

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.034/1
VAN 17 SEPTEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 14 juli 2009 door de Minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 25 september 2009, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het vervangen van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, hierna de wet van 14 juli 1991 genoemd. De betrokken wet is, veelal met het oog op de omzetting van bepaalde Europese richtlijnen in het interne recht of met het oog op de aanpassing aan de evolutie in het handelsverkeer, bij herhaling gewijzigd geworden. Als gevolg van die veelvuldige wijzigingen is de structurele opbouw van de wet van 14 juli 1991 minder coherent en overzichtelijk geworden. Eén van de aan het wetsontwerp ten grondslag liggende oogmerken bestaat er derhalve in om de bepalingen van de wet van 14 juli 1991 ter wille van de overzichtelijkheid en interne logica te herstructureren. Vandaar dat veel bepalingen van het wetsontwerp neerkomen op een - ongewijzigd of in licht aangepaste vorm - hernemen van bepalingen die reeds in de wet van 14 juli 1991 voorkomen ¹, zij het dat de betrokken bepalingen worden geïntegreerd in de nieuwe structuur van het wetsontwerp ².

Daarnaast wordt de herstructurering van de bepalingen van de wet van 14 juli 1991 aangegrepen om een aantal inhoudelijke wijzigingen in de betrokken regeling

⁽¹⁾ Dat veel bepalingen van het wetsontwerp neerkomen op een hernemen van al bestaande bepalingen is logisch, ermee rekening houdend dat veel bepalingen van de wet van 14 juli 1991 de omzetting inhouden van Europese richtlijnen.

⁽²⁾ Uit de aan de Raad van State meegedeelde concordantietabel valt af te leiden dat een groot aantal bepalingen van het wetsontwerp overeenstemmen met bestaande artikelen van de wet van 14 juli 1991. De betrokken tabel maakt het makkelijker om de draagwijdte van de ontworpen regeling, die geen volledige hervorming van de aangelegenheid inzake handelspraktijken en consumentenbescherming inhoudt, in een juist perspectief te plaatsen. Het is om die reden aangewezen om de concordantietabel als bijlage bij het ontwerp van wet te voegen wanneer dit bij de bevoegde parlementaire vergadering wordt ingediend.

aan te brengen. Die wijzigingen zijn, zoals in de memorie van toelichting wordt aangegeven, nodig in het licht van de gewijzigde marktomstandigheden en consumentennoden. Sommige van de wijzigingen strekken in het bijzonder tot vervollediging van de omzetting van bepaalde Europese richtlijnen³ of beogen een reeds in het verleden doorgevoerde omzetting in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁴. Aan de andere kant moet worden vastgesteld dat de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken onvolledig blijft ten aanzien van de beoefenaars van vrije beroepen en dat derhalve de ontworpen regeling niet te baat wordt genomen om de omzetting van de betrokken richtlijn op alle punten te vervolledigen⁵.

Belangrijke inhoudelijke wijzigingen die naar aanleiding van de herstructurering van de bepalingen van de wet van 14 juli 1991 worden aangebracht, hebben betrekking op de vervanging van het begrip "verkoper" door "onderneming" (artikel 2, 1/, van het ontwerp), op het gegeven dat rechtspersonen niet langer als "consument" worden beschouwd (artikel 2, 3/), op een andere en meer richtlijnconforme omschrijving van "producten" en "goederen" (artikel 2, 4/ en 5/), op de weglating van het bepaalde in artikel 5 van de wet van 14 juli 1991 inzake prijsaanduiding, op de introductie van het nieuwe begrip "gemiddelde consument" (zie onder meer artikel 10), op de toelating van het gezamenlijk aanbod aan de consument en de uitzondering die in dat verband wordt toegestaan voor het gezamenlijk aanbod van financiële diensten (artikelen 72 en 73), en op de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden een vordering tot staking in te stellen tegen een onderneming voor handelspraktijken van haar agent (artikel 115).

(3) Zie in dat verband artikel 95 van het ontwerp dat strekt tot omzetting van punt 29 van bijlage I bij richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ("Richtlijn oneerlijke handelspraktijken").

(4) Zie vooral de artikelen 72 en 73 van het ontwerp m.b.t. het gezamenlijk aanbod aan de consument.

(5) Die omzetting moest voor 12 juni 2007 gebeurd zijn (zie artikel 19, lid 1, van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken).

ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1. De ontworpen regeling beoogt, wat het gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument betreft, de in de wet van 14 juli 1991 vervatte regeling te wijzigen teneinde tegemoet te komen aan de bezwaren die het Hof van Justitie in het arrest van 23 april 2009 (C-261/07 en C-299/07, VTB-VAB t. Total Belgium NV en Galatea BVBA t. Sanoma Magazines Belgium NV) heeft geuit met betrekking tot een regeling die, op bepaalde uitzonderingen na, elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument verbiedt, ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval.

Het voornoemde arrest bevat onder meer de volgende overwegingen:

"49. In dit verband zij erop gewezen dat artikel 2, sub d, van de richtlijn het begrip «handelspraktijk» in bijzonder ruime bewoordingen definieert als iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.

50. Zoals de advocaat-generaal in de punten 69 en 70 van haar conclusie heeft opgemerkt, vormen gezamenlijke aanbiedingen commerciële handelingen die duidelijk deel uitmaken van het marketingbeleid van een ondernemer en rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering en de afzet van zijn producten. Bijgevolg vormen zij wel degelijk handelspraktijken in de zin van artikel 2, sub d, van de richtlijn en vallen zij dus binnen de werkingssfeer van deze laatste.

(...)

52. (...) Zoals artikel 4 van de richtlijn uitdrukkelijk bepaalt kunnen de lidstaten dus (...) geen strengere maatregelen vaststellen dan die welke in de richtlijn zijn neergelegd, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen.

(...)

56. De richtlijn bevat in bijlage I eveneens een uitputtende lijst van 31 handelspraktijken die volgens artikel 5, lid 5, van de richtlijn «onder alle omstandigheden» als oneerlijk worden beschouwd. Bijgevolg worden, zoals punt 17 van de considerans van de richtlijn uitdrukkelijk preciseert, enkel deze handelspraktijken verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van de richtlijn.

(...)

.../...

63. Daardoor druist een regel als die in het hoofdgeding voorts in tegen het bepaalde in artikel 4 van de richtlijn, dat de lidstaten uitdrukkelijk verbiedt, strengere nationale maatregelen vast te stellen of te behouden, zelfs wanneer deze maatregelen een hoger niveau van consumentenbescherming beogen te verzekeren".

Uit het voornoemde arrest van 23 april 2009 volgt dat de Belgische wetgever geen handelspraktijken mag verbieden die niet op de lijst van 31 volgens de richtlijn 2005/29/EG verboden handelspraktijken voorkomen en dat hij evenmin strenger mag zijn dan wat blijkens de voornoemde lijst verboden wordt, wat de wel op die lijst voorkomende handelspraktijken betreft.

Vraag is of de met het wetsontwerp doorgevoerde aanpassingen volstaan om tegemoet te komen aan de door het Hof van Justitie opgeworpen bezwaren in het arrest van 23 april 2009.

In dat verband doen sommige bepalingen van het ontwerp twijfel rijzen omtrent de overeenstemming met de door het Hof van Justitie gehuldigde interpretatie van de regeling met betrekking tot het gezamenlijk aanbod. Wat dat betreft valt onder meer te wijzen op wat onder 1.2. volgt.

1.2. De artikelen 20 en volgende van het ontwerp bevatten een regeling inzake aankondiging van een prijsvermindering. Dergelijke aankondiging is te beschouwen als een handelspraktijk die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering of de verkoop en die zich niet op de in de richtlijn oneerlijke handelspraktijken vermelde lijst van verboden handelspraktijken bevindt. De betrokken handelspraktijk mag bijgevolg niet worden verboden, noch aan bijzondere voorwaarden worden onderworpen. Er moet niettemin worden vastgesteld dat in de artikelen 20 en volgende van het ontwerp wel degelijk bepaalde voorwaarden worden vermeld. Zo schrijft artikel 20, eerste lid, van het ontwerp voor dat, gedurende de maand voorafgaand aan de eerste dag waarvoor de nieuwe prijs wordt aangekondigd, een hogere prijs moet zijn toegepast. Overeenkomstig artikel 21, eerste lid, mag, behalve voor de uitverkopen, de prijsvermindering slechts worden aangekondigd voor een periode van ten hoogste één maand. Luidens artikel 21, tweede lid, moet de datum vanaf dewelke de verminderde prijs wordt toegepast, aangeduid blijven gedurende de ganse periode waarvoor hij als een verminderde prijs wordt aangekondigd. Artikel 32 verbiedt onder bepaalde voorwaarden aankondigingen van prijsvermindering tijdens sperperiodes.

.../...

Ook de regeling wat de uitverkopen betreft, die in de artikelen 24 en volgende van het ontwerp is opgenomen, voorziet in voorwaarden waarvan geen melding wordt gemaakt in de meermaals genoemde lijst van de richtlijn. In de lijst van misleidende handelspraktijken in bijlage I van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt onder 15 enkel melding gemaakt van het "beweren dat de handelaar op het punt staat zijn zaak stop te zetten of te verhuizen, indien zulks niet het geval is". Het is dan onder meer ook de vraag of in het ontwerp kan worden voorzien in het verbod om uitverkoop te houden om een andere reden dan de stopzetting van de zaak of het verhuizen, of in een beperking van de duur van de uitverkoop kan worden voorzien of in de verplichting tot voorafgaande kennisgeving van het voornemen van uitverkoop aan de minister of de bevoegde ambtenaar.

Ook de bijkomende voorwaarden waarin de artikelen 27 en volgende van het ontwerp voorzien inzake opruiming en solden staan op gespannen voet met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Te denken valt in dat verband onder meer aan het verbod om het woord "Solden" te gebruiken buiten de twee wettelijk vastgestelde periodes of voor producten die niet aan bepaalde voorwaarden voldoen.

