

CCE 2024-0820

21 mars

2024

AVIS

Shrinkflation



Blijde Inkomstlaan 17-21 1040 Brussel
Avenue de la Joyeuse Entrée 17-21 1040 Bruxelles
T 02 233 88 11
E mail@ccecrb.fgov.be
www.ccecrb.fgov.be

Saisine

Par lettre du 19 janvier 2024, la Commission consultative spéciale « Distribution » (ci-après « CCS Distribution ») a réceptionné une demande d'avis de la part du ministre de l'Économie, P.-Y. Dermagne, et de la Secrétaire à la Protection des consommateurs, A. Bertrand, sur un projet d'arrêté de la République française relatif à l'information des consommateurs sur le prix des produits dont la quantité a diminué, exprimée en ces termes :

« Ce projet d'arrêté français vise à encadrer la pratique dite de « Shrinkflation ». Nous serions particulièrement intéressés d'obtenir votre avis sur le champ d'application du projet et sur la méthodologie utilisée. A votre sens, l'obligation d'information supplémentaire doit-elle être imputée aux distributeurs ou aux fournisseurs et est-elle de nature à mieux informer les consommateurs ?

Nous vous serions très reconnaissants de nous faire parvenir votre avis pour le 15 mars au plus tard. »

Bien que cette demande d'avis ne leur soit pas directement adressée, les Commissions consultatives spéciales « Alimentation » (ci-après « CCS Alimentation ») et « Consommation » (ci-après « CCS Consommation ») ont demandé d'être impliquées pour procéder à la rédaction d'un avis commun. Au sein de la CCS Consommation, c'est la sous-commission « Pratiques du commerce » qui a été chargée de participer à la rédaction de l'avis.

Une réunion s'est tenue le 7 février 2024 au cours de laquelle un éclairage a été apporté par M. van der Gracht (Cabinet Dermagne), assisté par Mme Michel (cabinet Bertrand).

Ont participé aux travaux : Mmes Boval (UCM), Dembour (Fevia), Frère (Testachats), Gama (Comeos), Meyers (Becom) et Van Overbeke (AB-REOC) et MM. Denoiseux (FEB), Huysmans (Test-Achats), Roland (FGTB), Socquet (Unizo) et Vermeulen (Belgapom).

Les CCS ont également pu compter sur la collaboration experte de Mme Tran et M. Restiaux (SPF Economie).

Les CCS tiennent à remercier le Prof. G. Straetmans (**UAntwerpen**) pour sa note consultative sur le droit européen.

Le projet d'avis a été approuvé le 15 mars 2024 via une procédure écrite par les CCS « Distribution » et « Alimentation », et par l'assemblée plénière de la CCS « Consommation », présidée par R. Steennot, également via une procédure écrite le 21 mars 2024.

Introduction

L'inflation est une question qui préoccupe depuis toujours, dans le contexte de différentes politiques économiques (monétaires, consommation, pouvoir d'achat, ...). Depuis le deuxième trimestre de 2021, avant l'invasion russe en Ukraine, l'inflation est revenue rapidement à l'avant-plan des politiques économiques (dépassant largement l'objectif de deux pourcents de la BCE). Des niveaux inédits depuis les années septante ont été atteints, notamment dans la zone euro fin 2022 (pic en Belgique de l'inflation IPCH en Belgique de plus de 12% en octobre 2022). Dans le [rapport Emploi-Compétitivité du CCE du 30 octobre 2023](#) une analyse approfondie des causes et conséquences de l'inflation peut être consultée.

Dans ce contexte mondial de fortes hausses des coûts de production, le phénomène appelé « **shrinkflation** » (parfois traduit en français par le terme « réduflation ») est apparu de manière plus visible. La shrinkflation est identifiée comme une pratique commerciale réalisée par les industriels et/ou les distributeurs (pour leurs propres marques) qui consiste à conserver le prix d'un produit donné tout en réduisant sa quantité dans l'emballage ; ce qui revient dans les faits à une augmentation de prix par unité (p.ex. au litre ou au kg). Cette pratique commerciale est généralement adoptée par ces acteurs pour faire face à une forte augmentation des coûts de production (suite aux fortes hausses des prix des matières premières, coûts salariaux et prix énergétiques) et préserver leurs marges sans grever le prix du client final. Elle pourrait néanmoins poser problème dans la mesure où elle ne serait pas toujours facilement détectable par les consommateurs, si ceux-ci ne vérifient pas, lors de chaque achat, le prix à l'unité.

Le gouvernement français a en tout cas décidé d'intervenir en planchant sur un projet d'arrêté, dont l'objectif n'est pas d'interdire la pratique commerciale de shrinkflation mais de la rendre, quand une firme l'applique, transparente pour le consommateur, qui doit en être informé avant d'acheter. C'est ce projet d'arrêté qui est soumis tel quel pour avis aux CCS par le ministre Dermagne et la Secrétaire d'Etat Bertrand dans l'optique de le reproduire en Belgique.

Dans son état actuel, ce projet d'arrêté introduit, en sus des informations légalement déjà obligatoires sur les prix, une nouvelle **obligation spécifique d'information des consommateurs** en cas de pratique dite de shrinkflation sur un produit donné, encadrée comme suit :

- sous peine d'une amende administrative pouvant aller jusqu'à 15.000 euros, les distributeurs devront mentionner directement sur l'emballage des produits ou sur une étiquette attachée ou placée à proximité desdits produits : (1) la diminution de la quantité vendue et (2) l'évolution à la hausse du prix du produit ramené à l'unité de mesure. De plus, ces deux éléments d'information doivent être communiqués au consommateur via une phrase-type à utiliser obligatoirement par les distributeurs : « Pour ce produit, la quantité vendue est passée de X à Y et son prix au ... (préciser l'unité de mesure concernée) a augmenté de ...% ou ...€ ». Cette phrase devra être inscrite « de façon visible et lisible » ;
- tous les distributeurs ne sont pas chargés de mettre en œuvre cette obligation spécifique d'information des consommateurs néanmoins. **Seuls ceux opérant dans le secteur de la distribution à prédominance alimentaire** et qui exploitent un magasin dont la surface de vente est supérieure à 400 m² le sont. Les magasins de proximité et les ventes par internet ne sont donc pas visés ;
- tous les produits ne sont pas ciblés par cette obligation spécifique d'information des consommateurs. Seuls le sont les produits de grande consommation préemballés à quantité (poids, volume) constante qui ont subi une modification de poids ou de volume à la baisse. Ne sont donc pas concernées les denrées alimentaires préemballées à quantité variable et les denrées alimentaires non préemballées (vrac) ; et enfin
- cette obligation spécifique d'information des consommateurs doit être mise en œuvre par les distributeurs pendant une période de 3 mois qui court à compter de la date de la mise en vente du produit dans sa quantité réduite.

Le projet d'arrêté a été notifié fin décembre 2023 par le gouvernement français à la Commission européenne (dans le cadre de la procédure TRIS) pour vérification de sa conformité avec une directive européenne de 2015 concernant la transparence des règles techniques nationales. La réponse de cette dernière délivrable jusqu'au 28 mars 2024 au plus tard n'est pas encore connue. En l'absence de commentaire de la part de la Commission européenne sur le projet d'arrêté notifié, sa publication au journal officiel de la République française pourra avoir lieu à la fin du mois de mars 2024.

