



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 57.767/1/V
57.768/1/V
van 14 augustus 2015

avis 57.767/1/V
57.768/1/V
du 14 août 2015

over

sur

- een voorstel van wet 'tot wijziging van
het Wetboek van economisch recht'
(*Parl.St.* Kamer, nr. 54-0280/001)
(57.767/1/V);

- amendementen op het wetsvoorstel
'tot wijziging van het Wetboek van
economisch recht' (*Parl.St.* Kamer,
nr. 54-0280/002) (57.768/1/V)

- une proposition de loi 'modifiant le
Code de droit économique' (*Doc. parl.*,
Chambre, n° 54-0280/001)
(57.767/1/V) ;

- des amendements à la proposition de
loi 'modifiant le Code de droit
économique' (*Doc. parl.*,
Chambre, n° 54-0280/002) (57.768/1/V)

Op 26 juni 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 12 augustus 2015,^(*) een advies te verstrekken over

- een voorstel van wet 'tot wijziging van het Wetboek van economisch recht' (*Parl.St.* Kamer, nr. 54-0280/001) (57.767/1/V);
- amendementen op het wetsvoorstel 'tot wijziging van het Wetboek van economisch recht' (*Parl.St.* Kamer, nr. 54-0280/002) (57.768/1/V).

Het voorstel en de amendementen zijn door de eerste vakantiekamer onderzocht op 11 augustus 2015. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Bert THYS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jo BAERT, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 augustus 2015.

*

Le 26 juin 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 12 août 2015,^(**) sur

- une proposition de loi 'modifiant le Code de droit économique' (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-0280/001) (57.767/1/V) ;
- des amendements à la proposition de loi 'modifiant le Code de droit économique' (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-0280/002) (57.768/1/V).

La proposition et les amendements ont été examinés par la première chambre des vacations le 11 août 2015. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Jeroen VAN NIEUWENHOVE et Bert THYS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jo BAERT, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 août 2015.

*

(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

(**) Ce délai résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

STREKKING VAN HET WETSVOORSTEL EN DE AMENDEMENTEN

1. Het om advies voorgelegde voorstel van wet (57.767/1/V) strekt ertoe als misleidende handelspraktijken te omschrijven “[h]andelspraktijken waarbij wordt nagelaten reclamefoto’s en -beelden van het menselijk lichaam die bijgewerkt zijn door middel van beeldbewerkingssoftware te voorzien van de waarschuwing ‘digitaal gemanipuleerd om het beeld van het menselijk lichaam te veranderen’”. De toelichting bij het wetsvoorstel doet ervan blijken dat de indiener “het aansporen tot anorexia door middel van het verspreiden van digitaal bijgewerkte foto’s [wil] bestrijden”. Daartoe wordt een artikel VI.100/1 ingevoegd in het Wetboek van economisch recht.¹ In het voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, van het wetboek worden de voornoemde handelspraktijken omschreven, terwijl in het voorgestelde artikel VI.100/1, § 2, van het wetboek de wijze wordt bepaald waarop de betrokken waarschuwing wordt aangebracht.

2. De amendementen die het voorwerp uitmaken van adviesaanvraag 57.768/1/V strekken ertoe om een aantal wijzigingen aan te brengen in het voorgestelde artikel VI.100/1 van het Wetboek van economisch recht, zoals omschreven *sub* 1.

