

RAAD VOOR HET VERBRUIK

ADVIES

Over de mogelijkheid voor de controlediensten om via de techniek van de mystery shopping toezicht te houden op de naleving van de wetgeving.

Brussel, 3 november 2016

SAMENVATTING

De Minister van Economie en Consumenten vroeg de Raad, met het oog op de uitvoering van artikel XV.3/1 van het Wetboek Economisch Recht een advies uit te brengen over de vraag welke inbreuken op de bepalingen van het Wetboek volgens de Raad via mystery shopping moeten kunnen worden opgespoord. De Minister heeft daarbij tevens de vraag gesteld aan de Economische Inspectie een lijst op te maken met bepalingen die volgens haar in aanmerking komen om via mystery shopping te worden opgespoord. Deze lijst werd als leidraad gebruikt bij de gesprekken binnen de Raad.

De Raad is verdeeld.

De Raad meent enerzijds dat mystery shopping een bij wijlen noodzakelijke techniek is om bepaalde inbreuken vast te stellen, doch **de vertegenwoordigers van de productie, de distributie en de middenstand** beklemtonen dat het daarbij enkel kan gaan om zeer ernstige inbreuken.

Deze vertegenwoordigers zijn voorts de mening toegedaan dat het niet de bedoeling kan zijn van mystery shopping om overeenkomsten af te sluiten, en dat een aantal bepalingen uit het WER te vaag zijn om via mystery shopping te controleren.

De vertegenwoordigers van de consumentenorganisaties verwelkomen de techniek van mystery shopping doch menen dat deze voor alle economische regelgeving zou moeten kunnen gebruikt worden, wanneer dit, zoals de wet ook zelf duidelijk aangeeft, noodzakelijk is. Het volgt dikwijls uit de aard van de bestaande handelspraktijken dat zij niet kunnen vastgesteld worden dan door het gebruik van de techniek van mystery shopping.

Deze vertegenwoordigers wijzen ook op de lopende herziening van Verordening 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming. Deze verordening zal controlediensten toelaten mystery shopping te hanteren. Wat mogelijk is voor grensoverschrijdende controleacties moet ook mogelijk gemaakt worden voor de nationale instanties.

De Raad is van oordeel dat deze techniek zoals de wet aangeeft slechts als ultiem middel kan worden gebruikt en bovendien op zijn proportionaliteit dient te worden beoordeeld. Tenslotte heeft **de Raad** de lijst zoals deze door de Economische Inspectie werd aangereikt artikel per artikel beoordeeld en becommentarieerd.

De Raad voor het Verbruik, die op 11 juli 2016 door de Minister van Economie en Consumenten verzocht werd een advies uit te brengen over de mogelijkheid voor de controlediensten om via de techniek van de mystery shopping toezicht te houden op de naleving van de wetgeving, heeft huidig advies goedgekeurd op 3 november 2016, middels een schriftelijke procedure.

De Raad voor het Verbruik heeft de voorzitter verzocht dit advies over te maken aan de Minister van Economie en Consumenten en aan de minister van Middenstand, Zelfstandigen en KMO's.

ADVIES

De Raad voor het Verbruik;

Gelet op de brief van 11 juli 2016 van de Minister van Economie en Consumenten waarin hij de Raad voor het Verbruik om een advies verzoekt over het bovengenoemde onderwerp;

Gelet op het artikel 37 van de wet van 29 juni 2016 houdende diverse bepalingen inzake Economie;

Gelet op het Wetboek Economisch Recht, artikel XV.3/1;

Gelet op de werkzaamheden van de Commissie "Handelspraktijken" voorgezeten door de heer Ducart (Test-Aankoop) tijdens haar vergaderingen van 6 september en 11 oktober 2016;

Gelet op de deelname aan de werkzaamheden van de volgende leden van de Raad : de dames Bruggeman (Test-Aankoop), De Roeck-Isebaert (Gezinsbond), Gillis (UNIZO), Pint (Comeos) en Rauws (NSZ); de heren Cloots (UNIZO) en Lesceux (UCM);

Gelet op de deelname aan de werkzaamheden van de volgende deskundigen : de dames Bovy (Test-Aankoop), Declercq (Gezinsbond) en Raghenò (VBO); de heren De Koning (OECO) en Maes (FOD Economie);

Gelet op het ontwerpadvies opgesteld door de heren Cloots (UNIZO) en De Koning (BV-OECO)

Gelet op de schriftelijke procedure, zoals voorzien in artikel 7 bis van het Huishoudelijk reglement, voor de definitieve goedkeuring door de Raad voor het Verbruik;

BRENGT HET VOLGENDE ADVIES UIT:

I. Inleiding

Per brief van 11 juli 2016 heeft de minister van werk, economie en consumenten het advies gevraagd aan de Raad voor Verbruik over de mogelijkheid voor de controlediensten om via de techniek van mystery shopping toezicht te houden op de wetgeving. Deze bevoegdheid wordt aan de inspectiediensten gegeven via de wet van 29 juni 2016 houdende diverse bepalingen inzake economie.