Avis

1 Considérations générales

1ère considération

Certes, les « CCS « Distribution », « Alimentation » et « Consommation » (ci-après dénommées « les CCS »), sont toujours demandeuses d'être consultées fort en amont du processus législatif. Cependant, dans le cas d'espèce, elles regrettent la méthode de travail qui leur est imposée. Outre le fait qu'aucun projet de texte « belge » ne leur est soumis, une telle méthode de travail les prive notamment de toute une série de données et informations nécessaires à la bonne compréhension du projet de texte (ou des intentions du législateur) et, in fine, à son évaluation. Ainsi, aucune donnée chiffrée et objective concernant l'existence et l'ampleur du phénomène de « shrinkflation » n'ont été fournies officiellement par les autorités publiques¹. Cela peut notamment s'expliquer, en raison du caractère difficilement détectable de cette pratique commerciale mais aussi par le fait qu'il est compliqué de signaler une pratique qui n'est pas interdite (et pour laquelle il n'y a par exemple pas de catégorie spécifique sur le site du point de contact des consommateurs). Il est néanmoins en ce moment difficile d'évaluer si une intervention législative en la matière en Belgique serait opportune. Le SPF Economie conclut pour sa part dans sa note (point 4 de la page 3) que : « Au vu de l'absence de plaintes auprès de l'Inspection économique concernant la shrinkflation et du fait qu'elle n'est pas interdite tant que la véritable quantité nette du produit est indiquée de manière claire et correcte sur l'emballage, il ne semble pas nécessaire d'imposer aux entreprises l'obligation d'informer les consommateurs qu'elles pratiquent une shrinkflation. »

Par ailleurs (une fois encore) aucune analyse d'impact n'a été fournie avec la demande d'avis. Enfin, la méthode de travail suivie qui consiste à s'inspirer d'un projet de réglementation française a pour conséquence que les CCS ne disposent même pas d'un exposé des motifs. Tout ceci a pour conséquence que les CCS ne seront pas en

¹ On peut toutefois à l'heure actuelle déjà se référer à : (1) une enquête réalisée par l'institut de sondage IPSOS ([IPSOS GLOBAL INFLATION MONITOR - A 33-country Ipsos Global Advisor survey, novembre 2023](#)). Cette dernière montre qu'au travers des 33 pays étudiés, près de la moitié (46 %) des consommateurs déclarent avoir remarqué que la taille des produits diminuait alors que leur prix restait inchangé et que c'est en Europe que l'on constate le plus de "shrinkflation" [...]. En outre, 48 % en moyenne au niveau mondial juge inacceptable la pratique de la "shrinkflation" ; (2) un [rapport](#) de l'ONG « Foodwatch » et (3) deux propositions de loi (belges) d'octobre 2023 (Doc 55. [3612](#) et [3610](#)).

mesure de formuler un avis éclairé sur le phénomène de la shrinkflation que le législateur a apparemment l'intention de réglementer et qu'elles se limiteront, dans le cadre du présent avis, à formuler une série de réflexions/questions.

2^{ème} considération

Les CCS font remarquer que la pratique commerciale de shrinkflation doit ici être bien définie comme :

le maintien du prix de vente d'un produit tout en diminuant sa quantité sans qu'aucun autre paramètre ne soit modifié (ingrédient,...) ; ce qui conduit logiquement à une augmentation du prix par quantité (p.ex. prix au kilo ou au litre).

3^{ème} considération

Les CCS rappellent que la qualité et l'exactitude de l'information aux consommateurs est un facteur-clé d'un développement harmonieux de la consommation et, partant, de l'économie. Elles sont bien conscientes qu'il est primordial que les consommateurs puissent opérer en toute connaissance de cause leurs décisions d'achat. Toutefois, comme l'indique la note consultative du Prof. Straetmans annexée à l'avis, il est tout aussi nécessaire et important de garder à l'esprit que de telles réponses doivent toujours rester adaptées pour atteindre l'objectif poursuivi (la protection des consommateurs) et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (choix de la mesure la moins intrusive). Dans ce contexte, les CCS font également référence aux principes soulignés dans leur avis du CCE du 22 janvier 2020 concernant une bonne réglementation².

4^{ème} considération

Les CCS tiennent à signaler que deux propositions de loi concernant la shrinkflation ont été déposées à la Chambre en octobre 2023.³

Les CCS souhaitent pouvoir se prononcer à leur sujet si ces propositions devaient être poursuivies.

²<https://www.ccecrb.fgov.be/p/fr/717/les-partenaires-sociaux-plaident-en-faveur-d-une-meilleure-reglementation>.

³ Doc 55.3612 et 3610

2 Réflexions/questions

2.1 Sur la difficulté à sanctionner par le droit la pratique dite de la shrinkflation

Les CCS comprennent à la lecture de l'analyse réalisée par le SPF Economie et de la note du Prof. Straetmans que la pratique commerciale de shrinkflation n'est pas interdite tant que la véritable quantité nette du produit est bien indiquée de manière claire et compréhensible sur l'emballage. Autrement dit, la pratique de shrinkflation est légale à condition que l'information exacte soit délivrée sur le produit au consommateur. En revanche, si l'entreprise tente de tromper le consommateur par des indications incorrectes ou ambiguës concernant la quantité nette, la shrinkflation devient une pratique déloyale (trompeuse) et à ce titre, elle est interdite.

La pratique commerciale de shrinkflation pose donc question au regard de la prohibition des pratiques commerciales trompeuses ; ce qui pourrait alors déclencher l'application en droit belge des articles VI.97 CDE (dans lequel les éléments susceptibles d'être induits en erreur sont d'harmonisation maximale et donc listés exhaustivement. Il s'agit du prix et des principales caractéristiques d'un bien, y compris la quantité.) et VI.99, §1 CDE (omission d'informations essentielles à la prise de décision du consommateur).

La note du Prof. Straetmans indique qu'il subsiste des incertitudes juridiques dans la législation européenne qui vise à interdire d'induire le consommateur en erreur. Les CCS constatent que la Cour de justice pour sa part mentionne que, même si les industriels ou les distributeurs (pour leurs marques propres) délivrent toutes les informations obligatoires de manière exacte et complète sur l'emballage, le consommateur européen moyen peut, dans certaines situations, quand même encore être induit en erreur.

Le projet d'arrêté vise précisément à empêcher toute tromperie des consommateurs par le biais de la shrinkflation. La qualification de la pratique de la shrinkflation comme trompeuse fait l'objet de nombreuses discussions étant donné les incertitudes juridiques qui planent. En outre, l'harmonisation maximale exigée pour certaines dispositions de la directive (UE) 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales pose la question de la compatibilité du projet d'arrêté avec le droit européen. Enfin, il n'y a aucune certitude que le projet d'arrêté qui a été notifié à la Commission européenne passe le test qu'elle effectuera. C'est pourquoi, les CCS se demandent s'il n'est pas prématuré qu'elles se prononcent maintenant sur ce projet d'arrêté et s'il ne serait pas plutôt préférable d'attendre la réaction de la Commission européenne sur

ledit projet d'ici le 28 mars avant de poursuivre les travaux sur ce dossier.