Amendement nr. 1 strekt tot het preciseren van de titel van het Wetboek van economisch recht waar de voorgestelde bepaling wordt ingevoegd. Met amendement nr. 2 wordt beoogd om in het voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, van het Wetboek van economisch recht uitdrukkelijk melding te maken van de ermee nagestreefde doelstelling inzake de bescherming van de volksgezondheid. Amendement nr. 3 strekt ertoe om in de tekst van het voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, van het Wetboek van economisch recht te preciseren dat de bepaling enkel van toepassing is op foto’s die bewerkt zijn om de persoon slanker te doen lijken. Amendement nr. 4 beoogt artikel XV.83, eerste lid, 13°, van het voornoemde wetboek te wijzigen teneinde een sanctie van niveau 2 in te voeren voor een overtreding van het voorgestelde artikel VI.100/1 van het wetboek. Amendement nr. 5 strekt ertoe in het Wetboek van economisch recht een artikel XIV.67/1 in te voegen met dezelfde inhoud als het voorgestelde artikel VI.100/1 en dat van toepassing is op beoefenaars van een vrij beroep. Door middel van een wijziging van artikel XV.124, eerste lid, 7°, van het Wetboek van economisch recht wordt in amendement nr. 6 eveneens in een sanctie van niveau 2 voorzien voor een overtreding van het voorgestelde artikel XIV.67/1 van dat wetboek.

OPMERKINGEN

3. Overeenkomstig het voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, van het Wetboek van economisch recht en de erop betrekking hebbende amendementen maken handelspraktijken waarbij wordt nagelaten om reclamefoto’s en -beelden van het menselijk lichaam die bijgewerkt zijn door middel van beeldbewerkingssoftware te voorzien van de waarschuwing ‘digitaal gemanipuleerd om het beeld van het menselijk lichaam te veranderen’ “onder alle omstandigheden misleidende handelspraktijken” uit.

¹ Het voorgestelde artikel wordt ingevoegd in boek VI van het Wetboek van economisch recht, “Marktpraktijken en consumentenbescherming”.

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken² bevat een bijlage I (“Handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd”) met daarin een opsomming van 23 misleidende handelspraktijken.³ Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie valt af te leiden dat de internrechtelijke wetgever geen handelspraktijken mag verbieden die niet voorkomen op de lijst van verboden handelspraktijken die in bijlage bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is gevoegd en dat hij evenmin strenger mag zijn dan wat blijkens de voornoemde lijst verboden wordt, wat de wel op die lijst voorkomende handelspraktijken betreft.⁴

Hieruit volgt dat bij het voorgestelde artikel VI.100/1 van het Wetboek van economisch recht en de erop betrekking hebbende amendementen geen nieuwe handelspraktijk kan worden toegevoegd aan de lijst van misleidende handelspraktijken die in bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is opgenomen. Door het niet aanbrengen van de waarschuwing, bedoeld in het voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, als een misleidende handelspraktijk te beschouwen, zou de wetgever in strijd handelen met de voornoemde richtlijn. Om die reden alleen al kan de voorgestelde regeling geen doorgang vinden.

4. Laat de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken het niet toe dat op het internrechtelijke vlak misleidende handelspraktijken worden toegevoegd aan de desbetreffende lijst die in bijlage I bij de richtlijn is gevoegd, dan valt daarentegen niet uit te sluiten dat nationale regels worden vastgelegd die er bijvoorbeeld toe strekken de gezondheid van de consumenten te waarborgen⁵ zonder dat de niet-naleving van de betrokken regels wordt geconcipieerd als een misleidende handelspraktijk waarin niet wordt voorzien in de meermaals genoemde lijst in bijlage I van de richtlijn.

De strekking van amendement nr. 2 (ontwerp 57.768/1/V) bestaat er overigens precies in om in het voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, van het Wetboek van economisch recht te verwijzen naar de “bescherming van de volksgezondheid” als na te streven doeleinde. Nog afgezien van de vaststelling dat er in het aldus geamendeerde wetsvoorstel nog steeds wordt

² 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’. Deze richtlijn strekt ertoe een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de regels inzake oneerlijke handelspraktijken volledig te harmoniseren (zie o.m. HvJ 16 april 2015, C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, punt 32, met diverse verwijzingen naar de rechtspraak van het Hof). De betrokken richtlijn wordt gekenmerkt door een ruime materiële werkingssfeer en een brede uitlegging van het begrip “handelspraktijken” (zie HvJ, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, voornoemd, punt 34).