Artikel 37 van deze wet, waarbij een artikel XV.3/1 wordt ingevoegd in het Wetboek van economisch recht (WER), voorziet dat bij koninklijk besluit wordt bepaald welke inbreuken via mystery shopping kunnen worden opgespoord. De minister vraagt aan de Raad voor Verbruik of hij in een advies zou kunnen bepalen welke bepalingen in aanmerking zouden kunnen worden genomen om via de techniek van mystery shopping te worden opgespoord. Als leidraad daarbij kreeg de Raad reeds een lijst met bepalingen die werd opgesteld door de Economische Inspectie van de FOD Economie.

De Raad heeft zich ernstig over deze vraag en bijhorende lijst gebogen en heeft moeten concluderen dat zij niet tot een eensluidend advies is kunnen komen. Tijdens de besprekingen is gebleken dat het gebruik van deze techniek voor de verschillende leden een andere invulling dient te krijgen.

II. Algemene opmerkingen

De Raad meent in de grond dat mystery shopping een bij wijlen noodzakelijke techniek is om bepaalde inbreuken vast te stellen. Inderdaad laten sommige bepalingen het niet toe dat zij op hun naleving worden gecontroleerd wanneer de inspectiediensten zichzelf kenbaar dienen te maken. Toch betreuren **de vertegenwoordigers van de productie, de distributie en de middenstand** de invoering van dit principe in de wetgeving over marktpraktijken en consumentenbescherming. Deze opsporingstechniek getuigt van een fundamenteel wantrouwen ten opzichte van de marktactoren en hoort volgens deze vertegenwoordigers eerder thuis in de opsporing van zeer ernstige inbreuken.

Desalniettemin is **de Raad** eveneens van oordeel dat deze techniek slechts als ultiem middel kan worden gebruikt en dus pas kan worden aangewend indien de inbreuken – zoals de wet aangeeft – niet via andere controletechnieken kunnen worden opgespoord. Pas wanneer de omstandigheden het vereisen kan men terugvallen op de techniek van mystery shopping ter controle van de naleving van economische wetgeving. De bestaande controlemiddelen moeten steeds als eerste worden aangewend.

Tevens meent **de Raad** dat het aanwenden van deze techniek ook op z'n proportionaliteit dient te worden beoordeeld. Met name dient men niet reeds na één klacht een mystery shopper op pad te sturen. Pas wanneer men zou vermoeden dat in een sector bepaalde praktijken gangbaar zijn, zou men kunnen besluiten de techniek van mystery shopping aan te wenden.

III. Bijzondere opmerkingen

De vertegenwoordigers van de productie, de distributie en de middenstand zijn van mening dat het niet de bedoeling kan zijn van mystery shopping om overeenkomsten te sluiten, zonder de intentie te hebben deze overeenkomsten uit te voeren. Mystery shopping is in de meeste gevallen niet de enige methode om controle uit te voeren op de naleving van wetgeving, er zijn meestal andere opties (zoals onderzoek op basis van klachten

van de consument). Mystery shopping kan soms noodzakelijk zijn om na te gaan of consumenten bij een verkoop niet onderworpen worden aan discriminerende vereisten. Tegelijk stellen **zij** echter dat er grenzen zijn aan het gebruik van deze techniek. Het sluiten van contracten is zo'n grens. Zich voordoen als een potentiële klant is één zaak, het sluiten van een overeenkomst, een andere. Het sluiten van de overeenkomst brengt immers een onevenredige last mee voor de onderneming, die immers (indien het herroepingsrecht van toepassing is en wordt uitgeoefend) de goederen moet terugnemen, controleren, opnieuw verpakken, inbrengen in de administratie, ..., terwijl volgens deze vertegenwoordigers steeds andere controlemiddelen ter beschikking staan ter controle van de wettelijke bepalingen die gelden na de contractsluiting, zonder deze overlast. Het gaat binnen het kader van boek VI WER immers concreet over bepalingen die bij een eventuele overtreding heel eenvoudig vast te stellen zijn (concreet gaat het om bepalingen inzake het herroepingsrecht, de commerciële garantie, de naleving van ontbindingsclausules, ...). Bij een eventuele inbreuk is het voor de bevoegde diensten na een klacht van de consument gemakkelijk en objectief na te gaan of de onderneming de wettelijke bepalingen heeft nageleefd.