Artikel 44 van het ontwerp bepaalt dat het een onderneming verboden is om, tijdens een tekoopaanbieding aan de consument op het Internet, gebruik te maken van de mogelijkheid van default-opties die de consument moet afwijzen om elke betaling "voor één of meer bijkomende producten te vermijden". In zoverre hieruit het verbod van een bepaalde handelspraktijk valt af te leiden dat niet beperkt blijft tot de luchtvaartsector ⁶ en een handelspraktijk betreft die niet op de lijst van 31 volgens richtlijn 2005/29/EG verboden handelspraktijken voorkomen, staat artikel 44 eveneens op gespannen voet met de voornoemde richtlijn.

De richtlijn laat evenmin veel ruimte om in bijkomende voorwaarden te voorzien bij openbare verkopen. Artikel 67 van het ontwerp is vanuit dat opzicht derhalve problematisch in zoverre erin wordt bepaald dat enkel gebruikte goederen openbaar mogen worden verkocht. Hetzelfde geldt ten aanzien van artikel 69 waarin onder meer

⁽⁶⁾ Blijkens de memorie van toelichting werd artikel 44 van het ontwerp immers geïnspireerd door verordening 1008/2008/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten.

wordt bepaald dat openbare verkopen enkel mogen worden gehouden in bepaalde lokalen of dat een optreden van de minister of de bevoegde ambtenaar is vereist.

Wat specifiek de regeling inzake het gezamenlijk aanbod betreft, moet worden opgemerkt dat zo weliswaar artikel 72, eerste lid, van het ontwerp, uitgaat van het principe volgens hetwelk het gezamenlijk aanbod aan de consument is toegelaten voor zover het geen oneerlijke handelspraktijk in de zin van artikel 85 en volgende van het ontwerp uitmaakt, in artikel 72, tweede lid, de mogelijkheid wordt geopend voor het bestuur of de rechter om het oneerlijke karakter van een gezamenlijk aanbod te beoordelen volgens bepaalde, in het betrokken lid opgesomde criteria. Afgezien van de vraag of die criteria inhoudelijk verenigbaar zijn met het begrip "oneerlijke handelspraktijk" in de zin van artikel 85 van het ontwerp, moet worden vastgesteld dat artikel 72, tweede lid, een inperking inhoudt van de individuele toetsingsbevoegdheid waarover het bestuur of de rechter moet beschikken om uit te maken of een gezamenlijk aanbod oneerlijk is of niet, hetgeen erop neerkomt dat de wetgever door middel van de in artikel 72, tweede lid, vermelde criteria op een algemene wijze voorwaarden gaat verbinden aan het gezamenlijk aanbod en dat hij op die wijze gaat terugkomen op het in artikel 72, eerste lid, vermelde beginsel en derhalve op hetgeen hieromtrent voortvloeit uit de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Mochten trouwens de criteria, vermeld in artikel 72, tweede lid, louter vrijblijvend zijn⁷, dan zouden deze niet normatief zijn en niet in de tekst van het ontwerp kunnen worden behouden. Uit wat voorafgaat volgt dat, ofwel artikel 72, tweede lid, op gespannen voet staat met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, ofwel overbodig is wegens gebrek aan normatief karakter. In de beide hypothesen kan artikel 72, tweede lid, bezwaarlijk ongewijzigd in de tekst van het ontwerp worden behouden.

1.3. Onder 1.2 werd aangetoond dat er minstens twijfel kan rijzen omtrent de overeenstemming van bepaalde onderdelen van het ontwerp met de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De bijzondere opmerkingen die in dit advies worden geformuleerd bij de artikelen van het ontwerp waaromtrent twijfel is geuit in verband met de overeenstemming ervan met de voornoemde richtlijn, moeten met dat voorbehoud worden gelezen.

⁽⁷⁾ De woorden "kan beoordeeld worden", in de inleidende zin van artikel 72, tweede lid, van het ontwerp, zouden op die manier kunnen worden begrepen.

2. Er wordt in de tekst van het ontwerp een weinig eenduidige terminologie gehanteerd bij de afbakening van de transacties of gedragingen betreffende goederen of diensten die het beoogt te regelen. Zo zou een duidelijker onderscheid moeten worden gemaakt al naar gelang het aanbod zelf wordt bedoeld, dan wel enkel de uit het aanbod voortvloeiende overeenkomst ⁸. Voorts maken diverse bepalingen van het ontwerp melding van de termen "tekoopaanbieding" of "verkoop" van goederen ⁹.

Terwijl onder de vorige wettelijke regeling de notie "verkoper" een eigen omschrijving kreeg en bijgevolg ook het begrip "verkoop" een ruimere inhoud had, is zulks in het voorliggende ontwerp niet meer het geval en dient de notie "verkoop" derhalve in zijn gemeenrechtelijke betekenis te worden begrepen. Rekening houdend met het toepassingsgebied van de vroegere wetgeving, valt aan te nemen dat ook andere rechtshandelingen betreffende goederen dan de eigenlijke verkoop aan de nieuwe wettelijke regeling worden onderworpen.

Ook in de bepalingen van het ontwerp die dienstverrichtingen tot voorwerp hebben, worden verschillende termen gebruikt, waarvan niet duidelijk is of ze een verschillende betekenis hebben. Zo heeft men het in het ontwerp zowel over de "verkoop" als het "verlenen" van diensten ¹⁰.

Het zo-even beschreven gebrek aan terminologische eenvormigheid leidt ertoe dat twijfel wordt gezaaid omtrent de precieze draagwijdte van de betrokken bepalingen van het ontwerp. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk of in artikel 4 van het ontwerp met het begrip "verkoop" niet wordt bedoeld op de overeenkomst als zodanig. Moet in artikel 44 onder het begrip "tekoopaanbieding" met een in ruimere zin op te vatten aanbod van producten worden verstaan, net zoals dit het geval is met de in artikel 46, bedoelde "tekoopaanbieding op afstand"? Artikel 66, § 2, vermeldt "openbare verkopen", maar vallen daar ook tekoopaanbiedingen onder ¹¹?

⁽⁸⁾ Zie onder meer de artikelen 59 tot 65 van het ontwerp.

⁽⁹⁾ Zie bijvoorbeeld de artikelen 65, 66, 78 en 84 van het ontwerp.

⁽¹⁰⁾ Vergelijk bijvoorbeeld de artikelen 80 en 81 van het ontwerp.

⁽¹¹⁾ In onder meer artikel 78, § 1, van het ontwerp, worden de "tekoopaanbiedingen" expliciet onderscheiden van de afzonderlijk vermelde "verkopen van producten".

Uit wat voorafgaat volgt dat de stellers van het ontwerp de gehanteerde terminologie aan een bijkomend onderzoek dienen te onderwerpen, waarbij zij er moeten van uitgaan dat inhoudelijk identieke begrippen met gebruikmaking van identieke termen moeten worden omschreven. Tevens dienen zij doorheen de gehele tekst van het ontwerp de precieze draagwijdte van een begrip voor ogen te houden om, waar nodig, een andere term te gebruiken indien zij een andere draagwijdte beogen dan die welke voor de toepassing van de ontworpen regeling uit het gebruik van een welbepaalde term voortvloeit.

Het bijkomend terminologisch onderzoek kan dan tevens worden te baat genomen om de redactie van de tekst van het ontwerp in het onderzoek te betrekken en om bepaalde onvolkomenheden op dat vlak ¹² en discordanties tussen de Nederlandse en de Franse tekst ¹³ weg te werken.

3. Zoals reeds werd vermeld bij de bespreking van de strekking van het ontwerp bevat dit een beperkt aantal bepalingen waarin voor het eerst onderdelen van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het interne recht worden omgezet. In overeenstemming met artikel 19 van de betrokken richtlijn zou in de tekst van het ontwerp, en bij voorkeur in artikel 1 ervan, moeten worden vermeld dat het ontwerp strekt tot gedeeltelijke omzetting van de richtlijn in kwestie.

Omdat voor het overige het ontwerp diverse bepalingen bevat die neerkomen op een hernemen van reeds bestaande artikelen die niet enkel bepalingen van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het interne recht hebben omgezet, maar ook bepalingen van diverse andere Europese richtlijnen, verdient het aanbeveling dat zulks in de memorie van toelichting op een meer expliciete en duidelijke wijze wordt vermeld ¹⁴. Op die wijze wordt, eensdeels, vermeden dat de indruk wordt gewekt dat met de

(12) Zie bijvoorbeeld de redactie van de Nederlandse tekst van artikel 3, § 2, van het ontwerp.

(13) Zo stemmen de woorden "het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid", in de Nederlandse tekst van artikel 2, 32/, niet overeen met de zinsnede "le niveau de compétence spécialisée et de soins", in de Franse tekst.

(14) Nu wordt in de algemene bespreking van de memorie van toelichting op diverse plaatsen, en derhalve verspreid, gerefereerd aan diverse Europese richtlijnen.

ontworpen regeling voor het eerst de richtlijn oneerlijke handelspraktijken in het Belgische recht wordt omgezet en wordt, anderdeels, duidelijk gemaakt dat het ontwerp diverse bepalingen bevat die de omzetting van andere Europese richtlijnen betreffen dan uitsluitend die inzake oneerlijke handelspraktijken. In ieder geval zou dergelijke verduidelijking in de memorie van toelichting aan de bestemming van de norm de mogelijkheid bieden om makkelijker de ontworpen wet te situeren in het licht van de Europese regelgeving, hetgeen uiteraard de rechtszekerheid ten goede zou komen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

In artikel 1 van het ontwerp wordt aangegeven dat de wet een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet regelt. Het ontwerp bevat echter een aantal bepalingen waarvoor de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat op grond van artikel 77 van de Grondwet gelijkelijk bevoegd zijn (zie bijv. de artikelen 111 e.v.), die in een apart wetsontwerp zullen moeten worden opgenomen.

Artikel 2

1. Om taalkundige redenen dient in de definitie van "onderneming" (artikel 2, 1/, van het ontwerp) te worden geschreven "... natuurlijke persoon of rechtspersoon ... alsmede zijn verenigingen".

In dezelfde definitie kunnen de woorden "met uitzondering van de beoefenaars van een vrij beroep" overigens beter geschrapt worden. Uit artikel 3, § 2, van het ontwerp blijkt immers reeds duidelijk dat de regeling niet van toepassing is op die categorie van ondernemingen.