³ Het betreft de onder nummers 1 tot 23 opgesomde handelspraktijken; onder de nummers 24 tot 31 van de betrokken lijst worden “agressieve handelspraktijken” opgesomd.

⁴ Zie HvJ 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07, *VTB-VAB v. Total Belgium NV en Galatea BVBA v. Sanoma Magazines Belgium NV*.

⁵ In overweging 9 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt in dat verband onder meer het volgende vermeld: “Deze Richtlijn doet evenmin afbreuk aan de communautaire en nationale regels inzake verbintenissenrecht, intellectuele eigendomsrechten, gezondheids- en veiligheidsaspecten van producten, (...). De lidstaten behouden derhalve de mogelijkheid beperkingen en verbodsbepalingen inzake handelspraktijken te handhaven om redenen van bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de consumenten op hun grondgebied, bijvoorbeeld met betrekking tot alcohol, tabak of farmaceutische producten, zulks ongeacht de plaats waar de handelaar is gevestigd.”

uitgegaan van een omschrijving van een misleidende handelspraktijk die niet is vermeld in bijlage I bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, rijzen nog andere, even fundamentele bezwaren tegen de voorgestelde regeling, zoals blijkt uit wat volgt.

5. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat het verband dat bestaat tussen de verplichting om de consument te waarschuwen voor digitaal gemanipuleerde reclamefoto's en -beelden en de bescherming van de volksgezondheid hoogstens onrechtstreeks mag worden genoemd en geenszins te vergelijken valt met het meer directe verband dat bijvoorbeeld bestaat tussen de gezondheid van de consument en de waarschuwende boodschappen op verpakkingen van tabaksproducten.

Dat het verband tussen de voorgestelde regeling en de bescherming van de gezondheid van de consument voldoende direct moet zijn, dient niet enkel te worden beschouwd in het licht van hetgeen de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken op dat vlak tot de bevoegdheid van de nationale regelgever rekent,⁶ maar heeft ook belang voor de waarborgen inzake vrije meningsuiting die ook gelden voor het verspreiden van reclamefoto's en -beelden.⁷ Zo is niet duidelijk op welke wijze de voorgestelde regeling zou kunnen worden beschouwd als een maatregel die in die mate strekt tot bescherming van de gezondheid dat ermee het in artikel 10, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM) ingeschreven recht op vrijheid van meningsuiting zou kunnen worden ingeperkt.⁸ Evenmin ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, hoe de voorgestelde regeling valt in te passen in één van de andere beperkingsgronden waarin artikel 10, lid 2, EVRM, voorziet, benevens die inzake de bescherming van de gezondheid.⁹

6. In de toelichting bij het wetsvoorstel dat het voorwerp uitmaakt van de adviesaanvraag 57.767/1/V wordt in verband met het begrip “handelspraktijken”, vermeld in het

⁶ Zie de reeds vermelde overweging 9 van de richtlijn.

⁷ Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) er in zijn rechtspraak op gewezen dat artikel 10 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, betreffende de vrijheid van meningsuiting, niet enkel de inhoud van informatie of van bepaalde meningen of denkbeelden beschermt, maar ook de vorm waarin deze zijn uitgedrukt (zie bv. EHRM 23 mei 1991, *Oberschlick v. Oostenrijk*, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 204, § 57; EHRM 11 januari 2000, *News Verlags GmbH & CoKG v. Oostenrijk*, *Recueil/Reports*, 2000, § 39) en dat geen enkel medium via hetwelk informatie en denkbeelden kunnen worden doorgegeven, uitgesloten is van de bescherming krachtens artikel 10 van dat verdrag (EHRM 22 mei 1990, *Autronic AG v. Zwitserland*, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 178, § 47; zie bv. ook EHRM 10 juli 2003, *Murphy v. Ierland*, *Recueil/Reports*, 2003, § 61). Hiertoe behoren ook commerciële informatie of advertenties (EHRM 20 november 1989, *markt intern Verlag GmbH en Klaus Beermann v. Duitsland*, *Publ. Hof*, serie A, Vol. 165, § 26; zie ook EHRM, 23 september 1998, *Lehideux en Isorni v. Frankrijk*, *Recueil/Reports* 1998, §§ 10-11).

