

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

13 november 2015

WETSVOORSTEL

**tot wijziging van het Wetboek van
Economisch Recht wat het misbruik van een
aanmerkelijke machtspositie betreft**

(ingediend door mevrouw Rita Gantois c.s.)

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

13 novembre 2015

PROPOSITION DE LOI

**modifiant le Code de droit économique
en ce qui concerne l'abus d'une position
dominante significative**

(déposée par Mme Rita Gantois et consorts)

SAMENVATTING

Grotere ondernemingen of groepen van ondernemingen kunnen soms kleinere spelers in een economisch afhankelijke positie aan zich binden, en ook misbruik maken van die machtspositie. Het gaat dan bv. om niet-concurrentiebedingen, discriminatie tussen verschillende afnemers en leveranciers, weigering tot bevoorradings of aankoop, het aanrekenen van excessieve prijzen, het opleggen van onbillijke (algemene) voorwaarden. Al te vaak beschikken deze veelal kleine en middelgrote ondernemingen niet over de nodige middelen om hiertegen op te treden. Ook vrezen zij vergeldingsmaatregelen.

Om de onderhandelingspositie van kleine handelaars ten aanzien van grote ondernemingen te verbeteren voert dit wetsvoorstel een verbod in op het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie. De mededingingsautoriteiten kunnen toezicht houden op de naleving ervan, met de nodige waarborgen voor onafhankelijkheid van onderzoek. Bovendien neemt het de angst weg bij de benadeelde handelspartners om – al dan niet in rechte – op te treden tegen de onrechtmatige handelspraktijken.

RÉSUMÉ

De grandes entreprises ou des groupes d'entreprises peuvent quelquefois maintenir de plus petits opérateurs dans une position de dépendance économique à leur égard, voire abuser de cette position dominante. Cela concerne, par exemple, des clauses de non-concurrence, une discrimination entre différents clients et fournisseurs, un refus d'approvisionnement ou d'achat, une facturation de prix excessifs, l'imposition de conditions (générales) inéquitables. Généralement petites et moyennes, ces entreprises ne disposent souvent pas des moyens nécessaires pour agir contre ces pratiques. De plus, elles craignent les mesures de représailles.

Dans le souci d'améliorer la position de négociation des petits commerçants face aux grandes entreprises, cette proposition de loi vise à interdire l'abus d'une position dominante significative. Les autorités de la concurrence peuvent surveiller le respect de cette interdiction tout en présentant les garanties nécessaires d'indépendance de l'enquête. En outre, les partenaires commerciaux lésés n'auront plus à craindre d'agir – que ce soit ou non en justice – contre les pratiques commerciales illicites.

N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie
PS	:	Parti Socialiste
MR	:	Mouvement Réformateur
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten
sp.a	:	socialistische partij anders
Ecolo-Groen	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
cdH	:	centre démocrate Humaniste
VB	:	Vlaams Belang
PTB-GO!	:	Parti du Travail de Belgique – Gauche d'Ouverture
FDF	:	Fédéralistes Démocrates Francophones
PP	:	Parti Populaire

Afkortingen bij de nummering van de publicaties:

DOC 54 0000/000:	Parlementair document van de 54 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA:	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV:	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV:	Beknopt Verslag
CRIV:	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN:	Plenum
COM:	Commissievergadering
MOT:	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Abréviations dans la numérotation des publications:

DOC 54 0000/000:	Document parlementaire de la 54 ^e législature, suivi du n° de base et du n° consécutif
QRVA:	Questions et Réponses écrites
CRIV:	Version Provisoire du Compte Rendu intégral
CRABV:	Compte Rendu Analytique
CRIV:	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)
PLEN:	Séance plénière
COM:	Réunion de commission
MOT:	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers

Bestellingen:
Natieplein 2
1008 Brussel
Tel. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.dekamer.be
e-mail : publicaties@dekamer.be

De publicaties worden uitsluitend gedrukt op FSC gecertificeerd papier

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants

Commandes:
Place de la Nation 2
1008 Bruxelles
Tél. : 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.lachambre.be
courriel : publicaties@lachambre.be

Les publications sont imprimées exclusivement sur du papier certifié FSC

TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

De vrijheid van handel is een van de hoekstenen van onze samenleving. Dit beginsel werd na de Franse Revolutie via het Decreet d'Allarde van 1791 in het Belgisch recht ingevoerd en is sinds 2013 opgenomen in art. II.2 Wetboek Economisch Recht (WER).

Deze vrijheid impliceert dat eenieder vrij is naar eigen inzichten handel te drijven. Dit vereist een vrije markttoegang en contractvrijheid. Alleen zo kunnen marktdeelnemers op een vrije, onvervalste en eerlijke manier met elkaar in concurrentie treden.

Deze vrije marktordening wordt beschermd door het mededingingsrecht. Dit is verankerd in het Europees Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Zo zijn volgens art. 101 VWEU kartels principieel verboden. Artikel 102 VWEU legt dominante ondernemingen dan weer het verbod op misbruik te maken van hun machtspositie op een bepaalde markt. Deze regels zijn ook omgezet in het interne recht van de verschillende lidstaten van de Europese Unie. In België gaat het om respectievelijk art. IV.1 en art. IV.2 WER.

