reclame is toelaatbaar, voor zover daarin essentiële en controleerbare omstandigheden worden vergeleken en mits zij niet misleidend of oneerlijk is". Helaas beperkt de uiteindelijke richtlijn van 10 september 1984 (14) zich tot de misleidende reclame en vindt zij dat "in een tweede stadium, op basis van passende voorstellen van de Commissie, de oneerlijke en zo nodig de vergelijkende reclame moet worden geregeld".

30. Er rommelt overigens wel wat bij de Belgische rechters. In een noot onder een vonnis van 1974 (15) stelde Ballon reeds dat de Belgische rechtspraak en rechtsleer het maken van vergelijkende reclame op aanvraag van een kandidaat-koper als uitzondering op het verbod van vergelijkende reclame wegens noodzaak aanvaardden. In 1982 (16) werd de verwijzing naar een concurrerend product aanvaard wanneer dat noodzakelijk was om het publiek te informeren over de kwaliteit van een nieuw product. In 1983 (17) wees de rechter in beroep in de zaak Pepsi Cola/Coca Cola op de noodzaak een concurrent te identificeren in de reclame, met het oog op de positie die beide partijen op de markt innemen. In concreto bleek het feit dat Coca Cola op dat ogenblik 80 % van de markt voor zijn rekening nam, een doorslaggevende factor geweest te zijn (terwijl dergelijke argumenten nochtans niets te maken hebben met de essentie van de vergelijkende reclame). Tenslotte moet zeker gewezen worden op een uitspraak van 1985 (18) waarin de rechter zich de vraag stelt of men "objectieve vergelij-

(11) § 1, nr. 314 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).

(12) H.R., 29 maart 1985, *B.I.E.*, 1985, 307.

(13) *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, nr. C 70 van 21 maart 1978, blz. 6.

(14) *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, nr. L 250 van 19 september 1984, blz. 17.

(15) Voorz. Kh. Brussel, 31 juli 1974, *B.R.H.* 1978, 314-317.

(16) Kh. Brussel, 15 november 1982, *R. W.*, 1983-84.

(17) Brussel, 7 juni 1983, *J.T.*, 1983, 717.

(18) Kh. Brussel, 21 mei 1985, *Revue de droit intellectuel*, "L'ingénieur-Conseil", 1985, 291.

kingen, nuttig voor de kennis die het publiek toch van een product hoort te hebben” niet moet aanvaarden.

31. In het licht van de economische logica, in het licht van de ontwikkelingen in het buitenland, in het licht van enkele moedige uitspraken van Belgische rechters, is het spijtig te noemen dat de Belgische wetgever nog steeds geen komaf heeft gemaakt met het verbod van vergelijkende reclame. Recente amendementen vanwege de regering m.b.t. een Ontwerp voor een nieuwe WHP zouden echter wel de vergelijkende reclame — onder bepaalde voorwaarden — toestaan.

D. Verkoop met verlies

32. Verkoop met verlies wordt via artikel 22 WHP verboden. Merk op dat het enkel gaat om producten (niet om diensten) en dat het verbod enkel voor voortverkopers geldt, niet voor fabrikanten. Het is voor een fabrikant mogelijk perfect rationeel te handelen door met verlies te verkopen. Het volstaat immers dat de prijs de zogenaamde variabele kosten minstens dekt, dan kan alvast een stuk van de vaste kosten gerecupereerd worden.

33. Deze economische wetmatigheid gaat overigens even goed op voor de voortverkoper. Ook hij moet immers vaste kosten dragen (o.a. huren van zijn pand, opslagkosten,...). Ook hij kan dus volledig te goeder trouw en op rationele basis verkiezen ‘met verlies’ (d.w.z. aan een prijs lager dan de (her)bevoorradingprijs) te verkopen... om groter verlies te voorkomen!

34. Toch is het verbod uitdrukkelijk. Zelfs ‘te’ beperkte winstmarges (door de rechter, eventueel door een Koninklijk Besluit vast te stellen) kunnen het voorwerp uitmaken van een vordering tot staken.

