

De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken

Hoeveel vrijheid heeft België nog?

Wim De Meester

Onder wetenschappelijke leiding van Prof. Dr. J. Stuyck en Tom Van Dyck

1. ACHTERGROND

De Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument¹ heeft al een lange geschiedenis achter zich waarin grote invloeden merkbaar zijn van het Europese recht. De W.H.P.C. had als voornaamste doelstellingen een eerlijke concurrentie in de handel te waarborgen en de voorlichting en bescherming van de consument te verzekeren.² Deze nagestreefde consumentenbescherming moet gezien worden in het licht van de ontwikkeling van het Europees consumentenrecht en de EG-richtlijnen inzake consumentenbescherming.³ De nieuwe Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten op de interne markt wordt één van de belangrijkste en meest invloedrijke EG-richtlijnen van de laatste jaren genoemd.⁴ Deze baanbrekende Richtlijn zou een grote stap moeten zijn naar de verwezenlijking van een volwaardige interne markt waarin consumenten en producenten vrij kunnen handelvoeren en kadert in de

¹ Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.* 29 augustus 1991, hierna W.H.P.C.; Zie ook G.L. BALLON en P. DE VROEDE, *Handelspraktijken en Consumentenbescherming: wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument. Wetgeving ambulante handel*, Kalmthout, Biblo, 1994, 125 p. en TH. BOSLY en A. TASIAUX, *Les nouvelles lois sur les pratiques du commerce*, Diegem, Kluwer, 1999, 123 p.

² J. STUYCK, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Handels- en Economisch recht, Mechelen, Kluwer, 2004, 3-17; *Parl. St.* Senaat 1984-85 nr. 947, 1; De Wet van 17 juli 1971 inzake handelspraktijken, *B.S.* van 19 juni 1975, hierna W.H.P. had een betere bescherming van de consument en de concurrent voor ogen. De oneerlijkheid in de concurrentiestrijd en machtsongelijkheid tussen consumenten en concurrenten werd aangepakt.

³ De voornaamste invloedrijke Europese Richtlijnen zijn: Richtlijn 84/450, misleidende reclame (Richtlijn 84/450/EG, *P.B. L.* 250, 19 september 1984, 17) en Richtlijn 93/13 oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EG, *P.B. L.* 95, 21 april 1993, 29).

⁴ Richtlijn 2005/29/EG oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *P.B. L.* 149, 11 juni 2005, 22; hierna "Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken".

ontwikkeling van een Europees geharmoniseerd privaats recht.⁵ Zeer recent publiceerde de studie groep over een Europese ‘civil code’ in dit verband, de “*Draft Common Frame of Reference*”, ter verwezenlijking van een algemeen model van regels voor een Europees privaats recht.⁶

De Europese Commissie heeft eveneens in het kader van het streven naar een Europees consumentenrecht zeer recent een nieuwe “Richtlijn consumentenrechten betreffende overeenkomsten voor de verkoop van goederen en diensten door bedrijven aan de consument” voorgesteld.⁷ Deze Richtlijn wil consumenten in de hele Europese Unie meer rechten geven om zo de bestaande consumentenbescherming te verbeteren. De voorgestelde Richtlijn consumentenrechten vereenvoudigt vier bestaande Richtlijnen op het gebied van consumentenrechten en brengt ze samen in één pakket van voorschriften.⁸ Deze Richtlijnen omvatten bepaalde minimumvoorschriften waardoor in de loop van de jaren de lidstaten ongecoördineerde voorschriften hebben toegevoegd zodat de Europese wetgeving op het gebied van consumentenovereenkomsten een lappendeken van 27 verschillende rechtsstelsels is geworden. Dit laatste komt uiteraard het consumentenvertrouwen niet ten goede. Dit is net één van de hoofddoelstellingen van het beleid inzake consumentenbescherming van de Europese Commissie. De interne markt heeft het potentieel om de consument immers veel meer keuze en mogelijkheden te bieden maar dan moet er wel in de hele Europese Unie een juridisch vangnet bestaan zodat de consument met een gerust gemoed overal zijn aankopen kan doen.⁹

Ter verwezenlijking van zo’n Europees consumentenrecht dienen de verscheidene nationale regels geharmoniseerd te worden opdat overal een gelijke bescherming voor de consument kan worden voorzien en er een grotere

⁵ De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken heeft echter wel een beperkt toepassing gebied gezien zij zich toespit op de verhouding tussen onderneming en consument; Zie ook J. STUYCK, “De nieuwe Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *T.B.H.*, 2005, 901-915; L. DE BROUWER, “Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken”, *T.B.H.*, 2005, 790; J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *T.B.H.*, 2005, 901; G. STRAETMANS, “Recente tendensen in handelspraktijken”, *CBR Jaarboek 2005-2006*, Maklu, Antwerpen Apeldoorn, 2006, 266-268; L. DE BROUWER, «Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken», *T.B.H.*, 2005, 790.

⁶ C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE, H., e.a., *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DFCR)*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2008, 395.

⁷ Voorstel van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, Brussel, 8 oktober 2008, COM(2008) 614 definitief, 2008/0196 (COD).

⁸ Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EG, *P.B. L.* 95, 21 april 1993, 29); Richtlijn 1999/44 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (Richtlijn 1999/44/EG, *P.B. L.* 171, 07 juli 1999, 12-16); Richtlijn 97/7/EG betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (Richtlijn 97/7/EG, *P.B. L.* 144, 4 juni 1997, 19); Richtlijn 85/577/EG betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten (Richtlijn 85/577/EG, *P.B. L.* 372, 31 december 1985, 31-33).

⁹ “Consumentenbescherming: Commissie doet voorstellen voor EU-rechten voor consumenten”, IP/08/1474, Brussel, 8 oktober 2008.

rechtszekerheid bestaat. De laatste jaren baseert de Europese Gemeenschap zich steeds meer op maximum harmonisatie om zijn doelstellingen betreffende consumentenbescherming, art. 153 EG-verdrag¹⁰, te verwezenlijken.¹¹ Zo worden gepaste uniforme marktregulerende standaarden gekozen i.p.v. de vaak uiteenlopende nationale regelgeving. Deze tendens werd bevestigd in het Groenboek over consumentenbescherming in de Europese Unie.¹² Algemeen neemt men aan dat de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken eveneens een maximale harmonisatie voor ogen heeft met uitzondering voor regels m.b.t. financiële diensten en onroerende goed.¹³ De Richtlijn wil immers een hogere consumentenbescherming verwezenlijken door uniforme regels inzake oneerlijke handelspraktijken op te leggen.¹⁴ Uit deze bespreking zal moeten blijken of de Richtlijn hierin slaagt. Er bestaat echter toch onduidelijkheid over de aard van de Richtlijn. Recent heeft Advocaat Generaal *Trstenjak* in de zaak *VTB-VAB NV t. Total Belgium NV* wel bevestigd dat de Richtlijn een maximale harmonisatie nastreeft.¹⁵

Dit artikel wil a.h.v. een logische opbouw, these – antithese – synthese, aantonen dat de Europese Gemeenschap zowel in de Richtlijnen als in de rechtspraak van het Hof van Justitie balanceert tussen autonomie van de Lidstaten en een geharmoniseerde markt zonder handelsbelemmeringen. Zo'n bespreking is cruciaal in het kader van de omzetting van de nieuwe Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken aangezien een groter streven naar harmonisatie

¹⁰ Zie ook J. STUYCK, "European consumer law after the Treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market?", *C.M.L. Rev.*, 2000, 389-392 en Art. 153 EG-verdrag: "(...)De gemeenschap draagt bij tot de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstellingen door middel van: maatregelen die zij op grond van artikel 95 in het kader van de totstandbrenging van de interne markt neemt (...)".

¹¹ Richtlijn 85/374/EEG inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame, Richtlijn 89/552/EEG inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (Richtlijn 89/552/EEG, *P.B. L.* 298, 17 november 1989, 27) zijn stuk voor stuk gebaseerd op maximum harmonisatie.

¹² Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie, 2 oktober 2001 COM(2001), 531.

¹³ Considerans 5: "(...) In het licht van de communautaire doelstellingen zoals neergelegd in de Verdragsbepalingen en het afgeleide communautaire recht inzake het vrije verkeer (...), moeten deze belemmeringen worden weggenomen. Dit kan alleen door op communautair niveau uniforme regels vast te stellen die een hoog niveau van consumentenbescherming waarborgen (...)"; Considerans 9: "(...) Met betrekking tot financiële diensten en onroerend goed moeten, gezien de complexiteit en de eraan verbonden ernstige risico's, uitgebreide eisen worden gesteld, waaronder positieve verplichtingen voor handelaren. Om deze reden beperkt deze richtlijn op het gebied van financiële diensten en onroerend goed niet het recht van de lidstaten om verder te gaan dan de bepalingen van deze richtlijn, teneinde de economische belangen van de consumenten te beschermen."

¹⁴ Considerans 12 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: "(...)consumenten zullen zich kunnen verlaten op één regelgevend kader op basis van duidelijk omschreven rechtsbegrippen dat alle aspecten van oneerlijke handelspraktijken in de gehele Europese Unie regelt. Daardoor zullen de belemmeringen worden weggenomen welke het gevolg zijn van de fragmentarische regels inzake oneerlijke handelspraktijken die de economische belangen van de consumenten schaden en zal de interne markt op dit gebied kunnen worden voltooid".

¹⁵ Conclusie van Advocaat-Generaal V. Trstenjak van 21 oktober 2008 in gevoegde zaken C-216/07 en C-299/07, *VTB-VAB NV t. Total Belgium NV en Galatea BVBA t. Sanoma Magazines Belgium NV*, para. 48.

de bewegingsvrijheid van België om op te treden op het vlak van consumentenbescherming sterk lijkt te verminderen. Eerst zal ik een algemene bespreking van het art. 95 EG-verdrag en maximale harmonisatie geven. Vervolgens zal ik mijn conclusies toetsen a.h.v. de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Op deze wijze wil ik aantonen hoeveel vrijheid België werkelijk nog heeft bij de omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Zoals echter zal blijken uit onderstaande bespreking zijn huidige “maximale harmonisatie Richtlijnen” zelden absoluut en botst harmonisatie op tal van grenzen. Een kritische vraag die ik me doorheen deze bespreking wil stellen is of dit een positieve evolutie is. Een realistische evolutie is het m.i. zeker. Of de consument in zijn dagelijks handelen zal profiteren van zulke Richtlijnen is echter te betwisten.

In de 19^e eeuw stelde Voltaire reeds: « *N'est-ce pas terriblement absurde? Ce qui vaut dans un village ne vaut plus dans le prochain. Lorsque nous voyageons à travers le royaume, nous changeons aussi souvent de législation que de chevaux.* »¹⁶ Het wegnemen van verschillen tussen de regelgeving van verschillende Europese staten is inderdaad één van de grote verdiensten van het Europese integratieproces. Bij het harmoniseren dient men echter ook voldoende realiteitszin aan de dag te leggen. Men kan immers in het EG-recht niet zomaar de nationale soevereiniteit van staten negeren.

