CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
V. TRSTENJAK
van 21 oktober 2008 [1]

Inhoud

I — Inleiding . . . . . I - 2954

II — Toepasselijke bepalingen . . . . . I - 2954

A — Gemeenschapsrecht . . . . . I - 2954

B — Nationaal recht . . . . . I - 2958

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen . . . . . I - 2960

IV — Procesverloop voor het Hof . . . . . I - 2962

V — Wezenlijke argumenten van partijen . . . . . I - 2962

Richtlijn 2005/29 . . . . . I - 2962

Artikel 49 EG . . . . . I - 2964

VI — Juridische beoordeling . . . . . I - 2966

A — Opmerkingen vooraf . . . . . I - 2966

B — Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen . . . . . I - 2968

1. Ontvankelijkheid qua voorwerp . . . . . I - 2968

2. Relevantie van de prejudiciële vragen . . . . . I - 2969

C — Verenigbaarheid van artikel 54 van de Belgische wet met richtlijn 2005/29 . . . I - 2972

1. Het begrip „handelspraktijken” in artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 . . I - 2972

2. Personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29 . . . . . I - 2974

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

3. Onderzoek van de structuur van beide regelingen . . . . . I - 2974

a) De voorschriften van richtlijn 2005/29 . . . . . I - 2974

i) Volledige en maximale harmonisatie van de nationale regelingen als doel van de richtlijn . . . . . I - 2974

ii) Structuur van de voorschriften van richtlijn 2005/29 . . . . . I - 2976

b) De voorschriften van de Belgische wet . . . . . I - 2977

4. Intrekking van het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt . . . . . I - 2980

5. Resultaat . . . . . I - 2981

D — Verenigbaarheid van artikel 54 van de Belgische wet met de fundamentele vrijheden . . . . . I - 2981

1. Fundamentele vrijheden als beoordelingsmaatstaf . . . . . I - 2982

2. Werkingssfeer van de fundamentele vrijheden . . . . . I - 2983

a) Vrij verrichten van diensten . . . . . I - 2983

b) Vrije verkeer van goederen . . . . . I - 2983

c) Verhouding tussen het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van goederen . . . . . I - 2984

3. Beperking van de fundamentele vrijheden . . . . . I - 2985

a) Vrij verkeer van goederen . . . . . I - 2985

i) Maatregel van gelijke werking . . . . . I - 2985

— Dassonville-formule . . . . . I - 2985

— Verkoopmodaliteiten . . . . . I - 2986

ii) Voorlopige conclusie . . . . . I - 2987

b) Vrij verrichten van diensten . . . . . I - 2987

4. Rechtvaardiging . . . . . I - 2989

a) Consumentenbescherming als dwingende reden van algemeen belang I - 2989

b) Is een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen geschikt om het beoogde doel te bereiken? . . . . . I - 2990

c) Noodzaak/Evenredigheid . . . . . I - 2990

5. Voorlopige conclusie . . . . . I - 2991

VII — Conclusie . . . . . I - 2992

I — Inleiding

1. De onderhavige zaken betreffen twee verzoeken van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen (België) om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, waarmee het Hof in wezen wordt verzocht om antwoord op de vraag of richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken op de interne markt (hierna: „richtlijn 2005/29") [2] en artikel 49 EG aldus moeten worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan een nationale regeling die gezamenlijke aanbiedingen in beginsel verbiedt.

2. In de hierna te onderzoeken zaken komen wezenlijke aspecten van de harmoniserende regelgeving van de Gemeenschap op het vlak van de consumentenbescherming aan de orde, alsook wezenlijke aspecten van het grensoverschrijdende vrije verkeer van goederen en van de grensoverschrijdende vrijheid van dienstverrichting op de interne markt.

2 — Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad („Richtlijn oneerlijke handelspraktijken") (PB L 149, blz. 22).

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Gemeenschapsrecht*

3. De punten 11 en 17 van de considerans van richtlijn 2005/29 luiden als volgt:

„(11) Het hoge niveau van convergentie dat door de onderlinge afstemming van de nationale bepalingen door deze richtlijn wordt bereikt, zorgt voor een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming. Deze richtlijn voorziet in één algemeen verbod op oneerlijke handelspraktijken die het economische gedrag van consumenten verstoren. De richtlijn geeft ook regels inzake agressieve handelspraktijken, die momenteel niet op communautair niveau gereglementeerd zijn.

[…]

(17) Met het oog op een grotere rechtszekerheid is het wenselijk te bepalen welke handelspraktijken in alle omstandigheden oneerlijk zijn. Bijlage I bevat daarom een uitputtende lijst van deze praktijken. Alleen deze handelspraktijken worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9. De lijst mag alleen worden aangepast door herziening van deze richtlijn."

4. Artikel 2 van de richtlijn bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[…]

d) handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten (hierna: ‚de handelspraktijken' genoemd): iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten;

[…]"

5. In artikel 3, leden 1 en 5, van de richtlijn wordt bepaald:

„(1) Deze richtlijn is van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten, zoals omschreven in artikel 5, vóór, gedurende en na een commerciële transactie met betrekking tot een product.

[…]

(5) De lidstaten kunnen gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12.06.2007 op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of [restrictiever] zijn dan de bepalingen van deze richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. Deze maatregelen moeten onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consu-

menten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen en evenredig zijn met dit doel. De in artikel 18 bedoelde toetsing kan, in voorkomend geval, gepaard gaan met de indiening van een voorstel om deze afwijking voor een beperkte periode te verlengen."

6. Overeenkomstig artikel 4 van de richtlijn mogen de lidstaten geen beperkingen opleggen aan het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.

7. Artikel 5 van de richtlijn, met als opschrift „Verbod op oneerlijke handelspraktijken", bepaalt het volgende:

„(1) Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden.

(2) Een handelspraktijk is oneerlijk wanneer zij:

a) in strijd is met de vereisten van professionele toewijding,

en

b) het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economisch gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het product wezenlijk verstoort of kan verstoren.

(3) Een handelspraktijk die op voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbare wijze het economische gedrag van slechts een duidelijk herkenbare groep consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren, namelijk van consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten, wordt beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Dit laat onverlet de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.

(4) Meer in het bijzonder zijn handelspraktijken oneerlijk die:

a) misleidend zijn in de zin van de artikelen 6 en 7,

of

b) agressief zijn in de zin van de artikelen 8 en 9.

(5) Bijlage I bevat de lijst van handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd. Deze lijst is van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn."

8. Artikel 6 van de richtlijn omschrijft het begrip „misleidende handelspraktijken" als volgt:

„(1) Als misleidend wordt beschouwd 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. […]

(2) Als misleidend wordt eveneens beschouwd een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen, en die het volgende behelst […]."

9. Artikel 8 van de richtlijn omschrijft het begrip „agressieve handelspraktijken" als volgt:

„Als agressief wordt beschouwd een handelspraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen."

10. Artikel 19 van de richtlijn bepaalt:

„De lidstaten dragen zorg voor vaststelling en bekendmaking van de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen om vóór 12.6.2007 aan deze richtlijn te voldoen. […]

Zij passen die bepalingen uiterlijk 12.12.2007 toe. […]"

B — *Nationaal recht*

11. Artikel 54 van de Belgische wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (hierna: „Belgische wet") [3], luidt als volgt:

„Er is gezamenlijk aanbod, als bedoeld in dit artikel, wanneer de al dan niet kosteloze verkrijging van producten, diensten, alle andere voordelen, of titels waarmee men die kan verwerven, gebonden is aan de verkrijging van andere zelfs gelijke producten of diensten.

Behoudens de hierna bepaalde uitzonderingen is elk gezamenlijk aanbod aan de consument, verricht door een verkoper, verboden. Ook verboden is elk gezamenlijk aanbod aan de consument, verricht door verscheidene verkopers die handelen met een gemeenschappelijke bedoeling."

12. De artikelen 55 tot en met 57 van de Belgische wet voorzien in enkele uitzonderingen op dit verbod.

13. Artikel 55 van de Belgische wet luidt als volgt:

„Het is geoorloofd gezamenlijk tegen een totale prijs aan te bieden:

1. producten of diensten die een geheel vormen;

3 — Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (*Belgisch Staatsblad* van 29 augustus 1991, blz. 18712).

[…]

2. gelijke producten of diensten, op voorwaarde:

a) dat elk product en elke dienst afzonderlijk tegen zijn gewone prijs in dezelfde inrichting verkregen kan worden,

b) dat de koper duidelijk ingelicht is over deze mogelijkheid en ook over de afzonderlijke verkoopprijs van elk product en van elke dienst;

c) dat de prijsvermindering die eventueel aan de koper verleend wordt voor het geheel van de producten of diensten, niet meer bedraagt dan één derde van de samengetelde prijzen."

14. Artikel 56 van de Belgische wet bepaalt:

„Het is geoorloofd samen met een hoofdproduct of -dienst gratis aan te bieden:

1. het toebehoren van een hoofdproduct dat de fabrikant ervan specifiek aan het product heeft aangepast, en dat tegelijk ermee wordt geleverd opdat het gebruik van het hoofdproduct uitgebreid of vergemakkelijkt zou worden;

2. de verpakking of de recipiënten die worden gebruikt voor de bescherming en de conditionering van de producten, waarbij de aard en de waarde van deze producten in aanmerking worden genomen,

3. kleine door de handelsgebruiken aanvaarde producten of diensten evenals de levering, de plaatsing, de regeling en het onderhoud van de verkochte producten;

4. monsters uit het assortiment van de fabrikant of van de verdeler van het hoofdproduct, voor zover die worden aangeboden in een hoeveelheid of maat die volstrekt noodzakelijk is voor de beoordeling van de eigenschappen van het product;

5. chromo's, vignetten en andere beelden met geringe handelswaarde;

6. titels tot deelneming aan wettig toegestane loterijen;

7. voorwerpen waarop onuitwisbare en duidelijk zichtbare reclameopschriften zijn aangebracht, welke als dusdanig niet in de handel voorkomen, op voorwaarde dat de prijs, waartegen de aanbieder ze heeft gekocht, niet meer bedraagt dan 5 pct. van de verkoopprijs van het hoofdproduct of -dienst, waarbij zij worden gegeven."

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

15. Het hoofdgeding in zaak C-261/07 heeft betrekking op een vordering van VTB-VAB (hierna: „VTB"), een onderneming die hulp verleent bij autopech en ongevallen, tegen Total Belgium NV (hierna: „Total"), een dochtervennootschap van de Total-groep, die hoofdzakelijk brandstof in tankstations verkoopt.

16. Sedert 15 januari 2007 biedt Total consumenten die een TOTAL-CLUB-kaart bezitten, voor elke tankbeurt van ten minste 25 liter brandstof voor het eigen motorvoertuig of van ten minste 10 liter voor de eigen bromfiets gratis drie weken hulp bij pech aan (TOTAL ASSISTANCE).

17. Op 5 februari 2007 heeft VTB bij de Rechtbank van koophandel te Antwerpen tegen Total Belgium NV staking van deze handelspraktijk gevorderd, op grond dat deze een bij artikel 54 van de Belgische wet verboden gezamenlijk aanbod uitmaakt.

18. In zaak C-299/07 betreft het hoofdgeding een vordering van BVBA Galatea, een onderneming die te Schoten (België) een lingeriezaak exploiteert, tegen Sanoma Magazines Belgium NV, een dochtervennootschap van de Finse Sanoma-groep (hierna: „Sanoma") die onder andere tijdschriften voor vrouwen uitgeeft, waaronder het weekblad „Flair".

19. De uitgave van het weekblad „Flair" van 13 maart 2007 bevatte een 47 bladzijden tellende bijlage met een kortingbon, tegen inlevering waarvan verschillende lingeriezaken in de periode van 13 maart tot en met

15 mei 2007 een korting van 15 tot 25 procent op verschillende producten verleenden.

20. Op 22 maart 2007 heeft Galatea staking van deze handelspraktijk gevorderd voor de Rechtbank van koophandel te Antwerpen, op grond dat deze praktijk onder andere artikel 54 van de Belgische wet schendt.

21. Ofschoon de Rechtbank van koophandel te Antwerpen er in haar verwijzingsvonnissen op wijst dat de termijn voor de uitvoering van richtlijn 2005/29/EG destijds nog niet was verstreken, twijfelt zij aan de verenigbaarheid van het in artikel 54 van de Belgische wet vervatte verbod van gezamenlijke aanbiedingen met richtlijn 2005/029/EG alsook — althans in zaak C-299/07 — met artikel 49 EG. Daarop heeft zij besloten de behandeling van deze zaken te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

In zaak C-261/07

„Verzet richtlijn 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken zich tegen een nationale bepaling, zoals die van artikel 54 van de Belgische wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument die — behoudens in de gevallen die limitatief in de wet worden opgesomd — elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument verbiedt, daaronder begrepen het gezamenlijk aanbod van een product, dat de consument moet kopen en een gratis dienst, waarvan de verwerving gebonden is aan de aankoop van het product, en dit ongeacht de omstandigheden van de zaak, inzonderheid ongeacht de invloed die het concrete aanbod op de gemiddelde consument kan hebben en ongeacht of dat aanbod in de concrete omstandigheden als strijdig met de professionele toewijding of de eerlijke handelsgebruiken kan beschouwd worden?"