2. De omschrijving van "beoefenaar van een vrij beroep" (artikel 2, 2/, van het ontwerp) is niet afgestemd op de begripsomschrijving die in artikel 2, 1/, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige

.../...

bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen voorkomt, en die door het voorliggende ontwerp niet wordt gewijzigd. In die wet wordt een vrij beroep gedefinieerd als "elke zelfstandige beroepsactiviteit die dienstverlening of levering van goederen omvat welke geen daad van koophandel of ambachtsbedrijvigheid is, zoals bedoeld in de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister en die niet wordt bedoeld in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, met uitsluiting van de landbouwbedrijvigheden en de veeteelt".

De benadering van de stellers van het ontwerp om het personele toepassingsgebied van de wet af te bakenen door middel van het ruime begrip "onderneming" en een beperkte begripsomschrijving van de notie "vrij beroep", kan hierdoor uitmonden in de gezamenlijke toepassing van het voorliggende ontwerp en de wet van 2 augustus 2002 op bepaalde categorieën van zelfstandige beroepsbeoefenaars, meer bepaald die welke niet zijn onderworpen aan een bij wet opgericht tuchtorgaan ¹⁵. De stellers dienen er bijgevolg op toe te zien dat beide wetten inzake de toepassing op vrijberoepsbeoefenaars op elkaar worden afgestemd.

De in het betrokken artikel van de wet van 2 augustus 2002 voorkomende, in negatieve termen geformuleerde referentie aan de wet van 14 juli 1991 zal overigens in elk geval dienen te worden aangepast, aangezien die geen betekenis meer zal hebben na de opheffing van de wet van 14 juli 1991 bij artikel 143, 1/, van het ontwerp ¹⁶.

3. De definitie van "consument" (artikel 2, 3/, van het ontwerp) is, in het licht van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, enigszins dubbelzinnig. Het blijkt de bedoeling te zijn personen die, zonder het oogmerk om handel te drijven, goederen of diensten verwerven of gebruiken, als consumenten te bestempelen. In dat opzicht lijkt de omschrijving "niet-beroepsmatige doeleinden" niet adequaat. Bijv. een werknemer die een

(15) De Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp zijn op dit punt discordant. Terwijl in de Nederlandse tekst de term "tuchtorgaan" (organe disciplinaire) wordt gebruikt, is in de Franse tekst sprake van "organe de controle" (controleorgaan).

(16) Overigens is ook de wet van 18 maart 1965, waarnaar wordt verwezen in de omschrijving van het begrip "vrij beroep", opgeheven bij de wet van 16 januari 2003.

goed verwerft dat hij nodig heeft om zijn beroep uit te oefenen, zou op grond van de definitie in het ontwerp niet als consument te beschouwen zijn. Dat strookt niet met de richtlijn ¹⁷.

4. De definities van "producten" en "goederen" (artikel 2, 4/ en 5/, van het ontwerp) zijn onderling niet op elkaar afgestemd. Terwijl uit de definitie van "goederen" blijkt dat daarmee alleen roerende goederen zijn bedoeld, wordt in de definitie van "producten" aangegeven dat ook onroerende goederen begrepen zijn in de notie "goederen" ("producten: goederen en diensten, alsmede onroerende goederen, rechten en verplichtingen"; F: "produits: les biens et les services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations").

5. In verband met de omschrijving van de notie "los verkochte goederen" (artikel 2, 11/, van het ontwerp) dient te worden opgemerkt dat, in de mate het de bedoeling zou zijn om ook de door de consument eigenhandig gewogen of gemeten goederen in aanmerking te nemen ¹⁸, dit in de definitie tot uiting zal moeten worden gebracht ¹⁹.

Artikel 11

Waar artikel 11, § 1, b), van het ontwerp bepaalt dat de Koning onder meer "voorwaarden van ... veiligheid" kan vaststellen, rijst de vraag of, rekening houdend met de doelstelling van de machtiging ("met het oog op het waarborgen van de eerlijkheid van de handelsverrichtingen of de bescherming van de consument"; cf. ook het zinsdeel "onverminderd de bevoegdheid die Hem is verleend op het gebied van de

⁽¹⁷⁾ Cf. de Franse tekst van de richtlijn waar "consument" wordt omschreven als "toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale".

⁽¹⁸⁾ Zie artikel 15, tweede lid, van het ontwerp.

⁽¹⁹⁾ In dat geval schrijve men in de definitie: "... verpakt en die door of in tegenwoordigheid ...".

volksgezondheid"), een verwijzing naar de veiligheidsvoorwaarden op zijn plaats is in het ontwerp. Ter wille van de coherentie van de wetgeving is het wenselijk dit ontwerp te beperken tot regelingen in verband met de bescherming van de consument op economisch vlak en de regelingen in verband met de veiligheid van de consument onder te brengen in de wet van 9 februari 1994 betreffende de veiligheid van producten en diensten.

Artikel 15

Gelet op de omschrijving van "los verkochte goederen" in artikel 2, 11/, van het ontwerp - eventueel aangepast zoals aangegeven bij de bespreking van de betrokken bepaling - zijn de woorden "die gemeten of gewogen worden in aanwezigheid van de consument of door hemzelf" overbodig in artikel 15, tweede lid, van het ontwerp.

Artikel 25

Zoals de gemachtigde heeft erkend, kan in artikel 25, § 4, eerste lid, van het ontwerp duidelijkheidshalve beter worden geschreven: "... de laagste prijs die in de loop van de maand die ...".

Artikel 28

Artikel 28 van het ontwerp bepaalt dat enkel de goederen die de onderneming voorheen te koop heeft aangeboden gedurende minstens dertig dagen, het voorwerp mogen zijn van opruiming en solden. De thans nog geldende regeling bevat ook de voorwaarde dat de goederen bij het begin van de opruiming in het bezit van de onderneming moeten zijn (zie artikel 51, § 2, van de wet van 14 juli 1991). Op de vraag waarom die voorwaarde is weggelaten, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

"Dit was weggefallen omdat wij van oordeel waren dat wanneer een onderneming enkel goederen als solden te koop mag aanbieden als hij goederen voorheen te koop heeft aangeboden, dit impliceert dat die goederen nog steeds in het bezit van de onderneming zijn op het ogenblik dat de soldenperiode begint. Wat verboden is, is dat men goederen tijdens de soldenperiode aankoopt om ze vervolgens in dezelfde periode als solden te verkopen. Dit kan eventueel in de Memorie van Toelichting nader uitgelegd worden".

.../...

Onder "goederen te koop aanbieden" kunnen evenwel ook goederen worden begrepen die de onderneming nog niet in haar bezit heeft (bijv. goederen die niet meer voorradig zijn in de onderneming). De ontworpen bepaling zal dan ook moeten worden bijgesteld, om ze in overeenstemming te brengen met de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

Artikel 37

Artikel 128 van het ontwerp stelt ook de overtreding van artikel 37 strafbaar. Om die reden is de omschrijving "binnen een redelijke termijn", in het eerste lid van het betrokken artikel, een te onbepaald element om te voldoen aan het legaliteitsbeginsel in strafzaken.

Artikel 39

Vermits in de opheffing van de wet van 14 juli 1991 is voorzien bij artikel 143, 1/, van het ontwerp, dienen de woorden "opgericht ter uitvoering van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument" weggelaten te worden uit artikel 39, § 1.

Artikel 41

In artikel 41, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat de consument terugbetaling kan eisen "binnen een redelijke termijn vanaf het moment dat hij kennis had of hoorde te hebben van het bestaan ervan". Het begrip "redelijke termijn" is een algemeen begrip dat, zonder nadere afbakening, naar aanleiding van de rechterlijke geschillenbeslechting op een casuïstische wijze invulling zal krijgen. Vraag is of zulks volledig in de lijn ligt van het vereiste van rechtszekerheid, temeer daar het voorwerp van de ontworpen bepaling toch betrekking heeft op een vorm van sanctionering van de persoon die zich aan een oneerlijke handelspraktijk te buiten is gegaan.

Artikel 51

1. In artikel 3, lid 1, punt 3, a), en volgende bepalingen van richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad wordt de term "herroepingsrecht" (van de consument) gehanteerd (in de Franse tekst: "droit de rétractation"), terwijl onder meer in artikel 51, § 1, 3/, a), van het ontwerp gewag wordt gemaakt van "verzakingsrecht" (in de Franse tekst: "droit de renonciation").

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet geen reden om in het ontwerp niet de terminologie van de richtlijn over te nemen, die bovendien adequater de bedoeling lijkt weer te geven.

2. In artikel 51, § 1, 4/, b), van het ontwerp dient verwezen te worden naar de internrechtelijke regels die de betrokken richtlijnen hebben omgezet in plaats van naar de richtlijnen.

Artikel 57

Artikel 57, § 4, van het ontwerp komt niet voor in richtlijn 2002/65/EG. Met die richtlijn is maximale harmonisatie beoogd²⁰, zodat in principe geen ruimte gelaten wordt voor aanvullende regels.

Artikelen 61 en 62

Wat de overeenkomsten gesloten buiten de lokalen van de onderneming betreft, wordt de herroepingstermijn behouden op 7 werkdagen, terwijl die voor de overeenkomsten op afstand op minimum 14 kalenderdagen wordt gebracht (zie artikel 48, § 1, van het ontwerp).

⁽²⁰⁾ Zie overweging 13 van de richtlijn.

Volgens een vaste rechtspraak, o.m. van het Grondwettelijk Hof, sluiten de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie zijn geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Artikel 66

1. Het verdient aanbeveling om het oogmerk of de oogmerken te preciseren die de Koning in acht moet nemen wanneer hij, op grond van artikel 66, § 2, voor de openbare verkopen van goederen die hij bepaalt of voor de openbare verkoop van goederen door middel van een techniek voor communicatie op afstand, voorwaarden voorschrijft.

2. Gelet op de inwerkingtreding van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen dienen de woorden "gerechtelijk akkoord" vervangen te worden door de woorden "gerechtelijke reorganisatie".

Artikel 73

Alhoewel het gezamenlijk aanbod voortaan principieel wordt toegelaten (zie artikel 72 van het ontwerp), wordt het verbod van gezamenlijk aanbod voor financiële diensten - niet: financiële diensten én andere goederen en diensten - gehandhaafd door artikel 73, § 1, van het ontwerp. Artikel 3, lid 9, van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken biedt daartoe de mogelijkheid.

