

CRB 2024-0820

21 maart

2024

ADVIES

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

Inbehandelingneming

Bij brief van 19 januari 2024 hebben de minister van Economie, P.-Y. Dermagne, en de staatssecretaris voor Consumentenbescherming, A. Bertrand, de bijzondere raadgevende commissie "Distributie" (hierna de "brc Distributie") om advies verzocht over een ontwerpbesluit van de Franse Republiek betreffende het informeren van consumenten over de prijs van producten waarvan de hoeveelheid is verlaagd. De brief luidde als volgt (vrije vertaling):

"Dit Franse ontwerpbesluit is bedoeld om omkadering te geven aan de praktijk die bekend staat als "shrinkflation". We vernemen graag uw mening over de reikwijdte van het ontwerp en de gebruikte methodologie. Moet de verplichting tot aanvullende informatie volgens u worden opgelegd aan de distributeurs of de leveranciers, en zullen de consumenten hierdoor beter worden geïnformeerd?"

We zouden het zeer op prijs stellen mocht u ons uw advies uiterlijk op 15 maart willen toesturen."

Hoewel dit verzoek om advies niet rechtstreeks aan hen is gericht, hebben de bijzondere raadgevende commissies "Voeding" (hierna "brc Voeding") en "Verbruik" (hierna "brc Verbruik") gevraagd om betrokken te worden bij het opstellen van een gezamenlijk advies. Binnen de brc Verbruik werd de subcommissie "Handelspraktijken" belast met de opstelling van het advies.

Op 7 februari 2024 vond een vergadering plaats waarop de heer van der Gracht (Kabinet-Dermagne), bijgestaan door mevrouw Michel (Kabinet-Bertrand), het onderwerp toelichtte.

De vergadering werd bijgewoond door: De dames Boval (UCM), Dembour (Fevia), Frère (Test-Aankoop), Gama (Comeos), Meyers (Becom) en Van Overbeke (BV-OECO) en de heren Denoiseux (VBO), Huysmans (Test-Aankoop), Roland (ABVV), Socquet (Unizo) en Vermeulen (Belgapom).

De brc's konden ook rekenen op de deskundige hulp van mevrouw Tran en de heer Restiaux (FOD Economie).

De brc's danken Prof. G. Straetmans (**UAntwerpen**) voor zijn toelichtende nota inzake het Europees recht.

Het ontwerpadvies werd op 15 maart 2024 goedgekeurd door de brc's Distributie en Voeding via schriftelijke procedure en op 21 maart 2024 goedgekeurd door de plenaire

vergadering van de brc Verbruik, voorgezeten door de heer R. Steennot, eveneens via schriftelijke procedure.

Inleiding

Inflatie is altijd een punt van zorg geweest, in de context van verschillende economische beleidsmaatregelen (monetair, consumptie, koopkracht, enz.). Sinds het tweede kwartaal van 2021, vóór de Russische invasie in Oekraïne, staat de inflatie weer bovenaan op de agenda van het economisch beleid (ver boven de doelstelling van twee procent van de ECB). De inflatie bereikte niveaus die ongezien waren sinds de jaren zeventig, met name in de eurozone eind 2022 (HICP-inflatie in België piekte tot meer dan 12% in oktober 2022). In het Verslag Werkgelegenheid-Concurrentievermogen 2023 van 23 oktober 2023 wordt een grondige analyse gemaakt van de oorzaken en gevolgen van de inflatie.

In deze wereldwijde context van sterk stijgende productiekosten is het fenomeen dat bekend staat als "**shrinkflation**" zichtbaarder geworden. Shrinkflation is een commerciële praktijk die wordt toegepast door fabrikanten en/of distributeurs (voor hun eigen merken) waarbij de prijs van een bepaald product behouden blijft terwijl de hoeveelheid in de verpakking wordt verminderd ("inkrimpt"); dit komt in feite neer op een prijsverhoging per eenheid (bijv. per liter of kg). Dit soort commerciële praktijk wordt meestal toegepast om het hoofd te bieden aan een sterke stijging van de productiekosten ((als gevolg van forse stijgingen van de grondstofprijzen, loonkosten en energieprijzen) en om hun marges te behouden zonder de prijs voor de eindklant te beïnvloeden. Dit kan echter een probleem vormen omdat het niet altijd gemakkelijk te detecteren is door consumenten, als ze bij de aankoop niet telkens de prijs per eenheid controleren.