2.2 Sur l'utilité de cette obligation afin de mieux informer les consommateurs et sur l'imputation de l'obligation spécifique d'information soit aux industriels ou aux distributeurs de magasins de plus de 400 m²

A ce stade, et tant que la réaction de la Commission européenne sur le projet d'arrêté n'est pas connue, il n'y a pas consensus ni sur l'utilité d'une telle obligation pour mieux informer les consommateurs ni sur la catégorie d'acteurs (industriels ou distributeurs de magasins de plus de 400 m²) sur laquelle le poids de la mise en œuvre de l'obligation spécifique d'information aux consommateurs devrait reposer.

2.3 Sur une alternative pour traiter le phénomène de shrinkflation

Pour les CCS, il serait souhaitable de savoir, dans le cas où l'ampleur du phénomène de shrinkflation réclamerait une intervention en Belgique et dans le cas où la Commission européenne ne s'opposerait pas au projet d'arrêté français, si ce dernier est le plus pertinent, le plus efficient et le mieux contrôlable pour assurer en Belgique une meilleure information des consommateurs dans les cas de shrinkflation ou bien s'il existe des solutions alternatives à la proposition française.

Annexe :

Note du Professeur Gert Straetmans (UAntwerpen)

Bijzondere raadgevende commissie Verbruik - Adviesnota Shrinkflation – Februari 2024

Door Gert Straetmans

Inleiding

De Franse wetgever neemt zich voor om volgende verplichting op te leggen:

I. De bepalingen van dit artikel zijn van toepassing op ondernemingen of groepen van natuurlijke of rechtspersonen die werkzaam zijn op het gebied van de distributie van consumptieartikelen als omschreven in artikel L. 441-4 van de koophandelswet, die direct of indirect een winkel met een verkoopoppervlakte van meer dan 400 vierkante meter exploiteren.

II. Bij het te koop aanbieden van een voorverpakt consumentenartikel in een constante nominale hoeveelheid, waarvan de hoeveelheid is verlaagd, wat resulteert in een stijging van de prijs per eenheid, zullen de in punt I genoemde distributeurs, naast de juridische informatie over de geldende prijzen, het volgende vermelden, rechtstreeks op de verpakking of op een etiket dat zichtbaar en leesbaar en in de nabijheid van het product is aangebracht in dezelfde lettergrootte die is gebruikt om de eenheidsprijs van het product aan te geven, met uitzondering van elke andere mogelijke formulering: "Voor dit product is de verkochte hoeveelheid veranderd van X naar Y en de prijs ervan per (specificeer de betrokken meeteenheid) is verhoogd met... % of EUR..." De X- en de Y-waarden worden, afhankelijk van hetgeen van toepassing is, uitgedrukt in gewicht of volume. De meeteenheid wordt aangegeven overeenkomstig artikel 1, tweede alinea, van bovengenoemd besluit van 16 november 1999.

III. De in II bedoelde informatieverplichting geldt voor een periode van drie maanden vanaf de datum waarop het product in zijn verlaagde hoeveelheid te koop wordt aangeboden.

Het beknopte tijdsbestek waarin dit advies werd gevraagd, maakt het niet mogelijk alle hierna in deze nota aangestipte aspecten diepgaand te onderzoeken. Ze is dan ook veeleer richtinggevend en heeft niet als opzet exhaustief te zijn.

1. Toepassingsgebied

In deze nota wordt niet ingegaan op het toepassingsgebied van de Franse wetsbepaling. De toevoeging "die direct of indirect een winkel met een verkoopoppervlakte van meer dan 400 vierkante meter exploiteren" kan wel een rol spelen bij de beoordeling van consumenten verwachtingen (zie 3. Besluit).

2. Specifieke informatieverplichting

De informatieverplichting heeft betrekking op een eigenschap (gewicht/volume) van het goed (product als lichamelijk roerend goed) en op de prijs daarvan. Zowel de Richtlijn prijsaanduiding (98/6/EG – punt A.1) als de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG – punt A.2) komen daarbij in het vizier, met de gemiddelde Europese consument als belangrijke maatstaf (punt A.3).

De Franse verplichting heeft ook alternatief invloed op de verpakking waardoor ook Verordening 1169/2011/EU betreffende voedselinformatie aan consumenten (punt B) kort aan bod komt.

Een besluit (punt 3) bundelt de belangrijkste bevindingen.

A. Europese context

1. Richtlijn prijsaanduiding

De Omnibusrichtlijn grijpt de verschillende toepassingen van regels inzake prijsaanduiding in de lidstaten aan om meer uniformiteit in de EU te brengen, zij het met nog enige vrijheid voor de lidstaten. Die vrijheid varieert op basis van de harmonisatiemethode. De Richtlijn prijsaanduiding voert minimumharmonisatie door.¹ Lidstaten kunnen in de regel ten gunste van de consument en prijsvergelijking verder gaan, maar moeten daarbij wel rekening houden met de maximumharmonisatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame.²

De samenhang tussen de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn prijsaanduiding moet als volgt worden begrepen. Artikel 3, lid 4 van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken bepaalt dat in geval van strijdigheid tussen haar bepalingen en andere voorschriften van de EU-wetgeving die specifieke aspecten van oneerlijke handelspraktijken regelen, deze laatste voorrang hebben en van toepassing zijn op die specifieke aspecten als *lex specialis*.³

De nieuwe regeling uit de Richtlijn prijsaanduiding legt de verplichting tot een referentieprijs op bij aankondigingen van prijsverminderingen en definieert ook die referentieprijs. Daarin gaat de Richtlijn prijsaanduiding dus in de regel voor op de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Op de andere aspecten van aankondigingen van prijsverminderingen blijft de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken van toepassing alsook op de aankondigingen van prijsverminderingen die buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn prijsaanduiding vallen, met inbegrip van andere bepalingen inzake prijsaanduiding.⁴ De facto regelt de Richtlijn prijsaanduiding slechts de aankondiging van prijsvermindering met historische prijzen, met name de door de betrokken onderneming voor een bepaald goed (bij uitbreiding product) in het verleden toegepaste prijs.

Daarbij moet wel aangestipt worden dat het Hof van Justitie de wisselwerking tussen de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en andere EU-wetgeving zo interpreteert dat deze laatste slechts voorrang zou krijgen wanneer zij een specifiek aspect van een handelspraktijk regelt én er *tegenstrijdigheid* is tussen de bepalingen.⁵ Merendeels vormen de specifieke eisen in sectorale

¹ Artikel 10 van de richtlijn luidt: “Deze richtlijn vormt, onverminderd de verdragsverplichtingen, voor de lidstaten geen beletsel om bepalingen aan te nemen of te handhaven die uit het oogpunt van consumentenvoorlichting en prijsvergelijking gunstiger zijn”.

² Richtlijn 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame, *Pb.* L 27 december 2006, afl. 376/21.

³ Zie over de aspecten van de verkoopprijs in een reclame die door de Richtlijn prijsaanduiding worden geregeld, en dus ook voorrang hebben op de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken: HvJ 7 juli 2016, zaak C-476/14, *Citroën Commerce*, ECLI:EU:C:2016:527, ro.44-46.