Met artikel 73, § 2, van het ontwerp wordt het gezamenlijk aanbod van hetzij bepaalde financiële diensten (1/), hetzij financiële diensten en goederen en diensten

(2/ tot 4/), toch toegestaan. Die paragraaf vangt aan met de woorden "In afwijking van de voorgaande paragraaf", hetgeen misleidend is, vermits slechts onderdeel 1/ een echte afwijking bevat. Op dit punt zal de tekst moeten worden aangepast om de interne coherentie ervan te verzekeren.

Artikel 75

Artikel 75, 8/, van het ontwerp dient beter te worden afgestemd op punt 1, b), van de bijlage bij richtlijn 93/13/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

Artikel 89

Volgens de memorie van toelichting wordt in artikel 89, 3/, het principe van artikel 94/6, § 1, 3/, van de wet van 14 juli 1991 hernomen "met verduidelijking van zijn inhoud". Beide bepalingen stemmen echter grotendeels overeen, zodat niet blijkt waarin de verduidelijking zit.

Artikel 91

Bijlage II van richtlijn 2005/29/EG, waarnaar wordt verwezen in artikel 91, § 5, van het ontwerp, bevat blijkens artikel 7, lid 5, van de richtlijn, een niet-limitatieve lijst van communautaire bepalingen. Het niet-exhaustieve karakter ervan zou duidelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp. Daarenboven zou niet moeten worden verwezen naar de communautaire bepalingen in kwestie, maar wel naar de internrechtelijke regels die deze hebben omgezet.

Artikel 95

1. In de inleidende zin van artikel 95, 3/, dienen de woorden "en onverminderd" geschrapt te worden.

2. Artikel 95, 6/, van het ontwerp stemt niet volledig overeen met punt 29 van bijlage I bij de richtlijn oneerlijke handelspraktijken, aangezien de zinsnede "tenzij het product een vervangingsgoed is zoals bedoeld in artikel 7, lid 3, van richtlijn 97/7/EG (niet gevraagde leveringen)" niet is overgenomen.

Artikel 96

De verduidelijking die in de memorie van toelichting bij artikel 96 van het ontwerp wordt gegeven - "teneinde de twistpunten hieromtrent in de rechtspraak te beëindigen" - kan beter in de tekst zelf tot uiting worden gebracht.

Artikel 108

Naar luid van artikel 108 van het ontwerp moet de collectieve consumentenovereenkomst door de Minister "overgemaakt" (lees: bezorgd) worden aan de Regering. Indien een lid van de Regering bezwaar maakt tegen de overeenkomst, moet het akkoord geagendeerd worden op de eerstvolgende Ministerraad. Uit het vierde lid van het ontworpen artikel blijkt dat het akkoord in dat geval "bekrachtiging" behoeft door de Ministerraad, bij gebreke waarvan het akkoord vervalt. Er wordt in de ontworpen regeling evenwel niets bepaald omtrent de vorm - en de bekendmaking - van deze bekrachtiging, al wordt de indruk gewekt dat een loutere beslissing van de Ministerraad zou volstaan.

Aangezien artikel 108 van de Grondwet de Koning ermee belast de besluiten te nemen die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, dienen de woorden "door de Ministerraad" in het vierde lid van artikel 108 te worden vervangen door de woorden "door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad". In de Franse tekst schrijve men bovendien "sortit" in plaats van "sort".

Uit het laatste lid van artikel 108 van het ontwerp blijkt, letterlijk genomen, dat elke wijziging, verlenging of opzegging van een consumentenovereenkomst slechts moet worden voorgelegd aan de Ministerraad, waarna deze in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt. Uit de ontworpen bepaling blijkt niet in welk opzicht de Ministerraad zich ter zake zou moeten of kunnen uitspreken.

Artikel 110

Volgens artikel 110 van het ontwerp kan de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op eenparig advies van de Raad voor het verbruik ²¹, aan een gehele sector de toepassing opleggen van een collectieve consumentenovereenkomst waarvan het toepassingsgebied nationaal is.

De voorwaarden waaronder dit kan gebeuren en de rechtsgevolgen van zulk een koninklijk besluit worden op ontoereikende wijze uitgewerkt in het ontwerp. Er wordt bijvoorbeeld niet verduidelijkt welke rechtsgevolgen de verbindendverklaring precies teweegbrengt en welke plaats het verbindend verklaarde consumentenakkoord in de normenhiërarchie inneemt, inzonderheid ten aanzien van andere koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van de ontworpen wet. Evenmin voorziet het ontwerp in de procedurele voorwaarden voor de intrekking of wijziging van een algemeen verbindend verklaard consumentenakkoord (zo bijvoorbeeld die met betrekking tot de - al dan niet adviserende - rol die de Raad voor het verbruik hierbij in voorkomend geval zal vervullen).

Artikel 136

1. Luidens artikel 136, § 1, van het ontwerp hebben de processen-verbaal die door de in die bepaling bedoelde ambtenaren worden opgesteld, bewijskracht tot het tegendeel is bewezen.

⁽²¹⁾ Opgericht bij het koninklijk besluit van 20 februari 1964 tot oprichting van een Raad voor het verbruik.

Het Grondwettelijk Hof heeft erop gewezen dat zulk een regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken ²².

Deze opmerking geldt evenzeer voor de artikelen 137, § 1, en 138, § 1.

2. Volgens artikel 136, § 2, 1/, mogen de met opsporing en vaststelling van inbreuken belaste ambtenaren "tijdens de gewone openings- en werkuren binnentreden in de werkplaatsen, gebouwen, belendende binnenplaatsen en besloten ruimten waartoe zij voor het vervullen van hun opdracht toegang moeten hebben". Het binnentreden in "bewoonde lokalen" daarentegen is slechts toegestaan mits machtiging van de rechter bij de politierechtbank, onder de in artikel 136, § 2, 5/, opgenomen voorwaarden.

In dit verband moet erop worden gewezen dat het recht op eerbiediging van de woning wordt gewaarborgd door artikel 15 van de Grondwet, door artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en door artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag ruim moet worden opgevat en dat het mede slaat op beroeps- en bedrijfslokalen ²³.

Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof erop gewezen dat "het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, (...) een essentiële

(22) Grondwettelijk Hof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.14.1 en Grondwettelijk Hof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.12.1.

(23) Zie, onder meer, EHRM 16 december 1992, Niemietz t. Duitsland, www.echr.coe.int, nr. 13710/88; EHRM, 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe t. Frankrijk, nr. 10828/84; EHRM, 9 december 2004, Van Rossem t. België, nr. 41872/98. Zie ook D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", *Rev. Trim. Dr. H.* 1994, 117-135.

waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens" ²⁴. Uit deze vaststelling leidt het Hof af dat afwijkingen op die regel slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben.

Uit wat voorafgaat volgt dat de stellers van het ontwerp er goed aan doen te overwegen om te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van plaatsen die, zelfs al zijn zij geen "woning" in de zin van artikel 15 van de Grondwet, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepalingen genieten.

3. Luidens artikel 136, § 2, 3/, kunnen de betrokken ambtenaren beslag leggen op de in die bepaling aangewezen documenten. Er wordt niet in een mogelijkheid tot bevestiging of opheffing van dit beslag voorzien.

Die inbeslagneming, die een inmenging vormt in het eigendomsrecht, dient met de nodige waarborgen te worden omgeven. Naast een eventuele bevestiging, zou tevens de maximumduur van de inbeslagneming dienen te worden bepaald, alsmede de wijze waarop ze kan worden opgeheven.

Artikel 139

Volgens artikel 139, eerste lid, van het ontwerp kunnen de hiertoe door de Minister aangestelde ambtenaren, op inzage van de processen-verbaal waarin een inbreuk op (niet: "van") de artikelen 127 tot 130 is vastgesteld, aan de overtreders een som voorstellen waarvan de betaling de strafvordering doet vervallen.

⁽²⁴⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 140/98, 16 december 1998, B.1. Het ontwerp voorziet reeds met betrekking tot bewoonde lokalen in het optreden van de politierechtbank. Er mag aangenomen worden dat het, vanuit het oogpunt van het recht op eerbiediging van de woning, niet uitmaakt of de bevoegde rechter de onderzoeksrechter dan wel de politierechter is.

Aldus wordt het openbaar ministerie "de pas afgesneden" ²⁵ doordat hem zijn bevoegdheid om te oordelen over het al dan niet instellen van de strafvordering wordt ontnomen en zonder enige vorm van controle van zijnentwege ²⁶ in handen wordt gelegd van ambtenaren ²⁷.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, is zich er van bewust dat de wetgever in het verleden nog bepalingen met een gelijke strekking heeft ingevoerd ²⁸. Niettemin meent hij opnieuw te moeten opmerken dat zulke bepalingen moeilijk in overeenstemming te brengen zijn met de algemene beginselen die het optreden van het openbaar ministerie beheersen. Reeds in haar advies 11.461/1 heeft de afdeling Wetgeving erop gewezen dat ambtenaren, in tegenstelling tot de magistraten van het openbaar ministerie, niet als onafhankelijk van het hiërarchische gezag van de minister kunnen worden beschouwd ²⁹.

In onder meer advies 24.896/8 ³⁰ merkte de afdeling Wetgeving het volgende op:

(25) J. MATTHIJS, "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", *RW* 1975-76, 340; zie ook R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Mechelen, 2007, p. 92, nr. 153 en J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", *RDP* 1978, (807) 833-837.

(26) H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", *RDP* 1983, (27) 47.

(27) Die ambtenaren zijn niet onder het toezicht van het openbaar ministerie geplaatst.

(28) Zie, onder meer, artikel 84 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, artikel 116 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument en artikel 13, § 3, van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten.

(29) Zie ook in dit verband A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gent, 1994.

(30) Advies 24.896/8 van 21 mei 1996 over een voorontwerp van wet "houdende diverse bepalingen betreffende de veterinaire keuring" (*Parl. St. Kamer*, 1996-97, nr. 782/1, 23).