In zaak C-299/07

„Verzet artikel 49 EG inzake vrij verkeer van diensten alsmede richtlijn 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken zich tegen een nationale bepaling, zoals die van artikel 54 van de Belgische wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument die — behoudens in de gevallen die limitatief in de wet worden opgesomd — elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument verbiedt, waarbij de al dan niet kosteloze verkrijging van producten, diensten, voordelen of titels waarmee men die kan verkrijgen, gebonden is aan de verkrijging van andere zelfs gelijke producten of diensten, en dit ongeacht de omstandigheden van de zaak, inzonderheid ongeacht de invloed die het concrete aanbod op de gemiddelde consument kan hebben en ongeacht of dat aanbod in de concrete omstandigheden als strijdig met de professionele toewijding of de eerlijke handelsgebruiken kan beschouwd worden?"

IV — Procesverloop voor het Hof

22. De verwijzingsvonnissen van 24 mei 2007 (zaak C-261/07) en 21 juni 2007 (zaak C-299/07) zijn op 1 juni 2007 respectievelijk 27 juni 2007 binnengekomen ter griffie van het Hof.

23. Bij beschikking van 29 augustus 2007 heeft de president deze zaken gevoegd.

24. VTB, Total, Sanoma en de regeringen van het Koninkrijk België, de Franse Republiek, het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek, alsook de Commissie hebben overeenkomstig artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie schriftelijke opmerkingen ingediend.

25. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Hof een vraag gesteld aan de partijen, die daarop hebben geantwoord.

26. Ter terechtzitting van 18 juni 2008 zijn de gemachtigden van VTB, Total en Sanoma, de gemachtigden van de regeringen van het Koninkrijk België, de Franse Republiek en het Koninkrijk Spanje alsmede de gemachtigde van de Commissie verschenen om opmerkingen te maken.

V — Wezenlijke argumenten van partijen

Richtlijn 2005/29

27. In beide zaken legt de verwijzende rechter het Hof in wezen de vraag voor of het verbod van gezamenlijke aanbiedingen waarin artikel 54 van de Belgische wet voorziet, verenigbaar is met richtlijn 2005/29.

28. VTB betwist in de eerste plaats de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag, aangezien deze betrekking heeft op de uitlegging van een richtlijn waarvan de uitvoeringstermijn ten tijde van de in geding zijnde feiten nog niet was verstreken.

29. Om dezelfde reden menen de Spaanse en de Belgische regering dat de richtlijn in casu niet van toepassing is, zonder evenwel uitdrukkelijk de niet-ontvankelijkheid in te roepen. Zij stellen met name dat de rechter een nationale regeling niet wegens schending van de richtlijn buiten toepassing kan laten zolang de termijn voor de uitvoering van deze laatste nog niet is verstreken.

30. Ten gronde stellen Total, Sanoma, de Portugese regering en de Commissie dat de richtlijn in de weg staat aan een verbod van gezamenlijke aanbiedingen zoals neergelegd in artikel 54 van de Belgische wet.

31. Volgens Sanoma, Total en de Commissie vallen gezamenlijke aanbiedingen onder het begrip „handelspraktijk" in de zin van de richtlijn. Daar deze richtlijn een volledige harmonisatie op het vlak van de oneerlijke handelspraktijken tot stand brengt, mogen enkel en alleen die praktijken „onder alle omstandigheden" worden verboden, die overeenkomstig artikel 5, lid 5, van de richtlijn in bijlage I bij de richtlijn zijn vermeld. Aangezien gezamenlijke aanbiedingen niet in die bijlage zijn vermeld, mogen zij niet als zodanig worden verboden, maar enkel wanneer de nationale rechter, rekening houdend met de concrete omstandigheden van het betrokken geval, vaststelt dat de voorwaarden van artikel 5 van de richtlijn zijn vervuld. Het principiële verbod waarin artikel 54 van de Belgische wet voorziet, is dan ook in strijd met de richtlijn. De Commissie voegt daaraan toe dat dit verbod in ieder geval niet noodzakelijk is voor een gepaste bescherming van de consument tegen oneerlijke handelspraktijken, en evenmin evenredig is aan dit doel.

32. De Portugese regering geeft enkel te kennen dat artikel 54 van de Belgische wet de richtlijn schendt voor zover het een algemeen verbod stelt op gezamenlijke aanbiedingen, zulks niettegenstaande het feit dat in de artikelen 55 en 56 van de Belgische wet een aantal uitzonderingen zijn vastgesteld.

33. VTB en de Belgische en de Franse regering verdedigen het tegenovergestelde standpunt.

34. VTB stelt dat gezamenlijke aanbiedingen niet onder het begrip „handelspraktijk" in de zin van de richtlijn vallen, zodat deze laatste er ook niet op van toepassing is. In ieder geval staat artikel 5 van de richtlijn er niet aan in de weg dat de lidstaten nog andere dan de in bijlage I vermelde oneerlijke handelspraktijken vaststellen.

35. Ook volgens de Belgische regering vallen gezamenlijke aanbiedingen niet onder het begrip „handelspraktijk" in de zin van de richtlijn. Zij verduidelijkt dat gezamenlijke aanbiedingen veeleer vallen binnen de werkingssfeer van het voorstel voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt [4], waarin gezamenlijke aanbiedingen op een andere wijze worden geregeld dan de onder de richtlijn

4 — Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de verkoopbevordering in de interne markt, COM(2001) 546 def. (COD 2001/0227), overgelegd op 4 oktober 2001 (PB C 75 E, blz. 11).

vallende handelspraktijken. Aangezien dit voorstel pas in 2006 is ingetrokken, zijn de Belgische autoriteiten er terecht van uitgegaan dat gezamenlijke aanbiedingen geen „handelspraktijken" uitmaken. Bij de uitvoering van de richtlijn heeft de Belgische wetgever het derhalve niet nodig geacht, artikel 54 van de Belgische wet te wijzigen of aan de criteria van artikel 5 van de richtlijn te toetsen.

36. De argumenten van de Franse regering komen in wezen overeen met die van de Belgische regering. De Franse regering voegt daar nog aan toe dat ook indien de richtlijn de lidstaten verplicht oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten te verbieden, dit gebod de lidstaten in ieder geval niet belet om ter bescherming van de consument ook andere handelspraktijken te verbieden, ongeacht of die oneerlijk zijn in de zin van de richtlijn. Daartoe behoren ook gezamenlijke aanbiedingen, die buiten de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

Artikel 49 EG

37. In zaak C-299/07 stelt de verwijzende rechter daarenboven de vraag of artikel 49 EG in de weg staat aan het verbod van gezamenlijke aanbiedingen waarin artikel 54 van de Belgische wet voorziet.

38. Volgens VTB en de Spaanse, de Belgische en de Franse regering moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

39. Volgens VTB leidt het kwestieuze verbod, dat zonder onderscheid op handelaars in België en op handelaars in andere lidstaten van toepassing is, niet tot extra economische of administratieve kosten voor laatstgenoemde handelaars, die het vrij verrichten van diensten zouden kunnen belemmeren. In ieder geval is een dergelijk verbod om redenen van algemeen belang en in het bijzonder om redenen van consumentenbescherming gerechtvaardigd.

40. Volgens de Belgische en de Franse regering is artikel 49 EG niet relevant voor de beantwoording van de prejudiciële vraag. De Franse regering wijst erop dat de ter discussie staande aanbiedingen hoofdzakelijk betrekking hadden op de verkoop van goederen

(brandstof in zaak C-261/07 en lingerie in zaak C-299/07) en niet op diensten. Indien de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat zij niet in de weg staat aan de Belgische wet, moet het verbod van gezamenlijke aanbiedingen dus veeleer worden uitgelegd in het licht van artikel 28 EG, inzake het vrije verkeer van goederen, waarnaar de verwijzende rechter in zijn verwijzingsvonnissen trouwens verwijst.

41. Het verbod van gezamenlijke aanbiedingen waarin de Belgische wet voorziet, heeft dus betrekking op een verkoopmodaliteit in de zin van het arrest Keck en Mithouard (arrest van 24 november 1993, C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097). Aangezien voldaan is aan beide in dit arrest gestelde voorwaarden, kan het voornoemde verbod geen belemmering van het vrije verkeer van goederen uitmaken. Het verbod is van toepassing op alle marktdeelnemers die hun activiteit op het Belgische grondgebied uitoefenen, en betreft feitelijk en rechtens zowel het op de markt brengen van nationale producten als van producten uit andere lidstaten. Ten slotte stelt de Franse regering dat het kwestieuze verbod in ieder geval gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, in het bijzonder om redenen van consumentenbescherming en handhaving van de eerlijke mededinging. Daarenboven is dit verbod ook evenredig aan deze doelen, daar in verschillende uitzonderingen is voorzien.

42. Volgens de Spaanse regering is artikel 49 EG niet van toepassing op een louter interne situatie zoals in casu aan de orde, waarin alle elementen tot één lidstaat zijn beperkt. Het onderhavige geval betreft in België gevestigde ondernemingen die op het Belgische grondgebied diensten aanbieden.

43. Sanoma, de Portugese regering en, tot op zekere hoogte, de Commissie gaan er daarentegen van uit dat het verbod van gezamenlijke aanbiedingen krachtens artikel 54 van de Belgische wet, de in artikel 49 EG gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting beperkt.

44. Sanoma voert in het bijzonder aan dat haar recht op het vrij verrichten van diensten is geschonden voor zover zij in België niet op dezelfde wijze reclame kan maken ter bevordering van haar verkoop als in andere lidstaten, die gezamenlijke aanbiedingen wel toestaan (met name Nederland en Luxemburg). Sanoma stelt voorts dat haar Belgische klanten ten gevolge van het verbod geen gebruik kunnen maken van kortingbonnen voor hotels in Vlaanderen en Nederland die worden aangeboden in Nederlandse — maar

ook in geheel België uitgegeven — tijdschriften. Volgens Sanoma kan het ter discussie staande verbod in het licht van de volledige harmonisatie door de richtlijn ook niet worden gerechtvaardigd. In ieder geval is een dergelijk verbod noch noodzakelijk om de consument te beschermen en een eerlijke mededinging te verzekeren, noch evenredig aan deze doelstellingen.

45. De Commissie geeft een eerder dubbelzinnig antwoord.

46. Hoewel de Commissie soortgelijke argumenten aanvoert als de Franse regering, gaat zij ervan uit dat het onderhavige geval in beginsel aan artikel 28 EG moet worden getoetst, maar dat het in geding zijnde verbod van gezamenlijke aanbiedingen overeenkomstig het arrest Keck en Mithouard buiten de werkingssfeer van deze bepaling valt. Volgens de Commissie hoeft evenmin te worden overgegaan tot een toetsing aan de vrijheid van dienstverrichting, aangezien deze vrijheid in omstandigheden als de onderhavige volgens de rechtspraak van het Hof volledig ondergeschikt is aan het vrije verkeer van goederen en daarmee kan worden verbonden (zie met name arrest van 22 januari 2002, Canal Satélite Digital, Jurispr. blz. I-607, punt 31). De Commissie wijst er bovendien op dat de verwijzende rechter in zijn uiteenzettingen in de verwijzingsvonnissen een eventuele beperking van het vrije verrichten van diensten buiten beschouwing laat.

47. De Commissie onderzoekt deze vraag louter uit voorzorg en komt daarbij tot de conclusie dat het verbod van gezamenlijke aanbiedingen een belemmering van het vrije verrichten van diensten uitmaakt, die verder gaat dan nodig om de doelstellingen inzake consumentenbescherming en eerlijke handel te bereiken.

VI — Juridische beoordeling

A — *Opmerkingen vooraf*

48. Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 strekt tot invoering van een uniform regelgevend kader voor de regelingen inzake oneerlijke handelspraktijken jegens de consument. Blijkens punt 5 van de considerans ervan moet dit

doel worden bereikt door een harmonisatie van het recht inzake oneerlijke mededinging in de lidstaten van de Gemeenschap, teneinde belemmeringen op de interne markt weg te nemen. [5] Deze richtlijn heeft dus een volledige harmonisatie van dit domein op het niveau van de Gemeenschap tot doel. [6]

49. Overeenkomstig artikel 20 van richtlijn 2005/29 is deze laatste in werking getreden op de dag volgende op die van de bekendmaking ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, dat wil zeggen op 12 juni 2005. Krachtens artikel 19, lid 1, van deze richtlijn moesten de lidstaten hieraan door vaststelling van de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vóór 12 juni 2007 uitvoering geven, waarbij voor bepaalde strengere nationale regelingen evenwel in een aanvullende overgangsperiode van zes jaar was voorzien. Voornoemde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen hoefden echter pas vanaf 12 december 2007 te worden toegepast.

50. Deze uitvoeringsverplichting is het Koninkrijk België formeel nagekomen door vaststelling van de wet van 5 juni 2007 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument [7], die op 1 december 2007 in werking is getreden. In zijn verwijzingsvonnissen verwijst de verwijzende rechter echter naar een oudere nationale bepaling, te weten artikel 54 van de Belgische wet, die reeds vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2005/29 gold, en uit hij twijfel over de verenigbaarheid van deze bepaling met het gemeenschapsrecht.