Gezien de vele – vaak tot de verbeelding sprekende – inbreukprocedures, kan het mededingingsrecht als een succes beschouwd worden. Toch is het regime nog onvolmaakt en is er ruimte voor verbetering.

Een van de hiaten is te vinden in artikel IV.2 WER. Opdat deze bepaling toepassing zou kunnen vinden, is het noodzakelijk dat voldaan wordt aan verschillende voorwaarden. Het moet gaan om (1) een onderneming, die (2) op de Belgische markt, of op een relevant deel ervan, een (3) dominante positie heeft en (4) deze ook misbruikt. Het is echter onvoldoende dat individuele marktdeelnemers (concurrerende bedrijven, consumenten) door dit gedrag negatieve gevolgen ondervinden. Er wordt tevens vereist dat op de relevante markt de concurrentie in haar geheel wezenlijk verstoord wordt. De dominante onderneming moet zich met andere woorden onafhankelijk kunnen gedragen van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers. Dit is een hoge bewijslast voor de mededingingsautoriteiten, laat staan voor een individuele marktdeelnemer die zich gegriefd voelt door het gedrag van een dergelijke onderneming en hiervoor in rechte compensatie zoekt.

DÉVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

La liberté de commerce est l'une des pierres angulaires de notre société. Ce principe a été introduit dans le droit belge après la Révolution française par le Décret d'Allarde de 1791 et est énoncé depuis 2013 dans l'article II.2 du Code de droit économique (CDE).

Cette liberté implique que chacun est libre de faire négoce comme il l'entend. Elle suppose un libre accès au marché et la liberté contractuelle. Ce n'est que dans ces conditions que la concurrence entre les opérateurs économiques peut être libre, non faussée et loyale.

Cette organisation libre du marché est protégée par le droit de la concurrence. Ce dernier est ancré dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Ainsi, en vertu de l'article 101 du TFUE, les cartels sont en principe interdits. L'article 102 du TFUE interdit quant à lui aux entreprises puissantes d'abuser de leur position dominante sur un certain marché. Ces règles ont également été transposées en droit interne dans les différents États membres de l'Union européenne. En Belgique, elles ont été transposées dans les articles IV.1 et IV.2 du Code de droit économique.

Étant donné le nombre élevé de procédures d'infraction – souvent emblématiques – qui sont engagées, on peut considérer le droit de la concurrence comme une réussite. Pourtant, le régime est encore imparfait et perfectible.

Une des lacunes réside dans l'article IV.2 du Code de droit économique. Pour que cette disposition soit applicable, il est nécessaire qu'il soit répondu à différentes conditions. Il doit s'agir (1) d'une entreprise, qui (2) exerce une position dominante (3) sur le marché belge ou dans une partie substantielle de celui-ci et (4) exploite cette position de manière abusive. Il ne suffit cependant pas que certains acteurs individuels du marché (entreprises concurrentes, consommateurs) subissent les conséquences négatives de ce comportement. Il est également exigé qu'il y ait distorsion de la concurrence dans son ensemble sur le marché concerné. En d'autres termes, l'entreprise dominante doit pouvoir se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses fournisseurs, de ses clients ou de ses utilisateurs finals. La charge de la preuve est donc très importante pour les autorités de la concurrence, *a fortiori* pour un acteur individuel du marché qui s'estime lésé par le comportement d'une telle entreprise et s'adresse à la justice pour obtenir réparation.

De achilleshiel van deze bepaling bestaat eruit dat het slechts een *absoluut* verbod op misbruik van machtspositie instelt. Dit betekent dat de machtspositie, op de markt waar zij wordt ingenomen, bestaat jegens *alle* afnemers of leveranciers en jegens *alle* concurrenten. De afhankelijkheid van *bepaalde* afnemers of leveranciers van een *bepaalde* onderneming laat niet toe deze laatste een machtspositie toe te schrijven; evenmin bezit een onderneming een machtspositie in de relatie tot haar kleine en middelgrote concurrenten, wanneer zij zelf aan daadwerkelijke mededinging van een grotere onderneming is blootgesteld. Het Europese recht kent immers geen *relatieve* marktmacht.

Situaties van relatieve marktmacht doen zich voornamelijk voor in situaties van economische afhankelijkheid. Dergelijke relatieve machtspositie vormt immers een voorafgaande voorwaarde om te kunnen spreken van situaties van economische afhankelijkheid. Deze viseren respectievelijk de precontractuele en contractuele fase. Het gaat in beide gevallen echter vooral om langdurige relaties van verticale aard, waarbij bepaalde ondernemingen zich in een machtspositie bevinden die in verhouding tot die van hun handelspartner aanmerkelijk beter is. Dit heeft dan weer zijn gevolgen voor de onderhandelingspositie van beide marktdeelnemers. Veelal gaat het om spelers op oligopolistische markten. Zo zijn landbouwers in de agrovoedingsketen vaak zowel afnemer als leverancier van grote ondernemingen (bv. supermarktketens), waarbij zij weinig tot geen contractuele uitwijkmogelijkheden hebben ten aanzien van hun medecontractant. Aan de andere kant van de distributieketen doet eenzelfde fenomeen zich voor bij bv. franchisenemers. Zo worden ook zij vaak geconfronteerd met onbillijke algemene voorwaarden, die hun economische vrijheid ernstig beperkt. Zo worden zij vaak geconfronteerd met niet-concurrentiebedingen waar vanuit juridisch oogpunt niets op aan te merken valt, maar die wel met zich mee kunnen brengen dat een handelaar *de facto* zijn handelszaak verliest.