"Zoals de Raad van State het in zijn (...) advies L. 16.350/1 van 16 januari 1985 heeft laten verstaan, "valt het op" (en is het dus ongewoon) dat een ambtenaar van het actief bestuur de bevoegdheid krijgt een minnelijke schikking voor te stellen waardoor de strafvordering vervalt. In vroegere adviezen, onder meer de adviezen L. 13.883/1 en L. 13.934/1 (...), had de Raad van State erop gewezen dat, naar luid van artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek, de vordering van de toepassing van de strafwet aan het openbaar ministerie toekomt. Indien een bestuursambtenaar bij middel van een minnelijke schikking de strafvordering kan verhinderen of doen vervallen, dan wordt die bevoegdheid van het openbaar ministerie, wat de betrokken strafbare feiten betreft, beknot. Het bestuur treedt dan in de plaats van de rechterlijke macht en dan worden, meer algemeen gesteld, de opdrachten van het bestuur en die van de parketten, andermaal wat de betrokken feiten betreft, gelijkgeschakeld. Dit stemt niet overeen met de bevoegdheidsverdeling die kenmerkend is voor een staatsstelsel zoals het onze, waar aanvaard wordt dat de leden van de parketten bij de rechtbanken en hoven optreden als leden van de rechterlijke macht en niet als ambtenaren van het bestuur" ³¹.

Die opmerkingen klemmen des te meer gelet op het bepaalde in artikel 151, § 1, tweede volzin, van de Grondwet, krachtens hetwelk het openbaar ministerie onafhankelijk is in de individuele opsporing en vervolging.

Gelet op de zo-even uiteengezette bezwaren, wordt ter overweging gegeven een systeem in te voeren waarbij de bevoegde ambtenaren een minnelijke schikking kunnen voorstellen, doch enkel nadat het openbaar ministerie de kans heeft gekregen om binnen een bepaalde termijn te beslissen dat er, de ernst van het misdrijf of de omstandigheden waarin het is gepleegd in acht genomen, geen aanleiding is om de betrokkene strafrechtelijk te vervolgen ³².

Artikel 143

Het valt niet in te zien waarom de artikelen 29 en 121, 1/ en 2/, van de algemene opheffing van de wet van 14 juli 1991 worden uitgesloten.

(31) Zie ook in dit verband A. DE NAUW, o.c., 53 en 55.

(32) Vgl. met het systeem dat in het sociaal strafrecht geldt inzake administratieve geldboeten (artikelen 5 en 7 van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten).

Artikel 121, 1/ en 2/, van de wet van 14 juli 1991 bevat opheffingsbepalingen die reeds uitwerking hebben gekregen en daardoor uit de rechtsorde zijn verdwenen.

Het niet opheffen van artikel 29, § 1, is zinledig vermits artikel 29 van de wet van 14 juli 1991 reeds met ingang van 1 december 2007 is opgeheven bij de wet van 5 juni 2007.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessoren van de
	L. DENYS,	afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.034/1
DU 17 SEPTEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre pour l'Entreprise et la Simplification, le 14 juillet 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 25 septembre 2009, sur un avant-projet de loi "relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", a donné l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de remplacer la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, ci-après la loi du 14 juillet 1991. La loi en question a déjà été modifiée à plusieurs reprises en vue, principalement, de la transposition de certaines directives européennes en droit interne ou à des fins d'adaptation à l'évolution dans les échanges commerciaux. En raison de ces multiples modifications, la structure de la loi du 14 juillet 1991 est devenue moins cohérente et moins claire. L'un des objectifs poursuivis par le projet de loi est dès lors de restructurer les dispositions de la loi du 14 juillet 1991 dans un souci de clarté et de logique interne. Voilà pourquoi nombre de dispositions du projet de loi reproduisent en quelque sorte - sans les changer ou en les adaptant légèrement - des dispositions qui figurent déjà dans la loi du 14 juillet 1991 ¹, les dispositions concernées étant intégrées dans la nouvelle structure du projet de loi ².

En outre, la restructuration de la loi du 14 juillet 1991 est mise à profit pour lui apporter un certain nombre de modifications sur le fond. Ainsi qu'il est précisé dans l'exposé des motifs, ces modifications sont nécessaires à la lumière des nouvelles

(1) Il est logique que nombre de dispositions du projet de loi se limitent à reproduire les dispositions qui existent déjà, étant donné que de nombreuses dispositions de la loi du 14 juillet 1991 transposent des directives européennes.

(2) Il se déduit du tableau de concordance transmis au Conseil d'État qu'un grand nombre de dispositions du projet de loi correspondent à des articles existants de la loi du 14 juillet 1991. Le tableau en question permet de situer plus facilement, dans une juste perspective, la portée du régime en projet, qui n'implique pas de profonde réforme de la matière en termes de pratiques commerciales et de protection du consommateur. Il est donc conseillé de joindre le tableau de concordance en annexe au projet lorsqu'il sera déposé auprès de l'assemblée parlementaire compétente.

conditions du marché et des besoins des consommateurs. Certaines modifications visent en particulier à parfaire la transposition de directives européennes ³ ou tendent à conformer une transposition déjà effectuée à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ⁴. En revanche, il faut constater que la transposition de la directive sur les pratiques commerciales déloyales demeure incomplète à l'égard des titulaires de professions libérales, et que l'adoption du régime en projet n'est pas mise à profit pour parachever en tous points la transposition de la directive concernée ⁵.

D'importantes modifications de fond qui sont apportées à l'occasion de la restructuration des dispositions de la loi du 14 juillet 1991 concernent le remplacement de la notion de "vendeur" par celle d' "entreprise" (article 2, 1/, du projet), le fait que les personnes morales ne sont plus considérées comme "consommateurs" (article 2, 3/), une définition différente et plus conforme à la directive de "produits" et de "biens" (article 2, 4/ et 5/), l'omission de la disposition de l'article 5 de la loi du 14 juillet 1991 à propos de l'indication des prix, l'introduction de la nouvelle notion de "consommateur moyen" (voir notamment l'article 10), l'autorisation de l'offre conjointe au consommateur et l'exception prévue à cet égard pour l'offre conjointe de services financiers (articles 72 et 73), et la possibilité d'intenter, sous certaines conditions, une action en cessation contre une entreprise pour des pratiques commerciales de son agent (article 115).

(³) Voir à ce sujet l'article 95 du projet qui transpose le point 29 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («Directive sur les pratiques commerciales déloyales»).

(⁴) Voir surtout les articles 72 et 73 du projet concernant l'offre conjointe au consommateur.

(⁵) Cette transposition devait avoir lieu avant le 12 juin 2007 (voir article 19, § 1, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1.1. Le régime en projet vise, en ce qui concerne l'offre conjointe d'un vendeur à un consommateur, à modifier celui de la loi du 14 juillet 1991 afin de répondre aux objections exprimées par la Cour de justice dans son arrêt du 23 avril 2009 (C-261/07 et C-299/07, VTB-VAB NV contre Total Belgium NV et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV) au sujet d'une mesure qui, à quelques exceptions près, interdit toute offre conjointe d'un vendeur à un consommateur, quelles que soient les circonstances spécifiques du cas concret.

L'arrêt précité contient, entre autres, les considérants suivants:

"49. À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 2, sous d), de la directive définit, en utilisant une formulation particulièrement large, la notion de pratique commerciale comme «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs».

50. Or, ainsi que Mme l'avocat général l'a relevé aux points 69 et 70 de ses conclusions, les offres conjointes constituent des actes commerciaux s'inscrivant clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visant directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci. Il s'ensuit qu'elles constituent bien des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive et relèvent, en conséquence, du champ d'application de celle-ci.

(...)

52. (...) Dès lors, comme le prévoit expressément l'article 4 de celle-ci (...), les États membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs.

(...)

56. La directive établit également, à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, § 5, de la directive, sont réputées déloyales « en toutes circonstances ». Par conséquent, ainsi que le précise expressément le dix-septième considérant de la directive, il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive.

(...)

.../...

63. Ensuite, en opérant de la sorte, une règle du type de celle en cause au principal se heurte au contenu de l'article 4 de la directive qui interdit expressément aux États membres de maintenir ou d'adopter des mesures nationales plus restrictives, même lorsque de telles mesures visent à assurer un niveau de protection plus élevé des consommateurs".

Il ressort de l'arrêt précité du 23 avril 2009 que le législateur belge ne peut pas interdire les pratiques commerciales n'apparaissant pas sur la liste des 31 pratiques commerciales interdites suivant la directive 2005/29/CE, et qu'il ne peut pas non plus se montrer plus sévère que ne l'est la liste précitée, en ce qui concerne les pratiques commerciales qui y sont effectivement mentionnées.

La question se pose de savoir si les adaptations prévues par le projet de loi suffisent pour répondre aux objections soulevées par la Cour de justice dans son arrêt du 23 avril 2009.

À cet égard, l'on peut douter de la conformité de certaines dispositions du projet avec l'interprétation préconisée par la Cour de justice du régime de l'offre conjointe. À ce sujet, on se reportera notamment à l'observation ci-après formulée sous 1.2.

1.2. Les articles 20 et suivants du projet règlent l'annonce d'une réduction de prix. Une telle annonce est à considérer comme une pratique commerciale directement liée à la promotion des ventes ou à la vente et qui ne se trouve pas sur la liste des pratiques commerciales interdites de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. La pratique commerciale concernée ne peut dès lors être interdite, ni être soumise à des conditions particulières. Or, force est de constater que les articles 20 et suivants du projet mentionnent malgré tout pareilles conditions. Ainsi, l'article 20, alinéa 1^{er}, du projet dispose que durant le mois précédant le premier jour pour lequel le nouveau prix est annoncé, un prix supérieur doit avoir été appliqué. Conformément à l'article 21, alinéa 1^{er}, hormis pour les ventes en liquidation, la réduction de prix ne peut être annoncée que pour une période n'excédant pas un mois. Selon l'article 21, alinéa 2, la date à partir de laquelle le prix réduit est applicable doit demeurer indiquée pendant toute la période de vente pendant laquelle il est annoncé comme prix réduit. L'article 32 interdit sous certaines conditions les annonces de réduction de prix en périodes d'attente.