Deze vertegenwoordigers menen verder dat een aantal bepalingen in de lijst, zoals die werd opgesteld en voorgelegd ter vergadering door een vertegenwoordiger van de FOD Economie, te vaag zijn om via mystery shopping te laten controleren (zoals bijvoorbeeld de bepaling van artikel VI.93 WER). De Economische Inspectie doet steeds vaker aan interpretatie van wetgeving, eerder dan controle op de naleving er van. Mystery shopping moet zich beperken tot objectief vaststelbare inbreuken, niet op situaties waarvoor de controleur wetgeving moet interpreteren. Dat is de taak van de rechter.

De vertegenwoordigers van de consumentenorganisaties verwelkomen de techniek van mystery shopping doch menen dat deze, mits inachtnaam van hogervermelde randvoorwaarden, voor alle economische regelgeving zou moeten kunnen gebruikt worden. Het volgt dikwijls uit de aard van de bestaande handelspraktijken dat zij niet kunnen vastgesteld worden dan door het gebruik van de techniek van mystery shopping. De facto zal het aan de inspecteurs van de Economische Inspectie zijn om te bepalen wanneer een inbreuk enkel nog via mystery shopping vastgesteld zal kunnen. Zij steunen daarbij op volgende argumentering:

- De techniek van mystery shopping is noodzakelijk doch kan pas in laatste instantie en proportioneel worden aangewend. Daartoe zijn afdoende zekerheden in de wet ingebouwd. Artikel 37 van de wet van 29 juni houdende diverse bepalingen inzake Economie die een artikel XV.3/1 WER toevoegt, bepaalt duidelijk dat "deze bevoegdheid enkel [kan] worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone cliënten of potentiële cliënten te kunnen vaststellen."
- Vervolgens menen **deze vertegenwoordigers** dat het de rechtszekerheid en coherentie ten goede zou komen wanneer duidelijk is bepaald dat alle regelgeving via mystery shopping zou kunnen worden gecontroleerd, behalve wanneer dat uit hun aard onmogelijk, disproportioneel of ongerechtvaardigd zou zijn. Deze afweging dient steeds door de controlediensten gemaakt en gemotiveerd te worden. **Zij** verwijzen hierbij naar art. XV.17§1 WER dat "*met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de bepalingen van boek VII, en van zijn uitvoeringsbesluiten*" de ambtenaren die bevoegd zijn met de controle op de naleving de bevoegdheid geeft "*de onderneming te benaderen door zich voor te doen als cliënten of potentiële cliënten [...]*." Klaarblijkelijk is het wel mogelijk om voor boek VII WER een algemene norm te vervaardigen en voor andere boeken niet. **De vertegenwoordigers van de consumentenorganisaties** pleiten voor een algemene toepasbaarheid.
- Als derde argument schuiven **de vertegenwoordigers van de consumentenorganisaties** de lopende herziening van Verordening 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming naar voor. Deze verordening geeft minimumbevoegdheden aan de controlerende instanties maar gaat (of zal gaan) daarin niettemin erg ver.

Artikel 8 van de te herziene verordening geeft de bevoegde controlediensten minstens volgende bevoegdheden (onder punten e) en f) ter controle op de naleving van de volledige economische regelgeving:

- *purchase goods or services as test purchases in order to detect infringements under this Regulation and obtain evidence;*
- *purchase goods or services under a cover identity in order to detect infringements and to obtain evidence;*

Hoewel het toepassingsgebied van deze verordening beperkt is tot grensoverschrijdende samenwerking tussen controlediensten zou deze regelgeving ook naar het nationale niveau moeten worden doorgetrokken. Het lijkt inderdaad niet wenselijk dat bij grensoverschrijdende controles andere bevoegdheden zouden gelden dan bij louter landelijke controles.

Het lijkt **de vertegenwoordigers van de consumentenorganisaties** dan ook niet nuttig om nu een beperking op het gebruik van de techniek van mystery shopping in te lassen wanneer deze binnenkort door het in voege treden van de verordening opnieuw zou moeten herzien worden.

IV. Opmerkingen met betrekking tot de door de Economische Inspectie opgestelde lijst

Teneinde **de Raad** bij te staan in haar advies, heeft de Minister in het kader van zijn vraag tot advies, aan de Economische Inspectie de opdracht gegeven een lijst op te stellen van bepalingen die volgens de Inspectie in aanmerking komen om opgenomen te worden in het uitvoeringsbesluit. **De Raad** heeft dit werkdocument van de Economische Inspectie grondig onderzocht. Gezien de voorgaande bemerkingen, is **de Raad** niet tot een eensluidend advies kunnen komen over het werkdocument. Teneinde tegemoet te komen aan de vraag van de Minister om een lijst op te stellen met concrete bepalingen die kunnen worden opgenomen in het uitvoeringsbesluit, voorziet **de Raad** hieronder, onverminderd de hierboven omschreven bemerkingen, haar bemerkingen op het werkdocument van de Economische Inspectie.