⁴ Zie Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren met betrekking tot de uitlegging en toepassing van Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *Pb.* C 29 december 2021, afl. 526/15 (hierna: Richtsnoeren oneerlijke handelspraktijken).

⁵ Zie Richtsnoeren oneerlijke handelspraktijken, *Pb.* C 29 december 2021, afl. 526/8. En zie laatstelijk HvJ 10 september 2020, zaak C-363/19, *Mezina*, EU:C:2019:693, *DCCR* 2022, 67-75, en met verwijzing naar andere rechtspraak, onder meer HvJ 16 juli 2015, gevoegde zaken C-544/13 en C-545/13, *Abcur*, EU:C:2015:481 en HvJ 13 september 2018, gevoegde zaken C-54/17 en C-55/1, *Wind Tre en Vodafone*, EU:C:2018:710. In dat laatste arrest stipt het Hof aan dat “van strijdigheid als bedoeld in artikel 3, lid 4, van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken enkel sprake [is] wanneer andere bepalingen dan die van deze richtlijn, die specifieke aspecten

wetgeving evenwel aanvullingen op de meer algemene normen die de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken vooropstelt, zodat een gecombineerde toepassing kan. De mogelijkheid tot gecombineerde toepassing wordt in geval van prijsaanduiding en handelspraktijken nog versterkt door de overeenstemmende doelstellingen, met name misleiding voorkomen, en meer bepaald kunstmatige prijsverminderingen alsook prijsverminderingen die niet reëel zijn.⁶

In casu legt de Franse wetgever op om een ‘tersluikse’ prijsvermeerdering transparant aan te kondigen aan de consument. Op zich valt dergelijke regeling buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn prijsaanduiding, zoals hoger beschreven. Zelfs al zou men oordelen dat een aspect van de totale prijs binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn prijsaanduiding wordt beregeld, dan nog laat de minimumharmonisatie van deze Richtlijn toe om ten gunste van de consument en prijsvergelijking verder te gaan, steeds op voorwaarde dat het EU-recht wordt nageleefd (met name de geharmoniseerde normen waaronder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de vereisten inzake vrij verkeer van goederen). De rechtvaardiging vanuit consumentenbescherming en prijsvergelijking kan bij het betrokken Franse voorstel gelden. Het gewicht of volume van een goed en de bijpassende vermeldingen hebben immers tot doel de vergelijkbaarheid van goederen te vergroten ten voordele van de consument.

2. Richtlijn oneerlijke handelspraktijken

Overeenkomstig de preambule bij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zijn uitsluitend nationale wettelijke regelingen betreffende oneerlijke handelspraktijken *“die „alleen” de economische belangen van concurrenten schaden of betrekking hebben op transacties tussen handelaren, uitgesloten van de werkingssfeer van deze richtlijn”*.⁷ Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de ruime personele en materiële reikwijdte die de Europese wetgever aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken wil geven, kan afgeleid worden dat wanneer de aankoopbeslissing van de consument door een nationale regeling kan worden geraakt op een meer dan zuiver hypothetische wijze, deze regeling consumentenbescherming beoogt, waardoor de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken van toepassing is.⁸ Er is geen discussie of de voorgenomen regelgeving een handelspraktijk B2C uitmaakt.

Zoals eerder aangestipt, werden de oneerlijke handelspraktijken maximaal geharmoniseerd, wat inhoudt dat lidstaten niet verder mogen gaan dan tenzij de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken dat toelaat.⁹

De handelspraktijk is niet *per se* (onder alle omstandigheden) verboden op grond van de richtlijnbevestigingen. In de systematiek van de richtlijn geldt vervolgens dat een handelspraktijk op zich toegelaten moet zijn onder voorbehoud van het naleven van de regels inzake oneerlijke

van oneerlijke handelspraktijken regelen, handelaren zonder enige manoeuvreerruimte verplichtingen opleggen die onverenigbaar zijn met die welke zijn neergelegd in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken”, ro.61.

⁶ Zie hierover meer uitgebreid, R. STEENNOT en G. STRAETMANS, *Handboek consumentenbescherming en marktpraktijken*, Larcier-Intersentia, 2023.

⁷ Zie HvJ 14 januari 2010, zaak C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:2010:12, r.o. 39 en HvJ 9 november 2010, zaak C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, ECLI:EU:C:2010:660 r.o. 21.

⁸ Zie hierover meer uitgebreid, R. STEENNOT en G. STRAETMANS, *Handboek consumentenbescherming en marktpraktijken*, Larcier-Intersentia, 2023 en G. STRAETMANS, *OHRA – Commentaar bij artikel I.8.23° WER*, 2023.

⁹ Geen van de uitzonderingen van artikel 3 Richtlijn oneerlijke handelspraktijken is van toepassing.

handelspraktijken. In de regel kunnen bijzondere voorwaarden dan niet meer op algemene wijze aan handelspraktijken worden gekoppeld; zij kunnen slechts gehandhaafd blijven *indien zij de toetsing aan de richtlijncriteria en de Europese gemiddelde consument, geval per geval*, doorstaan. In die situatie kan een wetgever dus in de regel geen voorafname meer doen met een algemeen verbod of geclausuleerde toelating van een handelspraktijk. Het Hof van Justitie is terughoudend op dit punt.¹⁰

De vraag rijst dan of een lidstaat nog wel unilateraal een bepaalde praktijk op algemene wijze¹¹ aan bijzondere voorwaarden kan onderwerpen en dus op algemene wijze bepalen dat zonder de specifieke informatie de betrokken handelspraktijk oneerlijk is ?

Hoewel, uit wat voorafgaat, volgt dat dergelijke unilaterale, lidstatelijke ingrepen haaks staan op de systematiek die de Europese wetgever beoogt met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, worden hierna nog een aantal mogelijke denkpistes getoetst.

Het Franse wetsvoorstel wil in wezen misleiding van de consument door 'shrinkflation' voorkomen. Het algemene misleidingverbod uit artikel VI.97 WER en het verbod om essentiële informatie voor de besluitvorming van de consument achterwege te laten van artikel VI.99 WER kunnen dan van toepassing zijn.

a. Misleiding algemeen

Artikel VI.97 WER harmoniseert wat onder misleiding moet worden verstaan. Het betreft *“een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen”*. De elementen waarover misleid kan worden, zijn maximaal (en dus exhaustief) geharmoniseerd. Zij omvatten onder meer de prijs (art.VI.97.4° WER) en de voornaamste kenmerken van een goed, waaronder de hoeveelheid (art.VI.97.2° WER). De bepaling, hoewel volledig geharmoniseerd, houdt beleidsmarge in voor de rechter om oneerlijkheid in een *'geval per geval'-analyse* na te gaan.