Grote(re) ondernemingen op deze oligopolistische markten kunnen met andere woorden kleinere spelers, vanuit hun economische afhankelijke positie aan zich binden, en ook misbruik maken van die economische afhankelijke positie. Naast de hoger aangehaalde specifieke voorbeelden, gaat het voornamelijk om discriminatie tussen verschillende afnemers/leveranciers, weigering tot bevoorrading of aankoop, het aanrekenen van excessieve prijzen, het opleggen van onbillijke (algemene) voorwaarden, enz.

Le talon d'Achille de cette disposition réside dans le fait qu'elle prévoit uniquement une interdiction *absolue* de l'abus d'une position dominante. Cela signifie que la position dominante doit être exercée, sur le marché concerné, envers *tous* les clients ou fournisseurs et envers *tous* les concurrents. La dépendance de *certains* clients ou fournisseurs à l'égard d'une *certaine* entreprise ne permet pas de considérer que cette dernière exerce une position dominante; une entreprise n'exerce pas non plus une position dominante vis-à-vis des petites et moyennes entreprises concurrentes lorsqu'elle est elle-même exposée à une concurrence réelle de la part d'une entreprise plus grande. Le droit européen ne connaît en effet pas la notion de position dominante *relative* sur le marché.

Les situations de puissance relative sur le marché se produisent principalement dans le cadre de relations de dépendance économique. Cette puissance relative sur le marché constitue en effet une condition préalable à une situation de dépendance économique. Elles correspondent respectivement à la phase précontractuelle et à la phase contractuelle. Dans les deux cas, il s'agit toutefois surtout de relations verticales de longue durée, dans lesquelles certaines entreprises se trouvent dans une position dominante significativement meilleure que celle de leur partenaire commercial. Ce déséquilibre n'est pas sans conséquence sur la position de négociation des deux opérateurs économiques. La plupart du temps, ces acteurs opèrent sur des marchés oligopolistiques. Ainsi, dans la chaîne agroalimentaire, les agriculteurs sont souvent tant clients que fournisseurs de grandes entreprises (par exemple, des supermarchés), si bien qu'il leur est quasiment, voire totalement impossible d'échapper à leurs obligations contractuelles vis-à-vis de leur cocontractant. À l'autre bout de la chaîne de distribution, le même phénomène se produit par exemple pour les franchisés. Eux aussi sont souvent confrontés à des conditions générales non équitables, qui restreignent gravement leur liberté économique. Ils se voient par exemple imposer des clauses de non-concurrence qui, bien qu'irréprochables d'un point de vue juridique, peuvent entraîner *de facto* pour le commerçant la perte de son entreprise.

Les (plus) grandes entreprises présentes sur ces marchés oligopolistiques peuvent, en d'autres termes, maintenir des acteurs plus modestes dans une position de dépendance économique à leur égard, et abuser de cette dépendance. Outre les exemples précités, ces abus correspondent essentiellement à une discrimination entre différents clients/fournisseurs, un refus d'approvisionnement ou d'achat, une facturation à des tarifs excessifs, l'imposition de conditions (générales) non équitables, etc.

Al te vaak bestaat bij deze veelal kleine en middelgrote ondernemingen de angst en het gebrek aan middelen om hiertegen op te treden¹. Zij vrezen namelijk vergeldende maatregelen. Dit is een kwalijke ontwikkeling, zeker in aanhoudende economisch kritieke tijden. kmo's vormen immers de ruggengraat van onze economie.

Hoewel het mededingingsrecht an sich niet de rol heeft de *eerlijke* mededinging (het contractenrecht) te regelen, als wel de *vrije* marktordering te waarborgen, is het toch verdedigbaar dat het mededingingsrecht het contractenrecht in ogenschouw neemt ter bewaking van de ondernemingsvrijheid van economisch zwakkere partijen. Een distributienetwerk kan niet alleen de economische vrijheid van de zwakke tegenpartij aantasten (verticaal), maar kan ook tot gevolg hebben dat de machtspositie van de relatief dominante onderneming verstevigd wordt (horizontaal)². Anders gezegd, een individuele asymmetrische contractuele relatie is niet van aard de mededinging wezenlijk te verstoren, maar het geheel van dergelijke overeenkomsten kunnen wel de marktstructuren aanpassen.

Verschillende lidstaten in de Europese Unie hebben daarom besloten deze problematiek op microniveau aan te pakken en hebben een verbod ingesteld op misbruik van economische afhankelijkheid of misbruik van een relatieve machtspositie. Het gaat onder meer om Duitsland, Oostenrijk, Frankrijk en Italië. Verdragsrechtelijk is dit ook mogelijk. Het blijft de lidstaten van de Europese Unie immers toegestaan strengere nationale mededingingsregels aan te nemen³. Ook andere geïndustrialiseerde landen zoals Zwitserland, Japan en Zuid-Korea hebben dergelijke bepalingen in hun rechtssysteem opgenomen.