Les dispositions des articles 24 et suivants du projet concernant les ventes en liquidation prévoient également des conditions dont il n'est pas fait mention dans la

.../...

liste de la directive précitée à plusieurs reprises. Le point 15 de la liste des pratiques commerciales trompeuses de l'annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales mentionne uniquement "Déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas". Par conséquent, il faut se demander notamment si le projet peut prévoir l'interdiction de procéder à des ventes en liquidation pour un autre motif que la cessation des activités ou le déménagement, s'il peut prévoir la limitation de la durée des ventes en liquidation ainsi que l'obligation de notifier l'intention de procéder à des ventes en liquidation au Ministre ou au fonctionnaire compétent.

En outre, les conditions supplémentaires prévues par les articles 27 et suivants du projet en matière de ventes en solde divergent d'avec la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Est notamment visée à cet égard l'interdiction d'utiliser le mot "Soldes" en dehors des deux périodes légales prévues à cet effet ou pour des produits ne répondant pas à certains critères.

L'article 44 du projet interdit à l'entreprise, lors d'une offre en vente au consommateur sur Internet, d'avoir recours à des options par défaut que le consommateur doit refuser pour éviter tout paiement "d'un ou de plusieurs produits supplémentaires". Dans la mesure où cela implique l'interdiction d'une pratique commerciale qui ne se limite pas au secteur aérien ⁶ et qu'il s'agit d'une pratique commerciale ne figurant pas sur la liste des 31 pratiques commerciales interdites par la directive 2005/29/CE, l'article 44 est également en contradiction avec la directive précitée.

La directive ne laisse pas non plus une grande marge de manoeuvre pour prévoir des conditions supplémentaires en cas de ventes publiques. Dans cette optique, l'article 67 du projet fait dès lors problème, en disposant que seuls des biens usagés peuvent faire l'objet de ventes publiques. Il en va de même de l'article 69 qui énonce notamment que les ventes publiques ne peuvent avoir lieu que dans certains locaux, ou qu'il faut une intervention du Ministre ou du fonctionnaire compétent.

⁽⁶⁾ Selon l'exposé des motifs, l'article 44 du projet est en effet inspiré par le règlement 1008/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

En ce qui concerne plus spécifiquement les dispositions relatives à l'offre conjointe, force est de relever que si l'article 72, alinéa 1^{er}, du projet, se fonde en effet sur le principe suivant lequel l'offre conjointe au consommateur est autorisée pour autant qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens des articles 85 et suivants du projet, l'article 72, alinéa 2, offre la possibilité à l'administration ou au juge d'apprécier le caractère déloyal d'une offre conjointe selon certains critères énumérés dans l'alinéa concerné. Indépendamment de la question de savoir si ces critères sont compatibles sur le fond avec la notion de "pratique commerciale déloyale" au sens de l'article 85 du projet, il s'impose de constater que l'article 72, alinéa 2, restreint le pouvoir de contrôle individuel dont doit disposer l'administration ou le juge pour établir si une offre conjointe est déloyale ou non, ce qui implique qu'en fixant les critères mentionnés à l'article 72, alinéa 2, le législateur associera d'une manière générale des conditions à l'offre conjointe et qu'il reviendra de cette manière sur le principe mentionné à l'article 72, alinéa 1^{er}, et dès lors sur ce qui découle à cet égard de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. D'ailleurs, si les critères mentionnés à l'article 72, alinéa 2, étaient purement facultatifs ⁷, ils ne seraient pas normatifs et ne pourraient être maintenus dans le texte du projet. Il résulte de ce qui précède que l'article 72, alinéa 2, est soit contraire à la directive sur les pratiques commerciales déloyales, soit superflu car dépourvu de caractère normatif. Dans les deux hypothèses, l'article 72, alinéa 2, peut difficilement être maintenu en l'état dans le texte du projet.

1.3. Il a été démontré au 1.2 qu'il est à tout le moins incertain que certaines parties du projet se concilient avec la directive sur les pratiques commerciales déloyales. C'est sous cette réserve qu'il conviendrait de lire les observations particulières qui seront formulées dans le présent avis sur les articles du projet dont il n'est pas certain qu'il soient conformes à la directive susvisée.

2. Le texte du projet emploie une terminologie peu précise pour délimiter les transactions ou comportements concernant des biens ou services qu'il entend régler. Ainsi, il conviendrait d'opérer une distinction plus claire selon qu'il vise l'offre même ou

⁽⁷⁾ Les mots "peut s'apprécier", dans la phrase introductive de l'article 72, alinéa 2, du projet, pourraient être compris en ce sens.

uniquement le contrat résultant de l'offre ⁸. En outre, différentes dispositions du projet emploient les termes "offre en vente" ou "vente" de biens ⁹.

Alors que sous le précédent régime, la notion de "vendeur" avait une définition propre et que par conséquent, la notion de "vente" avait également une portée plus large, tel n'est plus le cas dans le présent projet et la notion de "vente" doit dès lors s'entendre au sens du droit commun. Compte tenu du champ d'application de l'ancienne législation, il y a lieu d'admettre que des actes relatifs à des biens autres que la vente proprement dite sont soumis au nouveau régime légal.

Les dispositions du projet qui concernent des prestations de services, utilisent également différents termes sans que l'on puisse distinguer si leur portée est différente. Il est ainsi question dans le projet, tant de la "vente" que de la "fourniture" de services ¹⁰.

L'absence d'uniformité terminologique qui vient d'être évoquée sème le doute quant à la portée précise des dispositions concernées du projet. Ainsi, par exemple, il n'est pas clair si, à l'article 4 du projet, la notion de "vente" ne vise pas le contrat en tant que tel. À l'article 44, la notion d'"offre en vente", ne doit-elle pas se comprendre comme une offre de produits dans un sens plus large, comme c'est le cas de "l'offre en vente à distance" visée à l'article 46? L'article 66, § 2, fait état de "ventes publiques", mais ces termes couvrent-ils également les offres en vente ¹¹?

Il résulte de ce qui précède que les auteurs du projet devront réexaminer la terminologie employée, en veillant à cette occasion à ce que des notions de portée identique soient définies dans des termes identiques. Dans l'ensemble du texte du projet,

(8) Voir notamment les articles 59 à 65 du projet.

(9) Voir par exemple les articles 65, 66, 78 et 84 du projet.

(10) Voir par exemple les articles 80 et 81 du projet.

(11) À l'article 78, § 1^{er}, du projet, notamment, les "offres en vente" sont explicitement séparées des "ventes de produits" mentionnées distinctement.

ils devront également garder à l'esprit la portée exacte d'une notion afin d'employer, si nécessaire, un autre terme s'ils visent une portée autre que celle qui découle de l'emploi d'un terme déterminé pour l'application des dispositions en projet.

L'examen terminologique supplémentaire pourra alors être également mis à profit pour vérifier la rédaction du texte du projet ainsi que pour éliminer certaines imperfections sur ce plan¹² et supprimer des discordances entre le texte français et le texte néerlandais¹³.

3. Comme il a déjà été indiqué dans l'analyse de la portée du projet, ce dernier comporte un nombre restreint de dispositions qui transposent en droit interne pour la première fois des éléments de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Conformément à l'article 19 de la directive concernée, il conviendrait de mentionner dans le texte du projet, et de préférence dans son article 1^{er}, que le projet entend transposer partiellement la directive en question.

Dès lors que, pour le surplus, le projet comprend différentes dispositions qui reviennent à reproduire des articles déjà existants qui ont transposé en droit interne non seulement des dispositions de la directive sur les pratiques commerciales déloyales mais également des dispositions de diverses autres directives européennes, il est recommandé que l'exposé des motifs le mentionne plus explicitement et plus clairement¹⁴. De cette manière, on évitera, d'une part, de donner l'impression que les dispositions en projet transposent pour la première fois la directive sur les pratiques commerciales déloyales en droit belge et, d'autre part, on indiquera clairement que le projet comporte différentes dispositions qui transposent des directives européennes autres que celle sur les pratiques

(12) Voyez par exemple la rédaction du texte néerlandais de l'article 3, § 2, du projet.

(13) Ainsi, les mots "het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid", du texte néerlandais de l'article 2, 32/, ne correspondent pas au segment "le niveau de compétence spécialisée et de soins", du texte français.

(14) Le commentaire général de l'exposé des motifs fait à présent référence, à différents endroits, et dès lors de façon diffuse, à différentes directives européennes.

commerciales déloyales. Ainsi précisé, l'exposé des motifs permettrait au destinataire de la norme de situer plus facilement la loi en projet à la lumière de la législation européenne, ce qui, évidemment, contribuerait à la sécurité juridique.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

L'article 1^{er} du projet indique que la loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution. Le projet comporte cependant un certain nombre de dispositions (voir par exemple les articles 111 et s.) pour lesquelles, en vertu de l'article 77 de la Constitution, la Chambre des représentants et le Sénat sont compétents sur un pied d'égalité et qui devront figurer dans un projet de loi distinct.

Article 2

1. Pour des raisons de correction de la langue, dans la définition d'"entreprise" (article 2, 1/, du projet), il y a lieu d'écrire: " ... personne physique ou personne morale ... y compris ses associations".

Dans la même définition, il serait au demeurant préférable d'omettre les mots "à l'exception des titulaires d'une profession libérale". L'article 3, § 2, du projet indique en effet déjà clairement que la réglementation ne s'applique pas à cette catégorie d'entreprises.

2. La définition de "titulaire d'une profession libérale" (article 2, 2/, du projet) ne correspond pas à celle de l'article 2, 1/, de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales et que le projet à l'examen ne modifie pas. Cette loi définit une profession libérale comme "toute activité professionnelle indépendante de prestation de services ou de fourniture de biens, qui ne constitue pas un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi du 18 mars 1965 sur le registre

.../...

de l'artisanat et qui n'est pas visée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, à l'exclusion des activités agricoles et d'élevage".

Le choix des auteurs du projet de délimiter le champ d'application personnel de la loi au moyen de la notion large d'"entreprise" et d'une définition restreinte de la notion de "profession libérale" peut ainsi aboutir à l'application conjointe du projet à l'examen et de la loi du 2 août 2002 à certaines catégories de titulaires de profession libérale, plus précisément à celles qui ne sont pas soumises à un organe disciplinaire créé par la loi ¹⁵. Les auteurs doivent par conséquent veiller à ce que les deux lois soient harmonisées en ce qui concerne l'application aux titulaires de profession libérale.