2. ART. 95 EG-VERDRAG EN HARMONISATIE

In een eerste deel bespreek ik, als *these*, de keuze voor art. 95 EG-verdrag als rechtsgrond voor Richtlijnen met daaraan verbonden de creatie van een interne markt. Het creëren van een “vertrouwensvolle consument” die over de grenzen wil winkelen, gezien een gelijke bescherming in alle Lidstaten, werd gezien als een nieuwe doelstelling van het consumentenrecht.¹⁷ Deze “vertrouwensvolle consument” zou verwezenlijkt kunnen worden a.h.v. maximale harmonisatie. Ik stel me echter de vraag of een “vertrouwensvolle consument” werkelijk de creatie van een interne markt legitimeert. Vervolgens bespreek ik de keuze van een maximale of minimale harmonisatie in het kader van de interne markt. Als *antithese* toon ik aan dat het politiek proces en de structuur van de Europese Gemeenschap heel wat grenzen oplegt aan de drang naar een interne markt. Ten slotte komen we tot de *synthese* dat ambiguïteit troef is in het gebruik van art. 95 EG-verdrag. Er bestaat m.i. geen eenduidig antwoord op de vraag welke harmonisatiemethode bij art. 95 EG-verdrag hoort. Richtlijnen doen vaak een stap in de richting van de creatie van een interne markt maar kiezen zelden resoluut voor één harmonisatiemethode. Dit is echter niet noodzakelijk negatief, maar een normaal proces van integratie.

¹⁶ VOLTAIRE, « Oeuvres De Voltaire VIII », 8 (1838), DIALOGUES.

¹⁷ T. WILHELMSSON, “The abuse of the “Confident Consumer” as a Justification for EC Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 2004, 318.

2.1 ART. 95 EG-VERDRAG EN DE INTERNE MARKT

2.1.1 De interne markt via een “vertrouwensvolle consument”¹⁸: realiteit of fictie?

Art. 95 EG-verdrag vormt de rechtsgrond voor de nieuwe Richtlijn.¹⁹ Volgens art. 153 EG-verdrag treedt de Gemeenschap op ter bevordering van de belangen van de Gemeenschap en om een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen.²⁰ Om dit te verwezenlijken kan de Gemeenschap, in het kader van de totstandbrenging van de interne markt,²¹ gebruik maken van art. 95 EG-verdrag.²² Alhoewel het Groenboek over consumentenbescherming maximale harmonisatie verkiest, is het voor de nieuwe Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken niet steeds duidelijk of ze *werkelijk* maximale harmonisatie nastreeft.²³ Zoals reeds aangehaald kunnen we er echter wel vanuit gaan dat de nieuwe Richtlijn maximale harmonisatie nastreeft.²⁴ Er bestaat echter wel enige twijfel of deze Richtlijn de handelsbelemmerende obstakels zal verwijderen en zal bijdragen tot grotere rechtszekerheid voor de consument.

De Europese Commissie vond dat er nood was aan een “vertrouwensvolle consument” om de creatie van een interne markt zonder handelsbelemmeringen te verwezenlijken.²⁵ Het is immers niet voldoende dat handelaars de mogelijkheid hebben om hun goederen over de grenzen heen aan te bieden maar het is ook noodzakelijk dat de consument vol vertrouwen bereid is om in andere lidstaten te shoppen. Opdat een consument

¹⁸ S. WEATHERILL (1996) wordt gezien als de academicus die als eerste de aandacht heeft gevestigd op de term “vertrouwensvolle participant”.

¹⁹ Richtlijn 2005/29/EG oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *P.B. L.* 149, 11 juni 2005

²⁰ Zie ook J. STUYCK, *l.c.*, 389-392; H. DE BAUW, De impact van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken op de regeling van de verkooppromoties onder de WHPC, *D.C.C.R.* 2006, afl. 72, 3-30.

²¹ Art. 14 EG-verdrag.

²² P. ROTT, *l.c.*, 1130: Art. 153, lid 2 a) EG-verdrag laat toe de doelstellingen te bereiken op basis van art. 95 EG-verdrag. Art. 153, lid 5 EG-verdrag slaat enkel op lid 4, dat op zijn beurt verwijst naar art. 153, lid 2 b) en dus niet op art. 153, lid 3 a) zodat maximale harmonisatie kan worden toegepast gezien de toelating tot het gebruik van maatregelen voor een hogere graad van bescherming enkel geldt voor lid 4.

²³ 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, 261.

²⁴ J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *C.M.L. Rev.*, 2006, 115.

²⁵ Mededeling van de Commissie, actieplan voor het consumentenbeleid 1999-2001, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/serv_gen/links/action_plan/ap01_nl.pdf; Zo stelt de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in de preambule considerans 6 en 9: “De wetten van de Lidstaten betreffende oneerlijke handelspraktijken vertonen duidelijke verschillen, die aanzienlijke concurrentievervalsingen en belemmeringen voor een goede werking van de interne markt kunnen veroorzaken.(...)”

vertrouwensvol kan zijn, zou men een maximale harmonisatie moeten nastreven. Men dient immers voor ogen te houden dat de interne markt, naast het voordeel voor de producent die zo vrij goederen zal kunnen aanbieden, ook ten voordele van de consument is. Wanneer we a.h.v. maximale harmonisatie de interne markt nastreven zou dit vooreerst zorgen voor een grotere concurrentie ten voordele van de consument gezien deze zorgt voor een lagere prijs, betere kwaliteit, betere koopvoorwaarden, etc. Dit blijkt echter niet voldoende om een interne markt te creëren waarbij de consument in andere lidstaten zou willen shoppen. De consument wil deze voordelen immers niet ten koste van zijn consumentenbescherming.²⁶ Bijgevolg zullen de geharmoniseerde normen ook moeten zorgen voor een gelijke bescherming in alle lidstaten. Op die manier is de (vertrouwensvolle) consument bereid te gaan shoppen en zou maximale harmonisatie wel noodzakelijk zijn.²⁷

Hoewel de Eurobarometers²⁸ duidelijk aantonen dat de consument zich bij het shoppen over de grenzen inlaat met zijn bescherming, twijfelen sommige auteurs er aan of de consument wel voldoende op de hoogte is van zijn rechten inzake consumentenbescherming op nationaal niveau.²⁹ Laten consumenten zich niet meer in met vb. de transport- en vervoerskosten die hij zal moeten dragen bij grensoverschrijvende handel dan met de overeenstemming van de handelspraktijken met de regelgeving?³⁰ Wanneer dit het geval is zou maximale harmonisatie van de oneerlijke handelspraktijken immers niet nodig zijn.

2.1.2 Art. 95 EG-verdrag: minimum of maximum harmonisatie?

Art. 95 EG-verdrag werd recent steeds vaker gebruikt in het kader van consumentenbescherming Richtlijnen.³¹ Over het gebruik en de draagwijdte van art. 95 EG-verdrag is in de rechtsleer reeds vaak gediscussieerd. Dit was zeker het geval ná het *Tabaksreclame arrest*.

Art. 95 EG-verdrag vermeldt niet uitdrukkelijk of ze maximale of minimale harmonisatie vereist. Uit art. 95 EG-verdrag juncto art. 14 EG-verdrag kan

²⁶ H. COLLINS, *The Forthcoming EC Directive on unfair Commercial Practices*, New York, Kluwer Law, 2004, 23; P. ROTT, *l.c.*, 1122.

²⁷ T. WILHELMSSON, *o.c.*, 325-328.

²⁸ Er heerst een gevoel van juridische onbeschermdeheid bij de EU-burger zo blijkt uit de Eurobarometers, vb. inzake "consumer protection in the internal market": http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs252_en.pdf.

²⁹ T. WILHELMSSON, *o.c.*, 325; S. WEATHERILL, "The evolution of European consumer law and policy: From well informed consumer to confident consumer? In H.-W. MICKLITZ, *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? Rolle und Funktion des Verbraucherrechts in der EG und den MOE-Staaten*, 423-471.

³⁰ H. COLLINS, *o.c.*, 16-17 en T. WILHELMSSON, "Harmonizing Unfair Commercial Practices: The Cultural and Social Dimension", *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, 469-471.

³¹ Zo ook: Richtlijn 85/374/EEG inzake aansprakelijkheid voor producten met gebreken, Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende reclame, Richtlijn 89/552/EEG inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten en meer recent voorstel van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten, Brussel, 8.10.2008, COM(2008) 614 definitief, 2008/0196 (COD).

enkel worden afgeleid dat het artikel gebruikt kan worden ter verwezenlijking van een interne markt.³² Door de voortdurende economische en wetenschappelijke evoluties dienden de verschillen in nationale regelgeving meer en meer op Europees niveau aangepakt te worden.³³ Inzake consumentenbescherming heeft men echter in het verleden zelden teruggegrepen naar maximale harmonisatie.³⁴ Minimum harmonisatie werd aanvankelijk gezien als het meest wenselijke middel om te harmoniseren waarbij hogere standaarden, gehanteerd door Lidstaten, behouden konden blijven.³⁵ Is minimum harmonisatie dan een realistisch en zelfs beter alternatief wanneer men gebruik maakt van art. 95 EG-verdrag?

Vooreerst behelst minimum harmonisatie de mogelijkheid om de culturele en juridische homogeniteit tussen de verschillende Lidstaten te weerspiegelen.³⁶ Dit stemt volledig overeen met de gedachte van “eenheid in verdeeldheid” gehanteerd door de Europese Gemeenschap. Het gebruik van minimum harmonisatie om een interne markt, a.h.v. art. 95 EG-verdrag, te bewerkstelligen is echter niet vanzelfsprekend. Een interne markt houdt in dat men een zeker niveau van harmonisatie zal moeten bereiken.³⁷ Een markt zonder binnen grenzen is immers onmogelijk zonder dat uniforme regelgeving wordt opgelegd. Uniformiteit is er, tot op zekere hoogte, echter ook bij minimum harmonisatie aangezien een minimum grens wordt opgelegd waardoor men niet minder strenge normen kan opleggen. Men kan hier echter wel afwijkende (strengere) regelgeving op nationaal niveau vast leggen. Dit zal weinig kunnen bijdragen tot een vrij verkeer binnen de Europese markt en zou zelfs meer handelsbelemmering met zich kunnen meebrengen. Bovendien kan men hier terugverwijzen naar de “vertrouwensvolle consument” die nodig is om een interne markt te verwezenlijken, wat immers de doelstelling is van art. 95 EG-verdrag.³⁸ Zo’n consument kan moeilijk verwezenlijkt worden als hij niet mag verwachten dat zelfde regels van toepassing zullen zijn over de grenzen heen. Dit zou pas werkelijk het geval zijn bij maximale harmonisatie.

³² Art 95 EG-verdrag verwijst naar de doeleinden van art. 14 EG-verdrag: “(...)de interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit verdrag(...)”.

³³ W. VAN GERVEN, “Harmonization of Private Law: Do we need it?”, *C.M.L. Rev.*, 2004, 505.

³⁴ M. DEWITTE en A. VERMEERSCH, *Europees Consumentenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 113-115; M. DOUGAN, “Minimum Harmonization and the Internal Market”, *C.M.L. Rev.*, 2000, 853-885; P. ROTT, *l.c.*, 1107-1135.

³⁵ Zie vb. Art. 7(1) Richtlijn 84/450/EG, misleidende reclame; Art. 8 Richtlijn 93/13/EG, oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten; Art. 14(1) Richtlijn 97/7/EG, verkoop op afstand; zie ook vn. 3; De Richtlijn 85/374/EG, inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken vormt een uitzondering op dit rijtje, zie H.v.J. 25 april 2002, *Commissie t. Griekenland*, C-154/00, *Jur. H.v.J.* 2002, 3879.

³⁶ J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, *l.c.*, 115.

³⁷ S. WEATHERILL, “Harmonisation, How much, how little?”, *E.B.L. Rev.*, 2005, 533-545 en R.W. DE VREY, *Towards a European unfair Competition Law: a clash between legal families*, Leiden, Nijhof, 2006, 58.

³⁸ T. WILHELMSSON, *l.c.*, 318.