⁸ In artikel 10, lid 2, EVRM, wordt bepaald dat het in lid 1 vermelde recht op vrijheid van meningsuiting kan worden onderworpen “aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen”.

⁹ Wat dat betreft kan weliswaar worden opgemerkt dat inzake commerciële vormen van meningsuiting (“*commercial speech*”) de beperkingsgronden in artikel 10, lid 2, EVRM, in beginsel soepeler worden beoordeeld dan het geval is voor informatie of denkbeelden die meer uitgesproken verband houden met een maatschappelijk onderwerp (zie o.a. EHRM 5 november 2002, *Demuth v. Zwitserland*, *Recueil/Reports* 2002, § 42).

voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, van het Wetboek van economisch recht, het volgende verduidelijkt:

“Met handelspraktijken bedoelt de indiener reclame waarin gebruik wordt gemaakt van foto's of beelden van het lichaam die zijn bijgewerkt door middel van een beeldbewerkingsprogramma. Het begrip foto's of beelden van het lichaam is ruim; het gaat zowel om foto's die in de geschreven pers of in een catalogoog worden verspreid, als op de verpakking van een product of op een reclame-affiche, of nog op een website staan.”

De aangehaalde verduidelijking ten spijt moet worden opgemerkt dat reclamefoto's en -beelden uiteraard niet de enige wijze van beeldvorming uitmaken die zou kunnen aansporen tot anorexia. De vraag kan worden opgeworpen waarom niet tevens andere audiovisuele middelen, met betrekking tot welke digitale beeldbewerking eveneens mogelijk is, worden beoogd. Op basis van de tekst van het voorgestelde artikel VI.100/1, § 1, van het Wetboek van economisch recht, zouden bijvoorbeeld reclametekeningen zijn uitgesloten van de toepassing ervan, alhoewel deze eveneens een effect kunnen hebben op de problematiek die aan de basis van het wetsvoorstel ligt. Foto's die op de cover van een tijdschrift worden weergegeven zonder dat ermee reclaimedoeleinden worden nagestreefd, zijn eveneens voor digitale beeldbewerking vatbaar, maar vallen evenmin onder de toepassing van de voorgestelde regeling. De digitale bewerking van videobeelden voor reclamespots is ook mogelijk. Er rijzen dan ook ernstige vragen bij de omschrijving van het toepassingsgebied van de voorgestelde regeling en – daarmee samenhangend – bij de overeenstemming ervan met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

7. Het is evenzeer de vraag of de voorgestelde regeling niet neerkomt op een disproportionele inperking van het vrij verkeer van goederen zoals dat geldt in de Europese Unie. In welke mate geldt immers de waarschuwingsplicht ook voor bijvoorbeeld reclamefoto's en -beelden in buitenlandse tijdschriften die in België worden verkocht?

8. Overtreding van de voorgestelde artikelen VI.100/1 en XIV.67/1 van het Wetboek van economisch recht kan leiden tot het opleggen van een sanctie van niveau 2 (zie respectievelijk de amendementen nrs. 4 en 6). Het is derhalve van groot belang dat de sanctioneerbare overtreding met een voldoende nauwkeurigheid kan worden vastgesteld. In het geamendeerde wetsvoorstel wordt beeldbewerkingssoftware of enige andere beeldbewerkingstechniek geïnviseerd “zodat de afgebeelde persoon op de foto slanker lijkt dan vóór de bewerking”. Hierdoor ontstaat onduidelijkheid en zelfs rechtsonzekerheid over de bewerkingen die zonder meer zijn toegelaten en de bewerkingen die een waarschuwing vereisen.