Die beleidsmarge zou een wetgever ook kunnen benutten, maar dan legt die wetgever wel unilateraal in de Europese Unie een algemene verplichting op. In dat geval moet er hard gemaakt worden dat de betrokken informatieverplichting noodzakelijk is om misleiding van de *gemiddelde Europese consument* te voorkomen. Met andere woorden is het uitgangspunt dan dat *shrinkflation* (prijsstijging door behoud van prijs te combineren met een lager gewicht of volume) een algemeen misleidende praktijk is.¹² Dat zou betekenen dat de gemiddelde Europese consument verwacht dat een voorverpakt consumentenartikel dat in een constante nominale hoeveelheid wordt verkocht, bij prijsbehoud steeds dezelfde nominale hoeveelheid bevat en dat, indien de hoeveelheid product

¹⁰ Zie onder meer HvJ 7 januari 2013, zaak C-206/11, Georg Köck, ECLI:EU:C:2013:14, ro.33, met betrekking tot preventieve toetsing op oneerlijkheid van een handelspraktijk door een lidstaat, meer bepaald een aankondiging van prijsvermindering die slechts is toegestaan na voorafgaande goedkeuring door het districtsbestuur.

¹¹ Door een wetsbepaling uit te vaardigen, stelt de lidstaat zich in de plaats van de geharmoniseerde richtlijncriteria voor de toetsing van oneerlijkheid.

¹² Op de beleidsvraag op welk niveau dergelijke praktijk best wordt aangenomen, wordt niet dieper ingegaan.

wordt gewijzigd, de betrokken consument automatisch wordt misleid tenzij hij daarover specifieke informatie ontvangt.¹³

Het Franse wetsvoorstel verduidelijkt daarbij niet wat wordt verstaan onder ‘in een constante nominale hoeveelheid’ verkochte voorverpakte consumentenartikelen. De precieze omschrijving daarvan lijkt belangrijk om daarop de verwachting van de Europese gemiddelde consument te kunnen enten, op haar beurt noodzakelijk om algemeen tot misleiding te kunnen besluiten.

b. Misleiding door omissie

In dezelfde lijn zou men de piste dat het hier om een misleiding door omissie gaat, kunnen bewandelen. Artikel VI.99 § 1 WER stelt *“Als misleidende omissie wordt beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemedium in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen.”*

Het WER noch de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken definiëren wat onder essentiële informatie dient te worden verstaan. Dat is ook enigszins logisch aangezien dit sterk van de betrokken handelspraktijk en context zal afhangen. Wel geeft artikel VI.99 § 5 WER aan dat de informatieverplichtingen met betrekking tot commerciële communicatie, inclusief reclame en marketing opgenomen in het Europese recht, als essentieel moeten worden beschouwd. Wat dus Europeesrechtelijk als informatie vanwege ondernemingen aan consumenten wordt opgelegd, is zonder meer essentieel. Dat geldt niet voor de bijkomende informatieverplichtingen die lidstaten bijkomend in overeenstemming met het Europese recht opleggen. Het niet geven van door bepaalde lidstaten opgelegde informatie bovenop het Europese minimum is niet noodzakelijk een misleiding door omissie.

Bij uitnodigingen tot aankoop, waarvan sprake in de door de Franse wetgever beregelde handelspraktijk, geeft artikel VI.99 § 4° WER nog een limitatieve lijst van essentiële informatie.¹⁴ Artikel VI.99 § 4.1° WER verwijst naar de voornaamste kenmerken van het product, waaronder hoeveelheid kan worden begrepen, en Artikel VI.99 § 4.3° WER verwijst naar de prijs.

Het arrest *Canal Digital Danmark* zou kunnen opgevoerd worden ter ondersteuning van het betrokken wetsvoorstel en de these dat de informatie essentieel is voor de besluitvorming van de consument, maar het betrof een specifieke televisie- en onlinereclame waarin een significant prijsbestanddeel achterwege werd gelaten. Het Hof van Justitie gaf in dat arrest wel aan dat prijs en prijsaspecten essentieel zijn voor de besluitvorming van de consument en dat ondernemingen mogelijke beperkingen van het gebruikte communicatiemedium niet als vrijgeleide kunnen laten gelden om essentiële informatie niet in de initiële reclame op te nemen.¹⁵ Voor het Hof moeten de beperkingen

¹³ Men kan bezwaarlijk aannemen dat de Franse consument met betrekking tot de praktijk een afwijkend profiel heeft van de andere Europese consumenten, zodat een Franse specifieke regeling op zich gerechtvaardigd zou zijn. Hoe dan ook moet zulks dan nog bewezen worden.

¹⁴ In het arrest *Dyson* gaf het Hof van Justitie aan dat het achterwege laten van informatie op de verpakking van een goed, over welke testomstandigheden tot een bepaalde energie-efficiëntie klasse hebben geleid, geen misleiding door omissie is; zie HvJ 25 juli 2018, zaak C-632/16, *Dyson*, ECLI:EU:C:2018:599.

¹⁵ Zie hierover meer uitgebreid, R. STEENNOT en G. STRAETMANS, *Handboek consumentenbescherming en marktpraktijken*, Larcier-Intersentia, 2023.

“worden afgewogen tegen de aard en de kenmerken van het betrokken product teneinde te beoordelen of de betrokken handelaar daadwerkelijk in de onmogelijkheid verkeerde om de informatie in kwestie in de oorspronkelijke boodschap op te nemen of ze daarin op een duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze te verstrekken”¹⁶. Beperkingen aan het communicatiemedium spelen *in casu* niet, maar niet onbelangrijk is dat het Hof van Justitie in *Canal Digital Danmark* erkent dat ook de Europese gemiddelde consument misleid kan worden door volledige en juiste informatie, met name door de wijze waarop die informatie wordt weergegeven.

Hoewel zowel bij het algemene verbod van misleidende reclame (dat ook verwijst naar juiste misleidingen) als bij het verbod van misleiding door omissie, misleiding van de consument stand kan houden ook al kreeg de consument volledige en juiste informatie, blijft de kernvraag of de betrokken informatie die de Franse wetgever wil verplicht stellen, kan gerekend worden tot de essentiële informatie die de consument nodig heeft om een aankoopbeslissing te nemen.

Men moet daarbij voor ogen houden dat de consument middels de verpakking van voorverpakte producten/consumentenartikelen reeds heel wat informatie ontvangt, op grond van de verplichte informatie die de Europese wetgever oplegt. Zo verplicht de ingrediëntenlijst opgelegd door Verordening 1169/2011/EU tot de vermelding van de hoeveelheid van het product, in gewichtseenheid of volume-eenheid. Dit betekent dat de consument zonder de bijkomende informatieverplichting die de Franse wetgever beoogt, reeds beschikt over de juiste informatie over de hoeveelheid (in gewicht of liter) product en de daarvoor aangerekende totale prijs. Het is dan zaak om aan te tonen, zoals ook eerder aangestipt, dat de reeds verplichte informatie op de productverpakking voor de Europese gemiddelde consument onvoldoende is om in het geval van ‘shrinkflation’ een transactiebesluit te nemen. Hierna volgt beknopt duiding bij de rechtspraak van het Hof van Justitie over de Europese gemiddelde consument.

c. Europese gemiddelde consument als maatstaf

Met zijn Europees consumentenbeeld heeft het Hof van Justitie sterk bijgedragen aan de uitbouw van het Europese informatiemodel ter bescherming van de consument.¹⁷ Bovendien vormt de productverpakking en meer bepaald de etikettering een belangrijk informatiekanaal voor de consument. In zijn rechtspraak neemt het Hof van Justitie vaak aan dat marktconforme etiketteringsverplichtingen misleiding van de consument kunnen voorkomen. Wanneer de consument een geïnformeerde keuze kan maken op basis van reclame en etikettering, de twee fundamentele pijlers van het Europese informatiemodel, dan staat de Europese interne markt verdergaande nationale beschermingsmaatregelen in de weg.