Het *Tabaksreclame arrest* van 5 oktober 2000 kan beschouwd worden als een mijlpaalarrest in het Europees consumentenrecht³⁹. In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat art. 95 EG-verdrag niet kon gebruikt worden als een algemene bevoegdheid om de interne markt te reguleren. Dit zou immers in strijd zijn met art. 5 lid 1 EG-verdrag: enkel toegewezen bevoegdheden voor de Gemeenschap. De oorspronkelijke materiële bevoegdheid van de Richtlijn 98/43/EG zou art. 152 EG-verdrag, volksgezondheid, zijn.⁴⁰ Art. 152, lid 4, eerste streepje EG-verdrag sluit harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten ter bescherming en verbetering van de menselijke gezondheid uit. Deze bepaling houdt evenwel niet in, dat op basis van andere verdragsbepalingen vastgestelde harmonisatiemaatregelen geen invloed kunnen hebben op de bescherming van de volksgezondheid.⁴¹ De bepalingen van de Richtlijn streefden immers een maximum harmonisatie na, wat dus niet mogelijk was op basis van art. 152 EG-verdrag. Om toch de doelstelling te verwezenlijken greep Europees Parlement en Raad van de Europese Unie terug naar art. 95 EG-verdrag als rechtsgrond van de Richtlijn.⁴² Het Hof van Justitie oordeelde echter dat art. 95 EG-verdrag niet kon gebruikt worden als rechtsgrond voor de Richtlijn.

Art. 95 EG-verdrag zou enkel kunnen gebruikt worden *als de handelsbelemmeringen inzake vrij verkeer van goederen en diensten worden weggenomen of om de belemmeringen van fundamentele vrijheden en de mededingingsverstoring te vermijden*.⁴³ Volgens het Hof voldeed de Richtlijn 98/43/EG niet aan deze doelstellingen. Het Hof legt een duidelijke motiveringsplicht op aan de Commissie indien zij art. 95 EG-verdrag als rechtsgrond wil gebruiken.⁴⁴ Zo was het dus noodzakelijk voor de Europese wetgever om het gebruik van art. 95 EG-verdrag te motiveren o.a. aan de hand van empirisch bewijs.⁴⁵ Het Hof aanvaardde later, misschien al te vlug, de

³⁹ H.v.J. 5 oktober 2000, *Duitsland t. Parlement en Raad*, C-376/98, *Jur. H.v.J.* 2000, 8419.

⁴⁰ Richtlijn 98/43/EG inzake reclame en sponsoring voor tabaksproducten, *P.B. L.* 213, 30 juli 1998, 1.

⁴¹ Art. 153 lid 5 EG-verdrag; het is Lidstaten toegelaten maatregelen te nemen voor een hogere graad van bescherming.

⁴² R. BARENTS, "De Tabaks-richtlijn in rook opgegaan", *N.T.E.R.*, 2000, 327-331 en S. WEATHERILL, "The European Commission's Green Paper on European Contract Law: Context, content and constitutionality", *Journal of Consumer Policy*, 2001, 339-363.

⁴³ H.v.J. 5 oktober 2000, *Duitsland t. Parlement en Raad*, C-376/98, *Jur. H.v.J.* 2000, 8419: "Bovendien moet een op basis van artikel 100 A van het Verdrag vastgestelde handeling metterdaad ten doel hebben, de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren. Hoewel artikel 100 A als rechtsgrondslag mag worden gebruikt om toekomstige belemmeringen van het handelsverkeer als gevolg van een heterogene ontwikkeling van de nationale wetgevingen te vermijden, moet het ontstaan van die belemmeringen waarschijnlijk zijn en moet de betrokken maatregel ertoe strekken die belemmeringen te voorkomen."; H.v.J. 9 oktober 2002, *Nederland t. Commissie*, C-377/98, *Jur. H.v.J.* 2002, 7079 en H.v.J. 12 december 2000, *Rechnungshof t. Oostenrijks Rundfunk*, C-465/00, *Jur. H.v.J.* 2001, 4989.

⁴⁴ S. WEATHERILL, "The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis", *E.B.L. Rev.*, 2002, 506.

⁴⁵ M. RADEIDEH, *The principle of fair trading in the EC law*, Rijksuniversiteit Groningen, Groningen, 2004, 81-83.

argumentatie inzake het bewerkstelligen van een interne markt door middel van andere Richtlijnen.⁴⁶ In het recentere arrest C-380/03 inzake Tabaksreclame oordeelde het Hof bovendien dat de nieuwe Tabaksreclamerichtlijn voldoet aan de opgelegde voorwaarden ook al zou dat niet zijn hoofddoelstelling zijn.⁴⁷ Men kan zich afvragen hoe handelsbelemmeringen kunnen weggenomen worden als staten nog strengere normen kunnen aannemen boven de regel die (minimaal) geharmoniseerd is?

Volgens het *Tabaksreclame arrest* zou men dus enkel gebruik kunnen maken van art. 95 EG-verdrag om de handelsbelemmeringen weg te werken of om de belemmeringen van fundamentele vrijheden en de mededingingsverstoring te vermijden. Het is twijfelachtig of zo'n doelstellingen kunnen bereikt worden a.h.v. minimum harmonisatie.⁴⁸

Tot slot moeten we stellen dat we geen eenduidig antwoord kunnen geven op de vraag of art. 95 EG-verdrag enkel te verzoenen is met maximale harmonisatie. Bovenstaande vaststellingen wijzen er m.i. in elk geval op dat de doelstelling van art. 95 EG-verdrag juncto art. 14 EG-verdrag, interne markt moeilijk kan verwezenlijkt worden a.h.v. minimum harmonisatie. Het Tabaksreclame arrest zou deze stelling kunnen bevestigen.

2.2 IS MAXIMUM HARMONISATIE REALISTISCH?

Gezien de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken een maximale harmonisatie zou nastreven moeten we ons echter de vraag stellen of dit een realistische doelstelling is. Consumentenbescherming moet gezien worden in het licht van een politiek proces. Zoals reeds aangehaald heeft minimum harmonisatie het grote voordeel dat ze de nationale soevereiniteit van de Lidstaten respecteert en een grote juridische vrijheid toekent aan de Lidstaten.⁴⁹ Maximale harmonisatie daarentegen neemt drastische maatregelen die de autonomie van Lidstaten erg beknot. Daarom zal het nastreven van een Europees centralisme moeilijk aanvaard worden door de soevereine staten.⁵⁰ Zo zullen Lidstaten met hogere standaarden dan die van de Richtlijn zich moeten aanpassen aan de

⁴⁶ H.v.J. 2 mei 2006, *Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland t. Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*, C-217/04, *Jur.* 2006,3771; H.v.J. 15 december 2005, *The Queen, op verzoek van Alliance for Natural Health e.a. t. Secretary of State for Health en National Assembly for Wales*, C-154/04 en C-155/04, *Jur. H.v.J.* 2004, 6451 en H.v.J. 14 december 2004, *The Queen, op verzoek van Swedish Match AB en Swedish Match UK Ltd t. Secretary of State for Health*, C-210/03, *Jur. H.v.J.* 2005, 11893.

⁴⁷ H.v.J. 12 december 2006, *Bondsrepubliek Duitsland t. Europees Parlement, Raad van de Europese Unie*, C-380/03, *Jur. H.v.J.* 2006, 47.

⁴⁸ H.v.J. 12 oktober 1995, *Piageme t. Peeters*, C-85/94, *Jur. H.v.J.* 1994, 2955; Zo stelt het Hof dat men zich niet kan beroepen op art. 153 EG-verdrag om strengere nationale regels op te leggen t.a.v. communautaire regels op grond van art. 95 EG-verdrag.

⁴⁹ H.v.J. 25 april 2002, *Commissie t. Griekenland*, C-154/00, *Jur. H.v.J.* 2002, 3879.

⁵⁰ R. VAN DEN BERGH, "Forced harmonization of contract law in Europe: not to be continued", in Grundmann and Stuyck, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, New York, Kluwer Law International, 2002, 249.

Richtlijn. Dit heeft als contradictoir gevolg dat voor sommige Lidstaten een lagere rechtsbescherming wordt ingevoerd.

Zo bevestigde de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de politieke werkelijkheid erg verschilt van het nastreven van een Europese interne markt. Het Hof bevestigde in *British American Tobacco*⁵¹ dat afwijkingen op een minimum standaard niet konden worden aanvaard *behalve* voor de producten van nationale handelaars van de lidstaat die de hogere normen wil opleggen. Vreemd genoeg zag het Hof later in *Herbert Karner*⁵² geen probleem in het gebruik van art. 95 EG-verdrag ter verwezenlijking van minimum harmonisatie waarbij hogere normen voor *alle* handelaars aanvaardbaar zijn. Het Hof lijkt op dit punt niet consequent.

Bovendien hebben de nationale en Europese rechter een grote impact op het streefdoel van maximale harmonisatie. De nationale rechter speelt een cruciale rol in de implementatie en toepassing van een Richtlijn. De Richtlijnen en overeenstemmende nationale wetgeving zijn vaak dubbelzinnig geformuleerd zodat er een belangrijke taak weggelegd is voor de nationale rechter om de vage begrippen te interpreteren en de Richtlijn in het licht van de doelstelling toe te passen.⁵³ Dit lijkt op het eerste zicht moeilijk te verenigen met maximale harmonisatie.⁵⁴ De rechtbanken van de verscheidene Lidstaten hanteren immers zo elk hun eigen interpretatie van de vage termen zodat het vooropgestelde doel, verwijdering van handelsbelemmeringen, door een verscheidenheid aan interpretaties zelf onderuit wordt gehaald. De nationale rechtbanken hebben echter geen “carte-blanche”.⁵⁵ Indien de Lidstaten willen afwijken van de standaard van een typische gemiddelde consument die het Hof voorop stelt dient men aan te tonen waarom de bijzondere consument in die

⁵¹ H.v.J. 10 december 2002, *The Queen tegen Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd en Imperial Tobacco Ltd.*, C-491/01, *Jur. H.v.J.* 2002, 11453; S. WEATHERILL, “Harmonisation, How much, how little?”, *E.B.L. Rev.*, 2005, 533-545 en R.W. DE VREY, *o.c.*, 58.

⁵² H.v.J. 25 maart 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH t. Troostwijk GmbH*, C-71/02, *Jur. H.v.J.* 2004, 3025; zie ook J. STUYCK, “annotatie” *C.M.L. Rev.*, 2004, 1683.

⁵³ H. COLLINS, *o.c.*, 20; *Parl. St. Kamer*, 2007, nr. 2983/001, 66; H.v.J. 16 juli 1998, *Gut Springenheide GmbH en Rudolf Tusky t. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, C-210/96, *Jur.*, 4657; H.v.J. 28 januari 1999, *Verbraucherschutzverein eV t. Sektellerei G.C. Kessler GmbH und Co.*, C-303/97, *Jur. H.v.J.*, 513 en H.v.J. 12 oktober 2000, *Banatrading GmbH t. Raad van de Europese Unie*, C-3/99, *Jur. H.v.J.*, 2123.

⁵⁴ *Parl. St. Kamer*, 2007, nr. 2983/001, 11; waarin de Belgische wetgever duidelijk laat blijken dat het Hof van Justitie en nationale rechtbanken het begrip “uitnodiging tot aankoop” zullen moeten bepalen.