De noodzaak om wetgevend op te treden wordt als des te prangender gevoeld, daar (kleine) handelaars zich niet kunnen verweren met het juridisch arsenaal waar consumenten ingevolge Europese regelgeving (zoals richtlijn 2005/29/EG) wel over beschikken. Er is weliswaar art. VI. 104 WER dat "*elke daad strijdig met de eerlijke marktpraktijken*" verbiedt, maar deze bepaling kan slechts ingeroepen worden indien de rechten van de consument door het gestelde gedrag in gedrang komen. Het betreft niet *louter* de belangen

Trop souvent, ces entreprises, en général des PME, sont paralysées par la peur et par le manque de moyens d'action pour faire face à cette situation¹. Elles craignent notamment des mesures de représailles. Cette évolution est néfaste, d'autant que la situation économique générale ne semble pas prête de s'améliorer. Les PME sont en effet la colonne vertébrale de notre économie.

Bien qu'il n'ait pas en soi vocation à réglementer la concurrence *loyale* (le droit contractuel) ni à garantir l'organisation du marché *libre*, nous estimons que le droit de la concurrence pourrait tout de même tenir compte du droit contractuel afin de préserver la liberté d'entreprendre des parties économiquement plus faibles. Un réseau de distribution peut non seulement porter atteinte à la liberté économique de la partie adverse plus faible (vertical), mais aussi avoir pour effet de renforcer la position de force d'une entreprise relativement dominante (horizontal)². Autrement dit, une relation contractuelle individuelle asymétrique n'est pas de nature à fausser la concurrence de façon substantielle, mais un ensemble de contrats de ce type peut entraîner une modification des structures du marché.

Différents États membres de l'Union européenne (dont l'Allemagne, l'Autriche, la France et l'Italie) ont dès lors décidé d'aborder cette problématique au microniveau et d'interdire l'abus de dépendance économique ou l'abus de position dominante relative - ce qui est permis par les traités. En effet, les États membres de l'Union européenne ont la possibilité d'adopter des règles nationales plus sévères en matière de concurrence³. D'autres pays industrialisés comme la Suisse, le Japon et la Corée du sud ont également intégré ce type de dispositions dans leur système juridique.

La nécessité de légiférer se fait d'autant plus ressentir que les (petits) commerçants n'ont pas la possibilité de se prévaloir de l'arsenal juridique mis à la disposition des consommateurs par la réglementation européenne (la directive 2005/29/CE, par exemple). L'article VI. 104 du Code de droit économique interdit bien "*tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché*", mais il ne peut être invoqué que lorsque les droits du consommateur sont compromis par le comportement incriminé. Cette disposition ne vise pas spécifiquement

¹ [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL_BRI\(2015\)563430_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL_BRI(2015)563430_EN.pdf).

² M. Bakhoum, "Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance", *ASCOLA Conference 2015*, Max Planck Institute, München, 4.

³ Art.3 (2) Verordening van de Raad (EU) 01/2003. Zie ook hetgeen bepaald in alinea 8 en 9 van de preambule van de verordening.

¹ [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL_BRI\(2015\)563430_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/563430/IPOL_BRI(2015)563430_EN.pdf).

² M. Bakhoum, "Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance", *ASCOLA Conference 2015*, Max Planck Institute, Munich, 4.

³ Art.3 (2) du Règlement du Conseil (CE) 01/2003. Voir également ce qui est prévu aux alinéas 8 et 9 du préambule de ce règlement.

van handelaren en kooplieden⁴. Met andere woorden, er bestaat specifieke wetgeving die de relatie “*business to consumer*” beschermt, maar niet de relatie “*business to business*”. Nochtans verschillen kleine handelaars *de facto* maar weinig van consumenten in hun relatie tot grote ondernemingen.

Dit voorstel wenst dan ook een gelijkaardige regeling in te bedden in het Belgisch recht. In tegenstelling tot de bepalingen uit richtlijn 2005/29/EG, wordt er hier niet voor geopteerd om een limitatieve lijst in de wet op te nemen, maar eerder te kiezen voor de combinatie met een open norm. Dit vanuit de visie dat dit beter geschikt is om haar relevantie te behouden ten aanzien van de socio-economische veranderingen die een maatschappij doorheen de jaren onvermijdelijk ondergaat. Bovendien overspant zij zo een breder toepassingsgebied en is er meer ruimte voor interpretatie en jurisprudentiële ontwikkeling. Om evenwel de rechtszekerheid te verhogen, zijn toch een aantal manifeste abusieve gedragingen in het wetsartikel opgenomen.

Door de inkapseling van de bepaling in het mededingingsrecht, is het – net zoals dit in Duitsland⁵ het geval is - voor de mededingingsautoriteiten mogelijk toezicht te houden op de naleving van de bepaling, met de nodige waarborgen voor de onafhankelijkheid van het gevoerde onderzoek. Bovendien neemt het de angst weg bij de benadeelde handelspartners om – al dan niet in rechte - op te treden tegen de onrechtmatige handelspraktijken, nu zij zich gesterkt voelen door publieke handhaving⁶.