5 — Op normatief vlak geeft richtlijn 2005/29 uitvoering aan de zienswijze van de Commissie over de toekomst van de consumentenbescherming in de Europese Unie, zoals uiteengezet in haar groenboek van 2 oktober 2001 (COM(2001) 531 def.). Daarin klaagt de Commissie erover dat de mogelijkheden die de interne markt voor consumenten biedt, niet zijn verwezenlijkt en dat de ontwikkeling van de b2c-verrichtingen op deze interne markt voor consumenten ("b2c" is de afkorting voor „Business to Consumer", dat wil zeggen communicatie en handelsbetrekkingen tussen ondernemingen en particulieren, in tegenstelling tot de communicatie en de handelsbetrekkingen tussen ondernemingen of tussen deze ondernemingen en autoriteiten, die tot de zogenaamde „b2b"-sector behoren) geen gelijke tred houdt met de voortschrijdende ontwikkeling van de interne markt zelf. Slechts bij wijze van uitzondering maakt de consument gebruik van de onmiddellijke voordelen van de interne markt door grensoverschrijdend in te kopen. Volgens de Commissie ligt de oorzaak hiervoor in een versnipperde nationale regelgeving en in een versnipperd handhavingssysteem, wat de consument afschrikt. Zij bepleit onder andere de vaststelling van een Europese kaderrichtlijn teneinde de nationale voorschriften inzake eerlijke handelspraktijken op het b2c-gebied te harmoniseren. De ideeën van de Commissie voor de opbouw van deze kaderrichtlijn hebben ingang gevonden in de huidige richtlijn 2005/29.

6 — Zo ook Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, nr. 8/9, blz. 629, 630; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, blz. 14, 51, 53; Micklitz, H.-W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel 2006, blz. 299, 306; Kessler, J., „Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, nr. 7, 2007, blz. 716; De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turijn 2007, blz. 32 en volgende; Di Mauro, L., „L'iter normativo: Dal libro verde sulla tutela die consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali", Le *pratiche commerciali — Direttive comunitaria ed ordenamento italiano*, Milaan 2007, blz. 26, die stelt dat richtlijn 2005/29 tot volledige harmonisatie van de nationale regelingen strekt.

7 — Wet van 5 juni 2007 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *Belgisch Staatsblad* van 21 juni 2007, nr. 189, blz. 34272.

B — *Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen*

1. Ontvankelijkheid qua voorwerp

51. In het kader van een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG kunnen uitleggingsvragen enkel betrekking hebben op bepalingen van gemeenschapsrecht. Daartoe behoren zowel bepalingen van primair als van afgeleid recht. De door de Rechtbank van koophandel voorgelegde prejudiciële vragen zijn derhalve qua voorwerp ontvankelijk, voor zover het Hof daarmee om uitlegging van artikel 49 EG en van richtlijn 2005/29 wordt verzocht.

52. Het feit dat de termijn voor de uitvoering van richtlijn 2005/29 nog niet was verstreken toen de verwijzende rechter besloot, het Hof om uitlegging van deze communautaire regeling te verzoeken, is mijns inziens zonder belang voor de ontvankelijkheid van de verzoeken om een prejudiciële beslissing, daar richtlijn 2005/29 in ieder geval op 12 juni 2005 in werking is getreden en ten aanzien van de lidstaten dus reeds als bindend rechtsinstrument bestond. [8]

53. Krachtens artikel 234 EG is het Hof bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de geldigheid en de uitlegging van handelingen van de instellingen van de Gemeenschap, ongeacht of deze rechtstreekse werking hebben of niet. [9] Een richtlijn waarvan de uitvoeringstermijn nog niet is verstreken, vormt een dergelijke handeling, en een prejudiciële verwijzing daarover kan aan het Hof worden voorgelegd wanneer die verwijzing voor het overige voldoet aan de in de rechtspraak van het Hof gestelde ontvankelijkheidsvoorwaarden. [10]

8 — Zoals advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie van 24 april 1997 in de zaak Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punt 30) heeft uiteengezet, is het niet zo dat de verplichting tot uitvoering van de richtlijn pas ontstaat op het moment waarop de uitvoeringstermijn verstrijkt. Deze verplichting ontstaat daarentegen reeds op de dag waarop de richtlijn overeenkomstig artikel 254 EG in werking treedt of van kracht wordt. Overeenkomstig artikel 254, lid 1, EG treden de volgens de procedure van artikel 251 vastgestelde richtlijnen in werking op de datum die zij daartoe bepalen. Zoals reeds vermeld, was dit in casu 12 juli 2005. Volgens Hoffmann, C., „Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, nr. 46, blz. 2113 en volgende, ontstaan er reeds rechtsgevolgen in de fase vóór het verstrijken van de uitvoeringstermijn. Door de inwerkingtreding van de richtlijn is de harmonisatiedoelstelling van de Gemeenschap definitief geconcretiseerd en het bevel tot uitvoering aan de lidstaten gegeven. Derhalve is de richtlijn voor wat betreft haar doelstellingen bindend en in dat opzicht maakt zij reeds deel uit van het nationale rechtsstelsel.

9 — Arresten van 20 mei 1976, Mazzalai (111/75, Jurispr. blz. 657, punt 7); 10 juli 1997, Maso e.a. (C-373/95, Jurispr. blz. I-4051, punt 28); 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco (C-491/01, Jurispr. blz. I-11453, punt 32).

10 — Arrest British American Tobacco (Investments) en Imperial Tobacco (aangehaald in voetnoot 9, punt 33).

2. Relevantie van de prejudiciële vragen

54. Wat betreft de relevantie van de prejudiciële vragen voor de beoordeling van het hoofdgeding zij eraan herinnerd dat de bij artikel 234 EG ingestelde prejudiciële procedure een instrument voor de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties is, dat het Hof in staat stelt de nationale rechter de elementen voor uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die laatstbedoelde nodig heeft om uitspraak te kunnen doen in het bij hem aanhangige geding. [11]

55. In het kader van deze samenwerking is het uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden. [12]

56. Het Hof heeft evenwel ook geoordeeld dat het in uitzonderlijke omstandigheden aan hem staat om, ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechter, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [13]

57. Noch VTB, noch de Spaanse of de Belgische regering hebben echter steekhoudende argumenten aangevoerd ter onderbouwing van de stelling dat de uitlegging van richtlijn 2005/29 irrelevant is voor de beslechting van het hoofdgeding. Veeleer duiden meerdere elementen erop dat de prejudiciële vragen relevant zijn voor de beoordeling van het hoofdgeding.

58. Zo moet worden vastgesteld dat de gebeurtenissen die aan de hoofdgedingen ten grondslag liggen, enkele maanden vóór het verstrijken van de uitvoeringstermijn op 12 juni 2007 hebben plaatsgevonden. Op dat ogenblik was het nationale recht nog niet aangepast en niets wees erop dat het Koninк-

11 — Zie o.a. arresten van 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 22), en 5 februari 2004, Schneider (C-380/01, Jurispr. blz. I-1389, punt 20).

12 — Arrest Schneider (aangehaald in voetnoot 11, punt 21).

13 — Zie o.a. arresten van 16 december 1981, Foglia/Novello (244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 18); 15 juni 1995, Zabala Erasun e.a. (C-422/93–C-424/93, Jurispr. blz. I-1567, punt 29); 12 maart 1998, Djabali (C-314/96, Jurispr. blz. I-1149, punt 19), en arrest Schneider (aangehaald in voetnoot 11, punt 22). Zie conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 18 januari 2005 in de zaak Längst (C-165/03, Jurispr. blz. I-5640, punt 45), en het arrest van 30 juni 2005 in deze zaak (Jurispr. blz. I-5637, punten 30-35).

rijk België overwoog het principiële verbod van gezamenlijke aanbiedingen af te schaffen. Blijkens de verwijzingsvonnissen was ook de verwijzende rechter zich hiervan bewust. [14]

59. Indien niet kan worden uitgesloten dat de Belgische wet onverenigbaar is met richtlijn 2005/29, zou de nationale rechter, in zijn hoedanigheid van functionele gemeenschapsrechter, desnoods gehouden zijn de betrokken nationale bepaling buiten toepassing te laten. Dat volgt uit de voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht [15], en in het bijzonder uit de in de rechtspraak van het Hof bevestigde verplichting van de lidstaten krachtens artikelen 10, lid 2, EG en 249, lid 3, EG, om alle maatregelen te nemen die vereist zijn om het door de betrokken richtlijn voorgeschreven doel te bereiken.

60. De verplichting zich te onthouden van alles wat ertoe kan leiden dat de doelstelling van een richtlijn niet wordt verwezenlijkt, hangt daar eveneens mee samen. Volgens de rechtspraak van het Hof volgt uit voornoemde bepalingen van het Verdrag, gelezen in samenhang met de betrokken richtlijn, dat de lidstaten tot welke de richtlijn is gericht zich tijdens de termijn voor uitvoering daarvan dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden kunnen brengen. [16] Deze verplichting om niet te doen geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten, met inbegrip van de rechterlijke instanties binnen het kader van hun bevoegdheden. [17] Deze moeten in voorkomend geval nagaan of nationale rechtsinstrumenten die zijn vastgesteld vóór het verstrijken van de uitvoeringstermijn, de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat niet in gevaar brengen. [18]

61. Dienovereenkomstig heeft het Hof in het arrest Adeneler [19] geoordeeld dat de rechterlijke instanties van de lidstaten zich vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van een richtlijn zoveel mogelijk dienen te onthouden van een uitlegging van het interne recht die, na het verstrijken van de uitvoeringstermijn, de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen. Daarenboven moet er rekening mee worden gehouden dat volgens de rechtspraak van het Hof niet alleen nationale bepalingen die uitdrukkelijk strekken tot uitvoering van een richtlijn

14 — De verwijzende rechter stelt in punt 5 van beide verwijzingsvonnissen in de eerste plaats vast dat „[richtlijn 2005/29] inderdaad niet in een verbod tot gezamenlijk aanbod [voorziet], zodat de wetgever wellicht artikel 54 [van de Belgische wet] zal moeten aanpassen hetzij afschaffen en/of zodat de rechtbanken — na het verstrijken van de omzettingstermijn — dit verbod wellicht zullen mogen en moeten buiten toepassing laten in zoverre het verplichtingen oplegt die de richtlijn niet meer toelaat". Vervolgens stelde de verwijzende rechter vast dat „het erop [lijkt] dat de Belgische Overheid de afschaffing van dit principieel verbod op gezamenlijk aanbod niet overweegt".

15 — Zie o.a. arresten van 5 februari 1963, Van Gend & Loos (26/62, Jurispr. blz. 3); 15 juli 1964, Costa/E.N.E.L. (6/64, Jurispr. blz. 1253); 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Jurispr. blz. 1125), en 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, Jurispr. blz. 629).

16 — Arresten van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punt 45); 8 mei 2003, ATRAL (C-14/02, Jurispr. blz. I-4431, punt 58); 22 november 2005, Mangold (C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punt 67), en 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 121).

17 — Arresten van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8), en 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26), alsook arrest Inter-Environnement Wallonie (aangehaald in voetnoot 16, punt 40), en arresten van 25 februari 1999, Carbonari e.a. (C-131/97, Jurispr. blz. I-1103, punt 48), en 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 110).

18 — Arrest Inter-Environnement Wallonie (aangehaald in voetnoot 16, punt 46). Zo ook Vcelouch, P., *Kommentar zu EUI- und EG-Vertrag* (ed. Heinz Mayer), Wien 2004, Art. 249, punt 45, blz. 16.

19 — Arrest Adeneler e.a. (aangehaald in voetnoot 16, punt 123).

binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, maar — vanaf de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn — ook de reeds bestaande nationale bepalingen waarmee wordt gewaarborgd dat het nationale recht in overeenstemming is met de richtlijn. [20]

62. Indien dus in casu bij de nationale rechter zoals het vermoeden rijst dat nationale voorschriften verhinderen dat de doelstelling van een weldra om te zetten richtlijn na het verstrijken van de uitvoeringstermijn ervan wordt verwezenlijkt [21], moet hij reeds tijdens de uitvoeringsfase de vereiste maatregelen nemen. Daartoe behoort in beginsel ook de optie het andersluidende nationale recht buiten toepassing te laten, voor zover een richtlijnconforme uitlegging van het geldende recht uitgesloten is. [22]

63. Indien artikel 54 van de Belgische wet buiten toepassing wordt gelaten, zal de verwijzende rechter de door VTB en Galatea tegen Total respectievelijk Sanoma ingestelde vorderingen tot staking naar alle waarschijnlijkheid ten dele moeten afwijzen.

64. Gelet op een en ander kan de relevantie van de prejudiciële vragen voor de beslechting van het hoofdgeding niet worden ontkend.

20 — Arrest van 7 september 2006, Cordero Alonso (C-81/05, Jurispr. blz. I-7569, punt 29).

21 — De nationale rechter kan enkel ingrijpen indien het risico bestaat dat na het verstrijken van de uitvoeringstermijn afbreuk wordt gedaan aan de doelstellingen van de richtlijn (zo ook Hoffmann, C., „Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, nr. 46, blz. 2116). Zo ook Schroeder, W., *EUV/EGV Kommentar* (ed. Rudolf Streinz), Art. 249 EGV, punt 139, blz. 2197, volgens wie een verplichting voor de autoriteiten en rechterlijke instanties tot richtlijnconforme uitlegging slechts bij wijze van uitzondering kan worden aangenomen, wanneer wetgevende uitvoeringsmaatregelen doen vermoeden dat deze ertoe strekken de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn definitief te verhinderen.