⁵⁵ Zie ook 3.2.3. Onverzoenbaar? Maximale harmonisatie van de Richtlijn en interpretatie door de wetgever van open normen.

specifieke nationale situatie moet worden beschermd.⁵⁶ Het Hof speelt dus duidelijk een sleutelrol in het behoud van eenheid in het recht.⁵⁷

2.3 AMBIGUÏTEIT TROEF

Tot slot kunnen we tot een *synthese* komen van bovenstaande probleemstellingen. Enerzijds zijn we tot de vaststelling gekomen dat een interne markt waarschijnlijk het best verwezenlijkt kan worden a.h.v. maximale harmonisatie. Anderzijds moeten we wijzen op de moeilijke verzoening van een doorgedreven Europees centralisme met nationale soevereiniteit. Het optreden van de nationale rechter en het Hof van Justitie illustreerden deze ambiguïteit. M.i. kunnen we echter stellen dat deze ambiguïteit zeker positieve elementen met zich meebrengt. Richtlijnen die zijn opgesteld in deze dubbelzinnigheid zijn zelden zuivere maximale harmonisatie Richtlijnen zodat er een grote bewegruimte wordt gegeven aan de Lidstaten. Dit zal verder worden aangetoond a.h.v. de afwijkingen in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zo'n Richtlijn is m.i. veel beter te verzoenen met de nood aan soevereiniteit van de Lidstaten en past daarom beter in het Europees project dat een geleidelijke integratie inhoudt. Dit heeft uiteraard ook negatieve gevolgen. Zo zal de Richtlijn m.i. minder bijdragen tot een interne markt dan mogelijk zou zijn. De Richtlijn laat immers nog veel mogelijkheden aan de Lidstaten, o.a. in de interpretatie van vage begrippen, zodat een absolute interne markt slechts een utopie is zolang men dergelijke Richtlijnen hanteert. De Europese jurisprudentie zou echter kunnen zorgen voor eenmaking. In deze rechtspraak kan men opnieuw merken hoe het Hof een evenwicht poogt te vinden tussen de autonomie van de Lidstaten, meer in het bijzonder van de nationale rechter, en voldoende harmonisatie. Ik zal dit aantonen a.h.v. de rechtspraak inzake de interpretatie van begrippen van de Richtlijn.

De bevoegdheid van het Hof bij deze interpretatie werd gevormd door opeenvolgende mijlpaalarresten: *Océano Grupo*⁵⁸, *Cofidis*⁵⁹, *Freiburger*

⁵⁶ L. GONZALES VAQUÉ, "La notion de "consommateur moyen" selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004, 69; Zie ook over de centrale rol van het Hof van Justitie: T. TRIDIMAS, "The Court of Justice and Judicial Activism", *E.L.Rev.*, 1996, 205-209 en A. ALBORS-LLORENS, "The European Court of Justice: More than a Teleological Court", *CYELS*, 1999, 373.

⁵⁷ H.v.J. 2 februari 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV t. Clinique Laboratoires SNC Estée Lauder Cosmetics GmbH*, C-315/92, *Jur. H.v.J.* 1994, 317; De Duitse wetgeving verbood het gebruik van het woord "clinique" bij cosmetische producten gezien de consument zou kunnen vooronderstellen dat het product medische doelstellingen heeft. Het Hof hield zo rekening met taalkundige verscheidenheid om het begrip "gemiddelde consument te bepalen; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2003, 408-419 en P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *EU Law, text Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 86-102.

⁵⁸ H.v.J. 26 februari 1986, *Marshall*, 152/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 723; H.v.J. 14 juli 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Jur. H.v.J.*, 1994, 3325; H.v.J. 12 juli 1990, *Foster e.a.*, C-188/89, *Jur. H.v.J.* 1990, 3313.

Kommunalbauten v Hofstetter.⁶⁰ In *Océano Grupo*⁶¹ stelde het Hof dat het zonder rekening te houden met bijkomende omstandigheden kon oordelen of een beding oneerlijk was in het kader van Richtlijn 93/13.⁶² Deze Richtlijn daarentegen liet de nationale rechtbanken de vrijheid om *propriu motu* het begrip “oneerlijke bedingen” te interpreteren en toe te passen.⁶³ Het Hof was echter van mening dat om consumentenbescherming te bereiken men het best de nationale rechtbanken *propriu motu* het oneerlijke karakter laat bepalen. Het Hof zocht duidelijk een evenwicht tussen procedurele autonomie voor de Lidstaten en effectieve toepassing van de Richtlijn. Zo ook in *Cofidis*⁶⁴ waarbij het Hof echter een Europese interventie verkoos boven een nationale regulering in functie van een effectieve bescherming van de consument.

In *Freiburger Kommunalbauten v Hofstetter*⁶⁵ daarentegen oordeelde het Hof dat het niet de bevoegdheid heeft om in *specifieke* gevallen te oordelen over oneerlijke bedingen. Het Hof kon enkel oordelen op grond van de algemene criteria, zoals in de Richtlijn was omschreven, om te beoordelen of een beding oneerlijk is. De toepassing van deze criteria, zo oordeelde het Hof, kwam toe aan de nationale rechtbanken. Deze rechtbanken hebben wel de mogelijkheid om op grond van specifieke omstandigheden te oordelen of een beding oneerlijk is. Hoe is dit dan te verzoenen met *Océano Grupo* waarin het Hof wel oordeelde over de oneerlijkheid van het beding?⁶⁶ In *Océano Grupo* was de oneerlijkheid van het beding zo duidelijk dat het niet noodzakelijk was om de omstandigheden in acht te nemen.⁶⁷ Als algemene regel kunnen we dus stellen dat het Hof niet oordeelt over de oneerlijkheid van bedingen behalve wanneer deze zo duidelijk zijn dat interpretatie niet hoeft en men enkel de

⁵⁸ H.v.J. 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial SA tegen Roció Murciano Quintero en Salvat Editores SA t. José M. Sánchez Alcón Prades*, C-240/98 tot C-244/98, *Jur. H.v.J.* 2000, 4941; annotatie J. STUYCK, *C.M.L. Rev.*, 2001, 719-737; P. ROTT, “What is the Role of the ECJ in EC Private Law? – A Comment on the ECJ judgments in *Océano Grupo*, *Freiburger Kommunalbauten*, *Leitner and Veedfald*”, *Hans Law Review*, 2005, 6-17.

⁵⁹ H.v.J. 21 november 2002, *Cofidis SA t. Jean-Louis Fredout*, C-473/00, *Jur. H.v.J.* 2002, 10875.

⁶⁰ H.v.J. 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG t. Ludger Hofstetter en Ulrike Hofstetter*, C-237/02, *Jur. H.v.J.* 2004, 3403; annotatie P. ULMER, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1080.

⁶¹ H.v.J. 27 juni 2000, *Océano Grupo Editorial SA tegen Roció Murciano Quintero en Salvat Editores SA tegen José M. Sánchez Alcón Prades*, C-240/98 tot C-244/98, *Jur. H.v.J.* 2000, 4941, par. 26.

⁶² Annotatie J. STUYCK, *C.M.L. Rev.*, 2001, 719-737; S. WHITTAKER, “Unfair Contract Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract”, *LQR*, 2002, 95.

⁶³ Artikel 6, lid 1 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken luidt als volgt: De Lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.”

⁶⁴ H.v.J. 21 november 2002, *Cofidis SA t. Jean-Louis Fredout*, C-473/00, *Jur. H.v.J.* 2002, 10875.

⁶⁵ H.v.J. 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG t. Ludger Hofstetter en Ulrike Hofstetter*, C-237/02, *Jur. H.v.J.* 2004, 3403 en annotatie P. ULMER, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, 1080.

⁶⁶ P. CRAIG en G. DE BÚRCA, *o.c.*, 219-220 en S. WHITTAKER, *l.c.*, 95.

⁶⁷ S. WEATHERILL, *o.c.*, 70; J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, *l.c.*, 139-140.

algemene criteria van de Richtlijn kan toepassen⁶⁸. Een duidelijk evenwicht tekent zich dus af tussen Europese integratie enerzijds en nationale autonomie anderzijds.

3. DE RICHTLIJN ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN, VRIJHEID VAN BELGIË?

We zullen opnieuw een these, antithese, synthese theorie opbouwen. In dit deel wil ik vooral dieper ingaan op de *concrete* gevolgen van maximale harmonisatie om een interne markt te creëren. Vooreerst stellen we dat de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken een maximale harmonisatie Richtlijn is (*these*). Vervolgens tonen we in de *antithese* aan dat de Richtlijn heel wat afwijkingen op deze harmonisatie bevat die mogelijks het doel van de Richtlijn zullen uithollen. Tot slot kom ik, zoals hierboven, in de *synthese*, tot het besluit dat de Richtlijn geen zuivere maximale harmonisatie Richtlijn is en België dus bijgevolg nog een zekere vrijheid heeft.

3.1. EEN MAXIMALE HARMONISATIE RICHTLIJN

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is een maximale harmonisatie Richtlijn uitgezonderd voor financiële diensten en onroerend goed.⁶⁹ Uit de Richtlijn zelf blijkt echter niet of ze een maximale harmonisatie nastreeft. Er zijn echter enkele elementen die dit kunnen bevestigen. Vooreerst wordt in het Groenboek voor Consumentenbescherming, een studie waarin de Richtlijn veel van zijn doelstellingen terugvindt, gesteld dat men een maximale harmonisatie moet nastreven om de bescherming van de consument te verhogen. Bovendien verwijzen considerans nrs. 5, 9, 12, 14 en 15 van de preambule van de Richtlijn naar een “volledige harmonisatie”.⁷⁰ De doelstelling van de Richtlijn zou enkel achterhaald kunnen worden a.h.v. de gebruikte woorden en de ratio van de Richtlijn. Wanneer ik terug verwijs naar de bovenstaande redenering dat art. 95 EG-verdrag en maximale harmonisatie het best te verzoenen zijn kunnen we besluiten dat de nieuwe Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken ook een maximale harmonisatie Richtlijn is. Dit is het geval aangezien de rechtsgrond eveneens art. 95 EG-verdrag is en aangezien een interne markt⁷¹ moeilijk kan verwezenlijkt worden met minimum harmonisatie.

Zeer recent bevestigde Advocaat-Generaal *Trstenjak*, in haar belangrijke opinie in de gevoegde zaken C-216/07 en C-299/07, dat de Richtlijn inderdaad: “een volledige harmonisatie van de nationale voorschriften inzake

⁶⁸ Zie ook H.v.J. 16 juli 1998, *Gut Springenheide GmbH en Rudolf Tusky t. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, C-210/96, *Jur. H.v.J.*1998, 4657 par. 30.

⁶⁹ Vn. 13-14.

⁷⁰ J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, *l.c.*, 115-117.

⁷¹ Zie rdn. 15-16 inzake *Tabaksreclame arrest*.

oneerlijke handelspraktijken nastreeft.⁷² Anders dan tot nog toe het geval was bij de specifieke sectoriële rechtsinstrumenten tot harmonisatie van de regels inzake consumentenbescherming, wordt geen minimumharmonisatie nagestreefd, maar wel een maximale harmonisatie van de nationale voorschriften (...) die er aan in de weg staat dat de lidstaten strengere regelingen handhaven of invoeren.”⁷³

In casu werd de prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gesteld of Richtlijn 2005/29 zich verzet tegen art. 54 W.H.P.C. die *elk* gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument verbiedt ongeacht of het aanbod in de concrete omstandigheden van de zaak als strijdig met de professionele toewijding of de eerlijke handelsgebruiken kan beschouwd worden en inzonderheid ongeacht de invloed die het concrete aanbod op de gemiddelde consument kan hebben. De Richtlijn voorziet in art. 5, lid 1 in een open norm voor het verbod van oneerlijke handelspraktijken. Art. 5, lid 2 bepaalt wanneer een handelspraktijk oneerlijk is.⁷⁴ Volgens lid 4 zijn handelspraktijken in het bijzonder oneerlijk wanneer zij misleidend of agressief zijn. Ten slotte verwijst lid 5 naar “Bijlage I” waar een lijst is opgenomen van handelspraktijken die in alle omstandigheden oneerlijk worden beschouwd. Nationale rechterlijke en bestuurlijke instanties zullen dus bij de toepassing van het recht in de eerste plaats moeten uitgaan van de in bijlage I neergelegde opsomming van 31 gevallen van oneerlijke handelspraktijken.⁷⁵ Enkel wanneer een handelspraktijk niet onder deze opsomming valt zal zij moeten getoetst worden aan de open norm van art. 5, lid 1.