Het hoeft daarbij niet te verbazen dat de analyse van de Europese consument in reclame of bij etikettering in de rechtspraak van het Hof van Justitie grotendeels gelijk loopt. Specifiek voor etikettering geldt, aldus het Hof, dat de rationele consument wiens aankoopbeslissing wordt bepaald door de samenstelling van het product, eerst de lijst van ingrediënten zal lezen. Daaruit volgt dat de Europese gemiddelde consument in beginsel niet misleid is door bijvoorbeeld een verkoopbenaming waarvan de eventuele misleidende indruk wordt tegengesproken door een correcte lijst van ingrediënten.¹⁸ De Europese geharmoniseerde etiketteringsverplichtingen gelden daarbij als maatstaf.

¹⁶ HvJ 26 oktober 2016, zaak C-611/14, *Canal Digital Danmark*, ECLI:EU:C:2016:800, ro.62.

¹⁷ Zie daarover uitgebreid: G. STRAETMANS, “Misleiding en de consument”, *DCCR*, 2013, afl. 100-101, 108-125.

¹⁸ Zie met die strekking: HvJ 9 februari 1999, zaak C-383/97, *Van der Laan*, ECLI:EU:C:1999:64, ro. 37.

Het Hof wijst dus vrijwel systematisch bijkomende nationale etiketteringsverplichtingen als handelsbelemmeringen af.¹⁹ Zo was het Hof gekant tegen het Duitse verbod om saus bereid op basis van plantaardige vetten onder de benaming Hollandse saus of Béarnaisesaus te verkopen, aangezien dergelijke sauzen volgens traditioneel Duits recept op basis van boter en eieren werden gemaakt. Het Hof overwoog dat de voorlichting van de consument die op de samenstelling van het product let, voldoende is verzekerd door de lijst van ingrediënten.²⁰

In dezelfde lijn besloot het Hof in *Darbo*²¹ dat de aanvullende vermelding ‘zuiver natuurlijk’ voor aardbeienjam geen misleidende indruk wekt bij de consument. Er moet immers van worden uitgegaan dat de consument, wiens aankoopbeslissing wordt bepaald door de samenstelling van de betrokken producten, eerst de lijst van ingrediënten leest.²²

De Europese gemiddelde consument heeft bijgevolg de plicht de informatie die middels de verplichte etikettering aan ondernemingen wordt opgelegd, te internaliseren.²³

Uit de rechtspraak inzake misleiding in reclame en bij etikettering volgt dat de Europese gemiddelde consument een persoon is die gemakkelijk informatie kan verwerken. Waar die informatie op basis van Europese wetgeving verplicht wordt opgelegd aan ondernemingen resulteert dit voor de consument in een corresponderende plicht om die informatie te internaliseren en, zo hij wil, te gebruiken om eventueel misleidende indrukken ten gevolge van een verpakking, reclame of een productbenaming, te corrigeren. De Europese gemiddelde consument wordt bijgevolg geacht die informatie te gebruiken om met volle kennis van zaken een aankoopbeslissing in de markt te nemen.

In het arrest *Teekanne* nuanceert het Hof van Justitie zijn zienswijze dat de Europese gemiddelde consument in het aanzicht van een volledige en juiste lijst van ingrediënten, steeds voldoende instrumenten in handen heeft om mogelijke misleidende connotaties op basis van de verpakking recht te zetten. Het Hof stipt in *Teekanne* aan dat de lijst van ingrediënten *in bepaalde situaties*, ook al is die

¹⁹ Zie evenwel: HvJ 10 september 2009, zaak C-446/07, *Severi*, ECLI:EU:C:2009:530, ro. 63 over een benaming met geografische verwijzingen van een salamiworst, namelijk ‘Salame Tipo Felino’, die niet is geregistreerd als BOB of BGA, en die aldus het Hof rechtmatig kan worden gebruikt op voorwaarde dat de etikettering van het product met die benaming een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument niet misleidt.

²⁰ HvJ 26 oktober 1995, zaak C-51/94, *Commissie t. Duitsland*, ECLI:EU:C:1995:352, ro.36, met noot G. STRAETMANS, *RW* 1995-96, 1250. Ook in de voor België belangrijke chocolade-arresten over de verkoopbenaming van chocolade wees het Hof van Justitie de toevoeging van het woord ‘pure’ aan chocolade, om misleiding te voorkomen en aan te geven dat het product geen andere plantaardige vetten dan cacaoboter bevat, af. Chocoladerichtlijn 2000/36/EG (*Pb.* L 2000, afl. 197/19) geeft immers op uitputtende wijze aan dat chocoladeproducten die tot een maximum van 5 % van bepaalde plantaardige vetten bevatten en producten die 100 % bestaan uit cacaoboter, identiek zijn. De lijst van ingrediënten bevat dan immers de aanvullende formulering: ‘bevat naast cacaoboter ook andere plantaardige vetten’. Zie hierover onder meer HvJ 25 november 2010, zaak C-47/09, *Commissie t. Italië*, ECLI:EU:C:2010:714, ro.34.

²¹ HvJ 4 april 2000, zaak C-465/98, *Darbo*, ECLI :EU:C:2000:184.

²² HvJ 4 april 2000, zaak C-465/98, *Darbo*, ECLI :EU:C:2000:184, ro.22. Ook de aanwezigheid in de jam van residuen van lood, cadmium en pesticiden maken de vermelding ‘zuiver natuurlijk’ niet misleidend. Gelet op de vervuiling van de lucht en het aquatisch milieu, waarin ook tuinvruchten worden geteeld, zijn aardbeien onvermijdelijk blootgesteld aan de in die omgeving aanwezige polluenten. Ook al zijn er wellicht consumenten die van deze feiten niet op de hoogte zijn en dus kunnen worden misleid, is de gemiddelde consument daarmee bekend (ro. 28-29).

²³ Zie meer uitgebreid hierover: G. STRAETMANS, *Consument en Markt*, Kluwer Rechtswetenschappen, Mechelen, 1998, 355-408 en G. STRAETMANS, “Misleiding en de consument”, *DCCR* 2013, afl. 100-101, 108-122.

lijst juist en volledig, ontoereikend is om de verkeerde of dubbelzinnige indruk *van de Europese gemiddelde consument* over de kenmerken van een levensmiddel *genoegzaam* te corrigeren.²⁴

Het Hof van Justitie geeft aldus een zekere gelaagdheid aan het consumentenbeeld, zonder daarmee de Europese gemiddelde consument als maatstaf af te strijden. De verwijzing naar 'in bepaalde situaties' behoedt voor veralgemening zodat de nadruk op de consument die de lijst van ingrediënten leest, overeind blijft. De referentie aan 'genoegzaam' onderkent bovendien de corrigerende functie van de juiste en volledige lijst van ingrediënten, zij het dat die in bepaalde situaties niet genoegzaam werkt voor de Europese gemiddelde consument om misleiding te voorkomen.