22 — De verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme uitlegging wordt evenwel begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en kan derhalve niet dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht (zie arrest van 8 oktober 1987, Kolpinghuis, 80/86, Jurispr. blz. 3969, punt 13; arrest Adeneler e.a., aangehaald in voetnoot 16, punt 110, alsook arrest van 15 april 2008, Impact, C-268/06, Jurispr. blz. I-2483, punt 100; zie ook arrest van 16 juni 2005, Pupino, C-105/03, Jurispr. blz. I-5285, punten 44 en 47). Voor zover een richtlijn echter rechtstreekse werking heeft, geldt de algemene verplichting tot gemeenschapsrechtconforme uitlegging. Op grond daarvan dient de nationale rechter, indien conforme toepassing niet mogelijk is, is het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, waartoe hij zo nodig alle bepalingen buiten toepassing dient te laten die in het betrokken geval tot een met het gemeenschapsrecht strijdig resultaat zouden leiden (zie arresten van 21 mei 1987, Albako, 249/85, Jurispr. blz. 2345, punten 13 e.v.; 4 februari 1988, Murphy, 157/86, Jurispr. blz. 673, punt 11, en 26 september 2000, Engelbrecht, C-262/97, Jurispr. blz. I-7321, punt 40, alsook Schroeder, W., aangehaald in voetnoot 21, Art. 249 EGV, punt 127, blz. 2195).

65. De verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn derhalve ontvankelijk.

C — *Verenigbaarheid van artikel 54 van de Belgische wet met richtlijn 2005/29*

1. Het begrip „handelspraktijken" in artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29

66. In het kader van een procedure krachtens artikel 234 EG is het Hof niet bevoegd over de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht te oordelen. Het Hof is wel bevoegd de nationale rechter alle uitleggingsgegevens betreffende het gemeenschapsrecht te verschaffen welke die rechter in staat kunnen stellen die verenigbaarheid te beoordelen met het oog op het vonnis in de voor hem aanhangige zaak. [23]

67. Beide prejudiciële verzoeken strekken ertoe te laten vaststellen of richtlijn 2005/29 in de weg staat aan een nationale bepaling als artikel 54 van de Belgische wet. Daartoe moet in de eerste plaats worden onderzocht of deze bepaling qua voorwerp binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt.

68. Bepalend hiervoor is het antwoord op de vraag of gezamenlijke aanbiedingen als „handelspraktijken" in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29 kunnen worden beschouwd. Deze bepaling bevat een ruime definitie van „handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten", waaronder mijns inziens zonder meer het begrip „gezamenlijk aanbod" valt.

69. Gezamenlijke aanbiedingen berusten op het samenvoegen tot één verkoopeenheid van ten minste twee verschillende goederen of diensten die worden aangeboden. Van een gezamenlijk aanbod is dus enkel sprake wanneer de samenstellende delen van de eenheid uit twee of meer onderscheiden goederen of diensten bestaan. De wijze van samenvoeging en dus de voorwaarden waaraan de aanbieders deze gezamenlijke aanbiedingen koppelen en waartegen zij deze op de markt brengen, vormen de wezen-

23 — Zie o.a. arrest Costa/E.N.E.L. (aangehaald in voetnoot 15), en arresten van 29 november 2001, De Coster, (C-17/00, Jurispr. blz. I-9445, punt 23), en 16 januari 2003, Pansard e.a. (C-265/01, Jurispr. blz. I-683, punt 18).

lijke kenmerken op grond waarvan kan worden onderscheiden tussen de verschillende vormen waarin de verbinding tussen de samenstellende delen tot stand kan worden gebracht. [24] Vanuit economisch perspectief vormen gezamenlijke aanbiedingen een maatregel van prijs- en communicatiebeleid, die tot de belangrijkste domeinen van het marketingbeleid behoren. Aangezien slechts weinig markten vrij van concurrentie zijn en de aanbieder die reclame maakt nagenoeg steeds concurrentie ondervindt van andere aanbieders, moeten de marktdeelnemers, om zich van hun concurrenten te onderscheiden, aanbiedingen creëren die niet alleen interessant zijn maar ook een sterke aantrekkingskracht uitoefenen op de respectieve consumenten. Gezamenlijke aanbiedingen strekken ertoe, de klant tot aankoop te stimuleren door de ongewone samenvoeging van verschillende goederen of diensten in één aanbod en door het daadwerkelijke of schijnbare prijsvoordeel dat ten gevolge van deze combinatie ontstaat. Zij strekken er dus met andere woorden toe klanten te lokken en de onderneming meer mogelijkheden tot klantenwerving te geven. [25]

70. Rekening houdend met de aldus omschreven functie van gezamenlijke aanbiedingen en met de wijze waarop de consument er in het dagelijkse leven mee wordt geconfronteerd, dienen deze logischerwijze te worden gedefinieerd als handelingen dan wel commerciële mededelingen, inclusief reclame en marketing, van een ondernemer, die rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering of de verkoop. Daarmee beantwoorden zij in ieder geval aan het begrip „handelspraktijk" in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2005/29. De in artikel 54 van de Belgische wet geregelde gezamenlijke aanbiedingen vallen dus binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2005/29.

24 — De mate van samenvoeging, de rol die de onderdelen van het gezamenlijke aanbod spelen (bijvoorbeeld belangrijkste of bijkomstige bestanddeel), alsook het aandeel van elk onderdeel in de totale prijs zijn bepalend voor de indeling van gezamenlijke aanbiedingen in categorieën. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen gezamenlijke aanbiedingen sensu stricto en sensu lato. Bij gezamenlijke aanbiedingen sensu stricto maken alle samengevoegde goederen of diensten hoofdbestanddelen van het aanbod uit. Anders dan bij andere gezamenlijke aanbiedingen waarbij de goederen of diensten in hun onderlinge verhouding als hoofdbestanddeel dan wel als aanvullend bestanddeel kunnen worden aangemerkt, hebben in de eerstgenoemde situatie de verschillende onderdelen hetzelfde belang. Tot deze vorm van gezamenlijk aanbod sensu stricto wordt met name het gezamenlijk aanbod tegen een globale prijs gerekend, waarbij de verschillende goederen of diensten tot één pakket tegen een globale prijs worden samengevoegd. Tot de gezamenlijke aanbiedingen sensu lato behoren de aanbiedingen waarbij weliswaar ook meerdere goederen of diensten tot één pakket worden samengevoegd en als één pakket worden geleverd, maar de typische kenmerken van een aanbod tegen een globale prijs ontbreken. Daaronder vallen met name de aanbiedingen waarbij tegen normale marktvoorwaarden aangeboden goederen of diensten worden verbonden met accessoire goederen of diensten die tegen een bijzonder voordelige prijs worden aangeboden maar niet zonder eerstgenoemde goederen of diensten kunnen worden verworven. Daartoe behoort eveneens de situatie waarin een goed of dienst gratis bij een tegen betaling aangeboden goed of dienst wordt geleverd (zie Charaktiniotis, S., *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitsschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabeverordnung*, Frankfurt am Main 2005, blz. 28-33).

25 — Zo Charaktiniotis, S., aangehaald in voetnoot 24, blz. 19; Köhler, H., „Kopplungsangebote (einschließlich Zugaben) im geltenden und künftigen Wettbewerbsrecht", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2003, nr. 9, blz. 729. Bartolomucci, P., „Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: Un'evoluzione del principio della transparenze", *Le pratiche commerciali — Direttive comunitaria ed ordenamento italiano*, Milaan 2007, blz. 261, stelt dat het aanbieden van accessoire diensten eveneens een marketingmaatregel uitmaakt, die ondernemingen gebruiken om ontplooiingsmogelijkheden in de betrokken markt te creëren en zoveel mogelijk klanten voor zich te winnen.

2. Personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29

71. Hetzelfde geldt voor de personele werkingssfeer van richtlijn 2005/29. De omstandigheid dat deze de consumentenbescherming als primair doel heeft, betekent immers niet dat de economische belangen van rechtmatig handelende concurrenten minder beschermenswaardig worden geacht.

72. Dat volgt in de eerste plaats uit het zesde en vooral uit het achtste punt van de considerans van richtlijn 2005/29, waaruit blijkt dat deze ondernemingen ook indirect beschermt tegen concurrenten die zich niet houden aan de regels van de richtlijn die strekken tot het verzekeren van een eerlijke mededinging op het bij deze richtlijn gecoördineerde gebied. [26]

3. Onderzoek van de structuur van beide regelingen

73. Teneinde te kunnen vaststellen of richtlijn 2005/29 in de weg staat aan een nationale bepaling als artikel 54 van de Belgische wet, moeten de normatieve doelstellingen en de structuur van beide regelingen worden onderzocht en vergeleken.

a) De voorschriften van richtlijn 2005/29

i) Volledige en maximale harmonisatie van de nationale regelingen als doel van de richtlijn

74. Zoals reeds uiteengezet [27] beoogt richtlijn 2005/29 een volledige harmonisatie van de nationale voorschriften inzake oneerlijke handelspraktijken. Anders dan tot nog toe het geval was bij de specifieke sectoriële rechtsinstrumenten tot harmonisatie van de regels inzake consumentenbescherming, wordt geen minimumharmonisatie nagestreefd, maar wel een maximale harmonisatie van de nationale voorschriften, die er, behoudens enkele uitzonderingen, aan in de weg

26 — Zie Abbamonte, G., „The unfair commercial practices Directive and its general prohibition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, blz. 17, die stelt dat de bescherming van concurrenten tegen oneerlijke mededinging een indirect gevolg van de richtlijn is.

27 — Zie punt 48.

staat dat de lidstaten strengere regelingen handhaven of invoeren.[28] Dit blijkt uit de uitlegging van de aanhef en van de algemene bepalingen bij deze richtlijn.

75. Dit volgt enerzijds uit het punt 11 van de considerans, naar luid waarvan de onderlinge afstemming van de nationale bepalingen door deze richtlijn een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming dient te verwezenlijken. Anderzijds wordt in het twaalfde punt van de considerans vermeld dat consumenten en ondernemingen zich zullen kunnen verlaten op één regelgevend kader op basis van duidelijk omschreven rechtsbegrippen, dat alle aspecten van oneerlijke handelspraktijken in de gehele Europese Unie regelt. Artikel 1 van richtlijn 2005/29 verwijst opnieuw naar de methode van harmonisatie en stelt vast dat deze dient bij te dragen tot het verbeteren van de consumentenbescherming en tot het vervolmaken van de goede werking van de interne markt.

28 — In die zin Massaguer, J., aangehaald in voetnoot 6, blz. 15; Abbamonte, G., aangehaald in voetnoot 26, blz. 19, alsook De Brouwer, L., „Droit de la Consommation — La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques comerciales déloyales", *Revue de Droit Commercial Belge*, nr. 7, september 2005, blz. 796, die uit de maximale harmonisatie door richtlijn 2005/29 afleidt dat de lidstaten niet bevoegd zijn strengere regelingen vast te stellen, ongeacht of deze ertoe strekken een hoger niveau van consumentenbescherming te verzekeren. De Cristofaro, G., aangehaald in voetnoot 6, blz. 32, is van mening dat lidstaten noch van de bepalingen van de richtlijn mogen afwijken, noch een hoger niveau van consumentenbescherming mogen vaststellen. Volgens Kessler, J., aangehaald in voetnoot 6, blz. 716, stelt de richtlijn niet enkel minimumnormen vast, maar staat zij er daarenboven aan in de weg dat de lidstaten regelingen handhaven die in het kader van een gestelde consumentenoriëntatie verder gaan dan de materiële vereisten van de richtlijn en zodoende strengere verplichtingen vaststellen.

Zie ook arrest van 8 april 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Jurispr. blz. I-3095, punten 40 en 44), waarin het Hof heeft gewezen op de reikwijdte van de bevoegdheden van de lidstaten bij een minimumharmonisatie en bij een uitputtende harmonisatie. Daarbij heeft het Hof enerzijds vastgesteld dat de gemeenschapswetgever op het gebied van misleidende reclame slechts een minimumharmonisatie van de nationale wettelijke regelingen heeft doorgevoerd, zodat de lidstaten op grond van artikel 7, lid 1, van richtlijn 84/450 op dat gebied strengere nationale bepalingen kunnen toepassen, die een verdergaande bescherming van met name de consumenten beogen te verzekeren. Een gelijkaardige bevoegdheid inzake de bescherming tegen misleidende reclame in het kader van vergelijkende reclame, heeft het Hof anderzijds verworpen, daar richtlijn 84/450 de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame in de lidstaten geoorloofd is, uitputtend heeft geharmoniseerd.

76. Het doel van een omvattende en maximale regeling op gemeenschapsniveau op het binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallende gebied, blijkt duidelijk uit het veertiende en het vijftiende punt van de considerans, waarin uitdrukkelijk sprake is van een volledige harmonisatie. Dit volgt eveneens uit de in artikel 4 van richtlijn 2005/29 neergelegde „internemarktclausule", naar luid waarvan de lidstaten geen beperkingen aan

het vrij verrichten van diensten of aan het vrije verkeer van goederen mogen opleggen om redenen die vallen binnen het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied.