La référence à la loi du 14 juillet 1991 formulée en termes négatifs dans cet article de la loi du 2 août 2002 devra d'ailleurs être adaptée en toute hypothèse, puisqu'elle n'aura plus de sens lorsque la loi du 14 juillet 1991 aura été abrogée par l'article 143, 1/, du projet ¹⁶.

3. Au regard de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, la définition de "consommateur" (article 2, 3/, du projet) est quelque peu ambiguë. Il semble qu'on veuille qualifier de consommateurs les personnes qui, sans avoir l'intention de faire du commerce, acquièrent ou utilisent des biens ou des services. Dans cette optique, les termes "à des fins excluant tout caractère professionnel" ne paraissent pas adéquats. Par exemple, la définition du projet ne permettrait pas de considérer un travailleur qui acquiert un bien nécessaire à l'exercice de sa profession comme un consommateur. Ce n'est pas conforme à la directive ¹⁷.

(15) Sur ce point, il y a une discordance entre les textes français et néerlandais du projet. Tandis que le texte français fait état d'"organe de contrôle" (controleorgaan), le texte néerlandais utilise le terme "tuchtorgaan" (organe disciplinaire).

(16) Par ailleurs, la loi du 18 mars 1965, à laquelle la définition de la notion de "profession libérale" fait référence, a également été abrogée par la loi du 16 janvier 2003.

(17) Cf. le texte français de la directive qui définit le "consommateur" comme "toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité

4. Les définitions de "produits" et de "biens" (article 2, 4/ et 5/, du projet) ne sont pas harmonisées. Tandis qu'il ressort de la définition des "biens" que seuls des biens meubles sont visés, la définition de "produits" indique que la notion de "biens" inclut également des biens immeubles ("produits: les biens et les services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations"; NL "producten: goederen en diensten, alsmede onroerende goederen, rechten en verplichtingen").

5. À propos de la définition de la notion de "biens vendus en vrac" (article 2, 11/, du projet), il y a lieu d'observer que, dans la mesure où on entend également viser les biens pesés ou mesurés par le consommateur lui-même ¹⁸, la définition doit le préciser ¹⁹.

Article 11

Dès lors que l'article 11, § 1^{er}, b), du projet dispose que le Roi peut notamment fixer les "conditions de ... sécurité", la question se pose de savoir si, eu égard à l'objectif de l'habilitation ("en vue d'assurer la loyauté des transactions commerciales ou la protection du consommateur"; voir également le membre de phrase "sans préjudice de la compétence qui Lui est conférée dans le domaine de la santé publique"), une référence aux conditions de sécurité est à sa place dans le projet. La cohérence de la législation serait mieux assurée si ce projet ne contenait que des règles relatives à la protection du consommateur sur le plan économique et que les règles ayant trait à la sécurité du consommateur étaient insérées dans la loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services.

Article 15

Eu égard à la définition de "biens vendus en vrac" de l'article 2, 11/, du

commerciale, industrielle, artisanale ou libérale".

⁽¹⁸⁾ Voir l'article 15, alinéa 2, du projet.

⁽¹⁹⁾ On écrira alors dans la définition: "... conditionnement et qui sont mesurés ou pesés par le consommateur ou en sa présence".

projet - éventuellement adaptée comme il est indiqué dans l'examen de cette disposition - il est superflu de mentionner les mots "qui sont pesés ou mesurés en présence du consommateur ou par celui-ci" à l'article 15, alinéa 2, du projet.

Article 25

Comme le délégué l'a reconnu, l'article 25, § 4, alinéa 1^{er}, du projet gagnerait en précision si on écrivait: " ... au prix le plus bas (...) dans le courant du mois qui ..."

Article 28

L'article 28 du projet dispose que seuls peuvent faire l'objet de soldes, les biens que l'entreprise a offerts en vente précédemment pendant au moins trente jours. La réglementation actuellement encore en vigueur impose également à l'entreprise de détenir les biens au début de la vente en solde (voir l'article 51, § 2, de la loi du 14 juillet 1991). Interrogé sur le point de savoir pour quelle raison cette condition avait été abandonnée, le délégué a répondu ce qui suit:

"Dit was weggevallen omdat wij van oordeel waren dat wanneer een onderneming enkel goederen als solden te koop mag aanbieden als hij goederen voorheen te koop heeft aangeboden, dit impliceert dat die goederen nog steeds in het bezit van de onderneming zijn op het ogenblik dat de soldenperiode begint. Wat verboden is, is dat men goederen tijdens de soldenperiode aankoopt om ze vervolgens in dezelfde periode als solden te verkopen. Dit kan eventueel in de Memorie van Toelichting nader uitgelegd worden".

"Offrir des biens en vente" peut toutefois également viser des biens que l'entreprise n'a pas encore en sa possession (par exemple, des biens qu'elle n'a plus en stock). La disposition en projet devra dès lors être aménagée pour qu'elle corresponde à l'intention des auteurs du projet.

Article 37

.../...

L'article 128 du projet incrimine également le fait de contrevenir à l'article 37. Il s'ensuit que le caractère trop indéterminé des mots "dans un délai raisonnable", figurant à l'alinéa 1^{er} de cet article, ne permet pas de satisfaire au principe de légalité en matière pénale.

Article 39

Dès lors que l'article 143, 1/, du projet prévoit l'abrogation de la loi du 14 juillet 1991, il y a lieu à l'article 39, § 1^{er}, d'omettre les mots "établie en exécution de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur".

Article 41

L'article 41, alinéa 1^{er}, du projet dispose que le consommateur peut exiger le remboursement "dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de son existence". La notion de "délai raisonnable" est une notion générale qui, si elle n'est pas mieux circonscrite, sera définie au cas par cas par la jurisprudence des cours et tribunaux. La question se pose de savoir si ceci se concilie bien avec l'exigence de sécurité juridique, d'autant plus qu'il faut souligner que l'objet de la disposition en projet a tout de même trait à une forme de sanction de la personne qui s'est livrée à une pratique déloyale.

Article 51

1. L'article 3, paragraphe 1^{er}, point 3, a), et les dispositions suivantes de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE du Conseil utilisent le terme "droit de rétractation" (du consommateur) (dans le texte néerlandais: "herroepingsrecht"), alors que le projet fait état, notamment à

.../...

l'article 51, § 1^{er}, 3/, a), du projet, de "droit de renonciation" (dans le texte néerlandais "verzakingsrecht").

Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas de motif justifiant d'utiliser dans le projet une terminologie différente de celle de la directive qui semble en outre exprimer plus adéquatement l'objectif poursuivi.

2. L'article 51, § 1^{er}, 4/, b), du projet doit faire référence aux règles de droit interne qui ont transposé ces directives plutôt qu'à celles-ci.

Article 57

L'article 57, § 4, du projet n'a pas de correspondant dans la directive 2002/65/CE. Cette directive vise une harmonisation maximale²⁰, de sorte qu'elle ne laisse en principe pas de place à des règles complémentaires.

Articles 61 et 62

Pour les contrats conclus en dehors des locaux de l'entreprise, le délai de rétractation est maintenu à 7 jours *ouvrables*, tandis que pour les contrats à distance, il a été porté à 14 jours *calendrier* minimum (voir l'article 48, § 1^{er}, du projet).

Selon une jurisprudence constante, notamment de la Cour constitutionnelle, les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant que le critère de différenciation utilisé repose sur une justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme en cause ainsi qu'à la nature des principes applicables en l'espèce; les principes d'égalité et de non-discrimination sont violés lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

⁽²⁰⁾ Voir le considérant 13 de la directive.

Article 66

1. Mieux vaut préciser la ou les finalités que le Roi doit prendre en considération lorsque, sur le fondement de l'article 66, § 2, il prescrit des conditions pour les ventes publiques des biens qu'il détermine ou pour la vente publique de biens au moyen d'une technique de communication à distance.

2. Dès lors que la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises est entrée en vigueur, il y a lieu de remplacer les mots "concordat judiciaire" par les mots "réorganisation judiciaire".

Article 73

Bien que l'offre conjointe soit désormais en principe autorisée (voir l'article 72 du projet), l'interdiction de l'offre conjointe de services financiers - pas: services financiers et autres biens et services - est maintenue par l'article 73, § 1^{er}, du projet. L'article 3, paragraphe 9, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales le permet.

L'article 73, § 2, autorise cependant l'offre conjointe, soit de certains services financiers (1/), soit de services financiers et de biens et services (2/ à 4/). Ce paragraphe commence par les mots "Par dérogation au paragraphe précédent", ce qui induit en erreur, dès lors que seul le 1/ comporte une véritable dérogation. Le texte devra être adapté sur ce point afin d'en assurer la cohérence interne.

Article 75

Il faut assurer une meilleure conformité de l'article 75, 8/, du projet avec le point 1, b), de l'annexe de la directive 93/13/CEE du Conseil des Communautés européennes du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Article 89

L'exposé des motifs indique que l'article 89, 3/, réitère le principe de l'article 94/6, § 1^{er}, 3/, de la loi du 14 juillet 1991 "en précisant son contenu". Les deux dispositions sont toutefois en grande partie identiques, de sorte qu'on n'aperçoit pas où est la précision.

Article 91

L'annexe II de la directive 2005/29/CE à laquelle se réfère l'article 91, § 5, du projet, comporte, selon l'article 7, paragraphe 5, de la directive, une liste non exhaustive de dispositions communautaires. Son caractère non exhaustif devrait apparaître plus clairement dans le texte du projet. En outre, il ne faudrait pas faire référence aux dispositions communautaires en question, mais bien aux règles de droit interne qui les ont transposées.

Article 95

1. Dans la phrase liminaire de l'article 95, 3/, on supprimera les mots "et sans préjudice".

2. L'article 95, 6/, du projet, ne correspond pas entièrement au point 29 de l'annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales dès lors qu'il ne reproduit pas le segment de phrase "sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/7/CE (fournitures non demandées)".

Article 96

Il serait préférable que la précision "afin de mettre fin aux points litigieux en la matière dans la jurisprudence", qui est apportée dans le commentaire de l'article 96 du projet, soit insérée dans le texte proprement dit.