Het plaatsen van de bepaling onder het mededingingsrecht is *de facto* evenwel de enige nieuwigheid aan het artikel. Het is immers een veruitwendiging van de *goede trouw*. Deze rechtsfiguur is een van de fundamenten van ons verbintenissenrecht. Wanneer de goede trouw miskend wordt, maakt dit rechtsmisbruik uit. Het gaat om de uitoefening van een recht dat uitgeoefend wordt op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bedachtzaam mens⁷. De goede trouw beoogt aldus de *eerlijke* mededinging te beschermen, en kan door iedere private marktdeelnemer die zich gegriefd voelt in rechte ingeroepen worden. Wanneer het gedrag van een onderneming evenwel de eerlijke mededinging overstijgt en de *vrije* mededinging, die door

⁴ I. Verougstraete, “Praktijken strijdig met de eerlijke handelsgebruiken”, in J. Stuyck, P. Wytinck, *De nieuwe Wet Handelspraktijken en de Voorlichting en Bescherming van de Consument*, Deurne, Kluwer, 1992, 134.

⁵ Art. 20 (1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140715-communication_en.pdf, 7.

⁷ Cassatie 8 februari 2001, A.C. 2001, nr. 78.

les intérêts des marchands et des commerçants⁴. En d’autres termes, il existe une législation spécifique qui protège la relation “*business to business*” mais non la relation “*business to consumer*”. Or, en pratique, les petits commerçants diffèrent peu des consommateurs dans leurs relations avec les grandes entreprises.

La présente proposition vise dès lors à insérer une réglementation similaire dans le droit belge. Contrairement à ce que prévoient les dispositions de la directive 2005/29/CE, nous ne retenons pas l’option d’intégrer une liste limitative dans la loi mais bien la combinaison avec une norme ouverte, et ce, en partant du principe qu’elle est plus appropriée pour conserver sa pertinence face aux changements socioéconomiques que subit inévitablement une société au fil du temps. De cette manière, elle couvre en outre un champ d’application plus large et la marge d’interprétation ainsi que l’évolution jurisprudentielle s’en trouvent accrues. Une série de comportements manifestement abusifs ont cependant été inscrits dans l’article de loi afin de renforcer la sécurité juridique.

Grâce à l’insertion de la disposition dans le droit de la concurrence, les autorités de la concurrence ont la possibilité – tout comme c’est le cas en Allemagne⁵ - de contrôler son respect, avec les garanties nécessaires pour l’indépendance de l’enquête en cours. Cela lève en outre les craintes des partenaires commerciaux préjudiciés d’entreprendre des actions, en justice ou non, contre les pratiques commerciales abusives, puisqu’ils se sentent à présent confortés par des dispositifs publics d’application⁶.

Cependant, l’insertion de la disposition dans le droit de la concurrence est *de facto* la seule nouveauté de l’article. Il s’agit en effet d’une manifestation de la *bonne foi*. Cette figure juridique est un des fondements de notre droit des obligations. La méconnaissance de la bonne foi constitue un abus de droit. Il s’agit de l’exercice d’un droit qui est exercé d’une manière qui excède manifestement les limites de l’exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente⁷. La bonne foi vise ainsi à protéger la concurrence *loyale*, et elle peut être invoquée en droit par tout opérateur privé du marché qui s’estime lésé. Si toutefois le comportement d’une entreprise outrepassé la concurrence loyale et porte atteinte à la *libre* concurrence, qui est protégée par le droit de la concurrence, une intervention législative

⁴ I. Verougstraete, “Praktijken strijdig met de eerlijke handelsgebruiken”, in J. Stuyck, P. Wytinck, *De nieuwe Wet Handelspraktijken en de Voorlichting en Bescherming van de Consument*, Deurne, Kluwer, 1992, 134.

⁵ Art. 20 (1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

⁶ http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/140715-communication_fr.pdf, 7.

⁷ Cassation 8 février 2001, A.C. 2001, n° 78.

het mededingingsrecht wordt beschermd, aantast, is het legitiem dat hier wetgevend wordt tussengekomen om de vrijheid van de mededinging te vrijwaren. Het voorstel heeft in die zin niet de ambitie tussen te komen in het contractenrecht en te bepalen welke de handelsrelatie tussen twee marktdeelnemers dient te zijn, als wel te garanderen dat de duurzaamheid van de vrije mededinging gevrijwaard wordt. Zonder marktdeelnemers kan er immers ook geen sprake zijn van een markt.

Het is evenwel geenszins de bedoeling van dit voorstel om niet-efficiënte ondernemingen te beschermen tegen hun afhankelijke positie, noch om ondernemingen die een dominantie op de markt verworven hebben ingevolge efficiëntere keuzes te bestraffen. Dit zou immers net tegen de geest van het mededingingsrecht ingaan. Zij vallen dan ook buiten haar toepassingsgebied. Asymmetrische overeenkomsten kunnen immers voor beide partijen voordelig zijn. De bedoeling van de indieners is dan ook de vrijheid van de individuele ondernemingen te verzekeren, eerder dan de onderneming zelf.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 2