77. Een uitzondering hierop is vastgesteld in artikel 3, lid 5, van richtlijn 2005/29, naar luid waarvan de lidstaten gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, op het bij deze richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen kunnen blijven toepassen die strenger of restrictiever zijn dan de bepalingen van deze richtlijn. Deze uitzondering is evenwel beperkt tot nationale regelingen die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten. [29] Ten slotte voorziet ook artikel 3, lid 9, in een uitzondering op de volledige harmonisatie in verband met financiële diensten in de zin van richtlijn 2002/65/EG en met onroerend goed.

29 — Tot de richtlijnen als bedoeld in artikel 3, lid 5, van richtlijn 2005/29, die clausules voor minimale harmonisatie bevatten, behoren: richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (PB L 372, blz. 31); richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten (PB L 158, blz. 59); richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen (PB L 280, blz. 83); richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144, blz. 19); richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 betreffende de bescherming van de consument inzake de prijsaanduiding van aan de consument aangeboden producten (PB L 80, blz. 27); richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (PB L 298, blz. 23).

ii) Structuur van de voorschriften van richtlijn 2005/29

78. De in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2005/29 neergelegde open norm houdende verbod van oneerlijke handelspraktijken vormt de kern van deze richtlijn. Wat concreet als „oneerlijk" moet worden aangemerkt, wordt verduidelijkt in artikel 5, lid 2. Naar luid daarvan is een handelspraktijk oneerlijk indien zij enerzijds in strijd is met de vereisten van „professionele toewijding" en anderzijds het economische gedrag van de consument „wezenlijk kan verstoren". Volgens lid 4 zijn met name misleidende (artikelen 6 en 7) of agressieve handelspraktijken (artikelen 8 en 9) oneerlijk. Lid 5 verwijst naar bijlage I en de daarin vermelde handelspraktijken die „onder alle omstandigheden als oneerlijk worden beschouwd". Deze lijst is op dezelfde wijze van toepassing in alle lidstaten en mag alleen worden aangepast door wijziging van deze richtlijn.

79. Daaruit volgt dat de nationale rechterlijke en bestuurlijke instanties bij de toepassing van het recht in de eerste plaats moeten uitgaan van de in bijlage I neergelegde opsomming van 31 gevallen van oneerlijke handelspraktijken. Indien een handelspraktijk aan één van deze gevallen beantwoordt, moet zij worden verboden. Een extra onderzoek, bijvoorbeeld van de gevolgen, is niet vereist. Indien de concrete situatie niet onder deze lijst met verboden praktijken valt, moet worden nagegaan of zij beantwoordt aan één van de in de algemene norm van artikel 5, lid 1, geregelde

voorbeeldsituaties, te weten misleidende en agressieve handelspraktijken. Enkel wanneer dat niet het geval is, wordt de open norm van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2005/29 toegepast. [30]

b) De voorschriften van de Belgische wet

80. Volgens vaste rechtspraak heeft elke lidstaat waarvoor een richtlijn is bestemd, de verplichting om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren. [31] Daarmee hangt de verplichting van de nationale wetgever samen om de betrokken richtlijn naar behoren in het nationale recht uit te voeren. [32]

81. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de in de Belgische wet vervatte regeling een andere structuur heeft dan richtlijn 2005/29, daar artikel 54 van deze wet een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen bevat, waarin de richtlijn zelf niet voorziet. In tegenstelling tot de Belgische wet gaat de richtlijn uit van de eerlijkheid van handelspraktijken, voor zover de nader omschreven voorwaarden voor een verbod niet zijn vervuld. [33] De richtlijn gaat dus uit van het tegenovergestelde standpunt en meer bepaald van de ondernemingsvrijheid van de ondernemer, wat in wezen met het rechtsbeginsel in dubio pro libertate overeenstemt. [34]

82. Aangezien gezamenlijke aanbiedingen niet worden gerekend tot de in bijlage I vermelde handelspraktijken die onder alle omstandigheden als oneerlijk moeten worden aangemerkt, mogen zij in beginsel slechts worden verboden wanneer zij oneerlijke handelspraktijken uitmaken, bijvoorbeeld omdat zij misleidend of agressief in de zin van de richtlijn zijn. Daarnaast is krachtens richtlijn 2005/29 een verbod enkel

30 — Zo ook het toepassingsschema van De Cristofaro, G., aangehaald in voetnoot 6, blz. 12, en Henning-Bodewig, F., aangehaald in voetnoot 6, blz. 631.

31 — Zie o.a. arresten van 1 februari 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Jurispr. blz. 113, punt 22); 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48); 24 oktober 1996, Kraaijeveld e.a. (C-72/95, Jurispr. blz. I-5403, punt 55); 17 juni 1999, Commissie/Italië (C-336/97, Jurispr. blz. I-3771, punt 19); 8 maart 2001, Commissie/Frankrijk (C-97/00, Jurispr. blz. I-2053, punt 9); 7 mei 2002, Commissie/Zweden (C-478/99, Jurispr. blz. I-4147, punt 15), en 26 juni 2003, Commissie/Frankrijk (C-233/00, Jurispr. blz. I-6625, punt 75).

32 — De uitvoering van de richtlijn maakt deel uit van een tweeledige wetgevingsprocedure, waarbij de tweede fase zich op het niveau van het nationale recht afspeelt. Door de materiële uitvoering op het niveau van het nationale recht wordt het in de richtlijn neergelegde recht geconcretiseerd (zie Vcelouch, P., aangehaald in voetnoot 18, Art. 249, punten 48 en 50, blz. 17-18).

33 — Abbamonte, G., aangevoerd in voetnoot 26, blz. 15, stelt dan ook dat de richtlijn uitgaat van een liberaal standpunt. Daarbij is alles geoorloofd wat niet uitdrukkelijk is verboden. De Cristofaro, G., aangevoerd in voetnoot 6, blz. 11, merkt terecht op dat de richtlijn van een puntsgewijze benadering getuigt, doordat zij de criteria vaststelt om te bepalen of een handelspraktijk oneerlijk is, zonder evenwel de kenmerken van een eerlijke handelspraktijk op om het even welke wijze te definiëren.

34 — Letterlijk vertaald betekent deze Romeinsrechtelijke maxime „bij twijfel voor de vrijheid". Oorspronkelijk had zij enkel betrekking op de vraag of iemand al dan niet slaaf was (zie Liebs, D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 1998, blz. 103). In de hedendaagse rechtsleer wordt dit beginsel in verbinding gebracht met de minimale vrijheid waarover eenieder in een bepaalde maatschappelijke orde beschikt. Zo wijst Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Wenen 1960, blz. 43, erop, dat het recht als maatschappelijke ordening die sancties vaststelt, menselijk gedrag niet enkel op positieve wijze regelt, doordat het dergelijk gedrag aldus gebiedt, dat het aan het tegenovergestelde gedrag een dwangmaatregel als sanctie vastknoopt en op die wijze dat gedrag verbiedt, maar ook op negatieve wijze, doordat het aan een bepaald gedrag geen dwangmaatregel koppelt en daardoor noch dit gedrag verbiedt, noch het tegenovergestelde gedrag gebiedt. Kelsen leidt daaruit af dat „een gedrag dat rechtens niet verboden is, (in deze negatieve zin) rechtens geoorloofd is". Zo ook Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, blz. 517, die de prima-facievoorrang van de juridische vrijheid als rechtsbeginsel vermeldt.

mogelijk wanneer een handelspraktijk als oneerlijk moet worden aangemerkt daar zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding of ten aanzien van het betrokken product het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoort of kan verstoren.

83. De vraag of dit bij een gezamenlijk aanbod het geval is, kan niet in abstracto worden beantwoord. Zoals de Belgische regering zelf toegeeft [35], moet de concrete handelspraktijk daartoe van geval tot geval worden beoordeeld. Blijkens het zeventiende punt van de considerans gaat trouwens ook de gemeenschapswetgever ervan uit dat een beoordeling van geval tot geval op basis van het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9 van richtlijn 2005/29 vereist is wanneer een handelspraktijk niet onder de in bijlage I opgesomde handelspraktijken valt. [36]

84. De Belgische regering stelt evenwel dat de nationale wetgever deze beoordeling zelf heeft gemaakt door de in artikelen 55 tot en met 57 van de Belgische wet neergelegde uitzonderingen vast te stellen. Daartegen kan echter worden aangevoerd, dat voornoemde uitzonderingen het principiële verbod krachtens artikel 54 van de Belgische wet weliswaar inperken, maar dat zij niet afdoen aan het gegeven dat de opsomming van geoorloofde handelspraktijken uitputtend is en geen uitbreidingen ter bevordering van de ondernemingsvrijheid toelaat. De Belgische regeling is statisch opgebouwd en kan enkel door een wetswijziging worden aangepast aan de vereisten van de richtlijn.

85. Met dit principiële verbod wordt de door richtlijn 2005/29 beoogde liberale oriëntatie van het recht inzake oneerlijke mededinging volledig omgedraaid, doordat het verbod tot algemene regel wordt uitgeroepen en de ondernemingsvrijheid de uitzondering daarop wordt. Niettegenstaande de uitzonderingen waarin de Belgische wet voorziet, leidt het in artikel 54 van deze wet neergelegde verbod rechtens tot een niet te overziene uitbreiding van de in bijlage I vervatte opsomming van verboden handelspraktijken, terwijl de volledige en maximale harmonisatie in het kader van richtlijn 2005/29 dat de lidstaten echter juist verbiedt. [37]

35 — In punt 19 van haar schriftelijk antwoord op de vraag van het Hof wijst de Belgische regering erop dat artikel 54 van de Belgische wet oorspronkelijk in de wet van 14 juli 1971 was vervat. Toen was de Belgische wetgever van oordeel dat gezamenlijke aanbiedingen niet als zodanig oneerlijke handelspraktijken vormen, zodat hij verplicht was de eerlijkheid van gezamenlijke aanbiedingen van geval tot geval te onderzoeken.

36 — Dit volgt uit de derde zin van het zeventiende punt van de considerans, a contrario gelezen, waarin met name is vastgesteld dat alleen de in bijlage I opgesomde handelspraktijken „worden verondersteld oneerlijk te zijn zonder een individuele toetsing aan het bepaalde in de artikelen 5 tot en met 9".

37 — Abbamonte, G., aangehaald in voetnoot 26, blz. 21, wijst erop dat de lidstaten de in bijlage I bij richtlijn 2005/29 neergelegde uitputtende lijst van verboden handelspraktijken niet zelf mogen uitbreiden. Indien zij dat wel mochten, zou de door de richtlijn beoogde maximale harmonisatie worden omzeild en het doel van de rechtszekerheid dus worden verijdeld.

86. Niettegenstaande de in artikelen 55 tot en met 57 vervatte uitzonderingen, is de in artikel 54 van de Belgische wet neergelegde regeling onmiskenbaar repressiever en minder flexibel opgebouwd en uitgewerkt dan de in richtlijn 2005/29 vervatte regeling, krachtens welke van geval tot geval moet worden onderzocht of voldaan is aan het vereiste dat een praktijk oneerlijk is. [38]

87. Zoals de Commissie terecht stelt, laat de gemeenschapswetgever het aan de nationale rechterlijke en bestuurlijke instanties over om op basis van de concrete omstandigheden te beoordelen of een handelspraktijk oneerlijk is, in het bijzonder rekening houdend met het effect ervan op het economische gedrag van de gemiddelde consument. In punt 18 van de considerans van de richtlijn wordt daar uitdrukkelijk op gewezen. [39] Overeenkomstig artikelen 11 en 12 van de richtlijn moeten deze instanties in het kader van de door de lidstaten in te stellen sanctiemechanismen de naleving van de richtlijn afdwingen. [40] Indien de Belgische wetgever de geoorloofde handelspraktijken evenwel in een uitputtende opsomming wettelijk vaststelt en de organen van de rechtsprekende en de uitvoerende macht — tot wie richtlijn 2005/29 in dit verband in gelijke mate is gericht — geen beoordelingsvrijheid toekent, wordt de doelstelling van de doeltreffende uitvoering van deze richtlijn in het nationale recht gedwarsboomd. [41]

88. Samenvattend moet worden vastgesteld dat een nationale regeling als artikel 54 van de Belgische wet, die voorziet in een principieel

38 — Volgens Massaguer, J., aangehaald in voetnoot 6, blz. 50-51, staat de door richtlijn 2005/29 bewerkstelligde volledige harmonisatie eraan in de weg dat de nationale wetgever verboden handelspraktijken vaststelt die niet in bijlage I zijn opgesomd. De nationale wetgever mag evenmin principiële („per definitie") verboden invoeren (dat wil zeggen, verboden waarvoor niet van geval tot geval wordt beoordeeld of voldaan is aan de in artikelen 5 tot en met 9 van richtlijn 2005/29 vastgestelde vereisten) die verder gaan dan de in bijlage I vermelde verboden. Deze auteur betwijfelt derhalve of een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen verenigbaar kan zijn met richtlijn 2005/29.