Deze opmerking klemmt des te meer in het licht van de vrijheid van meningsuiting, nu het vereiste dat beperkingen van die vrijheid overeenkomstig artikel 10, lid 2, EVRM “bij wet” moeten worden “voorzien”, hetgeen inhoudt dat die beperkingen voldoende precies moeten zijn geformuleerd opdat de gevolgen redelijkerwijze voorzienbaar zijn. Wanneer, zoals in dit geval, sancties worden gehanteerd die voldoende zwaar zijn om als strafsancities te kunnen

worden beschouwd, is de wetgever des te meer verplicht om een voldoende precisie aan de dag te leggen.¹⁰ Ook op dit punt schiet de voorgestelde regeling tekort.

9. Uit wat voorafgaat volgt dat de regeling die is vervat in het om advies voorgelegde wetsvoorstel en de erop betrekking hebbende amendementen op ernstige juridische bezwaren stuit en dat bovendien vragen rijzen met betrekking tot de doelmatigheid ervan. De voornoemde bezwaren en vragen zijn dermate ernstig dat de voorgestelde regeling in haar huidige vorm geen doorgang kan vinden. Indien de indiener het nodig zou achten dat de desbetreffende problematiek alsnog wordt geregeld,¹¹ zullen de voorgestelde bepalingen grondig moeten worden herwerkt en zal in voorkomend geval in de toelichting het best worden verduidelijkt op welke wijze de aldus herwerkte regeling zich verhoudt tot andere fundamentele regels en beginselen, zoals onder meer het recht op vrije meningsuiting.

Om die reden ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, af van een verder onderzoek van het om advies voorgelegde wetsvoorstel en de erop betrekking hebbende amendementen.

*

¹⁰ Zie bv. EHRM 18 juli 2006, *Štefanec t. Tsjechische Republiek*, §§ 44-50.

¹¹ Men zou bijvoorbeeld van mening kunnen zijn dat, om het voornemen van de auteur van het wetsvoorstel te verwezenlijken, zou kunnen worden volstaan met het uitwerken van een aantal afspraken met de reclamesector in een gedragscode.

PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI ET DES AMENDEMENTS

1. La proposition de loi soumise pour avis (57.767/1/V) a pour objet de définir comme pratiques commerciales trompeuses « les pratiques commerciales où il est omis d'inscrire la mention 'photographie retouchée afin de modifier l'apparence corporelle des personnes représentées' dans une publicité utilisant une photographie ou une image corporelle modifiée par un logiciel de traitement d'images ». Selon les développements de la proposition de loi, l'auteur « veut (...) combattre l'incitation à l'anorexie au travers de la diffusion d'images corporelles retouchées ». Un article VI.100/1 est inséré à cette fin dans le Code de droit économique¹. L'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé du Code définit les pratiques commerciales précitées, alors que l'article VI.100/1, § 2, proposé du Code règle les modalités d'indication de l'inscription en question.

2. Les amendements qui font l'objet de la demande d'avis 57.768/1/V visent à apporter un certain nombre de modifications à l'article VI.100/1 proposé du Code de droit économique, défini au point 1.

L'amendement n° 1 entend préciser le titre du Code de droit économique dans lequel est insérée la disposition proposée. L'amendement n° 2 vise à mentionner expressément, dans l'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé du Code de droit économique, l'objectif qu'il poursuit en matière de protection de la santé publique. Le but de l'amendement n° 3 est de préciser, dans le texte de l'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé du Code de droit économique, que la disposition est uniquement applicable aux photos retouchées afin que la personne y apparaisse plus mince. L'amendement n° 4 entend modifier l'article XV.83, alinéa 1^{er}, 13°, du Code précité afin d'instaurer une sanction de niveau 2 pour une infraction à l'article VI.100/1 proposé du Code. L'amendement n° 5 tend à insérer dans le Code de droit économique un article XIV.67/1 ayant la même teneur que l'article VI.100/1 proposé et qui est applicable aux professions libérales. En modifiant l'article XV.124, alinéa 1^{er}, 7°, du Code de droit économique, l'amendement n° 6 prévoit également une sanction de niveau 2 pour une infraction à l'article XIV.67/1 proposé de ce Code.