De Franse regering heeft alleszins besloten om in te grijpen en werkt aan een ontwerpbesluit dat niet tot doel heeft om de commerciële praktijk van shrinkflation te verbieden, maar om deze transparant te maken voor consumenten, die geïnformeerd moeten worden voordat ze een aankoop doen. Minister Dermagne en staatssecretaris Bertrand hebben dit ontwerpbesluit in zijn huidige vorm voor advies voorgelegd aan de brc's, met het oog op de overname ervan in België.

Zoals het er nu uitziet, introduceert dit ontwerpbesluit, naast de al wettelijk verplichte prijsinformatie, **een nieuwe specifieke informatieplicht** om consumenten te informeren in het geval van zogenaamde shrinkflation op een bepaald product. Dat wordt als volgt omkaderd:

- op straffe van een administratieve boete van maximaal 15.000 euro zullen de distributeurs rechtstreeks op de verpakking van de producten of op een etiket dat op of in de nabijheid van de producten in kwestie is aangebracht, het volgende moeten vermelden: (1) de vermindering van de verkochte hoeveelheid en (2) de verhoging van de prijs van het product per meeteenheid. Bovendien moeten deze twee gegevens aan de consument worden meegedeeld door middel van een standaardzin die door de distributeurs verplicht moet worden gebruikt: "Voor dit product is de verkochte hoeveelheid veranderd van X naar Y en de prijs ervan per ... (specifieer de betrokken meeteenheid) is verhoogd met ... % of ...€". Deze zin moet "op een zichtbare en leesbare manier" worden aangebracht;
- niet alle distributeurs hoeven echter deze specifieke informatieverplichting voor consumenten te implementeren. Deze verplichting geldt **enkel voor distributeurs die voornamelijk actief zijn in de voedingsmiddelensector** en een winkel exploiteren met een verkoopoppervlakte van meer dan 400 m². Buurtwinkels en internetverkoop vallen hier dus niet onder;
- niet alle producten vallen onder deze specifieke verplichting tot consumenteninformatie. Alleen voorverpakte producten voor massaconsumptie met een constante hoeveelheid (gewicht, volume) waarvan het gewicht of het volume in neerwaartse zin is gewijzigd, vallen onder die verplichting. dit geldt dus niet voor voedingsmiddelen die in variabele hoeveelheden zijn voorverpakt of voor niet-voorverpakte voedingsmiddelen (bulk); en tot slot
- deze specifieke verplichting om de consumenten te informeren moet door de distributeurs worden nageleefd gedurende een periode van 3 maanden vanaf de datum waarop het product in zijn verminderde hoeveelheid te koop wordt aangeboden.

Het ontwerpbesluit werd eind december 2023 door de Franse regering ter kennis gebracht van de Europese Commissie (in het kader van de TRIS-procedure) om na te gaan of het in overeenstemming was met een Europese richtlijn van 2015 inzake de transparantie van nationale technische voorschriften. Het antwoord van de Commissie, dat uiterlijk 28 maart 2024 wordt verwacht, is nog niet bekend. Als de Europese Commissie geen opmerkingen maakt over het meegedeelde ontwerpbesluit, kan het eind maart 2024 worden gepubliceerd in het staatsblad van de Franse Republiek.