Welke situaties het Hof hier voor ogen heeft, blijft in het midden. Wel benadrukt het Hof in lijn met de vaststaande rechtspraak inzake misleiding, dat steeds een globale afweging moet worden gemaakt rekening houdend met alle relevante factoren van het geval. In *Teekanne* verwachtte de consument op basis van de in het oog springende afbeeldingen op de verpakking van vanillebloesems en frambozen dat de thee daadwerkelijk vanille en frambozen zou bevatten en niet aroma's met vanille- en frambozensmaak, zoals correct in de ingrediëntenlijst was vermeld.

Uit deze rechtspraak kan dus afgeleid worden dat ook de Europese gemiddelde consument in bepaalde situaties kan misleid worden, ook al beschikt hij over de juiste en volledige informatie om een transactiebesluit te nemen. *In casu* moet hard gemaakt worden dat de verwachting van de Europese gemiddelde consument zo is dat een voorverpakt consumentenartikel dat in ongewijzigde verpakking tegen dezelfde prijs wordt verkocht, ook dezelfde hoeveelheid heeft. Duidt de ingrediëntenlijst op een andere hoeveelheid, dan moet aangetoond worden dat die informatie de Europese gemiddelde consument niet genoegzaam behoedt voor misleiding.

Dergelijk bewijs ligt wellicht niet voor de hand, maar ook omgekeerd, welke precieze verwachting bij 'shrinkflation' aan de Europese gemiddelde consument kan worden gekoppeld, blijft op dit ogenblik noodzakelijkerwijze gissen. Er kan in dat verband nog aangestipt worden dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak het aandachtniveau van de consument lager lijkt in te stellen bij onder meer aankopen van alledaagse consumptieartikelen.²⁵

In dat verband zal het toepassingsgebied van een voorgenomen regeling vanzelfsprekend een invloed hebben, niet alleen personeel door bijvoorbeeld enkel situaties in grote supermarkten aan te pakken, maar ook inhoudelijk, door precies de contouren van voorverpakte goederen in *constante* nominale hoeveelheid te omschrijven.

De Franse verplichting om de nieuwe informatie te laten gelden voor een periode van drie maanden vanaf de datum waarop het product in zijn verlaagde hoeveelheid te koop wordt aangeboden, is voorts opmerkelijk. Het lijkt zonder bijkomende duiding een willekeurige periode te zijn, tenzij de betrokken drie maanden nu de maatstaf zouden worden om het *constante* gehalte van de nominale hoeveelheid van voorverpakte consumentenartikelen te preciseren, en daarop dan consumentenverwachtingen te enten die tot misleiding leiden. Met betrekking tot de termijnbepaling kan alvast worden aangestipt dat de Richtlijn prijsaanduiding met betrekking tot

²⁴ Zie rechtsoverweging 40, HvJ 4 juni 2015, zaak C-195/14, *Teekanne*, ECLI:EU:C:2015:361.

²⁵ Zie meer uitgebreid over die rechtspraakevolucie: G. STRAETMANS, "Information Obligations and Disinformation of Consumers: General Report", in G. Straetmans (ed.), *Information Obligations and Disinformation of Consumers*, Ius Comparatum Series – Global Studies in Comparative Law 33, Springer, Switzerland, 2019, 3-96.

aankondigingen van prijsverminderingen geen enkele minimum- of maximumtermijn voor prijsbeleid van ondernemingen inhoudt.²⁶

Met het aantonen van de verwachting van de Europese gemiddelde consument is de voorgenomen wetgeving nog niet Europeesrechtelijk conform. Een lidstaat die verder wil gaan dan Europese harmonisatie zal ook in het raam van het vrij verkeer van goederen de *'rule of reason'* dienen na te leven, uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Die zogenaamde *'redelijkheidsregel'* schrijft voor dat dergelijke maatregelen, als handelsbelemmeringen²⁷, niet-discriminerend mogen zijn en gerechtvaardigd vanuit het algemeen belang (*in casu* consumentenbescherming), dat ze geschikt moeten zijn om het vooropgestelde doel (*in casu* misleiding voorkomen) te bereiken en niet verder mogen gaan dan wat noodzakelijk is om dat doel te bereiken (keuze voor minst ingrijpende maatregel).²⁸

B. Rechtstreeks op verpakking of etiket in nabijheid goed – vrij verkeer van goederen

De hierboven aangestipte Europese proportionaliteitsvereiste (geschikte maatregel, noodzakelijk om vooropgesteld doel te bereiken) speelt ook bij het Franse wetsvoorstel in die zin dat een vermelding in de nabijheid van een product makkelijker de proportionaliteitstoets zal doorstaan dan een verplichte vermelding op de verpakking van het product.

Hoewel het Franse wetsvoorstel niet handelt over producten van duale kwaliteit, loont een beknopte zijstap, aangezien de recente Europese visie op de verwachting van de consument bij duale producten een bijkomende hefboom zijn om verplichtingen van het door de Franse wetgever voorgestelde type te rechtvaardigen. Die verwachting wordt namelijk benadrukt door de Europese Commissie²⁹ in artikel VI.98.3° WER dat als misleidend aanmerkt, de marketing van een goed in één lidstaat als zijnde identiek aan een goed dat in andere lidstaten wordt gemarket, terwijl de samenstelling of kenmerken van dat goed aanzienlijk verschillen, tenzij dit gerechtvaardigd is op grond van legitieme en objectieve factoren. Om bij dergelijke producten van duale kwaliteit tot misleiding te besluiten is bepalend of de differentiatie tussen goederen per lidstaat voor consumenten gemakkelijk herkenbaar is. Daarbij zal de beschikbaarheid, toegankelijkheid en geschiktheid van informatie aan de consument doorslaggevend zijn. De Europese Commissie stipt daarbij aan om de consument te informeren met informatie in de ruimten voor detailhandel of op de interface voor onlineverkoop, productwebsites (die eenvoudig en rechtstreeks toegankelijk moeten zijn) of productreclame. De informatie moet in ieder geval eenvoudig en rechtstreeks toegankelijk zijn voor de gemiddelde consument, met inbegrip van kwetsbare consumenten.³⁰ Daarbij schrijft de

²⁶ De referentieprijs zelf is natuurlijk wel gekoppeld aan een periode.

²⁷ Zie de verboden maatregelen van gelijke werking aan kwantitatieve invoerbeperkingen in de zin van artikel 34 VWEU.

²⁸ In deze nota wordt als uitgangspunt genomen dat het Franse wetsvoorstel een maatregel van gelijke werking of een handelsbelemmering is en dus geen verkoopmodaliteit in de zin van het *Keck*-arrest (zaak C-267/91). Hoewel de maatregel niet-discriminerend is opgevat, lijkt hij niet rechtens en feitelijk dezelfde invloed op de verhandeling van goederen te sorteren, aangezien de markttoegang van goederen uit andere lidstaten meer wordt getroffen. In elk geval is de alternatieve verplichting uit het Franse voorstel om informatie aan te brengen op de verpakking een productvoorschrift en bijgevolg een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 34 VWEU (per analogie, HvJ *Familiapress*-arrest, zaak C-368/95).