35. Alvast één ratio achter deze regeling zal wel het tegengaan van de lossleader praktijk geweest zijn. Vaak is het inderdaad voldoende enkele strategische producten aan extreem lage prijzen aan te bieden om de klant er toe aan te zetten om in één bepaalde handelszaak ook zijn andere aankopen te doen.

De (soms gevoelige) winst die men dan op de andere aankopen kan realiseren, compenseert meestal het ‘verlies’ dat de lokvogelproducten bezorgen.

36. De wetgever heeft met deze bepaling waarschijnlijk ook een dijk willen opwerpen tegen de vernietigingsmededinging. Hij wou voorkomen dat bepaalde handelaars — door tijdelijke maar spectaculaire prijsverlagingen — de hele distributie van een bepaald product of binnen een bepaalde branche naar zich toe zouden trekken, waarna ze hun monopolie macht zouden misbruiken om hogere prijzen aan te rekenen en hun eerdere verliezen (meer dan) goed te maken.

37. Een distributie naar zich toetrekken is echter een werk van lange adem: het vergt een doorgedreven en volgehouden actie. Nochtans verbiedt de WHP zelfs de occasionele verkoop met verlies, tenzij in het geval van uitdrukkelijk voorziene (cfr. art. 23 § 1 a-f) uitzonderingen. (Noteer wel dat voor een vordering tot staken de verboden verkoop voor herhaling vatbaar moet zijn.) Hoe dan ook, zo'n geïsoleerde verkoop met verlies past in het schema van de vrije mededinging. Ook het beantwoorden van een prijsdaling onder concurrenten (wanneer deze niet 'algemeen' is, cfr. art. 23 § 1 f WHP) of de verkoop met verlies bij de gelegenheid van het introduceren van een nieuw product zou moeten toegestaan worden. Wanneer een verkoop met verlies niet het marktbederf (of wat Van den Bergh 'vernietigingsmededinging' (19) noemt) op het oog heeft (bv. zoals hierboven, het veroveren van de volledige distributie van een sector), dan hoort zij tot het normale spel van vraag en aanbod en van vrije mededinging.

38. Opnieuw kan verwezen worden naar Duitsland, waar geen verbod van verkoop met verlies bestaat. Verongelijkte concurrenten moeten zich daar beroepen op het verbod van misleidende publiciteit of op de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken (20). In het eerste geval moet volgens het Bundesgerichtshof aangetoond worden dat het om een werkelijke lokvogelaanbieding gaat (21). In het tweede geval moeten bijzondere begeleidende concurrentieschadelijke omstandigheden aangetoond worden, voordat een verkoop met verlies strijdig zou zijn met de eerlijke handelsgebruiken (22).

39. Was er voor de Belgische wetgever dan toch een derde 'ratio' in het geding, toen hij de verkoop met verlies verbood? Misschien het installeren van een rem op de wagen van de prijsconcurrentie, voor wanneer deze te veel vaart zou krijgen naar de zin van bepaalde groeperingen?

E. Uitverkopen, opruiming en solden en andere verkopen tegen verminderde prijzen

40. In eerste instantie lijken de artikelen 24 tot 34 WHP de benaming te reglementeren waaronder verkopen mogen gevoerd worden. Dat is op zich

(19) VAN DEN BERGH, R., *o.c.*, 431.

(20) resp. § 3 (misleidende reclame) en § 1 (eerlijke handelsgebruiken) UWG. Zelfs dan nog zijn de Duitse rechters streng voor wie soelaas komt zoeken tegen een verkoper met verlies. In het hier besproken geval — noot (21) — was het niet voldoende dat door de verkoop met verlies bepaalde concurrenten omzetverlies leden of dat ze genoodzaakt waren eveneens hun prijzen te laten dalen om van onrechtmatige mededinging te kunnen spreken.

(21) Bundesgerichtshof, 31 januari 1979, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1979, blz. 116.