39 — Zo ook Bernitz, U., „The Unfair Commercial Practices Directive: Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition", The *Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 — New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, blz. 39, die het achttiende punt van de considerans van de richtlijn eveneens inroept. Hij betoogt met name: „De nationale rechterlijke en bestuurlijke instanties moeten bij de beoordeling van de vraag wat de typische reactie van de gemiddelde consument in een bepaald geval is, uitgaan van hun eigen oordeelsvermogen, met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie." In het twintigste punt van de considerans is er tevens sprake van het inschakelen van bestuurlijke of rechterlijke instanties.

40 — Ten gevolge van historische ontwikkelingen en van de onderscheiden opbouw van de rechtsordes kunnen bij de lidstaten van de Gemeenschap verschillende sanctiemechanismen inzake oneerlijke mededinging worden vastgesteld. Tot nog toe heeft het gemeenschapsrecht de nationale strafbepalingen en procedurevoorschriften slechts puntsgewijze geharmoniseerd en het legt geen bijzonder systeem op inzake de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken. Richtlijn 2005/29 doet niet af aan deze gemeenschapsrechtelijke aanvaarding van onderscheiden nationale handhavingssystemen. Het staat dus aan de nationale wetgever om vast te stellen of de bestrijding van oneerlijke handelspraktijken door middel van het bestuursrecht, het strafrecht of het burgerlijke recht geschiedt, wat artikel 11, lid 1, derde alinea, van de richtlijn bevestigt. Daarbij mogen verschillende sanctiemechanismen worden gecombineerd. De nationale wetgever mag eveneens vaststellen of de procedure bij een rechterlijke en/of bij een bestuurlijke instantie moet worden ingesteld (zie Alexander, C., „Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt — Umsetzungsbedarf in Deutschland?", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, nr. 10, blz. 810, en Massaguer, J., aangehaald in voetnoot 6, blz. 144).

41 — Stuyck, J., „The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, blz. 170, wijst erop dat richtlijn 2005/29 een op het concrete geval toegespitst onderzoek van de oneerlijkheid van een handelspraktijk vereist. Hij betoogt dan ook dat een nationale regeling die een principieel verbod van bepaalde vormen van verkoopbevordering — zoals verkoop met verlies, winstkansen, bonnen, opruimingsuitverkoop, enzovoort — vaststelt of op abstracte wijze regelt, zonder de rechter de bevoegdheid te verlenen van geval tot geval te beoordelen of de betrokken handelspraktijk als oneerlijk jegens de consument moet worden aangemerkt, in het licht van richtlijn 2005/29 niet langer kan worden gehandhaafd.

verbod van gezamenlijke aanbiedingen zonder dat rekening kan worden gehouden met de concrete omstandigheden van elk geval afzonderlijk, intrinsiek restrictiever en strenger is dan de regeling van richtlijn 2005/29. [42]

89. In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 54 van de Belgische wet betrekking heeft op een gebied dat het voorwerp is van volledige harmonisatie en waarop de overgangsregelingen van artikel 3, lid 5, van richtlijn 2005/29 niet van toepassing zijn. In ieder geval is niet duidelijk in welke mate artikel 54 van de Belgische wet tot uitvoering van de daarin vermelde richtlijnen [43] zou kunnen strekken. De Belgische regering heeft dit ook niet aangevoerd. De uitzonderingsbepaling van artikel 3, lid 9, van richtlijn 2005/29 is evenmin van toepassing.

4. Intrekking van het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt

90. De vraag rijst welke invloed de intrekking van het voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende de verkoopbevordering in de interne markt, op deze uitlegging heeft. De Belgische regering, ondersteund door de Franse regering, voert in wezen aan te hebben aangenomen dat in deze verordening onder meer ook de gezamenlijke aanbiedingen zouden worden geregeld. Uit de intrekking van het voorstel van de Commissie kan volgens haar niet worden afgeleid dat deze materie nu binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2005/29 valt.

91. Volgens mij kan de Belgische regering zich niet met succes beroepen op het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen, temeer omdat het door haar aangevoerde vertrouwen enkel en alleen berust op een voorstel voor een communautaire verordening die nooit in werking is getreden. Zoals zij zelf stelt, verliepen de wetgevingsprocedures voor de verordening en voor richtlijn 2005/29 ten dele parallel. Als grondwettelijke vertegenwoordigster van een in de Raad vertegenwoordigde lidstaat was de Belgische regering op verregaande wijze betrokken bij beide wetgevingsprocedures en dus op elk ogenblik op de hoogte van het verloop ervan. Zij kan zich dan ook niet rechtsgeldig beroepen op onwetendheid betreffende de ontwikkelingen in beide wetgevingsprocedures. [44]

42 — Zie De Brouwer, L., aangehaald in voetnoot 28, blz. 795, die de verenigbaarheid van richtlijn 2005/29 met het Belgische verbod van gezamenlijke aanbiedingen betwijfelt.

43 — Zie punt 77 van deze conclusie.

44 — Zie mijn conclusie van 13 september 2007 in de zaak Commissie/Luxemburg (C-319/06, Jurispr. blz. I-4323, punt 45), waarin ik het standpunt heb ingenomen dat een regering gezien haar positie als grondwettelijke vertegenwoordigster van een in de Raad vertegenwoordigde lidstaat niet kan ontkennen dat zij op de hoogte was van de uitleggende verklaringen die door dit orgaan in het kader van de wetgevingsprocedure zijn opgesteld.

92. Het Hof heeft gewezen op de bijzondere verantwoordelijkheid van de in de Raad vertegenwoordigde regeringen van de lidstaten bij de uitvoering van richtlijnen. Uit de omstandigheid dat zij deelnemen aan de voorbereiding van de richtlijnen, heeft het Hof onder meer afgeleid dat zij in staat moeten zijn binnen de gestelde termijn de voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijke wettelijke regeling op te stellen. [45]

93. Ten laatste op het ogenblik waarop het voorstel van de Commissie werd ingetrokken [46], had de Belgische regering dus eventueel moeten onderzoeken in hoeverre gebieden die tot op dat ogenblik onder de geplande verordening vielen, binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 2005/29 zouden vallen. De noodzaak van een dergelijke toetsing lag voor de hand, temeer daar richtlijn 2005/29 overeenkomstig haar oorspronkelijke ontwerp enerzijds strekte tot invoering van een algemene, subsidiaire regeling op het vlak van de gemeenschapsrechtelijke consumentenbescherming, en anderzijds een volledige harmonisatie van de nationale regels inzake oneerlijke handelspraktijken beoogde te bereiken. [47] Rekening houdend met het feit dat op het ogenblik van de intrekking van het voorstel de termijn voor uitvoering van richtlijn 2005/29 nog niet was verstreken, had de Belgische wetgever bij de aanpassing van het nationale recht rekening moeten houden met deze elementen.

94. Derhalve moet dit argument worden afgewezen.

5. Resultaat

95. Gelet op het voorgaande kom ik tot de conclusie dat richtlijn 2005/29 in de weg staat aan een nationale bepaling als artikel 54 van de Belgische wet.

D — *Verenigbaarheid van artikel 54 van de Belgische wet met de fundamentele vrijheden*

96. Het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-299/07 strekt er tevens toe te doen vaststellen of artikel 49 EG in de weg staat aan een nationale bepaling als artikel 54 van de Belgische wet.

45 — Arresten van 1 maart 1983, Commissie/België (301/81, Jurispr. blz. 467, punt 11), en 23 november 2000, Commissie/Frankrijk (C-319/99, Jurispr. blz. I-10439, punt 10).

46 — De beslissing van de Commissie haar voorstel voor deze verordening in te trekken, is gepubliceerd in PB 2006, C 64, blz. 3. Deze beslissing had de Commissie echter reeds aangekondigd in haar mededeling „Resultaat van de screening van wetgevingsvoorstellen die bij de wetgever hangende zijn", COM(2005) 462 def., blz. 10, van 27 september 2005.

47 — Zo ook Stuyck, J., aangehaald in voetnoot 41, blz. 161, die het vermoeden oppert dat verscheidene lidstaten blijkbaar niet hadden begrepen dat de in het ingetrokken voorstel voor een verordening vervatte regelingen inzake de verhouding tussen de ondernemer en de consument, uiteindelijk toch weer door richtlijn 2005/29 (gezien de doelstelling van volledige harmonisatie) werden opgevangen.

97. Ofschoon met het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-261/07 niet expliciet om uitlegging van artikel 49 EG wordt verzocht, behandelt de verwijzende rechter dit probleem uitdrukkelijk in zijn motivering van de prejudiciële vraag. In dit verband zij eraan herinnerd, dat het Hof de nationale rechter alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht dient te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of deze in zijn vragen worden genoemd. [48] In het licht van de gevolgen die de prejudiciële beslissing in de rechtsorde van het Koninkrijk België zal sorteren, dient mijns inziens artikel 49 EG eveneens bij het onderzoek van zaak C-261/07 te worden betrokken.

98. Om te beginnen moet echter worden uitgemaakt of de bepalingen van het EG-verdrag wel als beoordelingsmaatstaf in aanmerking komen en welke fundamentele vrijheden in casu eventueel relevant zijn.

48 — Zie arresten van 12 december 1990, SARPP (C-241/89, Jurispr. blz. I-4695, punt 8); 2 februari 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, „Clinique"-arrest (C-315/92, Jurispr. blz. I-317, punt 7); 4 maart 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Jurispr. blz. I-1301, punt 16); 7 september 2004, Trojani (C-456/02, Jurispr. blz. I-7573, punt 38), en 17 februari 2005, Oulane (C-215/03, Jurispr. blz. I-1215, punt 47).

1. Fundamentele vrijheden als beoordelingsmaatstaf

99. Wanneer op communautair niveau een geharmoniseerde regeling is vastgesteld voor een bepaalde materie, moeten volgens vaste rechtspraak daarop betrekking hebbende nationale regelingen aan de bepalingen van de harmonisatiemaatregel en niet aan de bepalingen van het EG-Verdrag worden getoetst. [49] Zoals de Commissie terecht opmerkt, moesten de lidstaten richtlijn 2005/29 evenwel pas ten laatste op 12 december hebben uitgevoerd. [50] Zoals gezegd, diende de nationale rechter te onderzoeken of een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht reeds vóór het verstrijken van de uitvoeringstermijn noodzakelijk was om de verwezenlijking van het doel van de richtlijn te verzekeren. Deze problematiek had echter geen betrekking op de rechtstreeks toepasselijke bepalingen van het EG-Verdrag inzake de fundamentele vrijheden, die geen uitvoering behoeven, zodat de principiële toepasselijkheid daarvan vaststond. Om die reden meen ik dat, althans in deze zaak, de bepalingen van het EG-verdrag naast richtlijn 2005/29 als beoordelingsmaatstaf in aanmerking komen.

49 — Arresten van 5 oktober 1977, Tedeschi (5/77, Jurispr. blz. 1555, punt 35); 30 november 1983, Van Bennekom (227/82, Jurispr. blz. 3883, punt 35); 12 oktober 1993, Vanacker en Lesage (C-37/92, Jurispr. blz. I-4947, punt 9); 5 oktober 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Jurispr. blz. I-5077, punt 31); 11 juli 1996, Bristol-Myers Squibb e.a. (C-427/93, C-429/93 en C-436/93, Jurispr. blz. I-3457, punt 25); 13 december 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Jurispr. blz. I-9897, punt 32), en 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Jurispr. blz. I-14887, punt 64). Zie tevens mijn conclusie van 4 september 2008 in de nog aanhangige zaak Danske Slagterier/Duitsland (C-445/06, punt 79).

50 — Zie punt 49 van deze conclusie.

2. Werkingssfeer van de fundamentele vrijheden

100. In haar verwijzingsvonnis in zaak C-299/07 toetst de Rechtbank van koophandel te Antwerpen de verenigbaarheid van de in geding zijnde nationale regels met het gemeenschapsrecht aan de hand van de primairrechtelijke bepalingen betreffende het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van goederen. Daarbij legt zij het accent op de toetsing aan artikel 28 EG. De Belgische en de Franse regering alsook de Commissie verwijzen daarnaar ter onderbouwing van hun betoog dat de fundamentele vrijheid inzake het vrije verkeer van goederen in beide zaken centraal staat en niet de vrijheid van dienstverrichting.

a) Vrij verrichten van diensten

101. Naar luid van artikel 50 EG worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden. Sanoma stelt dat zij tegen vergoeding marketing- en reclamediensten verricht in het kader van de verkoop van talrijke tijdschriften, waaronder het tijdschrift „Flair", in verschillende lidstaten van de Europese Unie, waaronder Nederland, België en Luxemburg. De in het hoofdgeding ter discussie staande publicatie van de kortingen in laatstgenoemd tijdschrift vormt ook een dergelijke dienst. Deze publicatie kan derhalve als een dienstverrichting in de zin van artikel 50 EG worden aangemerkt.

102. Uit het verwijzingsvonnis in zaak C-261/07 kan worden afgeleid dat Total haar klanten gratis hulp bij pech aanbiedt, waarbij een derde, de onderneming Touring, de desbetreffende diensten verricht. Ofschoon geen nadere gegevens over de contractuele relatie tussen beide ondernemingen beschikbaar zijn, mag er wel van worden uitgegaan dat Touring daardoor diensten tegen vergoeding voor Total verricht.

b) Vrije verkeer van goederen

103. Vanuit het standpunt van de consument, dat volgens mij bepalend is, is de aankoop van een tijdschrift met een aanbod voor een korting zoals in zaak C-299/07 aan de orde is, uiteindelijk te beschouwen als het verwerven van een goed en niet van een dienst, zodat dit binnen de materiële werkingssfeer van het vrije verkeer van goederen kan vallen.