Om te bepalen of een onderneming een aanmerkelijke *machtspositie* vis-à-vis een kleinere onderneming heeft, moet gekeken worden naar de individuele relatie tussen koper en verkoper. Zo kan onder meer de reputatie van de onderneming, zijn marktaandeel, het belang dat zijn medecontractant vertegenwoordigt in zijn omzet en ten slotte de mogelijkheid voor de niet-dominante onderneming om van handelspartner te veranderen tegen dezelfde voorwaarden in ogenschouw genomen worden. Indien het onmogelijk is om van handelspartner te veranderen, of de kostprijs om dit te doen is onredelijk hoog, dan is er sprake van *economische afhankelijkheid*. Zodra er voldoende en redelijke mogelijkheden zijn om tegen gelijke handelsvoorwaarden van handelspartner te veranderen, kan er geen sprake zijn van een economisch afhankelijke positie. Deze afhankelijkheid mag evenwel niet het gevolg zijn van eigen beslissingen van de onderneming in kwestie. De bewijslast is hier dan ook minder hoog dan om te bepalen of er sprake is van een (klassiek) misbruik van machtspositie. Wat dit laatste betreft, kan er nog op gewezen worden dat het bestaan van een machtspositie op een bepaalde markt niet noodzakelijk het bestaan van een economisch afhankelijke situatie met zich meebrengt. Er kan dus voldoende concurrentie bestaan, ondanks het feit dat een onderneming toch afhankelijk is. De aanwezigheid van levendige concurrentie betekent dus niet dat de afhankelijke onderneming een redelijke mogelijkheid

visant à préserver la liberté de concurrence est légitime. En ce sens, la proposition n'a pas pour ambition d'intervenir dans le droit des contrats et de déterminer quelle doit être la relation commerciale entre deux acteurs du marché, mais bien de garantir que la durabilité de la libre concurrence sera préservée. Effectivement, en l'absence d'acteurs du marché, il ne peut être question d'un marché.

Toutefois, la présente proposition de loi n'entend en aucun cas protéger les sociétés non performantes contre leur situation de dépendance, ni de pénaliser les entreprises qui ont acquis une position dominante sur le marché grâce à de meilleurs choix, car cela irait précisément à l'encontre de l'esprit du droit de la concurrence. Ces entreprises ne relèvent dès lors pas de son champ d'application. Des accords asymétriques peuvent effectivement s'avérer avantageux pour les deux parties. Aussi notre intention est-elle de préserver la liberté des entreprises individuelles, plutôt que l'entreprise elle-même.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 2

En vue de déterminer si une entreprise à une *position dominante significative* vis-à-vis d'une petite entreprise, il convient de tenir compte de la relation individuelle entre le vendeur et l'acheteur. Ainsi, on peut notamment prendre en considération la réputation de l'entreprise, sa part de marché, la part que représente son cocontractant dans son chiffre d'affaires et, enfin, la possibilité pour l'entreprise non dominante de changer de partenaire commercial aux mêmes conditions. S'il est impossible de changer de partenaire commercial aux mêmes conditions ou si le coût de cette opération est déraisonnablement élevé, il sera question de *dépendance économique*. Dès qu'il y a des possibilités suffisantes et raisonnables de changer de partenaire commercial aux mêmes conditions, il ne peut être question de *dépendance économique*. Cette dépendance ne peut cependant résulter de décisions propres prises par l'entreprise en question. Dès lors, la charge de la preuve sera en l'occurrence moins lourde que pour déterminer s'il est question d'un abus (classique) de position dominante. En ce qui concerne cette dernière, on peut encore souligner que l'existence d'une position dominante sur un marché déterminé n'implique pas nécessairement une dépendance économique. Par conséquent, un niveau de concurrence suffisant peut exister, même si une entreprise est tout de même dépendante. La présence d'une vive concurrence ne signifie donc pas que l'entreprise dépendante dispose

heeft om van handelspartner te veranderen. Er zal dus geval per geval moeten nagegaan worden of er sprake is van een onevenwichtige onderhandelingspositie die met zich meebrengt dat er geen daadwerkelijke mogelijkheid bestaat om van handelspartner te veranderen.

Economische afhankelijkheid is de voornaamste uiting van het bestaan van een superieure onderhandelingspositie die volgt uit het bestaan van een relatieve machtspositie. Het voorgestelde tweede lid van paragraaf twee geldt dan ook als open norm. Zodra er een band van economische afhankelijkheid wordt vastgesteld, waarvan misbruik wordt gemaakt, geldt het verbod. Deze open norm wordt aangevuld wordt met specifieke bepalingen (1° - 5°).

Wat de specifieke bepalingen betreft, alsook het begrip "machtspositie", is getracht om deze zoveel mogelijk in lijn te brengen met het huidige artikel IV. 2 WER. Dit moet toelaten, naar Duits voorbeeld, de bestaande jurisprudentie en doctrine naar analogie ook te kunnen toepassen op het nieuw voorgestelde artikel IV. 2, § 2 WER. De bijzondere bepalingen inzake misbruik van een aanmerkelijke machtspositie behoeven dan ook weinig verduidelijking, nu zij ook reeds in artikel IV. 2, § 1 zijn opgenomen. Wat het verbod betreft een producent of leverancier te dwingen zijn goederen te verkopen aan een prijs die de productieprijzen niet dekt, kan gespecificeerd worden dat dit niet ingaat tegen richtlijn 2005/29/EG. Het gaat hier immers om een mededingingsbeschermende maatregel. Voornamelijk ten aanzien van landbouwproducenten is deze bepaling relevant. Deze interpretatie mag er evenwel niet toe leiden dat niet-efficiënte ondernemingen door deze bepaling beschermd worden. Zodra een van de verschillende producenten of leveranciers van een eenzelfde onderneming met een aanmerkelijke machtspositie erin slaagt voor hetzelfde type product winst te maken op dit product, speelt dit verbod niet. Het geheel aan productiekosten moet in ogenschouw genomen worden. Met "winst" wordt dan bedoeld de winst voor belasting. Hetzelfde geldt vice versa voor afnemers (3°). Opdat deze bepalingen van toepassing zouden zijn, is het noodzakelijk dat het misbruik van die aard is dat het de benadeelde ondernemingen ernstig bemoeilijkt wordt nog langer deel te nemen aan de daadwerkelijke mededinging.