Art. 54 W.H.P.C. bevat echter, in tegenstelling tot waarin de Richtlijn voorziet, een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen. De Richtlijn gaat immers in tegenstelling tot de Belgische wetgeving uit van de eerlijkheid van handelspraktijken. Aangezien gezamenlijke aanbiedingen niet worden

⁷² Conclusie van Advocaat-Generaal V. Trstenjak van 21 oktober 2008 in gevoegde zaken C-216/07 en C-299/07, *VTB-VAB NV t. Total Belgium NV en Galatea BVBA t. Sanoma Magazines Belgium NV*, para. 48 en 74.

⁷³ L. DE BROUWER, “Droit de la Consommation – La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales”, *Revue de Droit Commercial Belge*, nr. 7, september 2005, 769, die uit de maximale harmonisatie door richtlijn 2005/29 afleidt dat de lidstaten niet bevoegd zijn strengere regelingen vast te stellen, ongeacht of deze ertoe strekken een hoger niveau van consumentenbescherming te verzekeren; J. KESSLER, “Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich”, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr. 7, 2007, 716, stelt dat de Richtlijn niet enkel minimumnormen vaststelt maar dat zij bovendien in de weg staat dat de lidstaten regelingen handhaven die in het kader van een gestelde consumentenoriëntatie verder gaan dan de materiële vereisten van de Richtlijn en zodoende strengere verplichtingen vaststellen.

⁷⁴ Art. 5, lid 2: “Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economisch 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 economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.”

⁷⁵ Conclusie van Advocaat-Generaal V. Trstenjak van 21 oktober 2008 in gevoegde zaken C-216/07 en C-299/07, *VTB-VAB NV t. Total Belgium NV en Galatea BVBA t. Sanoma Magazines Belgium NV*, para. 79.

gerekend tot de in bijlage I vermelde handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk moeten worden aangemerkt, worden zij in beginsel slechts verboden wanneer zij oneerlijke handelspraktijken uitmaken, bijvoorbeeld omdat zij misleidend of agressief in de zin van de Richtlijn zijn of wanneer kan aangetoond worden op basis van de criteria in art. 5, lid 2 dat zij oneerlijk zijn. Door het verbod in art. 54 W.H.P.C., zo oordeelt Advocaat-Generaal *Trstenjak*, wordt de beoogde liberale oriëntatie van de Richtlijn miskend doordat het verbod tot algemene regel wordt uitgeroepen. Het verbod in art. 54 W.H.P.C. leidt zo tot een uitbreiding van de in bijlage I vervatte opsomming van verboden handelspraktijken. Dit is echter niet mogelijk wegens de maximale harmonisatie in het kader van de Richtlijn (uitgezonderd voor financiële diensten en onroerend goed). Op deze wijze is de Belgische W.H.P.C. repressiever en minder flexibel dan de Richtlijn. De Belgische wetgeving laat immers geen ruimte in dit geval voor beoordeling van de rechtsprekende of uitvoerende macht waardoor de doelstelling van de Richtlijn wordt miskend.⁷⁶

Deze opinie blijkt duidelijk het maximale harmonisatie karakter van de Richtlijn te bevestigen. Het is nog afwachten tot de uitspraak van het Hof van Justitie of ook met zoveel woorden de aard van de Richtlijn wordt bevestigd en om juist in te schatten wat de gevolgen van het maximale harmonisatie karakter zijn. Indien het Hof positief antwoordt op de prejudiciële vraag kan m.i. echter ook verwacht worden dat de overige handelspraktijken opgesomd in Hoofdstuk VI van de W.H.P.C., bijvoorbeeld art. 40 betreffende verkoop met verlies, die niet vermeld zijn in Bijlage I van de Richtlijn eveneens als strijdig met de Richtlijn kunnen worden beschouwd. Het lijkt er in ieder geval op dat de Belgische wetgever hier opnieuw de bal heeft misgeslagen.

3.2. AFWIJINGEN OP DE MAXIMALE HARMONISATIE: RICHTLIJN ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN

3.2.1 *Algemeen*

Vooreerst moet worden opgemerkt dat Europese Richtlijnen slechts een algemene standaard opstellen ter verwezenlijking van het vooropgestelde doel.⁷⁷ De Lidstaten moeten dus de Richtlijn omzetten in een gedetailleerde wetgeving inzake oneerlijke handelsgebruiken (zoals de W.H.P.C. in België) en deze conform de Richtlijn toepassen.⁷⁸ De Lidstaten zijn enkel gebonden

⁷⁶ Conclusie van Advocaat-Generaal V. Trstenjak van 21 oktober 2008 in gevoegde zaken C-216/07 en C-299/07, *VTB-VAB NV t. Total Belgium NV en Galatea BVBA t. Sanoma Magazines Belgium NV*, para. 80-85; Bovendien is art. 54 W.H.P.C. een voorwerp van de volledige harmonisatie waarop de overgangsregelingen van art. 3, lid 5 van de Richtlijn niet van toepassing zijn.

⁷⁷ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 677-680

⁷⁸ H.v.J. 10 mei 2001, *Commissie t. Nederland*, C-144/99, *Jur. H.v.J.* 2001, 3541; H.v.J. 27 februari 2003, *Commissie t. België*, C-415/01, *Jur. H.v.J.* 2003, 2081.

H.v.J. 1 april 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG t. Ludger Hofstetter en Ulrike Hofstetter*, 237/02, *Jur. H.v.J.* 2004, 3403.

om deze standaard te bereiken en hebben verder de vrijheid om, zoals art. 249, derde lid EG-verdrag stelt, vorm en middelen te kiezen ter verwezenlijking van deze standaard.⁷⁹

Van zodra een materie volledig geharmoniseerd is, worden alle afwijkende nationale maatregelen uitgesloten en is een grens van bescherming vastgelegd.⁸⁰ De wetgever kan dan geen strengere standaarden opleggen ter bescherming van de consumenten.⁸¹ Dit zou overigens ook het geval zijn bij minimum harmonisatie volgens het Hof in *British American Tobacco*, zij het dat dan toch voor *nationale* producenten hoger normen kunnen worden opgelegd.⁸²

Harmonisatie kan tot gevolg hebben dat de Europese wetgeving doordringt in materies die de Europese wetgever niet voor ogen had.⁸³ De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken sluit in art. 3(2) deze ingrijpende gevolgen echter uit: “deze Richtlijn laat het verbintennisrecht en, in het bijzonder, de regels betreffende de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten onverlet”.⁸⁴ Is het beoogde onderscheid met het contractenrecht realistisch?

M.i. zal de Richtlijn toch gevolgen hebben op nationale regelgeving vb. inzake contractenrecht.⁸⁵ Dit zou meer in het bijzonder het geval kunnen zijn voor de precontractuele fase.⁸⁶ Dit wordt bovendien bevestigd in art. 3(1): “deze Richtlijn is 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.” Zo is het voorzienbaar dat tijdens het sluiten van de overeenkomst, dus vóór de commerciële transactie, de producent zich vergrijpt aan oneerlijke handelspraktijken zoals in bijlage I van de Richtlijn, vb. “beweren dat een handelaar (met inbegrip van zijn handelspraktijken) of een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend of goedgekeurd terwijl zulks niet het geval is, of iets dergelijks beweren zonder dat aan de voorwaarde voor de aanbeveling, erkenning of goedkeuring wordt voldaan.” Bijgevolg zou een commerciële transactie “oneerlijk” kunnen zijn wegens handelspraktijken in strijd met de Richtlijn, gepleegd tijdens de precontractuele fase en dus wel de geldigheid

⁷⁹ P. VAN NUFFEL, *De rechtsbescherming van nationale overheden in het Europees recht*, Kluwer, Deventer, 2000, 246-264.

⁸⁰ M. DEWITTE en A. VERMEERSCH, *o.c.*, 113; zie ook G. HOWELLS en T. WILHELMSSON, “EC consumer law: has it come of age?”, *E.L.Rev.*, 2002, 370.

⁸¹ G.B. ABBAMONTE, “The unfair commercial practices directive: an example of the new European Consumer protection approach”, *Colum. J. Eur. L.*, 2006, 695.

⁸² *Supra*, vn. 47.

⁸³ J.A., USHER, “Maastricht and English Law”, *Stat.L.Rev.*, 1993, 35-39.

⁸⁴ B. DE GROOTE en K. DE VULDER, “European Framework for unfair commercial practices: analysis of directive 2005/29”, *J.B.L.*, 2007, 16-42 en G.B. ABBAMONTE, *l.c.*, 2006, 695

⁸⁵ Zie ook H. COLLINS, *o.c.*, 9-10.

⁸⁶ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 572.

van de overeenkomst aantasten.⁸⁷ Bovendien zal de Richtlijn ook gevolgen hebben voor de beoordeling van eerlijke handelspraktijken tussen concurrenten terwijl zij initieel enkel van toepassing is op handelspraktijken t.a.v. consumenten. Concurrenten zullen immers de benadeling van een consument door oneerlijke handelspraktijken t.a.v. elkaar kunnen inroepen. Art. 98 W.H.P.C. bepaalt immers dat de vordering tot staking in art. 95 W.H.P.C. door iedere belanghebbende kan ingesteld worden.

3.2.2 Uitzonderingen in de Richtlijn

De Richtlijn voorziet zelf enkele uitzonderingen op de ongetwijfeld zeer ingrijpende gevolgen van maximale harmonisatie. Vooreerst is de Richtlijn enkel gericht op de economische aspecten van de nationale regelgeving m.b.t. uitsluitend de relatie tussen consument en producent.⁸⁸ Vervolgens voorziet art 3(9) in de mogelijkheid voor Lidstaten om strengere vereisten op te leggen inzake “financiële diensten” in de zin van Richtlijn 2002/65/EG en het een onroerend goed betreft.⁸⁹ Daarnaast vallen gezondheid en veiligheidsaspecten van producten buiten het doel van de Richtlijn.⁹⁰ Ten slotte voorziet art. 3(5) in de mogelijkheid om gedurende een periode van zes jaar, op het bij deze Richtlijn geharmoniseerde gebied, nationale bepalingen te 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.⁹¹

Ondanks bovenstaande afwijkingen zal de bevoegdheid van de nationale wetgever ongetwijfeld worden beknot. Om te vermijden dat de Lidstaten volledig buiten spel worden gezet heeft de Commissie initieel gekozen voor een Kaderrichtlijn.⁹² De Kaderrichtlijn zou kunnen fungeren als vangnet voor praktijken waarvoor grensoverschrijdende beperkingen worden geconstateerd en die buiten de gecoördineerde terreinen van de sectorspecifieke Richtlijnen vallen.⁹³ Wanneer een Richtlijn inzake specifieke materie, *lex specialis*,

⁸⁷ Zie ook 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, 261.

⁸⁸ Art. 3(1) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: “Deze Richtlijn is 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”; 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, 248; F. ROOSE, “Een uniforme Handelspraktijkenwet”, *NJW*, 2003, 12, 1287-1288; R.W. DE VREY, *o.c.*, 59-61.

⁸⁹ Richtlijn 2002/65/EG, *P.B. L.* 271, 9 oktober 2002, 16.

⁹⁰ Art. 3(3) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: “Deze Richtlijn doet geen afbreuk aan de communautaire of nationale voorschriften inzake gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten”; B. DE GROOTE en K. DE VULDER, “European Framework for unfair commercial practices: analysis of directive 2005/29”, *J.B.L.* 2007, 25-26.