Artikelnummer	Consumentenorganisaties	Vertegenwoordigers van de productie, de distributie en de middenstand
III.81 - Niet discriminatie	Ja	Ja
VI.2 en XIV.3 - algemene informatieverplichtingen	Ja	Enkel relevant voor mondelinge verklaringen.
VI.34 - onvoldoende voorraad/afgeven titel	Ja	Nee
VI.45 en VI.46/XIV.27 en XIV.28 - Ovk op Afstand/infoverplichtingen	Ja	Enkel relevant voor telefoonverkoop (anders is de informatie in principe terug te vinden op een drager – catalogus of website)
VI.47 t.e.m. VI.53 en XIV,29 t.e.m. XIV.35 - ovk op Afstand/herroepingsrecht	Ja	Nee
VI.54 tem. VI.61 – Overeenkomsten op afstand met betrekking tot financiële diensten /	Ja	Enkel relevant voor televerkoop (anders is de informatie in principe terug te vinden op een drager – catalogus of website)

informatieverplichtingen en herroepingsrecht		
VI.63 en XIV.37 – verboden bedingen overeenkomsten op afstand	Ja	Nee
VI.64 tem. VI.66 en XIV.38 tem. XIV.40 – Buiten [verkoopruimten] [gebruikelijke plaats van beroepsuitoefening] gesloten overeenkomsten / informatieverplichtingen	Ja	Neen, verplichte informatie is terug te vinden op een drager (precontractueel informatiedocument + bestelbon) die de inspectie kan opvragen.
VI.67 tem. VI.73 en XIV.41 tem. XIV.47 – Buiten [verkoopruimten] [gebruikelijke plaats van beroepsuitoefening] gesloten overeenkomsten / herroepingsrecht	Ja	Nee
VI.92 tem. VI.94 en XIV.60 tem. XIV.70 – Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten / Oneerlijke beroepspraktijken	Ja	Nee
VI.94 tem. VI.103 en XIV.60 tem. XIV.70 – Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten / Oneerlijke beroepspraktijken	Ja	Ja
VI.105 tem. VI.106,2° en XIV.72 tem. XIV.73,2° – oneerlijke handelspraktijken [beroepspraktijken] jegens andere personen dan consumenten	Ja	Neen, het gaat hier over de controle op reclame , dus communicaties die publiek zijn en dus op gewone manier vastgesteld kunnen worden.
VI.106,1° en VI.107 tem. VI.109 en XIV.73,1° en XIV.74 tem. XIV.76 – oneerlijke handelspraktijken [beroepspraktijken] jegens andere personen dan consumenten	Ja	Nee

VI.110 tem. 115 en XIV.77 tem. XIV.82 – ongewenste communicaties	Ja	Neen. Lijkt niet evident om inbreuken op deze bepaling op te sporen via mystery shopping. Gaat men zich bv op de Bel-me-niet lijst registreren en wachten tot men opgebeld wordt?
de artikelen IX.4, tot en met IX.6 of een besluit genomen in uitvoering van de artikelen IX.4, §§ 1 tot 3 en IX.5, §§ 1 en 2 betreffende de algemene veiligheidsverplichtingen	Ja	Neen. Het gaat om de veiligheidscontrole van producten die publiek te koop aangeboden worden. Mystery shopping zou enkel zin hebben indien er aanwijzingen zijn dat er onveilige producten “onder de toog” verkocht zouden worden.
de bepalingen inzake namaak en piraterij, zoals bedoeld in en strafbaar gesteld door het artikel XV.103	Ja	Nee
XII.6 tem. XII.8 - informatie en doorzichtigheid inzake diensten van de informatiemaatschappij	Ja	Ja
XII.9 - informatie en doorzichtigheid inzake diensten van de informatiemaatschappij	Ja	Nee
XII.12 en XII.13 – betreffende reclame	Ja	Neen. Reclame is een communicatie dus publiek beschikbaar. Heimelijke controles zijn niet nodig.
XII.25, §§ 9 en 10 en XII.26, tweede lid inzake vertrouwensdiensten en het niet zijn opgenomen op de vertrouwenslijst zoals voorzien in verordening 910/2014 en bepaald in artikel XII.28	Ja	Ja