Wat de sanctioneringsmogelijkheden betreft, zijn wij evenwel de mening toegedaan dat het onmiddellijk opleggen van financiële sancties in het geval van een inbreuk op een misbruik van een aanmerkelijke machtspositie te ver gaat. Wij staan een trapsgewijze sanctionering voor. Dit moet toelaten dat de marktdeelnemers zelfcorrigerend handelen. Indien het Mededingingscollege

d'une possibilité raisonnable de changer de partenaire commercial. Il conviendra donc d'examiner au cas par cas s'il est question d'un déséquilibre des positions de négociation qui fait en sorte qu'il est impossible, dans les faits, de changer de partenaire commercial.

La dépendance économique est la principale manifestation de l'existence d'une position de force dans la négociation, qui découle de l'existence d'une position dominante relative. L'alinéa 2 proposé du paragraphe 2 a donc valeur de norme ouverte. L'interdiction s'applique dès que l'on constate un lien de dépendance économique dont la partie dominante abuse. Cette norme ouverte est complétée par un certain nombre de dispositions spécifiques.

En ce qui concerne ces dispositions spécifiques, ainsi que le concept de "position dominante", l'idée était de s'aligner le plus possible sur l'actuel article IV.2 du Code de droit économique. Cela devrait permettre, à l'instar de l'Allemagne, d'appliquer par analogie la jurisprudence et la doctrine existantes au nouvel article IV.2, § 2, proposé, du même Code. Les dispositions particulières en matière d'abus de position dominante significative ne demande donc guère d'éclaircissements, dès lors qu'elles sont déjà reprises dans l'article IV.2, § 1^{er}. En ce qui concerne l'interdiction de forcer un producteur ou un fournisseur de vendre ses biens à un prix qui ne couvre pas le prix de revient, il peut être spécifié que cette disposition n'est pas contraire à la directive 2005/29/CE, puisqu'il s'agit, en l'occurrence, d'une mesure de protection de la concurrence. Cette disposition est particulièrement importante dans le domaine des produits agricoles. Cette interprétation ne peut toutefois faire en sorte que cette disposition protège des entreprises non performantes. Dès que l'un des différents producteurs ou fournisseurs d'une même entreprise ayant une position dominante significative parvient à réaliser un bénéfice sur un même type de produit, cette interdiction ne joue pas. C'est l'ensemble des coûts de production qui doit être pris en considération. Par "bénéfice", il faut entendre "bénéfice avant impôt". Le même principe vaut, inversement, pour les acheteurs (3°). Pour que ces dispositions puissent être d'application, il est nécessaire que l'abus soit de nature telle qu'il deviendrait très difficile pour les entreprises préjudiciées de continuer à jouer véritablement le jeu de la concurrence.

En ce qui concerne les possibilités de sanction, nous estimons néanmoins qu'il est excessif d'infliger immédiatement des sanctions financières en cas d'abus d'une position dominante significative. Nous sommes favorables à une gradation des sanctions, qui doit permettre aux acteurs du marché de se corriger eux-mêmes. Si le Collège de la concurrence décide

tot de beslissing komt dat er sprake is van een inbreuk op artikel IV. 2, § 2 WER, moet de betrokken onderneming in de eerste plaats de mogelijkheid geboden worden zijn gedrag binnen een bepaalde termijn te wijzigen of te beëindigen. Pas indien hier geen gevolg aan gegeven wordt, zal de vaststelling van de restrictieve mededingingspraktijk bekendgemaakt worden in het *Belgisch Staatsblad*. Bij een aanhoudende miskenning van de haar opgelegde sancties, zal de onderneming vervolgens gehouden zijn tot het betalen van een geldboete.

Tot slot zij opgemerkt dat hetgeen bepaald is in artikel IV. 2, § 2 WER evenzeer kan aangemerkt worden als een “restrictieve mededingingspraktijk” in de zin van artikel IV. 3 WER. Bovendien is het geenszins de bedoeling van dit voorstel om een andere onderzoeks- of beslissingsprocedure in het leven te roepen. In die zin achten wij het onnodig om in andere bepalingen in Boek IV WER een opdeling te maken tussen artikel IV. 2, § 1 enerzijds en artikel IV. 2, § 2 anderzijds.