Advies

1 Algemene overwegingen

1ste overweging

De brc's "Distributie", "Voeding" en "Verbruik" (hierna "de brc's" genoemd) worden inderdaad altijd graag in een zeer vroeg stadium van het wetgevingsproces geraadpleegd. In dit geval betreuren zij echter de hun opgelegde werkwijze. Naast het feit dat hen geen enkele "Belgische" ontwerp tekst is voorgelegd, wordt hen door deze werkwijze een hele reeks gegevens en informatie onthouden die nodig zijn voor een goed begrip van de ontwerp tekst (of van de bedoelingen van de wetgever) en uiteindelijk voor de beoordeling ervan. Zo werden er door de overheden geen officiële, objectieve cijfergegevens verstrekt over het bestaan en de omvang van het fenomeen "shrinkflation"¹. Dit kan worden verklaard door het feit dat deze handelspraktijk moeilijk op te sporen is, maar ook doordat het ingewikkeld is om een praktijk te melden die niet verboden is (en waarvoor bijvoorbeeld geen specifieke categorie voorzien is op de website van het consumentencontactpunt). Het is op dit moment echter moeilijk in te schatten of een wetgevende tussenkomst op dit gebied in België aangewezen is². De FOD Economie besluit wat hem betreft in zijn nota dat: "Aangezien er bij de Economische Inspectie geen klachten over shrinkflation zijn binnengekomen en deze praktijk niet verboden is zolang de werkelijke nettohoeveelheid van het product duidelijk en correct op de verpakking is vermeld, lijkt het niet nodig om bedrijven te verplichten consumenten erover te informeren dat zij aan shrinkflation doen."

Bovendien werd (opnieuw) geen impactanalyse bij de adviesaanvraag gevoegd. Uiteindelijk heeft de gevolgde werkwijze, die erin bestaat inspiratie te putten uit een Frans ontwerp van regelgeving, tot gevolg dat de brc's niet eens over een memorie van toelichting beschikken. Dit alles heeft tot gevolg dat de brc's geen gefundeerd advies kunnen uitbrengen over het fenomeen shrinkflation dat de wetgever blijkbaar wil

¹ We kunnen we echter al verwijzen naar: (1) een enquête uitgevoerd door het marktonderzoeksbureau IPSOS ([IPSOS GLOBAL INFLATION MONITOR - A 33-country Ipsos Global Advisor survey, november 2023](#)). Hieruit blijkt dat in de 33 onderzochte landen bijna de helft (46%) van de consumenten zegt te hebben gemerkt dat producten in omvang krimpen terwijl de prijs ongewijzigd blijft, en dat "shrinkflation" zich het meest voordoet in Europa [...]. Bovendien vindt gemiddeld 48% van de consumenten wereldwijd de praktijk van "shrinkflation" onaanvaardbaar; (2) een [rapport](#) van de NGO "Foodwatch" en (3) twee (Belgische) wetsvoorstellen van oktober 2023 (Doc 55. [3612](#) et [3610](#)).

reguleren, en zich in het kader van dit advies zullen beperken tot het formuleren van een reeks bedenkingen/vragen.

2^{de} overweging

De brc's wijzen erop dat de handelspraktijk van shrinkflation duidelijk moet worden gedefinieerd als:

het handhaven van de verkoopprijs van een product terwijl de hoeveelheid wordt verminderd zonder dat andere parameters (ingrediënt, enz.) worden gewijzigd, wat logischerwijs leidt tot een verhoging van de prijs per hoeveelheid (bijv. prijs per kilo of per liter);

3^{de} overweging

De brc's herinneren eraan dat de kwaliteit en nauwkeurigheid van consumenteninformatie een sleutelfactor is voor de harmonieuze ontwikkeling van het consumptiegedrag en daarmee van de economie. Ze zijn zich er terdege van bewust dat het van cruciaal belang is dat consumenten in staat zijn om weloverwogen aankoopbeslissingen te nemen. Maar, zoals de adviesnota van Prof. Straetmans aangeeft, toegevoegd als bijlage, het is even noodzakelijk en belangrijk om in gedachten te houden dat dergelijke oplossingen altijd toegesneden moeten blijven op het bereiken van het nagestreefde doel (consumentenbescherming) en niet verder mogen gaan dan wat nodig is om dat doel te bereiken (keuze van de minst ingrijpende maatregel). In het licht hiervan verwijzen de brc's ook naar de principes uiteengezet in hun advies van 22 januari 2020 betreffende een goede regelgeving³.

4^{de} overweging

De brc's wijzen erop dat in oktober 2023 twee wetsvoorstellen betreffende shrinkflation bij de Kamer zijn ingediend⁴.

De brc's wensen de gelegenheid te krijgen om zich hierover uit te spreken als de voorstellen worden doorgezet.