Article 108

Aux termes de l'article 108 du projet, l'accord collectif de consommation est transmis au Gouvernement, par le Ministre. En cas d'opposition d'un membre du Gouvernement, l'accord est inscrit à l'ordre du jour du Conseil des ministres le plus proche. Il ressort de l'alinéa 4 de l'article en projet que, dans ce cas, l'accord doit être "validé" par le Conseil des ministres, faute de quoi il devient caduc. Toutefois, la règle en projet reste muette sur la forme - et la publication - de cette validation, même si elle donne à penser qu'une simple décision du Conseil des ministres suffit.

L'article 108 de la Constitution chargeant le Roi de faire les arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, on remplacera les mots "par le Conseil des Ministres" à l'alinéa 4 de l'article 108, par les mots "par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres". Dans le texte français, on écrira en outre "sortit" au lieu de "sort".

Littéralement, il ressort du dernier alinéa de l'article 108 du projet que toute modification, reconduction ou dénonciation d'un accord collectif de consommation ne doit être soumise qu'au Conseil des ministres pour être ensuite publiée au Moniteur belge. La disposition en projet ne permet pas de déterminer à quel égard le Conseil des ministres devrait ou pourrait se prononcer en la matière.

Article 110

Selon l'article 110 du projet, le Roi peut, par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur avis unanime du Conseil de la consommation²¹, imposer à l'ensemble d'un secteur l'application d'un accord collectif de consommation dont le champ d'application est national.

⁽²¹⁾ Instauré par l'arrêté royal du 20 février 1964 instituant un Conseil de la consommation.

Le projet ne précise pas suffisamment les conditions auxquelles cela peut se faire ni les effets juridiques d'un tel arrêté royal. Par exemple, il ne précise pas quels sont les effets juridiques de la force obligatoire conférée à l'accord de consommation ni quelle place l'accord de consommation rendu obligatoire occupe dans la hiérarchie des normes, notamment à l'égard d'autres arrêtés royaux pris en exécution de la loi en projet. Le projet ne prévoit pas non plus les conditions procédurales régissant le retrait ou la modification d'un accord de consommation rendu obligatoire (comme, par exemple, la condition concernant le rôle - consultatif ou non - que le Conseil de la consommation jouera éventuellement à cet égard).

Article 136

1. Selon l'article 136, § 1^{er}, du projet, les procès-verbaux dressés par les agents visés dans cette disposition font foi jusqu'à preuve du contraire.

La Cour constitutionnelle a relevé qu'une telle force probante fait exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement, ainsi qu'au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé, de sorte qu'il faut que la différence de traitement qui résulte de cette exception soit raisonnablement justifiée et que les droits du prévenu ne soient pas restreints de manière disproportionnée ²².

Cette observation peut également être formulée à l'égard des articles 137, § 1^{er}, et 138, § 1^{er}.

2. Selon l'article 136, § 2, 1/, les agents chargés de rechercher et constater les infractions peuvent "pénétrer, pendant les heures habituelles d'ouverture ou de travail, dans les ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos dont l'accès est nécessaire à l'accomplissement de leur mission". En revanche, ils ne peuvent pénétrer dans les "locaux

⁽²²⁾ Cour constitutionnelle, n/ 40/2000, 6 avril 2000, B.14.1 et Cour constitutionnelle, n/ 16/2001, 14 février 2001, B.12.1.

habités" qu'avec l'autorisation préalable du juge du tribunal de police, aux conditions prévues à l'article 136, § 2, 5/.

Il est à noter à cet égard que le droit au respect du domicile est garanti par l'article 15 de la Constitution, par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme que la notion de "domicile" au sens de l'article 8 de la Convention européenne doit être interprétée au sens large et qu'elle porte également sur les locaux professionnels et commerciaux ²³.

En outre, la Cour constitutionnelle a souligné que "l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant, apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8.1 de la Convention européenne des droits de l'homme" ²⁴. La Cour déduit de cette constatation que les dérogations à cette règle ne peuvent être qu'exceptionnelles et doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent.

Il résulte de ce qui précède qu'il serait bon que les auteurs du projet envisagent de prévoir des garanties particulières pour la visite de lieux qui, bien que ne correspondant pas à un "domicile" au sens de l'article 15 de la Constitution, bénéficient néanmoins des garanties visées dans les dispositions de la convention précitées.

(23) Voir notamment Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne, www.echr.coe.int, n/ 13710/88; Cour eur. D.H., 25 février 1993, Funke, Crémieux et Miaillhe c. France, n/ 10828/84; Cour eur. D.H., 9 décembre 2004, Van Rossem c. Belgique, n/ 41872/98. Voir également D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique : les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", *Rev. Trim. Dr. H.* 1994, 117-135.

(24) Cour constitutionnelle, n/ 140/98, 16 décembre 1998, B.1. Le projet prévoit déjà l'intervention du tribunal de police en ce qui concerne les locaux habités. On peut considérer que du point de vue du droit au respect du domicile, la question de savoir si le juge compétent est le juge d'instruction ou le juge de police est sans pertinence.

3. Selon l'article 136, § 2, 3/, les agents concernés peuvent saisir les documents visés dans cette disposition. La possibilité de confirmer ou de lever cette saisie n'est pas prévue.

Cette saisie, qui constitue une ingérence dans le droit de propriété, doit être assortie des garanties nécessaires. C'est ainsi qu'outre une éventuelle confirmation, il faudra aussi préciser la durée maximale de la saisie ainsi que les modalités de sa levée.

Article 139

Selon l'article 139, alinéa 1^{er}, du projet, les agents commissionnés à cette fin par le Ministre peuvent, au vu des procès-verbaux constatant une infraction aux articles 127 à 130, proposer aux contrevenants le paiement d'une somme qui éteint l'action publique.

Ainsi, le ministère public se voit "couper la route"²⁵, dès lors qu'il est privé de son pouvoir d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer l'action publique, lequel est conféré à des fonctionnaires²⁶ sans aucune forme de contrôle du ministère public²⁷.

Le Conseil d'État, section de législation, est conscient de ce que, dans le passé, le législateur a déjà introduit des dispositions de portée identique²⁸. Il estime néanmoins devoir rappeler que ces dispositions ne sont guère conciliables avec les

(25) J. MATTHYS, "Een dwingende noodzaak: het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht", *R.W.*, 1975-76, 340; voir aussi R. DECLERCQ, *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, Malines, 2007, p. 92, n° 153 et J. LECLERCQ, "Variations sur le thème pénalisation - dépenalisation", *R.D.P.*, 1978, (807) 833-837.

(26) Ces fonctionnaires ne sont pas placés sous l'autorité du ministère public.

(27) H. BOSLY, "Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique", *R.D.P.*, 1983, (27) 47.

(28) Voir notamment, l'article 84 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, l'article 116 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur et l'article 13, § 3, de la loi du 25 juin 1993 sur l'exercice et l'organisation des activités ambulantes et foraines.

principes généraux qui régissent l'intervention du ministère public. Dans son avis 11.461/1, la section de législation a déjà souligné que, contrairement aux magistrats du ministère public, les fonctionnaires ne peuvent pas être considérés comme étant indépendants de l'autorité hiérarchique du ministre ²⁹.

Dans l'avis 24.896/8 ³⁰ notamment, la section de législation a observé ce qui suit:

"Ainsi que le Conseil d'État l'a laissé entendre dans son avis L. 16.350/1 (...) le 16 janvier 1985, "il est à remarquer" (donc inhabituel) qu'un fonctionnaire de l'administration active reçoive la faculté de proposer une transaction éteignant l'action publique. Dans des avis antérieurs, entre autres les avis L. 13.883/1 et L. 13.934/1 (...), le Conseil d'État a rappelé qu'aux termes de l'article 138 du Code judiciaire, il appartient au ministère public d'exercer l'action publique. Si un fonctionnaire de l'administration peut empêcher ou faire s'éteindre l'action publique au moyen d'une transaction, cette faculté du ministère public s'en trouve amputée, en ce qui concerne les faits punissables en question. Dans ce cas, l'administration se substitue au pouvoir judiciaire et, plus généralement, les missions de l'administration et celles des parquets sont, toujours en ce qui concerne les faits en question, mises sur le même plan. Cette situation irait à l'encontre de la répartition des compétences qui caractérise un système étatique tel que le nôtre, qui admet que les membres des parquets agissent auprès des cours et tribunaux en qualité de membres du pouvoir judiciaire et non en qualité de fonctionnaires de l'administration" ³¹.

Ces observations s'imposent d'autant plus si l'on tient compte de l'article 151, § 1^{er}, deuxième phrase, de la Constitution, en vertu de laquelle le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles.

Eu égard aux objections qui viennent d'être exposées, il est suggéré d'instaurer un système permettant aux fonctionnaires compétents de proposer une transaction, mais uniquement après que le ministère public a eu la possibilité de décider,

(29) Voir également, à ce propos, A. DE NAUW, *Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise*, Gand, 1994.

(30) Avis 24.896/8 du 21 mai 1996 sur un avant-projet de loi "portant des dispositions diverses relatives à l'expertise vétérinaire" (*Doc. parl.* Chambre, 1996-1997, n/ 782/1, 23).

(31) Voir également à cet égard A. DE NAUW, *o.c.*, 53 et 55.

dans un délai déterminé, qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de la gravité du délit ou des circonstances dans lesquelles il a été commis, de poursuivre l'intéressé pénalement ³².

Article 143

On n'aperçoit pas pourquoi les articles 29 et 121, 1/ et 2/, sont exclus de l'abrogation générale de la loi du 14 juillet 1991.

L'article 121, 1/ et 2/, de la loi du 14 juillet 1991 comporte des dispositions abrogatoires qui ont déjà épuisé leurs effets et qui, dès lors, ont disparu de l'ordre juridique.

Ne pas abroger l'article 29, § 1^{er}, est sans utilité dès lors que la loi du 5 juin 2007 a déjà abrogé l'article 29 de la loi du 14 juillet 1991 avec effet au 1^{er} décembre 2007.

⁽³²⁾ Comparer avec le système qui s'applique, en droit pénal social, en ce qui concerne les amendes administratives (articles 5 et 7 de la loi du 30 juin 1971 concernant les amendes administratives applicables en cas d'infractions à certaines lois sociales).

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. TISON, L. DENYS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. M. VAN DAMME et M. J. BAERT.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A. BECKERS

M. VAN DAMME