OBSERVATIONS

3. Conformément à l'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé du Code de droit économique et aux amendements y relatifs, les pratiques commerciales où il est omis d'inscrire la mention « photographie retouchée afin de modifier l'apparence corporelle des personnes représentées » dans une publicité utilisant une photographie ou une image corporelle modifiée par un logiciel de traitement d'images, sont « des pratiques commerciales trompeuses, en toutes circonstances ».

La directive sur les pratiques commerciales déloyales² comporte une annexe I (« Pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances ») énumérant 23 pratiques

¹ L'article proposé est inséré dans le livre VI du Code de droit économique, « Pratiques du marché et protection du consommateur ».

² 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

commerciales trompeuses³. Il se déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que le législateur de droit interne ne peut pas interdire des pratiques commerciales qui ne figurent pas sur la liste des pratiques commerciales interdites annexée à la directive sur les pratiques commerciales déloyales et qu'il ne peut pas non plus adopter des mesures plus restrictives que les interdictions découlant de la liste précitée, en ce qui concerne les pratiques commerciales qui y sont bel et bien mentionnées⁴.

Il en résulte que l'article VI.100/1 proposé du Code de droit économique et les amendements y afférents ne peuvent pas ajouter de nouvelles pratiques commerciales à la liste des pratiques commerciales trompeuses figurant à l'annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. En considérant l'omission de l'inscription visée à l'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé comme une pratique commerciale trompeuse, le législateur méconnaîtrait la directive précitée. Le dispositif proposé ne peut se concrétiser, fût-ce déjà pour ce seul motif.

4. Si la directive sur les pratiques commerciales déloyales ne permet pas, du point de vue du droit interne, d'ajouter des pratiques commerciales trompeuses à la liste en question reproduite dans l'annexe I de la directive, on ne peut par contre exclure que soient adoptées des règles nationales visant, par exemple, à protéger la santé des consommateurs⁵ sans que le non-respect des règles concernées soit compris comme une pratique commerciale trompeuse non prévue dans la liste, précitée, figurant à l'annexe I de la directive.

Au demeurant, l'amendement n° 2 (projet 57.768/1/V) vise précisément à ce que l'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé du Code de droit économique comporte la mention « protéger la santé publique » comme objectif à atteindre. Abstraction faite de la constatation que la proposition de loi ainsi amendée se fonde encore sur une définition d'une pratique commerciale trompeuse qui n'est pas mentionnée dans l'annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, le dispositif proposé soulève également d'autres objections tout aussi fondamentales, ainsi qu'il ressort des considérations qui suivent.

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'. Cette directive vise à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en procédant à une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales (voir entre autres C.J.U.E. 16 avril 2015, C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, point 32, et diverses références à la jurisprudence de la Cour). La directive en question se distingue par un champ d'application matériel particulièrement étendu et une conception très large de la notion de « pratique commerciale » (voir C.J.U.E., *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, précité, point 34).

³ Il s'agit des pratiques commerciales énumérées aux points 1 à 23; les points 24 à 31 de cette liste énumèrent les « pratiques commerciales agressives ».

⁴ Voir C.J.U.E. 23 avril 2009, C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB c. Total Belgium NV et Galatea BVBA c. Sanoma Magazines Belgium NV*.