(22) Bundesgerichtshof, 31 januari 1979, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1979, blz. 116.

een goede zaak : de klant mag niet misleid worden over de ware aard van de verkoop waartoe hij eventueel verleid wordt.

41. De verwittiging van de bevoegde minister, het feit dat de verkoop in de 'normale' lokalen moet gebeuren, de verplichting dat een aangekondigde prijsverlaging reëel moet zijn, andere beperkingen,... ze kunnen allen ingegeven zijn door een oprecht verlangen om misbruiken bij de praktijk van de uitverkopen tegen te gaan.

42. Ook bij de solden kan men begrijpen dat de wetgever deze verkoop met een aantal garanties wil omgeven. Wanneer hij echter een beperking in de tijd vastlegt voor de solden, zoals dat gebeurde door de wet van 28 juli 1985 (23), ruilt hij zondermeer de consumentenbescherming in voor de middenstandsbescherming. Een nieuw artikel 33bis WHP verbiedt elke aankondiging tot prijsverlaging gedurende zes weken die de (vastgestelde) soldenperiode voorafgaan, voor producten die gewoonlijk als opruiming of solden verkocht worden. Wat wel mogelijk blijft (tot groot genoegen van de gewieksten onder onze Belgische handelaars!) is de uitverkoop, bijvoorbeeld omwille van verbouwingen of herstelwerken.

43. Verschillende auteurs (24) wijzen op het feit dat deze wet vlak voor de verkiezingen tot stand kwam. Ze zien er dan ook niets anders dan een electoraal relatiegeschenk in, ten behoeve van de middenstandsorganisaties.

44. Wat er ook van zij, het in de tijd aan banden leggen van een verkooptechniek die een logsich gevolg is van prijsconcurrentie, is zonder meer een handicap voor de vrije mededinging. Zelfs vanuit de norm van eerlijke handelsgebruiken valt hier geen verantwoording voor aan te dragen.

F. Gezamenlijk aanbod

45. Er is sprake van gezamenlijk aanbod wanneer de consument 'al dan niet kosteloos' bepaalde producten, diensten of titels verkrijgt bij de aankoop van een bepaald product of een bepaalde dienst.

46. "There is no such thing as a free lunch". De 'kosteloze' verkrijging van de extraatjes bij het hoofdproduct moet dan ook sterk genuanceerd worden. Relatiegeschenken, zegeltjes, ballonnen, service,... alles heeft een economische kost, en alles moet dan ook betaald worden, hoe indirect

(23) B.S., 22 augustus 1985.

(24) o.a. SWENNEN, H., *La loi sur les pratiques du commerce et (le droit de) la concurrence*, studiedag UCL d.d. 29 januari 1986.

ook. Wanneer men deze cruciale vaststelling in het oog houdt, ziet men snel in dat met dit systeem prijsconcurrentie vervangen wordt door geschenkconcurrentie. Aangezien een geschenk een autonome beslissing tot aankoop vanwege de consument (als arbiter van het marktspel) onmogelijk maakt, bevordert dit systeem de concurrentie in zijn zuivere vorm bepaald niet. Bovendien wordt de prijsstructuur vertroebeld. Bij handelaar A betaal ik 100 voor produkt X, bij handelaar B betaal ik 110 voor een vergelijkbaar produkt X', maar daar krijg ik er een niemendalletje bij. Wat doe ik? Wat doe ik als ik winkel met een kleuter aan mijn hand die zeurt om dat niemendalletje? De logische analyse "Is het niemendalletje 10 waard?" wordt zelden of nooit gemaakt, en verhoogt trouwens alleen maar de transactiekost waarvan hierboven sprake.

47. Er is nog een argument om de gezamenlijke verkoop met argusogen te bekijken. Intuïtief voelt men snel aan dat de binding van verschillende producten de klant riskeert op te zadelen met producten waar hij helemaal geen behoefte aan heeft. Zou België zoveel strandballen tellen als er hier niet zo druk met de wagen werd gereden (en dus getankt)? Men heeft hier te maken met een verstoring van de vraagstructuur en dat komt de vrije mededinging vanzelfsprekend niet ten goede.