⁹¹ De periode van zes jaar begint te lopen vanaf 12 juni 2007.

⁹² M. RADEIDEH, *l.c.*, 239-240 en H. COLLINS, *o.c.*, 5 en 11.

⁹³ Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie, 2.10.2001COM(2001) 531.

bepaalde aspecten van oneerlijke handelspraktijken niet regelt treedt de nieuwe Richtlijn als *lex generalis* op om de hiaten in consumentenbescherming op te vullen.⁹⁴ Door het bestaan van zogenaamde “benchmarks” kunnen nieuw ontstane, oneerlijke, handelspraktijken worden aangepakt zonder dat daarvoor nieuwe regelgeving nodig is.⁹⁵ In het licht van de nieuwe Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken valt echter het hoog gedetailleerde karakter op.⁹⁶ Dit heeft als gevolg dat de initiële vrijheid die men wou verlenen a.h.v. de Kaderrichtlijn uitgehold wordt door de specificiteit van de Richtlijn. Het is duidelijk dat de Europese wetgever een gulden middenweg zocht tussen maximale harmonisatie en voldoende vrijheid voor de Lidstaten.

Een concreet voorbeeld van een uitzondering van het maximale harmonisatie karakter van de Richtlijn in de Belgische wetgeving kan men terugvinden in de bepaling van het begrip “oneerlijke handelspraktijk”. Volgens art. 5, lid 2 van de Richtlijn is een handelspraktijk oneerlijk wanneer zij o.a. in strijd is met de vereisten van professioneel toewijding.⁹⁷ Dit begrip wordt uitgelegd in art. 2 (h) van de Richtlijn: “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.” De Richtlijn houdt hier duidelijk rekening met de tradities van de Lidstaten. Het criterium van “eerlijke marktpraktijken” lijkt ontleend te zijn van art. 94/3 W.H.P.C. betreffende praktijken in strijd met eerlijke gebruiken onder verkopers.⁹⁸ België heeft bij de omzetting inderdaad in art. 93, 8° W.H.P.C. gekozen om ter bepaling van de “professionele toewijding” het gedrag van de verkoper te toetsen aan de “eerlijke handelsgebruiken”. Problematisch is hier echter wel dat dit begrip niet uniform gedefinieerd is en er dus op dit punt geen complete harmonisatie wordt verwezenlijkt. Bovendien koos de Belgische wetgever voor het begrip “verkoper” in tegenstelling tot de Richtlijn, “handelaar”. Dit is eveneens problematisch aangezien het begrip “verkoper” in de Richtlijn gedefinieerd wordt als “elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelspraktijken verricht die onder de Richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van hem optreedt”. Dit begrip omvat dus ook vrije beroepen. In art. 1, lid 6, a) W.H.P.C. wordt “verkoper” gedefinieerd als elke handelaar of ambachtsman en elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die producten of diensten te koop aanbieden of verkopen in het kader van een beroepsactiviteit (...). Voor het begrip “handelaar” in de Belgische wetgeving dient men te verwijzen naar art. 1 van het Wetboek van Koophandel.⁹⁹ Dit begrip omvat

⁹⁴ Art. 3(4) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken; G.B. ABBAMONTE, *l.c.*, 695.

⁹⁵ R. W. DE VERY, *o.c.*, 55-57; G.B. ABBAMONTE, *l.c.*, 695.

⁹⁶ J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, *l.c.*, 143-145.

⁹⁷ H. DE BAUW, *l.c.*, 5-6.

⁹⁸ Unieverdrag van Parijs 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom, *B.S.*, 29 januari 1975, 885.

⁹⁹ Art. 1 Wetboek van Koophandel: “Kooplieden zijn zij die daden uitoefenen, bij de wet daden van koophandel genoemd, en daarvan, hoofdzakelijk of aanvullend, hun gewoon beroep maken.” Voor daden van koophandel, zie art. 2 Wetboek van Koophandel.

dus geen vrije beroepen in tegenstelling tot de Richtlijn. Op grond van het *Marleasing* arrest zullen de publieke autoriteiten in overeenstemming met art. 10 EG-verdrag, gemeenschapstrouw, het begrip “verkoper” in de W.H.P.C. zoveel als mogelijk conform het Gemeenschapsrecht, *in casu* de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, interpreteren.¹⁰⁰ Toch lijkt de maximale harmonisatie doelstelling uitgehouden.

3.2.3 Onverzoenbaar? Maximale harmonisatie van de Richtlijn en interpretatie door de wetgever van vage begrippen

De Richtlijn bevat een aantal open normen.¹⁰¹ Art. 5(2) is zonder meer een opmerkelijk artikel van de Richtlijn en is bovendien een goede illustratie van de rol van de nationale rechter. De Richtlijn bepaalt in art. 5(2) wanneer een handelspraktijk oneerlijk is. Dit is het geval wanneer ze in strijd is met de vereisten van professionele toewijding *en* het economisch 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 economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren. Art. 2(h) bepaalt dat sprake is van professionele toewijding wanneer 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. De Richtlijn laat de nationale wetgever de keuze om het criterium te bepalen om het gedrag van de consumenten te bepalen. Zo koos de Belgische wetgever in art. 93, 8° W.H.P.C. voor het toetsen aan de eerlijke handelsgebruiken. Deze open norm zal door de rechter echter geval per geval moeten worden ingevuld en waarbij de vraag rijst in hoeverre het Hof van Justitie richting kan geven aan deze aanvulling bij het beoordeling van de implementatie door de lidstaten. Art. 5(3) bevat eveneens een open norm waarbij de rol van de nationale rechter bij de invulling van deze normen zeer belangrijk is.¹⁰² De Richtlijn definieert in art. 5(3) immers niet de gemiddelde consument, wat nochtans een cruciaal begrip is.¹⁰³ De afwezigheid van een duidelijke definitie

¹⁰⁰ H.v.J. 13 november 1990, *Marleasing*, C-106/98, *Jur. H.v.J.* 1990, 4135.

¹⁰¹ ROOSE F., “Een uniforme Handelspraktijkenwet”, *NJW*, 2003, 1288; zo ook voor “goede trouw” in H. COLLINS, *o.c.*, 19-22.

¹⁰² Art. 5(3) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: “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(...).”

¹⁰³ *Parl. St.* Senaat, 1984-1985, nr. 947/1, 16; net als de nieuwe Richtlijn hanteerde de WHPC reeds het begrip van de gemiddelde consument: de parlementaire werken van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument verduidelijkten reeds dat het begrip consument voor wat betreft misleidende reclame moest worden geïnterpreteerd in die zin van de gemiddelde, normaal oplettende en redelijk voorgelichte consument.

is echter wel bewust en wordt uitgelegd in considerans 18.¹⁰⁴ Gezien de Richtlijn alle consumenten wil beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken hanteert de Richtlijn het door de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontwikkelde criterium voor de beoordeling van de gemiddelde consument nl. *de vermoedelijke verwachting van een redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument*.¹⁰⁵ De nationale wetgever krijgt echter zo wel de vrijheid om bepaalde termen zelf in te vullen en zo, indirect, de toepassing van de Richtlijn mee te bepalen. De Belgische wetgever heeft echter in art. 94/5 W.H.P.C. de omschrijving van een “gemiddelde consument” in art. 5, lid 2 van de Richtlijn overgenomen. Opgemerkt dient hier te worden dat de eerlijkheid van handelspraktijken dus hier zal beoordeeld worden vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van een bepaalde groep consumenten. De huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie houdt hier echter nog geen rekening mee.¹⁰⁶ Het Hof van Cassatie zal dus eveneens zijn rechtspraak moeten verfijnen.

In *Commissie/Verenigd Koninkrijk*¹⁰⁷ oordeelde het Hof i.v.m. de omzetting van de Richtlijn 85/374/EEG dat Verenigd Koninkrijk ondanks zagezegde afwijkende implementatie van begrippen, de Richtlijn juist had omgezet.¹⁰⁸ Op de argumentatie van de Commissie dat er geen voldoende implementatie van de Richtlijn was antwoordde het Hof dat aangezien men de bedoeling had om in overeenstemming met de Richtlijn een wet te maken, deze interpretatie toegelaten was.¹⁰⁹ Ook voor de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zou dit kunnen gelden. Zo blijft er een mogelijkheid bestaan voor de Belgische wetgever om bepaalde open normen van de Richtlijn te interpreteren en te definiëren ondanks de maximale harmonisatie.¹¹⁰

¹⁰⁴ M. RADEIDEH, *l.c.*, 237.

¹⁰⁵ B. DE GROOTE en K. DE VULDER, *l.c.*, 30-31; H.v.J. 20 februari 1979, *Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, *Jur. H.v.J.* 1980, 649; H.v.J.16 juli 1998, *Gut Springeide en Tuský*, C-210/96, *Jur. H.v.J.* 1998, 117, randn. 27.

¹⁰⁶ Cass. 12 oktober 2000, *Sain-Brice/Belgische Staat*, *Jaarboek H.P.*, 2000, noot G. STRAETMANS, “Over conflicterende consumentenbeelden en toeval bij sweepstakes”.

¹⁰⁷ H.v.J. 29 mei 1997, *Commissie t. Verenigd Koninkrijk*, C-300/95, *Jur. H.v.J.* 1998, 2649; S. WEATHERILL, *EU consumer law and policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 139-140 en zie ook G. HOWELLS en S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, Aldershot, Ashgate, 2005, 679.

¹⁰⁸ Richtlijn 85/374/EG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *Pb. L.* 210, 7 augustus 1985, 29–33; S. WEATHERILL, *EU consumer law and policy*, Cheltenham, Edward, Elgar, 139-141.

¹⁰⁹ H.v.J. 29 mei 1997, *Commissie t. Verenigd Koninkrijk*, C-300/95, *Jur. H.v.J.*, 2649: “Dit betoog moet worden verworpen voor zover daarin op selectieve wijze de nadruk wordt gelegd op bepaalde woorden van Sectie 4(1)(e) zonder aan te tonen, dat volledige uitvoering van de Richtlijn niet doeltreffend kan worden gewaarborgd door de algemene juridische context van de betwiste bepaling. Gelet op een en ander, is de Commissie evenwel niet geslaagd in het bewijs dat, zoals zij stelt, het door artikel 7, sub e, van de Richtlijn beoogde resultaat in de interne rechtsorde kennelijk niet wordt bereikt.”; H.v.J. 10 december 2002, *The Queen tegen Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd en Imperial Tobacco Ltd.*, C-491/01, *Jur. H.v.J.*, 11453.

¹¹⁰ *Parl. St.* Senaat, 1984-1985, nr. 947/1, blz. 16: interpretatie “gemiddelde consument”, mogelijks leidt zo’n interpretatie tot een beperkter toepassingsgebied.