Rita GANTOIS (N-VA)
Johan KLAPS (N-VA)
Werner JANSSEN (N-VA)
Bert WOLLANTS (N-VA)

qu’il y a infraction à l’article IV. 2, § 2, du Code de droit économique, l’entreprise concernée doit d’abord avoir la possibilité de modifier son comportement ou d’y mettre fin dans un certain délai. Ce n’est qu’en cas d’absence de réaction que la constatation de la pratique restrictive de concurrence sera publiée au *Moniteur belge*. Par la suite, en cas d’ignorance persistante des sanctions qui lui sont infligées, l’entreprise sera tenue de payer une amende.

Il convient enfin de faire remarquer que ce qui est prévu à l’article IV. 2, § 2, du Code de droit économique peut tout autant être considéré comme une ‘pratique restrictive de concurrence’ au sens de l’article IV. 3 du Code de droit économique. En outre, la présente proposition n’a absolument pas pour objectif de créer une nouvelle procédure d’instruction ou de décision. En ce sens, nous estimons inutile d’établir une distinction entre, d’une part, l’article IV. 2, § 1^{er}, et, d’autre part, l’article IV. 2, § 2, dans d’autres dispositions du livre IV du Code de droit économique.

WETSVOORSTEL

Artikel 1

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet.

Art. 2

Artikel IV. 2 van het Wetboek van Economisch Recht, ingevoegd bij de wet van 3 april 2013, waarvan de bestaande tekst paragraaf 1 zal vormen, wordt aangevuld met een paragraaf 2, luidende:

“§ 2. Het is ondernemingen of een groep van ondernemingen verboden misbruik te maken van hun aanmerkelijke machtspositie ten aanzien van andere ondernemingen.

Van een aanmerkelijke machtspositie is onder meer sprake indien er een band van economische afhankelijkheid bestaat tussen koper en verkoper.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

1° het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties tussen handelspartners, waardoor hen nadeel wordt berokkend bij de mededinging;

2° het aanhoudend dwingen van een producent of leverancier van een goed om dit goed te verkopen aan een prijs die de productieprijs niet dekt, waardoor hem nadeel wordt berokkend bij de mededinging;

3° het aanhoudend dwingen van een koper om goederen af te nemen aan een prijs die aanmerkelijk hoger is dan de marktprijs, waardoor hem nadeel wordt berokkend bij de mededinging;

4° het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden;

5° de plotselinge verzwaring van een bestaande handelsrelatie, of de dreiging hiermee.

Deze paragraaf doet geen afbreuk aan de bepalingen van de artikelen IV.41 tot en met IV.66. Niettemin gelden de volgende bepalingen bij een schending van deze paragraaf.

PROPOSITION DE LOIArticle 1^{er}

La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

Art. 2

L'article IV.2 du Code de droit économique, inséré par la loi du 3 avril 2013, dont le texte actuel formera le paragraphe premier, est complété par un paragraphe 2 rédigé comme suit:

“§ 2. Il est interdit aux entreprises ou groupes d'entreprises d'exploiter de façon abusive leur position dominante significative à l'égard d'autres entreprises.

Il est question de position dominante significative notamment lorsqu'il existe un lien de dépendance économique entre l'acheteur et le vendeur.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

1° appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

2° contraindre en permanence un producteur ou fournisseur d'un bien à vendre ce bien à un prix qui ne couvre pas le coût de production, en lui infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

3° contraindre en permanence un acheteur à acquérir des biens à un prix qui est significativement supérieur au prix du marché, en lui infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

4° imposer de façon directe ou indirecte des conditions de transaction non équitables;

5° à durcir soudainement une relation commerciale existante, ou à menacer de le faire.

Le présent paragraphe ne porte pas préjudice aux dispositions des articles IV.41 à IV.66 inclus. Les dispositions suivantes s'appliquent néanmoins en cas de violation du présent paragraphe.

Wanneer het Mededingingscollege een beslissing neemt op basis van artikel VI. 45, § 6 en artikel IV. 48, 1°, doet de betrokken onderneming of ondernemingsvereniging toezeggingen, als bedoeld in artikel IV. 49. Indien hieraan echter geen gevolg werd gegeven, en het Mededingingscollege komt, na heropening van de procedure, tot de vaststelling dat dezelfde inbreuken op deze paragraaf plaatsvonden, zal de vaststelling overeenkomstig artikel IV. 66, § 2 bekendgemaakt worden in het *Belgisch Staatsblad*. Bij aanhoudende miskennen van de bepalingen van dit artikel wordt de inbreukplegende onderneming of ondernemingsvereniging veroordeeld tot een boete als bedoeld in artikel IV. 70.”.

9 oktober 2015

Rita GANTOIS (N-VA)
Johan KLAPS (N-VA)
Werner JANSSEN (N-VA)
Bert WOLLANTS (N-VA)

Lorsque le Collège de la concurrence prend une décision sur la base de l'article VI.45, § 6 et l'article IV.48, 1°, l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée offre des engagements tels que visés à l'article IV. 49. Toutefois, si aucune suite n'y a été donnée et que le Collège de la concurrence constate, après la réouverture de la procédure, que les mêmes infractions au présent paragraphe ont été commises, la constatation sera publiée au *Moniteur belge*, conformément à l'article IV.66, § 2. En cas de méconnaissance persistante des dispositions du présent article, l'entreprise ou association d'entreprises en infraction est condamnée à une amende telle que visée à l'article IV. 70.”.

9 octobre 2015