104. Hetzelfde geldt voor de feiten die aanleiding hebben gegeven tot zaak C-261/07, die in de eerste plaats draait om de aanschaffing van brandstof en dus van een goed. Alhoewel de consument een beroep kan doen op gratis hulp bij pech door de met Total samenwerkende onderneming Touring, koopt de consument het goed niet enkel en alleen

wegens de daarmee verbonden diensten. Deze diensten strekken er daarentegen toe tot aankoop aan te zetten, overeenkomstig de functie van gezamenlijke aanbiedingen. [51]

105. Derhalve kunnen beide fundamentele vrijheden toepassing vinden.

c) Verhouding tussen het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van goederen

106. De onderlinge verhouding tussen deze fundamentele vrijheden staat ter discussie. De uiteenzettingen van de Belgische en van de Franse regering moeten aldus worden opgevat, dat volgens hen het vrije verkeer van goederen het vrij verrichten van diensten verdringt.

107. Wanneer een nationale maatregel zowel het vrije verkeer van goederen als het vrij verrichten van diensten beperkt, toetst het Hof de maatregel inderdaad in beginsel slechts aan één van deze twee fundamentele vrijheden, indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat één van de vrijheden volledig bijkomstig is ten opzichte van de andere en daarbij kan worden ondergebracht. [52] Daarenboven dient er rekening mee te worden gehouden dat overeenkomstig artikel 50 EG de bepalingen op het gebied van het vrij verrichten van diensten gelden voor zover die betreffende het vrije verkeer van goederen niet van toepassing zijn.

108. In onderhavige gevallen kan evenwel het vrij verrichten van diensten niet zonder meer bij het vrije verkeer van goederen worden ondergebracht. De door de Belgische en de Franse regering voorgestelde demarcatie tussen het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten is enkel mogelijk ten aanzien van zogenaamde „gemengde diensten" die worden verricht in het kader van één en dezelfde rechtsverhouding. [53]

51 — Zie punt 69 van deze conclusie.

52 — Arresten van 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, Jurispr. blz. I-1039, punt 22), en 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 31).

53 — Volgens von Holoubek, M., *EU-Kommentar* (ed. Jürgen Schwarze), Art. 50 EG, punt 15, blz. 793; Budichowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (ed. Heinz Mayer), Wenen 2004, Art. 49, 50, punt 50, blz. 15, en Kluth, W., in Calliess/Ruffert (ed.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3e druk, 2007, Art. 49, 50, punt 15, blz. 821-822, moet bij „gemengde diensten" tussen het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten worden onderscheiden. De „gemengde" dienst kan ontstaan doordat de levering van de goederen en de dienst die daarmee verband houdt, het voorwerp uitmaken van één en dezelfde rechtsverhouding (bijvoorbeeld de levering van een computersysteem met inbegrip van de installatie van een besturingssysteem). Van een dergelijke situatie is er eveneens sprake wanneer onduidelijkheid bestaat over de kwalificatie van een bepaalde prestatie als levering van goederen of als dienstverrichting (bijvoorbeeld bepaalde ambachtelijke prestaties). In het eerstgenoemde geval moet in de eerste plaats worden nagegaan of beide elementen van elkaar kunnen worden gescheiden (zie arrest van 30 april 1974, Sacchi, 155/73, Jurispr. blz. 509, punten 6 e.v., waarbij een televisie-uitzending als dienstverrichting en films en geluidsdragers als goederen zijn gekwalificeerd). Indien een opdeling in verschillende prestaties niet mogelijk is en derhalve een samenhangende prestatie moet worden beoordeeld, moet worden gekeken naar het determinerende element van de prestatie. Daartoe moet worden vastgesteld welk element in het kader van de betrokken prestatie inhoudelijk op de voorgrond staat. Een afbakening op basis van dit criterium kan derhalve tot de conclusie leiden dat de dienstverrichting louter bijkomstig is, zodat het vrije verkeer van goederen de dienstverrichting mede omvat (zie arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie, C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, met betrekking tot de aansluiting, het opstarten en het onderhoud van telecommunicatie-eindapparatuur).

109. Zoals de Commissie terecht heeft vastgesteld [54], hebben beide fundamentele vrijheden elk betrekking op verschillende rechtsverhoudingen — enerzijds de verhouding tussen ondernemingen en anderzijds de verhouding tussen de onderneming en de consument –, zodat tussen beide geen rangorde kan worden opgesteld. Derhalve moet de verenigbaarheid van artikel 54 van de Belgische wet met het gemeenschapsrecht logischerwijze aan de hand van beide fundamentele vrijheden worden onderzocht.

3. Beperking van de fundamentele vrijheden

a) Vrij verkeer van goederen

i) Maatregel van gelijke werking

— Dassonville-formule

110. Het vrije verkeer van goederen wordt met name gewaarborgd door het in artikel 28 EG neergelegde verbod van kwantitatieve invoerbeperking en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschap.

111. Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft het in artikel 28 EG neergelegde verbod van maatregelen van gelijke werking betrekking op iedere handelsregeling van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren. [55] Ook wanneer een maatregel niet tot doel heeft het handelsverkeer tussen de lidstaten te regelen, is het — daadwerkelijke of potentiële — gevolg voor de intracommunautaire handel nog steeds bepalend. [56] Volgens de rechtspraak volstaan potentiële gevolgen voor de intracommunautaire handel trouwens om in een concreet geval te kunnen vaststellen dat sprake is van een grensoverschrijdende situatie. [57]

54 — In haar schriftelijke opmerkingen onderzoekt de Commissie in de eerste plaats de toepasselijkheid van de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen (punten 28-30) en vervolgens — voorzichtigheidshalve — de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten (punten 32-38).

55 — Zie arresten van 11 juli 1974, Dassonville (8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5); 24 november 1993, Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097, punt 11); 16 november 2000, Commissie/België (C-217/99, Jurispr. blz. I-10251, punt 16); 19 juni 2003, Commissie/Italië (C-420/01, Jurispr. blz. I-6445, punt 25); 23 september 2003, Commissie/Denemarken (C-192/01, Jurispr. blz. I-9693, punt 39); 2 december 2004, Commissie/Nederland (C-41/02, Jurispr. blz. I-11375, punt 39); 10 januari 2006, De Groot en Slot Allium en Bejo Zaden (C-147/04, Jurispr. blz. I-245, punt 71); 26 oktober 2006, Commissie/Griekenland (C-65/05, Jurispr. blz. I-10341, punt 27); 15 maart 2007, Commissie/Finland (C-54/05, Jurispr. blz. I-2473, punt 30); 20 september 2007, Commissie/Nederland (C-297/05, Jurispr. blz. I-7467, punt 53); 8 november 2007, Ludwigs-Apotheke (C-143/06, Jurispr. blz. I-9623, punt 25), en 10 april 2008, Commissie/Portugal (C-265/06, Jurispr. blz. I-2245, punt 31).

56 — Zie punt 39 van de conclusie van advocaat-generaal Mazák van 8 februari 2007 in de zaak Commissie/België (C-254/05, Jurispr. blz. I-4269), alsook punt 37 van mijn conclusie van 13 december 2007 in de zaak Commissie/Portugal (C-265/06).

57 — Arrest van 10 november 1992, Exportur (C-3/91, Jurispr. blz. I-5529, punten 17 e.v.).

112. In het arrest Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [58] heeft het Hof in verband met een Nederlands verbod op geschenken vastgesteld dat er sprake was van een beperking van het vrije verkeer van goederen. Daarbij heeft het geoordeeld dat een wettelijke regeling die bepaalde vormen van reclame of bepaalde methoden van verkoopbevordering beperkt of verbiedt, ook zonder rechtstreeks voorwaarden voor de invoer te stellen, de omvang hiervan zou kunnen beperken doordat zij de verhandelingsmogelijkheden voor ingevoerde producten ongunstig beïnvloedt. Ook indien een dergelijke regeling zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde producten, kan niet worden uitgesloten dat het feit dat de betrokken onderneming gedwongen wordt, in de diverse lidstaten verschillende methoden van reclame of verkoopbevordering te hanteren of een door haar bijzonder doeltreffend geachte methode op te geven, een invoerbelemmering oplevert.

113. Volgens mij bestaat er een zekere mate van overeenstemming met de feiten die ten grondslag liggen aan zaak C-299/07. Ofschoon het verbod van gezamenlijke aanbiedingen zoals vastgelegd in de Belgische wet, de invoer niet rechtstreeks regelt, kan het de verhandeling van bepaalde goederen in België potentieel bemoeilijken in vergelijking met de verhandeling in andere lidstaten, waarin gezamenlijke aanbiedingen wel zijn toegelaten. Dat is bijvoorbeeld het geval voor Sanoma, een in Finland gevestigde onderneming die naar eigen zeggen via haar tijdschriften gezamenlijke aanbiedingen van verschillende aanbieders ter beschikking stelt, onder andere in Finland, Nederland en Luxemburg, waar een dergelijk verbod niet geldt. Dit verbod leidt er in elk geval toe dat Sanoma zulke tijdschriften in België slechts mag verkopen na te hebben gecontroleerd dat de voorschriften van de Belgische wet in acht zijn genomen.

114. Derhalve is er op zijn minst sprake van een beperking van het vrije verkeer van goederen volgens de ruime definitie van maatregelen van gelijke werking in de zin van artikel 28 EG.

— Verkoopmodaliteiten

115. In het arrest Keck en Mithouard [59] heeft het Hof evenwel verduidelijkt dat nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, de handel tussen lidstaten niet kunnen belemmeren, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle

58 — Arrest van 15 december 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Jurispr. blz. 4575, punt 15). De verzoekende partij in het hoofdgeding was een onderneming die in België en Nederland geproduceerde encyclopedieën in het gehele Nederlandse taalgebied (Nederland, België en een gedeelte van Noord-Frankrijk) verkocht. Sedert 1974 bood deze onderneming via advertenties in dag- en weekbladen en via folders alle intekenaren op een encyclopedie als geschenk een woordenboek, een wereldatlas of een kleine encyclopedie aan. In verband met deze praktijk werd deze onderneming na de inwerkingtreding van een verbod op geschenken in Nederland strafrechtelijk vervolgd wegens overtreding van de bepalingen van deze wet. Volgens het Hof volstond de economische activiteit voor de vaststelling dat sprake was van „intracommunautaire handelstransacties" en dus van een grensoverschrijdende situatie (zie punt 9 van het arrest).

59 — Zie onder andere arrest Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 55, punt 16), en arresten van 15 december 1993, Hünermund e.a. (C-292/92, Jurispr. blz. I-6787, punt 21); 13 januari 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Jurispr. blz. I-151, punt 23), en arrest Deutscher Apothekerverband (aangehaald in voetnoot 49, punt 68), alsook arresten van 25 maart 2004, Karner (C-71/02, Jurispr. blz. I-3025, punt 37); 26 mei 2005, Burmanjer e.a. (C-20/03, Jurispr. blz. I-4133, punt 24); 23 februari 2006, A-Punkt Schmuckhandel (C-441/04, Jurispr. blz. I-2093, punt 15); 28 september 2006, Ahokainen en Leppik (C-434/04, Jurispr. blz. I-9171, punt 19), en 14 februari 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Jurispr. blz. I-505, punt 29).

marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.

116. Het verbod van gezamenlijke aanbiedingen in een lidstaat is geen productgebonden regeling, daar het geen betrekking heeft op de benaming, de vorm, de afmetingen, het gewicht, de samenstelling, de aanbiedingsvorm, de etikettering of de verpakking van een product. [60] Dit verbod is daarentegen een verkoopgebonden regeling, die bepaalde verkoopbevorderende marketingmethodes verbiedt [61], zodat het uiteindelijk gaat om een verkoopmodaliteit in de zin van de rechtspraak.

117. Uit het verwijzingsvonnis [62] blijkt ten slotte dat het verbod op gezamenlijke aanbiedingen in België in gelijke mate voor binnenlandse en buitenlandse marktdeelnemers geldt.

ii) Voorlopige conclusie

118. Gelet op een en ander kom ik tot de conclusie dat het in artikel 54 van de Belgische wet neergelegde verbod van gezamenlijke aanbiedingen niet kan worden gekwalificeerd als een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 28 EG.

119. Derhalve staat artikel 28 EG aan deze nationale regeling niet in de weg.

b) Vrij verrichten van diensten

120. Artikel 49 EG vereist niet enkel de afschaffing van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens nationaliteit, maar tevens de opheffing van iedere beperking — ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en

60 — Zie arrest Keck en Mithouard (aangehaald in voetnoot 55, punt 15), en arrest van 6 juli 1995, Mars (C-470/93, Jurispr. blz. I-1923, punt 12).