In de rechtspraak van het Hof werd de mogelijkheid om specifieke consumentenconcepten te hanteren bevestigd. Volgens *Buet v. Ministère Public*¹¹¹ zou aan de Lidstaten de bevoegdheid kunnen worden gegeven om bepaalde doelgroepen te beschermen.¹¹² Zo aanvaarde het Hof dat consumenten soms in de onmogelijkheid zijn om zich voldoende te informeren en de Lidstaten dus een bijzondere bescherming kunnen aanbieden.¹¹³ Dit kan zelfs wanneer dit een beperking van de vrije markt zou impliceren, echter wel voor zover het Hof van mening is dat het de redelijke grenzen van nationale regulering niet overschreden zijn.¹¹⁴

Naast de wetgever kan volgens considerans 18 van de nieuwe Richtlijn bij de interpretatie van de “gemiddelde consument” ook door de nationale rechter rekening worden gehouden met *maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren*.¹¹⁵ Zo ook hield het Hof in *Estée Lauder Cosmetics* naast de normaal gehanteerde definitie van gemiddelde consument ook rekening met de “sociaal, cultureel of taalkundige factoren”.¹¹⁶ Er is bovendien bijzondere aandacht voor bijzonder kwetsbare consumenten. In preambule wordt echter wel opgemerkt dat de nationale rechtbanken op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie de typische reacties van een gemiddelde consument moeten vaststellen. Aangezien de Richtlijn een marktintegratie nastreeft is een uniform consumentenbegrip op basis van de jurisprudentie van het Hof immers beter te aanvaarden. Dit was zo o.a. in de zaak *Mars*¹¹⁷ waarin het Hof de gemiddelde consument zo interpreteerde.¹¹⁸

Inzake Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken is het echter tot nu toe gissen hoe het Hof zal omgaan met deze open normen. Het meest logische zou een opvolging zijn van rechtspraak van het Hof zoals in *Freiburger Kommunalbauten t. Hofstetter*. Enerzijds zou de Belgische rechter dan nog steeds de mogelijkheid hebben om bepaalde open normen te interpreteren en te definiëren gezien zij zich in een beter positie bevinden dan het Hof. Anderzijds bevat de nieuwe Richtlijn ook een “blacklist” met handelspraktijken die *onder alle omstandigheden* als oneerlijk worden beschouwd zodat de wetgever slechts beperkte interpretatie mogelijkheden heeft.¹¹⁹ Zoals in *Océano Grupo*

¹¹¹ H.v.J. 16 mei 1989, *Buet*, 382/87, *Jur. H.v.J.*, 1235.

¹¹² C. HANDIG, “The unfair Commercial Practices Directive – A Milestone in the European Unfair Competition Law?”, *E.B.L. Rev.*, 2005, 1125-1126 en M. RADEIDEH, *o.c.*, 59-64.

¹¹³ Zo zou de consument bij deur aan deur verkopen het slachtoffer kunnen zijn van drukkingmiddelen.

¹¹⁴ S. WEATHERILL, *o.c.*, 57-58.

¹¹⁵ S. WEATHERILL, *o.c.*, 55.

¹¹⁶ H.v.J. 13 januari 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG t. Lancaster Group GmbH*, C-220/98, *Jur. H.v.J.*, 117.

¹¹⁷ H.v.J. 6 juli 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koeln e.V. en Mars GmbH*, C-470/93, *Jur. H.v.J.*, 1993.

¹¹⁸ H.v.J. 18 mei 1993, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. en Yves Rocher GmbH*, C-126/91, *Jur. H.v.J.* 1994, 2361; “Een consument met een redelijk onderscheidingsvermogen kan immers worden geacht te weten, dat er niet noodzakelijkerwijs een verband bestaat tussen het formaat van de reclameopchriften waarmee een extra hoeveelheid van het product wordt beloofd, en de grootte van die extra hoeveelheid”.

¹¹⁹ Zie bijlage I Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

zou het mogelijk zijn voor het Hof om te oordelen over oneerlijke handelspraktijken aangezien ze *onder alle omstandigheden* oneerlijk zijn.¹²⁰

3.2.4 Maximale harmonisatie en de interne marktclausule

Deze onderzoeksvraag handelt niet enkel over de vrijheid van België in het kader van de omzetting van de Richtlijn maar kan ook verruimd worden tot de fase ná de omzetting. Bij de toepassing van de Richtlijn, a.h.v. nationale regelgeving in overeenstemming met de Richtlijn, is het belangrijk om na te gaan of de staat zelf nog handelspraktijken kan toetsen aan de Richtlijn of wordt deze nationale conformiteitstest ook belemmerd door het harmoniserende karakter van de nieuwe Richtlijn?

De oorspronkelijke versie van de Richtlijn bevatte een art.4(1): “Op het gebied dat door deze Richtlijn wordt aangepast, hoeven handelaars alleen te voldoen aan de nationale bepalingen van de lidstaat waar zij gevestigd zijn. De lidstaat waar de handelaar gevestigd is, ziet toe op de naleving.”¹²¹ De Richtlijn inclusief art.4(1) streefde zo maximale harmonisatie na en verschaftte bovendien een “interne marktclausule”. Wat kan men echter begrijpen onder deze “interne marktclausule”? Art. 4(1) impliceert een controle op de naleving van de Richtlijn door de lidstaat waar men als handelaar gevestigd is. Dit artikel sloot zo een controle uit door de lidstaat waar de handelaar over de grenzen heen handelspraktijken uitvoerde.¹²² De andere Lidstaten moesten de conformiteitstoets van de lidstaat waar de handelaar gevestigd is erkennen zodat er sprake is van “wederzijdse erkenning”.¹²³ Het artikel had als grote voordeel dat dit voor een grote rechtszekerheid zorgde aangezien slecht één paar rechtsregels en bovendien ook slechts één conformiteitstoets van toepassing was, namelijk die van de lidstaat waar men gevestigd is. Bovendien waren Lidstaten verplicht die te erkennen.¹²⁴ De wederzijdse erkenning kreeg vaak de kritiek dat ze vooral in het voordeel van de handelaar zou zijn aangezien die slechts moet voldoen aan één paar rechtsregels, namelijk die van

¹²⁰ Vb. Bijlage I Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken nr.15: Beweren dat de handelaar op het punt staat zijn zaak stop te zetten of te verhuizen, indien zulks niet het geval is. Het Hof zou bij dit verboden beding weinig of niet moeten rekening houden met bijkomende omstandigheden gezien het verbod duidelijk is. Hierbij is m.i. weinig twijfel mogelijk over de interpretatie zodat zij onder alle omstandigheden zou oneerlijk zijn.

¹²¹ Zie M. RADEIDEH, *l.c.*, 332.

¹²² R.W. DE VREY, *o.c.*, 64-65; 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, 264.

¹²³ Dit houdt dus een “Europees paspoort” in of m.a.w. andere autoriteiten dan die van de oorsprongstaat hebben niet de bevoegdheid om conformiteitcontroles uit te voeren; H.v.J. 9 juli 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) t. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) en TV-Shop i Sverige AB*, C-34-36/95, *Jur. H.v.J.* 1997, 3843; volgens het Hof is het niet toegelaten dat de lidstaat bijkomende voorwaarden oplegt en bovendien mogen zij zelf geen additionele conformiteitstoets uitvoeren; M. FALLON en J. MEEUSEN, “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit. international privé”, *Rev. Crit dr. Int. Privé* 2002, 437; F. ROOSE, “Een uniforme Handelspraktijkenwet”, *NJW*, 2003, 1290.

¹²⁴ J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, *l.c.*, *C.M.L. Rev.*, 2006, 118.

zijn staat van oorsprong. Bovendien zou dit opnieuw tot een verscheidenheid aan rechtsregels leiden met minder consumentenbescherming tot gevolg.¹²⁵ De commissie besliste uiteindelijk om art. 4(1) te verwijderen uit de geamendeerde Richtlijn 2005/29/EG. De hoofddoelstelling van de Richtlijn, maximale harmonisatie, zou voldoende zijn om een interne markt te bewerkstelligen waardoor art. 4(1) overbodig was.¹²⁶

Er bestond grote discussie over de interpretatie van de maximale harmonisatie en de wederzijdse erkenning. Sommige Lidstaten gingen er vanuit dat gezien de nagestreefde maximale harmonisatie de Lidstaten automatisch in overeenstemming met de wetgeving van andere Lidstaten zouden handelen.¹²⁷ Er was immers één uniforme regeling in het kader van maximale harmonisatie bewerkstelligd die iedereen moet naleven. Zij waren van mening dat nationale verschillen, vb. betreffende de interpretatie van de “gemiddelde consument”, aanvaard moesten worden gezien de maximale harmonisatie een wederzijdse erkenning¹²⁸ inhoudt en verschillen onder de nagestreefde eenheid wederzijds aanvaard worden.¹²⁹ Andere Lidstaten waren van mening dat art. 4 van de nieuwe Richtlijn in het licht van het “Cassis de Dijon” principe moest worden gelezen.¹³⁰ Dit principe geeft Lidstaten de mogelijkheid om, bij gebrek aan gemeenschappelijke regeling op communautair niveau, belemmeringen op te leggen aan het intracommunautaire verkeer indien ze daarbij voldoen aan bepaalde voorwaarden te verzoenen met art. 28 EG-verdrag. Zo zouden staten hun onderscheiden regels niet kunnen behouden indien men de handhaving van hogere standaarden dus niet kan motiveren aan de hand van de Cassis de Dijon criteria¹³¹. Ten eerste mag er geen regeling aanwezig zijn op gemeenschapsvlak, ten tweede moet de uitgevaardigde regeling haar rechtvaardiging vinden in een “dwingende vereiste”¹³², ten derde kan men

¹²⁵ R.W. DE VREY, *o.c.*, 65.

¹²⁶ Annex aan de politieke overeenkomst op 18 mei 2004, Interinstitutioneel bestand 2003/0134 (COD),34; Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie, 2 november 2001, COM(2001) 531 en Art. 1 Richtlijn 2005/29.

¹²⁷ Zie bijlage II, punten 1 en 2, bij het openbare proces-verbaal van de Raadsvergadering van 17 en 18 mei 2004; Zo is het ook geen toeval dat het oorsprongslid-beginsel niet voorkomt in Richtlijnen die ook in maximale harmonisatie voorzien, zoals Richtlijn 2002/65/EG inzake de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten *P.B. L.* 271; Richtlijn 2003/33/EG inzake tabaksreclame *P.B. L.* 152/16.

¹²⁸ M. RADEIDEH, *l.c.*, 39-42, noot 183; H.v.J. 28 januari 1986, *Commissie t. Frankrijk*, 188/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 419; H.v.J. 15 september 1994, *Houtwipper*, 293/93, *Jur. H.v.J.*, 1994, 4292 en E. GORMLEY, “annotatie”, *EL. Rev.*, 1994, 454.

¹²⁹ ECLG Policy Paper, “The proposed Directive on Unfair Commercial Practices”, www.europeanconsumerlawgroup.org.

¹³⁰ H.v.J. 20 februari 1979, *Rewe-Zentral AG t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, *Jur. H.v.J. H.v.J.* 1980, 649; In het Cassis de Dijon arrest liet het Hof van Justitie de deur open voor bepaalde “redelijke” handelsbelemmerende nationale maatregelen als verenigbaar met artikel 28 EG-verdrag; S. WEATHERILL, *EU consumer law and policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 73-77.

¹³¹ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 182-184, maar zie ook uitzonderingen artikel 95, leden 4 en 5 EG-verdrag en D., WYATT en A. DASHWOOD, *European Union Law*, London, Sweet and Maxwell, 2006, 579-582.