48. Zoals hierboven uitgelegd, maak ik geen onderscheid tussen het aanbod aan een globale prijs of het 'kosteloos' aanbieden van extra's. We kunnen zonder meer stellen dat — economisch gezien, de WHP maakt wèl het onderscheid — de consument altijd een globale prijs betaalt voor een pakket van goederen, diensten en eventueel onbenulligheden.

49. Een binding van producten die een geheel vormen, van producten met hun toebehoren, met hun verpakkingen,... kan vanzelfsprekend geen probleem vormen.

50. Een binding van gelijke producten of diensten kan ook moeilijk de prijsstructuur vertroebelen, en moet dus ook aanvaard worden. Alleen druist het lijnrecht in tegen het idee van de prijsconcurrentie om een maximumgrens te stellen aan de prijsvermindering die eventueel gerealiseerd wordt door het gezamenlijk aanbod, zelfs al is deze zeer royaal gesteld op één derde van de samengestelde prijzen.

51. Anders is het gesteld met de prullaria, de prenten,... en niet in het minst met de titels, die — meestal na lang sparen — recht geven op alles en nog wat. Om de redenen die hierboven zijn uiteengezet, is de vrije mededinging niet gediend met deze (kleine) aanslagen op haar essentie. De klantenbinding die (vooral door 'zegeltjes') ontstaat is in tegenspraak met perfecte concurrentie, maar zonder enige twijfel normaal in een systeem van monopolistische concurrentie.

G. Openbare verkopen

52. Via een openbare verkoop (per opbod of bij afslag) kunnen alleen 'oude' producten (met tekens van gebruik) verkocht worden, afgezien van uitverkopen die ook zo kunnen georganiseerd worden. Een vrij strikte regeling moet eventuele misbruiken helpen voorkomen.

53. Vanuit het standpunt van de vrije mededinging kan gewezen worden op het toevallig karakter van een openbare verkoop. Het contact tussen vraag en aanbod verloopt dan ook moeizamer. Het blijft nochtans een 'markt' waarin de regels van de vrije mededinging zelfs in hun meest primitieve vorm worden levend gemaakt.

H. Afgedwongen aankoop en kettingverkoop

54. De WHP verbiedt de praktijk iemand ongevraagd producten toe te sturen met verzoek ofwel de prijs te betalen, ofwel het product, zelfs kosteloos, terug te sturen. In zo'n geval mag de bestemming het product zonder meer behouden, zonder te betalen.

55. De WHP verbiedt eveneens de kettingverkoop. Het gaat daarbij om een verkoop waarbij men aan zijn klanten winst voorspiegelt wanneer zij de aangekochte goederen geheel of gedeeltelijk aan derden verder verhandelen. Men spreekt dan van het 'sneeuwbalprocédé'.

56. De 'vrijheid' van mededinging komt hier tot uiting in twee geperverteerde vormen van verkoop. Die 'vrijheid' betekent hier dat de economische sterkere (of sluwere) partij ongehinderd kan profiteren van de zwakheid (of naïviteit) van de andere partij. Het hoeft dan ook absoluut geen verbazing te wekken wanneer deze kwalijke praktijken resoluut verboden worden en — in het geval van de kettingverkoop — zelfs met strafrechtelijke sancties (art. 496 S.W. i.v.m. oplichting en bedriegerij) worden bezeugeld.

I. Reizende verkopen

57. Men spreekt van een reizende verkoop wanneer de handelaar zijn producten verkoopt buiten zijn voornaamste vestigingsplaats, zijn bijhuizen of agentschappen vermeld in het handelsregister, of buiten de lokalen van een handelsbeurs. Het is te onderscheiden van de leurhandel (van deur tot deur, op de openbare weg of op openbare markten), die een aparte reglementering kent.