⁵ À cet égard, le considérant 9 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales précise notamment ce qui suit : « [La présente directive] s'applique également sans préjudice des règles communautaires et nationales relatives au droit des contrats, aux droits de propriété intellectuelle, aux questions de santé et de sécurité liées aux produits (...). Les États membres pourront ainsi maintenir ou instaurer sur leur territoire des mesures de restriction ou d'interdiction de pratiques commerciales pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, quel que soit le lieu d'établissement du professionnel, par exemple pour ce qui concerne l'alcool, le tabac ou les produits pharmaceutiques ».

5. Il convient tout d'abord de constater que le lien existant entre l'obligation de prévenir le consommateur que des photographies ou images publicitaires ont été retouchées et la protection de la santé publique peut tout au plus être qualifié d'indirect et ne peut en aucun cas être comparé avec le lien plus direct existant par exemple entre la santé du consommateur et les messages d'avertissement figurant sur les emballages de produits du tabac.

La nécessité d'un lien suffisamment direct entre le dispositif proposé et la protection de la santé du consommateur ne doit pas uniquement être considérée à la lumière de ce que la directive relative aux pratiques commerciales déloyales attribue sur ce point à la compétence du législateur national⁶, elle est aussi importante pour les garanties en matière de liberté d'expression qui s'appliquent également à la diffusion de photographies et d'images publicitaires⁷. C'est ainsi qu'il n'apparaît pas clairement comment le régime proposé pourrait être considéré comme une mesure qui vise à protéger la santé à tel point que le droit à la liberté d'expression, inscrit à l'article 10, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) pourrait s'en trouver limité⁸. Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas non plus comment le régime proposé pourrait s'inscrire dans l'un des autres motifs de restrictions prévus par l'article 10, paragraphe 2, CEDH, outre celui de la protection de la santé⁹.

6. Les développements de la proposition de loi qui fait l'objet de la demande d'avis 57.767/1/V précisent à propos de la notion de « pratiques commerciales », visée à l'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé du Code de droit économique, ce qui suit :

« Par pratiques commerciales, l'auteur vise les publicités utilisant des photographies ou des images corporelles retouchées au moyen d'un logiciel de traitement d'images. Le champ des photographies ou des images corporelles visées est large, il s'agit aussi bien de photographies diffusées dans la presse écrite ou dans un catalogue, que sur l'emballage d'un produit ou une affiche publicitaire, ou encore via un site Internet ».

⁶ Voir l'observation 9 précitée de la directive.

⁷ Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H.) a souligné dans sa jurisprudence que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à la liberté d'expression, protège non seulement la substance des informations ou de certaines idées, mais aussi leur mode de diffusion (voir par exemple Cour eur. D.H., 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, Publ. Cour, série A, vol. 204, § 57 ; Cour eur. D.H., 11 janvier 2000, *News Verlags GmbH & CoKG c. Autriche*, Recueil/Reports, 2000, § 39) et qu'aucun mode de diffusion des informations ou des idées n'est exclu de la protection en vertu de l'article 10 de cette convention (Cour eur. D.H., 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, Publ. Cour, série A, vol. 178, § 47; voir par exemple aussi Cour eur. D.H., 10 juillet 2003, *Murphy c. Irlande*, Recueil/Reports, 2003, § 61). Sont également concernées les informations ou publicités de caractère commercial (Cour eur. D.H., 20 novembre 1989, *markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, Publ. Cour, série A, vol. 165, § 26; voir aussi Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, Recueil/Reports 1998, §§ 10-11).

⁸ L'article 10, paragraphe 2, CEDH dispose que le droit à la liberté d'expression mentionné au paragraphe 1 peut être soumis « à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

⁹ Certes, sur ce point, on peut observer qu'en ce qui concerne le discours commercial (« commercial speech »), les motifs de restrictions prévus à l'article 10, paragraphe 2, CEDH, sont en principe jugés de manière plus souple que pour les informations ou idées qui ont un lien plus marqué avec un sujet de société (voir entre autres Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Demuth c. Suisse*, Recueil/Reports 2002, § 42).