¹³² H.v.J. 16 december 1980, *Fietje*, 27/80, *Jur. H.v.J.*, 1980, 3839.

enkel voldoen aan deze vereiste door een regeling die zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde producten¹³³ en ten slotte moet de nationale regel evenredig zijn met het beoogde doel.¹³⁴

Indien een staat in het kader van de nieuwe Richtlijn zijn eigen conformiteitstoets wil uitvoeren op handelspraktijken zal zij immers ook moeten voldoen aan bepaalde voorwaarden om dit te verantwoorden. Deze situatie is zeer gelijkend op die van “Cassis de Dijon” voor afwijkende regels. Advocaat-generaal *J. Mazak* bevestigde in zijn conclusie van 8 februari 2007 dat de “Cassis de Dijon” voorwaarden niet enkel van toepassing zijn voor afwijkende regels maar ook voor een afwijkende conformiteitstoets.¹³⁵ “Cassis de Dijon” kan hier echter niet van toepassing zijn omdat dit principe enkel geldt bij een gebrek aan harmonisatie en dit is net wat de nieuwe Richtlijn nastreeft.¹³⁶ Een lidstaat kan dan immers niet meer afwijken van de harmoniserende communautaire norm of conformiteitstoets.¹³⁷ Gezien art. 4 van de geamendeerde Richtlijn noch een controle van de lidstaat waar de handelaar gevestigd is, noch controle door de gaststaat waar de handelaar zijn praktijken wil uitoefenen toelaat of afkeurt valt men echter in een juridisch vacuüm. Indien een lidstaat van de handelaar een conformiteitstoets heeft uitgevoerd, geeft huidig art. 4 geen antwoord over welke waarde men kan hechten aan dergelijke controle.

Art. 4 zou echter extensief geïnterpreteerd kunnen worden.¹³⁸ Wanneer de lidstaat van de handelaar een conformiteitstoets heeft uitgevoerd zou de handelaar genieten van een *de facto* vooronderstelling dat hij handelt in overeenstemming met de Richtlijn.¹³⁹ Dit zorgt opnieuw voor een grote rechtszekerheid.¹⁴⁰ Men leest in het nieuwe art. 4 dus een controle van de lidstaat zoals die in het oorspronkelijke art. 4(1) werd gelezen. Deze benadering dient men echter te nuanceren aangezien de vooronderstelling van conformiteit niet absoluut zou zijn en er geen sprake zou zijn van een “Europees paspoort” zoals dit bijvoorbeeld het geval is in art. 40 van de

¹³³ H.v.J. 10 november 1982, *Rau*, 261/81, *Jur. H.v.J.*, 1982, 3961; H.v.J. 20 september 1988, *Commissie/Denemarken*, 302/86, *Jur. H.v.J.*, 1988, 4607.

¹³⁴ H.v.J. 26 oktober 1995, *Commissie t. Duitsland*, 51/94, *Jur. H.v.J.*, 1995, 3599; H.v.J. 25 juni 1997, *Kieffer en Thill*, C-114/96, *Jur. H.v.J.*, 1997, 3629.

¹³⁵ H.v.J. 16 december 1980, *Commissie t. Koninkrijk België*, C-254/05, *Jur. H.v.J.* 1981, 342; Conclusie Advocaat-Generaal J. MAZÁK.

¹³⁶ Art. 1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

¹³⁷ M. DEWITTE en A. VERMEERSCH, *o.c.*, 113.

¹³⁸ J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *C.M.L. Rev.*, 2006, 117-120.

¹³⁹ G.B. ABBAMONTE, *l.c.*, 701-703; In dit artikel spreekt men van een toepassing van international privaatrecht die bepaalt aan welke regelgeving men moet voldoen. Zo zou de handelspraktijken enkel in overeenstemming moeten zijn met de wetgeving van de lidstaat van oorsprong ondanks hogere standaarden van de staat waar men zijn handelspraktijken uitvoert.

¹⁴⁰ Brussel, 8 december 2005, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, 243. Het Hof oordeelde dat de rechtsregels inzake gerechtelijk bevel van de lidstaat van oorsprong van toepassing waren. Het Hof oordeelde op basis van art. 2(2) van de Richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen; G.B. ABBAMONTE, *l.c.*, 701-702.

Richtlijn 2006/48 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen.¹⁴¹ Het zou dus mogelijk zijn voor de lidstaat om de conformiteit te weerleggen door de handelspraktijken te toetsen aan de Richtlijn. Er is dus slechts sprake van een relatief vermoeden van conformiteit. Men zal dit echter moeten motiveren en wellicht voldoen aan bepaalde voorwaarden. Zoals al gezegd kunnen de “Cassis de Dijon” voorwaarden evenwel niet toegepast worden op deze conformiteitstoets aangezien er reeds harmonisatie is.¹⁴² De lidstaat die deze bijzondere toets wil uitvoeren zal dus moeten voldoen aan andere voorwaarden. Indien we nagaan wat dit verschil in voorwaarden in de praktijk met zich meebrengt kunnen we opmerken dat de bewijslast zou moeten verschillen (zwaarder zijn) van de “Cassis de Dijon” criteria aangezien er hier maximale harmonisatie is.

M.i. is het denkbaar dat de rechtspraak een strengere bewijslast ontwikkelt waaraan de staat, die een eigen afwijkende conformiteitstoets wenst uit te voeren, moet voldoen. Indien men de Cassis voorwaarden als vergelijkingspunt neemt zou de aanwezigheid van een *strengere* dwingende vereiste¹⁴³ kunnen worden opgelegd waaraan de rechter marginaal toetst.¹⁴⁴ Volgens Cassis de Dijon zou deze vereiste o.a. de bescherming van de consumenten inhouden.¹⁴⁵ Om de presumptie van conformiteit te weerleggen m.b.t. de gemiddelde consument zou dan bijvoorbeeld de bewijslast kunnen inhouden dat een staat niet alleen dient aan te tonen dat er een dwingende vereiste is voor de afwijkende nationale regel maar dat bovendien ook wordt aangetoond dat er *maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren aanwezig zijn* die deze presumptie ontkrachten. Hiernaar wordt immers verwezen in considerans 18 van de preambule van de Richtlijn¹⁴⁶. Bovendien verleent een dergelijk flexibele conformiteitstoets de mogelijkheid om zich vlug aan te passen aan technische evoluties.¹⁴⁷

Praktisch gezien zou dus een zwaardere bewijslast liggen op de lidstaat die in het kader van de Richtlijn de conformiteit van een handelspraktijk wil weerleggen dan dat het geval is voor een lidstaat die in het kader van art 28 EG-verdrag een afwijkende nationale maatregel wil handhaven.¹⁴⁸ Een dergelijk onderscheid op grond van bewijslast zou m.i. het onderscheid met Cassis de Dijon bevestigen. Bijgevolg is een verwerping van de “Cassis de

¹⁴¹ Richtlijn 2006/48 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen *P.B. L.* 201, 31 juli 2002, 37; zie echter de uitzondering in artt. 41-43.

¹⁴² D., WYATT en A. DASHWOOD, *European Union Law*, London, Sweet and Maxwell, 2006, 579-582; Art. 1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

¹⁴³ “Mandatory requirement”.

¹⁴⁴ De andere drie “Cassis de Dijon voorwaarden” kunnen m.i. moeilijk nog strenger worden gemaakt opdat er een zwaardere bewijslast zou zijn. Zo is de proportionaliteitstoets bijvoorbeeld moeilijk te verstrengen.

¹⁴⁵ H.v.J. 16 december 1980, *Fietje*, 27/80, *Jur. H.v.J.* 1980, 3839.

¹⁴⁶ Considerans nr. 18: (...)wordt in deze Richtlijn het door het Hof van Justitie ontwikkelde criterium van de gemiddelde - dit wil zeggen redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende - consument als maatstaf genomen, waarbij eveneens rekening wordt gehouden met maatschappelijke, culturele en taalkundige factoren(...).

¹⁴⁷ B. DE GROOTE en K. DE VULDER, *l.c.*, 16-17.

¹⁴⁸ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *o.c.*, 182-184.

Dijon” interpretatie terecht. Toch wordt recht gedaan aan een praktische mogelijkheid om het vermoeden te weerleggen. Bovendien strookt dit ook met de maximale harmonisatie die de Richtlijn beoogt.

3.3. GEEN ZUIVERE MAXIMALE HARMONISATIE RICHTLIJN

We kunnen opnieuw een synthese maken. Ook bij de analyse van de Richtlijn Oneerlijke Handels- praktijken merken we dat maximale harmonisatie grenzen kent. Dat blijkt althans uit het onzuivere maximale harmonisatie karakter van de Richtlijn. Vooreerst wijzen artikelen van de Richtlijn zelf, vb art. 3(5) en art. 3(9) op een verzachte vorm van harmonisatie. Daarnaast werd er veel aandacht besteed aan de interpretatie door de nationale wetgever van vage begrippen van de Richtlijn. Hierbij kan gezien de rechtspraak van het Hof, een grotere verdeeldheid ontstaan door nationale rechtspraak.

Wanneer men deze elementen, in samenhang gelezen met de rol van de nationale en Europese rechter inzake interpretatie van begrippen, voor ogen houdt, kan men niet ontkennen dat het maximaal harmoniserend karakter erg verzwakt is. Het is dan ook de vraag of deze Richtlijn werkelijk bijdraagt aan de interne markt zoals het gebruik van art. 95 EG-verdrag dat zou voorschrijven. Zoals hierboven kan men zich de vraag stellen of dit negatieve gevolgen heeft. M.i. is de Richtlijn in sterke mate uitgehold wegens een verwaterde maximale harmonisatie waardoor ze niet alle handelsbelemmeringen zou wegnemen en dus niet zo radicaal bijdraagt aan het realiseren van een interne markt zoals dat mogelijk zou zijn onder art. 95 EG-verdrag. Anderzijds is het wel zo dat de Richtlijn recht probeert te doen aan de nationale soevereiniteit van de staten. Tot slot werd aandacht besteed aan de interne marktclausule van de nieuwe Richtlijn. Dit aspect illustreert goed de dubbelzinnige situatie. Men zou in deze Richtlijn een “Europees paspoort” kunnen lezen waarbij er een algemeen vermoeden van conformiteit met de Richtlijn bestaat. Dit was echter niet het geval gezien een wederzijdse erkenning van de conformiteitstoets door de Lidstaten uit de eerste versie van de Richtlijn verwijderd werd. Men kan de Richtlijn zo interpreteren opdat een relatief vermoeden van conformiteit wordt gelezen in de Richtlijn.

4. BESLUIT

Maximale harmonisatie blijkt een noodzakelijk middel om de interne markt van art. 95 EG-verdrag te verwezenlijken. Enerzijds krijgt de producent de mogelijkheid om zijn producten aan te bieden in alle lidstaten waarbij hij dient te voldoen aan één norm. Anderzijds zorgt het voor een grotere consumentenbescherming die de consument zal aanzetten tot winkelen over de grenzen. Het politieke proces maakt dit echter onhaalbaar. Men dient immers steeds te balanceren tussen maximale harmonisatie en de nationale soevereiniteit. Een doorgedreven Europees centralisme blijkt daarom moeilijk te verwezenlijken. Dit blijkt ook uit de aangetoonde ambiguïteit in de

Europese Richtlijnen en rechtspraak die een noodzakelijk gevolg is van het geleidelijke integratieproces.

Concreet voor België kunnen we tot de conclusie komen dat de Belgische wetgever toch onmiskenbaar beperkt is in zijn vrijheid om eigen regelgeving en eventuele hogere standaarden van consumentenbescherming op te leggen. We hebben enkele verzachtingen op deze ingrijpende Richtlijn besproken. Zo wil de Richtlijn o.a. het verbintennisrecht onaangetast laten en voorziet het in art 3(5) en 3(9) expliciet in verzachtingen. De keuze voor een Kaderrichtlijn, voor zover er nog sprake is van een Kaderrichtlijn, zou de Richtlijn nog meer aanvaardbaar moeten maken. Ten slotte wezen we ook op het belangrijke art. 4 dat de Belgische wetgever de mogelijkheid zou moeten geven om toch enkele standaarden te behouden a.h.v. een conformiteitstoets mits voldaan aan voorwaarden. Of de Richtlijn werkelijk een mijlpaal is in het Europees consumentenrecht zou na deze bespreking misschien herzien moeten worden. Het is afwachten hoe deze interessante materie zal evolueren in het steeds bewegende Europese recht.