²⁹ Zie Richtsnoeren oneerlijke handelspraktijken, *Pb.* C 29 december 2021, afl. 526/47.

³⁰ Zie Richtsnoeren oneerlijke handelspraktijken, *Pb.* C 29 december 2021, afl. 526/47.

preambule bij de Omnibusrichtlijn voor dat ondernemingen in het *algemeen de voorkeur moeten geven* aan alternatieve vormen van informatiegeleiding dan etikettering.³¹ Ook die laatste benadrukking kant zich tegen bijkomende informatievoorschriften op de verpakking van een product.

Op bijkomende³² wettelijke informatieverplichtingen van een lidstaat op de verpakking van producten of op bijkomende vrijwillige informatie door ondernemingen op de verpakking wordt niet verder ingegaan. In eerst verband kan worden aangestipt dat lidstaten verdergaande nationale maatregelen mogen treffen met betrekking tot aangelegenheden die niet specifiek geharmoniseerd zijn door Verordening 1169/2011/EU, met inbegrip van specifieke verplichtingen voor bepaalde typen van levensmiddelen, *op voorwaarde dat die conform zijn aan het vrij verkeer van goederen en gerechtvaardigd worden vanuit consumentenbescherming*. Met betrekking tot een door de Franse wetgever bijkomende verplichte vermelding voor melkproducten van het land van oorsprong of de plaats van herkomst van levensmiddelen stelde het Hof van Justitie dat *“dat de vermeldingen die de lidstaten kunnen opleggen „bijkomend” moeten zijn ten opzichte van de vermeldingen waarin verordening nr. 1169/2011 zelf voorziet, waaronder de vermelding van het land van oorsprong of de plaats van herkomst van de levensmiddelen indien het weglaten van die vermelding de consument zou kunnen misleiden. Hieruit volgt dat dergelijke vermeldingen niet alleen verenigbaar moeten zijn met het doel dat de Uniewetgever nastreeft met de specifieke harmonisatie van de aangelegenheid van de verplichte vermelding van het land van oorsprong of de plaats van herkomst, maar ook een samenhangend geheel moeten vormen met die vermelding.”*³³. Het Hof van Justitie vulde op basis van de verordening vrij streng aan: *“dat de lidstaten slechts bijkomende maatregelen betreffende de verplichte vermelding van het land van oorsprong of de plaats van herkomst van levensmiddelen (kunnen) nemen als er een bewezen verband bestaat tussen bepaalde kwaliteiten van deze levensmiddelen en de oorsprong of herkomst daarvan en (...) dat de lidstaten bij de kennisgeving van dergelijke maatregelen aan de Europese Commissie bewijsmateriaal verstrekken waaruit blijkt dat de meeste consumenten significante waarde hechten aan de verstrekking van deze informatie.”*³⁴ (eigen benadrukking).

3. Besluit

Het Franse voorschrift valt buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn prijsaanduiding, maar ressorteert als handelspraktijk in het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. De systematiek en maximale harmonisatie van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken verbiedt lidstaten om unilateraal handelspraktijken te verbieden of te beperken die niet zijn opgenomen in de lijst van onder alle omstandigheden verboden oneerlijke handelspraktijken. In de regel geldt dan de *‘geval per geval’-afweging* van een rechter om op basis van de richtlijncriteria al dan niet tot oneerlijkheid te besluiten.

Een algemene verplichting, zoals voorgenomen door de Franse wetgever, is een voorafname op de individuele toetsing van de oneerlijkheid van een handelspraktijk met de Europese gemiddelde

³¹ Zie inleidende overweging 53 van de Omnibusrichtlijn.

³² Bijkomend aan de verplichte vermeldingen op grond van Verordening 1169/2011/EU.

³³ HvJ 1 oktober 2020, C-485/18; Groupe Lactalis v Premier Ministre..., ECLI:EU:C:2020:763, ro.31.

³⁴ HvJ 1 oktober 2020, C-485/18; Groupe Lactalis v Premier Ministre..., ECLI:EU:C:2020:763, ro.35.

consument als maatstaf. De Europese rechtspraak is terughoudend om lidstaten toe te laten om preventief en unilateraal praktijken op algemene wijze als oneerlijk te bestempelen.

Een mogelijke denkpiste om dergelijke wetgevingsaanpak alsnog te rechtvaardigen ligt erin te bewijzen dat de *gemiddelde Europese consument* zonder deze bijkomende informatieverplichting misleid wordt. Dat betekent dat hetzij moet aangetoond worden dat de informatie *essentiële* informatie is om 'verdoken' prijsstijgingen transparant te maken, hetzij meer algemeen dat de Europese gemiddelde consument verwacht dat bij gelijke prijs, een gelijke hoeveelheid product wordt aangeboden. Over dat laatste kan er op basis van de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie geen normatieve uitspraak worden gedaan.

Wel is het zo dat het Hof van Justitie de verplichting voor de Europese gemiddelde consument om de vrijgegeven informatie in de markt te internaliseren, gaandeweg heeft genuanceerd. Zelfs in aanwezigheid van volledige en juiste informatie kan de consument naar omstandigheden worden misleid. Het is deze nuancering van de Europese gemiddelde consument die wetgevers kunnen aangrijpen om te rechtvaardigen dat bijkomende informatieverplichtingen in welbepaalde omstandigheden noodzakelijk zijn ter voorkoming van misleiding.

Dit houdt *in casu* in dat hoewel de consument op basis van de verplichte vermeldingen op de verpakking en de prijsaanduiding reeds over juiste en volledige informatie beschikt om een transactiebesluit te nemen, hij bij een consumentenartikel dat aangeboden wordt in een constante nominale hoeveelheid, misleid wordt indien hij voor dezelfde prijs niet evenveel gewicht of volume verkrijgt. Het niet inlossen van die consumentenverwachting is bijgevolg misleiding van de *Europese gemiddelde consument*.

Om de verwachting van de betrokken consument tot slot kracht bij te zetten, moet het concept van 'een voorverpakt consumentenartikel in een constante nominale hoeveelheid' precies worden afgebakend. Het is immers pas in het licht van een welbepaalde consumentenverwachting dat van misleiding sprake zal kunnen zijn. De Franse verplichting om de nieuwe informatie te laten gelden voor een periode van drie maanden vanaf de datum waarop het product in zijn verlaagde hoeveelheid te koop wordt aangeboden, is in dat verband, zonder bijkomende duiding, opmerkelijk.

Voorts is het zo dat de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt aan te nemen dat het aandachtniveau van de consument lager is bij aankopen van alledaagse consumptieartikelen. De reikwijdte van het toepassingsgebied van de regelgeving zal bijgevolg ook een impact hebben op de vermoede verwachting van de Europese gemiddelde consument.

Tot slot zal, in de denkpiste van misleiding van de Europese gemiddelde consument, een niet-discriminerende handelsbelemmering nog moeten beantwoorden aan de '*rule of reason*' en, onder meer, het daarin vooropgestelde proportionaliteitsvereiste.