³ <https://www.ccecrb.fgov.be/p/nl/717/sociale-partners-pleiten-voor-betere-regelgeving/5>.

⁴ Doc 55. [3612](#) en [3610](#)

2 Reflecties/vragen

2.1 Over de moeilijkheid om de praktijk van shrinkflation wettelijk te sanctioneren

De brc's begrijpen uit de analyse van de FOD Economie en de nota van Prof. Straetmans dat de handelspraktijk van shrinkflation niet verboden is zolang de werkelijke nettohoeveelheid van het product duidelijk en begrijpelijk op de verpakking wordt vermeld. Met andere woorden, de praktijk van shrinkflation is legaal zolang de correcte informatie wordt vermeld op het product aan de consument. Als het bedrijf echter probeert de consument te misleiden met onjuiste of dubbelzinnige informatie over de nettohoeveelheid, dan wordt shrinkflation een oneerlijke (misleidende) praktijk en is het daarom verboden.

De handelspraktijk "shrinkflation" doet dus vragen rijzen in verband met het verbod op misleidende handelspraktijken, wat aanleiding zou kunnen geven tot de toepassing in de Belgische wetgeving van artikel VI.97 van het WER (waarin de elementen die misleidend kunnen zijn, maximaal geharmoniseerd zijn en dus limitatief worden opgesomd. Het betreft de prijs en de belangrijkste kenmerken van een goed, met inbegrip van de hoeveelheid) en artikel VI.99, §1 WER (omissie van essentiële informatie nodig voor de consument om een besluit te nemen).

Prof. Straetmans wijst er in zijn nota op dat er nog juridische onduidelijkheden bestaan in de Europese wetgeving die bedoeld is om misleiding van consumenten te verbieden. De brc's stellen vast dat het Hof van Justitie heeft aangegeven dat zelfs als fabrikanten of distributeurs (voor hun eigen merken) alle verplichte informatie nauwkeurig en volledig op de verpakking vermelden, de gemiddelde Europese consument in bepaalde situaties nog steeds misleid kan worden.

Het doel van het ontwerpbesluit is juist om te voorkomen dat consumenten worden misleid door shrinkflation. De vraag of shrinkflation al dan niet een misleidende praktijk is, lokt veel discussie uit gezien de juridische onzekerheden die errond blijven hangen. Daarnaast roept de maximale harmonisatie die vereist wordt door richtlijn (EU) 2005/29 betreffende oneerlijke handelspraktijken voor sommige bepalingen de vraag op of het ontwerpbesluit verenigbaar is met het Europese recht. Tenslotte is er geen enkele zekerheid dat het aan de Europese Commissie meegedeelde ontwerpbesluit de toets zal doorstaan. Om deze redenen vragen de brc's zich af of het niet voorbarig is om nu al een standpunt in te nemen over dit ontwerpbesluit en of het niet beter zou zijn om de reactie van de Europese Commissie op dat besluit tegen 28 maart af te wachten alvorens verder te werken rond dit dossier.

2.2 Over het nut van deze verplichting om consumenten beter te informeren en over het opleggen van de specifieke informatieplicht aan fabrikanten of distributeurs van winkels van meer dan 400 m².

In dit stadium, en zolang de reactie van de Europese Commissie op het ontwerpbesluit niet bekend is, is er geen consensus, niet over het nut van een dergelijke verplichting om de consument beter te informeren noch over de categorie van actoren (fabrikanten of distributeurs van winkels van meer dan 400 m²) die zouden moeten instaan voor de uitvoering van de specifieke verplichting om de consument te informeren.

2.3 Over een alternatieve manier om shrinkflation aan te pakken

Voor de brc's zou het wenselijk zijn om te weten, indien de omvang van het fenomeen shrinkflation een actie in België vereist en de Europese Commissie zich niet verzet tegen het Franse ontwerpbesluit, of dit besluit de meest relevante, efficiënte en best controleerbare manier is om een betere consumentenvoorlichting in België te verzekeren in geval van shrinkflation dan wel of er alternatieve oplossingen zijn voor het Franse voorstel.

Bijlage:

Nota door Prof. 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.