61 — Dubois, L./Blumann, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 3e editie, Parijs 2004, punt 396, blz. 243, stellen dat het Hof tot nog toe noch het begrip verkoopmodaliteiten heeft gedefinieerd, noch voorbeelden ervan heeft gegeven. Deze auteurs wijzen er evenwel op dat de vraag of er sprake is van verkoopmodaliteiten, vooral op het vlak van de reclame is gerezen. Daarbij heeft het Hof een ruim begrip verkoopmodaliteiten gehanteerd, bijvoorbeeld in verband met reclameverboden op bepaalde plaatsen of ter bescherming van bepaalde groepen van personen (arrest van 9 februari 1995, Leclerc-Siplec, C-412/93, Jurispr. blz. I-179), de verkoop van voedingsmiddelen in het openbaar (arrest van 13 januari 2000, TK-Heimdienst, C-254/98, Jurispr. blz. I-151), de verkoop van alcoholische dranken (arrest van 8 maart 2001, Gourmet international, C-405/98, Jurispr. blz. I-1795) of de verkoop van geneesmiddelen via internet (arrest Deutscher Apothekerverband, aangehaald in voetnoot 49). Stuyck, J., aangehaald in voetnoot 41, blz. 164-165, stelt, onder verwijzing naar deze rechtspraak, dat de kwalificatie van nationale regelingen inzake reclame en verkoopbevordering als verkoopmodaliteiten ertoe leidt dat zij aan de werkingssfeer van artikel 28 EG worden onttrokken.

62 — Zie punt 5 van het verwijzingsvonnis in zaak C-299/07.

dienstverrichters uit andere lidstaten — die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt. [63]

121. Het in geding zijnde verbod krachtens artikel 54 van de Belgische wet maakt het voor een onderneming als Sanoma moeilijker om voor andere ondernemingen reclamediensten te verrichten die overeenkomstig de in deze wettelijke bepalingen vervatte definitie als gezamenlijke aanbiedingen moeten worden gekwalificeerd. Zoals ik reeds heb uiteengezet [64], zou Sanoma in de praktijk gedwongen zijn, voor elke reclamemaatregel te onderzoeken of deze aan de Belgische regeling beantwoordt, terwijl zij dit niet hoeft te doen voor andere afzetlanden die een dergelijk verbod niet kennen. Dit vereiste kan het opnemen van reclame voor bepaalde gemeenschappelijke aanbiedingen van Sanoma en haar handelspartners die onder meer tot het lezerspubliek in België is gericht, in ieder geval minder aantrekkelijk maken. Derhalve is er sprake van een beperking van het vrij verrichten van diensten.

122. Volgens vaste rechtspraak is artikel 49 EG niet van toepassing op activiteiten die zich in al hun relevante aspecten binnen één lidstaat afspelen. [65] Anders dan in zaak C-299/07 is er in zaak C-261/07 niet zonder meer sprake van een grensoverschrijdende situatie, temeer omdat zowel Total als Touring in België zijn gevestigd. Volgens mij leidt dit echter niet noodzakelijkerwijs tot niet-toepasselijkheid van artikel 49 EG. In de rechtspraak van het Hof is immers vastgesteld dat artikel 49 EG toepassing dient te vinden in alle gevallen waarin een dienstverrichter zijn diensten aanbiedt op het grondgebied van een andere lidstaat dan die waar hij is gevestigd, ongeacht de plaats van vestiging van degenen te wier behoeve die diensten worden verricht. [66] Zoals Total in haar schriftelijke opmerkingen stelt, geldt het aanbod van Total Assistance in meer dan 35 Europese landen. Doordat Touring de klanten van Total ook

63 — Arresten van 25 juli 1991, Säger (C-76/90, Jurispr. blz. I-4221, punt 12); 9 augustus 1994, Vander Elst (C-43/93, Jurispr. blz. I-3803, punt 14); 28 maart 1996, Guiot (C-272/94, Jurispr. blz. I-1905, punt 10); 12 december 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Jurispr. blz. I-6511, punt 25); 9 juli 1997, Parodi (C-222/95, Jurispr. blz. I-3899, punt 18); 23 november 1999, Arblade (C-369/96 en C-376/96, Jurispr. blz. I-8453, punt 33); februari 2001, Analir e.a. (C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 21), en 15 januari 2002, Commissie/Italië (C-439/99, Jurispr. blz. I-305, punt 22).

64 — Zie punt 113 van de conclusie.

65 — Arresten van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 37); 28 januari 1992, Steen (C-332/90, Jurispr. blz. I-341, punt 9); 16 februari 1995, Aubertin e.a. (C-29/94 tot C-35/94, Jurispr. blz. I-301, punt 9), en 16 januari 1997, USSL N° 47 di Biella (C-134/95, Jurispr. blz. I-195, punt 19).

66 — Het Hof heeft geoordeeld dat artikel 49 EG weliswaar in de eerste plaats op de actieve en de passieve grensoverschrijdende dienstverrichtingen was gericht, maar dat het niet de bedoeling was de beschermende werking ervan te beperken tot dergelijke vormen van dienstverrichting en zodoende andere gevallen van grensoverschrijdende dienstverrichting van de werkingssfeer ervan uit te sluiten. Dienovereenkomstig heeft het Hof ook situaties onder artikel 49 EG doen vallen waarin de dienst weliswaar in een andere lidstaat wordt aangeboden of verricht, maar de ontvanger ervan in dezelfde lidstaat is gevestigd als de dienstverrichter (zie arresten van 26 februari 1991, Commissie/Griekenland, C-198/89, Jurispr. blz. I-727, punt 10; Commissie/Frankrijk, C-154/89, Jurispr. blz. I-659, punt 10; Commissie/Italië, C-180/89, Jurispr. blz. I-709, punt 9, en 1 juli 1993, Hubbard, C-20/92, Jurispr. blz. I-3777, punt 12).

buiten België hulp bij pech aanbiedt, verricht Touring als contractpartner van Total voor deze laatste een grensoverschrijdende dienst in de zin van artikel 49 EG.

123. Een algemeen verbod van gezamenlijke aanbiedingen waarbij het verlenen van hulp bij pech wordt gekoppeld aan de aanschaf van brandstof, zonder dat rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het concrete geval, kan er ongetwijfeld toe leiden dat de beschreven dienstverrichtingen duurzaam worden beëindigd. Derhalve moet het als een beperking van de vrijheid van dienstverrichting worden aangemerkt. [67]

4. Rechtvaardiging

124. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat het vrij verrichten van diensten een van de grondbeginselen van de Gemeenschap is [68], en dat deze vrijheid slechts mag worden beperkt indien de beperking een met het Verdrag verenigbaar legitiem doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. [69]

a) Consumentenbescherming als dwingende reden van algemeen belang

125. De in geding zijnde nationale regeling strekt tot bescherming van de consument, wat reeds uit het opschrift van de wet blijkt. In de rechtspraak is de consumentenbescherming erkend als dwingende reden van algemeen

67 — Zie Longfils, F., *L'offre conjointe: la métamorphose? — Régime actuel et perspectives en droits belge et européen*, Brussel 2003, punt 100, blz. 45, die betoogt dat een nationale regeling inzake gezamenlijke aanbiedingen waarin strengere voorwaarden zijn neergelegd dan die van de andere lidstaten, het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten kan beperken, ook al is zij zonder uitzondering van toepassing op nationale en op ingevoerde producten.

68 — Zie o.a. arresten van 4 december 1986, Commissie/Frankrijk (220/83, Jurispr. blz. 3663, punt 17), en Commissie/Denemarken (252/83, Jurispr. blz. 3713, punt 17).

69 — Zie met name arresten van 5 juni 1997, SETTG (C-398/95, Jurispr. blz. I-3091, punt 21); 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punt 37); 5 december 2006, Cipolla e.a. (C-94/04 en C-202/04, Jurispr. blz. I-11421, punt 61), en 18 december 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punt 101).

belang, die een beperking van de vrijheid van dienstverrichting kan rechtvaardigen. [70]

b) Is een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen geschikt om het beoogde doel te bereiken?

126. In het reeds aangehaalde arrest Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [71] heeft het Hof vastgesteld dat het aanbieden van geschenken als middel tot verkoopbevordering, bij de consument een verkeerde indruk kan wekken omtrent de werkelijke prijs van producten en de mededingingsverhoudingen kan vervalsen. Derhalve heeft het Hof geoordeeld dat een wettelijke regeling die om die reden dergelijke handelspraktijken beperkt of zelfs verbiedt, kan bijdragen tot de bescherming van de consument en de eerlijkheid van handelstransacties.

127. Alhoewel een gezamenlijk aanbod terminologisch niet met een geschenk kan worden gelijkgesteld [72], kan een ondoorzichtig gezamenlijk aanbod de consument eveneens misleiden met betrekking tot de werkelijke inhoud en eigenschappen van de aangeprezen combinaties van goederen of diensten. Er bestaat met name een groter gevaar voor misleiding wanneer degene die reclame maakt essentiële gegevens verzwijgt of deze op onduidelijke, onbegrijpelijke of dubbelzinnige wijze ter beschikking stelt. Indien daardoor bij de consument in een concreet geval een verkeerde indruk wordt gewekt inzake het prijsvoordeel dat het gezamenlijke aanbod oplevert of inzake de eigenschappen of de waarde van de verbonden prestaties, wordt hem tegelijkertijd de mogelijkheid ontnomen om de prijs en de kwaliteit van dit aanbod te vergelijken met soortgelijke prestaties van andere aanbieders. [73] In dit opzicht kan een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen dit gevaar voor de consument inderdaad voorkomen.

c) Noodzaak/Evenredigheid

128. Volgens mij gaat een principieel verbod van gezamenlijke aanbiedingen echter verder

70 — Zie arresten Reisebüro Broede (aangehaald in voetnoot 63, punten 38 en volgende); Commissie/Frankrijk (aangehaald in voetnoot 68, punt 20), en Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (aangehaald in voetnoot 58, punt 16).

71 — Arrest Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (aangehaald in voetnoot 58, punt 15).

72 — Zo ook Köhler, H./Piper, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung*, 3e druk, München 2002, § 1, punt 250. Een geschenk kan worden omschreven als een aan de aankoop van een hoofdgoed of hoofddienst gekoppeld (daaraan accessoir) cadeau, naast de hoofdprestatie, dat echter niet afzonderlijk in rekening wordt gebracht en dat een eigen economische waarde heeft. Doordat het accessoir is ten opzichte van de hoofdzaak, kan het het koopgedrag van de klant beïnvloeden. Bij gezamenlijke aanbiedingen waarbij twee of meer, gelijkaardige of verschillende goederen tot een uniform aanbod worden samengevoegd, is er geen sprake van een geschenk aangezien elk goed een onderdeel van de gezamenlijke prestatie uitmaakt en in de gezamenlijke prijs is opgenomen.

73 — Zo ook Charaktiniotis, S., aangehaald in voetnoot 24, blz. 197, die op de gevaren van een ondoorzichtig gezamenlijk aanbod wijst.

dan noodzakelijk is om het doel van de consumentenbescherming te bereiken.

129. Ik ben het met de Commissie eens dat deze bescherming ook met een soepelere en meer gedifferentieerde aanpak kan worden verzekerd, waarbij enkel gezamenlijke aanbiedingen worden verboden die, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, als misleidend of als agressief moeten worden beschouwd of die het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoren of kunnen verstoren. Richtlijn 2005/29 is een voorbeeld voor deze aanpak.

130. Een gedifferentieerde aanpak is des te noodzakelijker nu, zoals reeds aangegeven, niet elk gezamenlijk aanbod als een oneerlijke handelspraktijk kan worden aangemerkt. [74] Derhalve vereist het evenredigheidsbeginsel dat de betrokken regeling de vrijheid van dienstverrichting zo veel mogelijk waarborgt en enkel handelspraktijken verbiedt die vanuit het perspectief van de consumentenbescherming beschouwd, schadelijk zijn. De in artikel 54 van de Belgische wet neergelegde regeling, op grond waarvan gezamenlijke aanbiedingen in beginsel verboden zijn en enkel de gezamenlijke aanbiedingen waarvan deze wet een limitatieve opsomming geeft, zijn toegestaan, is in strijd met die liberale aanzet. [75]

131. Derhalve is er sprake van een onevenredige beperking van het vrij verrichten van diensten.

5. Voorlopige conclusie

132. Bijgevolg staat artikel 49 EG in de weg aan een nationale regeling als die van artikel 54 van de Belgische wet.

74 — Zie punt 83 van deze conclusie.

75 — Zie punt 85 van deze conclusie.

VII — Conclusie

133. Ik geef het Hof dan ook in overweging, de prejudiciële vraag van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen als volgt te beantwoorden:

„Richtlijn 2005/29 van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken alsook artikel 49 EG inzake het vrije verrichten van diensten, verzetten zich tegen een nationale bepaling als die van artikel 54 van de Belgische wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument, die — behoudens in de gevallen die limitatief in de wet worden opgesomd — een verbod stelt op elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument, waarbij de al dan niet kosteloze verkrijging van producten, diensten of voordelen of van titels waarmee men die kan verkrijgen, gebonden is aan de verkrijging van andere, zelfs gelijke producten of diensten, en dit ongeacht de omstandigheden van de zaak, inzonderheid ongeacht de invloed die het concrete aanbod op de gemiddelde consument kan hebben en ongeacht of dat aanbod in de concrete omstandigheden als strijdig met de professionele toewijding of de eerlijke handelsgebruiken kan worden beschouwd."