58. De reizende verkoop is op zichzelf een respectabele vorm van handel drijven. Mits een goede reglementering, voornamelijk inzake consumenten-

tenbescherming, kan zij de vrij mededinging dienen. Nochtans stipuleert art. 53 WHP een uitdrukkelijk verbod van de reizende verkoop (behoudens enige afwijkingen). Er bestaat m.a.w. een soort wettelijk vermoeden van oneerlijke concurrentie, men neemt automatisch aan dat een en ander wel niet in de haak zal zijn. Zodoende komt men in de WHP alweer tot een nieuwe 'per se regel', tot het verbieden van een praktijk zonder meer, zonder geval per geval na te gaan of er sprake is van concurrentieschade.

59. Mag men ook hier niet constateren dat de wetgeving voornamelijk geconcipteerd is ter bescherming van een bepaalde groep (goed georganiseerde) middenstanders? De reizende verkopers passen niet zo goed in dat (winkel)straatje en dus wordt voor hen de toegang tot de markt geblokkeerd, of ze nu te goeder trouw zijn of niet.

J. Artikel 54 WHP

60. "Verboden is elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad waarbij een handelaar of een ambachtsman de beroepsbelangen van een of meerdere andere handelaars of ambachtshui schaadt of tracht te schaden". Uit de bewoordingen van deze variante van 1382 B.W. blijkt al hoezeer het belang van de individuele handelaar voorop staat, eerder dan het vrijwaren van een bepaald marktsysteem. Een econoom zou nochtans zeggen dat de schade voor een handelaar enkel vermeden moet worden, als deze handelaar nodig en nuttig is voor de concurrentiestructuur.

61. Artikel 54 WHP heeft een aantal dochters gebaard, onder de vorm van typegevallen van 'oneerlijke handelsdaden'. De rechtspraak heeft daarbij de rol van vroedvrouw op zich genomen. Enkele van deze typegevallen: behindering, verwarringstichting, parasitaire concurrentie,... Het gevaar bestaat natuurlijk wel dat er nieuwe per se regels in de WHP worden binnengesmokkeld. Bij die beteugelde praktijken is het dan mogelijk dat fout, oorzakelijk verband en schade onvoldoende onderzocht worden.

62. Artikel 54 WHP wordt weinig marktgebonden uitgelegd. Of de zuivere concurrentiestructuur door de "oneerlijke handelsdaad" werd aangetast, wordt niet of nauwelijks nagegaan. Zo is het zelfs mogelijk met behulp van art. 54 WHP aan anti-concurrentie te doen: een selectief distributiestelsel kan beschermd worden door op het product te vermelden dat het enkel door erkende wederverkopers mag verkocht worden, en zoiets dan af te dwingen via art. 54 WHP ('Indringers' die het product ook zouden willen verkopen houden voor te zijn wat ze niet zijn, nl. een erkende wederverkoper).

§ 3. Conclusie

63. Het is wat simplistisch te schelden op de Wet Handelspraktijken omdat deze op zoveel punten de vrije mededinging in de rug schiet. Simplistisch, omdat de opzet van de WHP nooit is geweest de vrije mededinging te promoveren. De bedoelingen met deze wet lagen op een ander niveau. En iedereen weet: waar er gehakt wordt, vallen er spaanders.

64. Toch gaat de wetgever vaak te ver in het beknotten van de zuivere concurrentie. Dat komt des te harder aan, wanneer blijkt hoe al te vaak middenstandsbelangen (en niet een norm van eerlijke handelsgebruiken) daaraan ten grondslag liggen.

65. Het blijft wachten op een Belgische wet die zich specifiek gaat toelagen op het verzekeren van de vrije mededinging. Een aantal (overigens weinig eerlijke) handelspraktijken, waar in de WHP niet over gesproken wordt — bv. de prijsdiscriminatie, het bepalen van een prijs 'à la tête du client' — kunnen daarin misschien ter sprake komen. Zo'n tweelingwet voor de WHP zou de koorddanser-wetgever alvast een evenwichtiger balancerestok bezorgen.