Nonobstant cette précision, il est à noter que les photographies et images publicitaires ne constituent évidemment pas la seule forme d'images qui pourraient inciter à l'anorexie. La question peut se poser de savoir pourquoi d'autres médias audiovisuels pour lesquels le traitement numérique des images est également possible ne sont pas aussi visés. Sur la base du texte de l'article VI.100/1, § 1^{er}, proposé du Code de droit économique, les dessins publicitaires seraient par exemple exclus de son application, bien que ceux-ci puissent aussi avoir un effet sur la problématique qui est à l'origine de la proposition de loi. Les photographies figurant en couverture d'un magazine, qui ne poursuivent pas d'objectif publicitaire, sont également susceptibles de faire l'objet d'un traitement numérique de l'image, mais ne tombent pas non plus sous l'application du régime proposé. Le traitement numérique d'images vidéo pour des spots publicitaires est également possible. La définition du champ d'application du régime proposé et, corrélativement, sa conformité avec le principe constitutionnel d'égalité soulèvent dès lors de sérieuses questions.

7. On peut également se demander si le régime proposé ne revient pas à restreindre de manière disproportionnée la libre circulation des biens telle qu'elle s'applique dans l'Union européenne. En effet, dans quelle mesure l'obligation d'inscription vaut-elle aussi par exemple pour les photographies et images publicitaires dans les magazines étrangers vendus en Belgique ?

8. L'infraction aux articles VI.100/1 et XIV.67/1 proposés du Code de droit économique peut donner lieu à une sanction de niveau 2 (voir respectivement les amendements n^{os} 4 et 6). Par conséquent, il est essentiel de pouvoir constater l'infraction à sanctionner avec suffisamment de précision. La proposition de loi amendée vise le logiciel de traitement d'images ou toute autre technique de retouche photographique « afin que la personne représentée y apparaisse plus mince qu'avant la retouche ». Une certaine confusion, voire une insécurité juridique, est ainsi créée quant aux traitements qui sont purement et simplement autorisés et ceux qui nécessitent une inscription.

Cette observation s'impose d'autant plus à la lumière de la liberté d'expression, puisqu'il est exigé que les restrictions de cette liberté soient « prévues par la loi » conformément à l'article 10, paragraphe 2, CEDH, ce qui implique que ces restrictions doivent être formulées de manière suffisamment précise afin que les conséquences puissent être raisonnablement prévisibles. Lorsque, comme en l'espèce, les sanctions retenues sont suffisamment lourdes pour pouvoir être considérées comme des sanctions pénales, le législateur est d'autant plus contraint de faire preuve d'une précision suffisante¹⁰. Sur ce point également, le régime proposé présente des lacunes.

9. Il résulte de ce qui précède que le régime contenu dans la proposition de loi soumise pour avis et les amendements y relatifs se heurtent à de sérieuses objections juridiques et que leur efficacité soulève en outre des questions. Ces objections et questions sont à ce point sérieuses que le régime proposé ne peut se concrétiser dans sa forme actuelle. Si l'auteur du projet estime malgré tout qu'il est nécessaire de régler la problématique en question¹¹, les

¹⁰ Voir par exemple Cour eur. D.H., 18 juillet 2006, *Štefanec c. République tchèque*, §§ 44-50.

¹¹ L'on pourrait par exemple estimer que, pour concrétiser la volonté de l'auteur de la proposition de loi, il pourrait suffire de mettre en œuvre un certain nombre d'accords avec le secteur publicitaire dans un code de conduite.

dispositions proposées devront être fondamentalement remaniées et, le cas échéant, on précisera de préférence dans les développements comment le régime ainsi remanié s'articule avec les autres règles et principes fondamentaux, tel notamment le droit à la liberté d'expression.

Par conséquent, le Conseil d'État, section de législation, renonce à poursuivre l'examen de la proposition de loi soumise pour avis et de ses amendements.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME