

BELGISCHE KAMER VAN  
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

7 maart 2019

**WETSVOORSTEL**

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

**Wetsvoortsel tot wijziging van het Wetboek  
van economisch recht, teneinde bij de  
handelsbetrekkingen tussen ondernemingen  
de kmo's en de kleine producenten beter  
te beschermen, alsook bepaalde oneerlijke  
praktijken en bepaalde misbruiken inzake  
economische afhankelijkheid krachtdadiger  
tegen te gaan**

**VERSLAG**

NAMENS DE COMMISSIE  
VOOR HET BEDRIJFSLEVEN,  
HET WETENSCHAPSBELEID, HET ONDERWIJS,  
DE NATIONALE WETENSCHAPPELIJKE EN  
CULTURELE INSTELLINGEN, DE MIDDENSTAND  
EN DE LANDBOUW  
UITGEBRACHT DOOR  
MEVROUW Leen DIERICK  
EN DE HEER Benoît FRIART

Zie:

**Doc 54 1451/ (2015/2016):**

- 001: Wetsvoortsel van mevrouw Gantois c.s.  
002 tot 004: Amendementen.

Zie ook:

- 006: Tekst aangenomen door de commissie.

Zie ook:

**Doc 54 2885/ (2017/2018):**

- 001: Wetsvoortsel van mevrouw Winckel c.s.

**TER VERVANGING VAN HET VROEGER RONDGEDEELDE  
STUK**

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS  
DE BELGIQUE

7 mars 2019

**PROPOSITION DE LOI**

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

**Proposition de loi modifiant le Code  
de droit économique, visant à mieux protéger  
les PME et les petits producteurs  
dans le cadre des relations interentreprises et  
à mieux lutter contre certaines  
pratiques déloyales  
et certains abus  
de dépendance économique**

**RAPPORT**

FAIT AU NOM DE LA COMMISSION  
DE L'ÉCONOMIE,  
DE LA POLITIQUE SCIENTIFIQUE, DE L'ÉDUCATION,  
DES INSTITUTIONS SCIENTIFIQUES ET CULTURELLES  
NATIONALES, DES CLASSES MOYENNES  
ET DE L'AGRICULTURE  
PAR  
MME Leen DIERICK  
ET M. Benoît FRIART

Voir:

**Doc 54 1451/ (2015/2016):**

- 001: Proposition de loi de Mme Gantois et consorts.  
002 à 004: Amendements.

Voir aussi:

- 006: Texte adopté par la commission.

Zie ook:

**Doc 54 2885/ (2017/2018):**

- 001: Proposition de loi de Mme Winckel et consorts.

**EN REMPLACEMENT DU DOCUMENT DISTRIBUÉ  
PRÉCÉDEMMENT**

10586

**Samenstelling van de commissie op de datum van indiening van het verslag/  
Composition de la commission à la date de dépôt du rapport**  
Voorzitter/Président: Jean-Marc Delizée

**A. — Vaste leden / Titulaires:**

N-VA	Rita Bellens, Rita Gantois, Werner Janssen, Bert Wollants
PS	Paul-Olivier Delannois, Jean-Marc Delizée, Fabienne Winckel
MR	Caroline Cassart-Mailleux, Benoît Friart, Isabelle Galant
CD&V	Leen Dierick, Griet Smaers
Open Vld	Nele Lijnen, Frank Wilrycx
sp.a	Youro Casier
Ecolo-Groen	Gilles Vanden Burre
cdH	Michel de Lamotte

**B. — Plaatsvervangers / Suppléants:**

Christoph D'Haese, Inez De Coninck, Peter Dedecker, Jan Jambon, Koen Metsu
Nawal Ben Hamou, Jacques Chabot, Michel Corthouts, Laurent Devin, Karine Lalieux
Emmanuel Burton, Gautier Calomne, David Clarinval, Damien Thiéry
Nathalie Muylle, Jef Van den Bergh, Vincent Van Peteghem
Egbert Lachaert, Vincent Van Quickenborne, Tim Vandenput
Maya Detiège, Karin Temmerman
Kristof Calvo, Jean-Marc Nollet
Benoît Dispa, Vanessa Matz

**C. — Niet-stemgerechtig lid / Membre sans voix délibérative:**

PP	Aldo Carcaci
----	--------------

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
DéFI	:	Démocrate Fédéraliste Indépendant
PP	:	Parti Populaire
Vuye&Wouters	:	Vuye&Wouters

**Afkortingen bij de nummering van de publicaties:**

DOC 54 0000/000:	Parlementair document van de 54 <sup>e</sup> 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 interpellations (beigekleurig papier)

**Abréviations dans la numérotation des publications:**

DOC 54 0000/000:	Document parlementaire de la 54 <sup>e</sup> 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****Publications officielles éditées par la Chambre des représentants**

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

Commandes:  
Place de la Nation 2  
1008 Bruxelles  
Tél. : 02/549 81 60  
Fax : 02/549 82 74  
[www.lachambre.be](http://www.lachambre.be)  
courriel : [publications@lachambre.be](mailto:publications@lachambre.be)

De publicaties worden uitsluitend gedrukt op FSC gecertificeerd papier

Les publications sont imprimées exclusivement sur du papier certifié FSC

INHOUD	Blz.	SOMMAIRE	Pages
I. Inleidende uiteenzettingen .....	4	I. Exposés introductifs .....	4
II. Hoorzittingen .....	6	II. Auditions .....	6
A. Uiteenzettingen .....	6	A. Exposés .....	6
B. Gedachtewisseling .....	16	B. Échange de vues .....	16
III. Algemene bespreking .....	19	III. Discussion générale .....	19
IV. Artikelsgewijze bespreking en stemmingen .....	22	IV. Discussion des articles et votes .....	22

DAMES EN HEREN,

Uw commissie heeft wetsvoorstel DOC 54 1451/001 besproken tijdens haar vergaderingen van 17 mei 2016, 24 januari, 21 februari en 7 november 2017, alsook 15 januari, 12 en 19 februari 2019. Wetsvoorstel DOC 54 2885/001 werd ermee samengevoegd en besproken tijdens de vergaderingen van 15 januari, 12 en 19 februari 2019.

Tijdens de vergadering van 17 mei 2016 heeft uw commissie aangegeven het advies van de volgende personen en organisaties te willen inwinnen: de minister van Economie, UNIZO, de Boerenbond, 11.11.11, het VBO en de Belgische Mededingingsautoriteit. Hun adviezen werden aan de leden bezorgd.

Tot slot heeft uw commissie hoorzittingen gehouden op 7 november 2017 (zie hieronder).

#### I. — INLEIDENDE UITEENZETTINGEN

*Mevrouw Rita Gantois (N-VA)* verwijst naar de toelichting bij haar wetsvoorstel.

*Mevrouw Fabienne Winckel (PS)* geeft aan dat haar fractie meteen interesse had voor het door de N-VA-fractie ingediende wetsvoorstel, waarover hoorzittingen zijn gehouden en meerdere schriftelijke adviezen zijn uitgebracht.

De commissiewerkzaamheden hebben lang aangesleept. Onlangs is duidelijk geworden dat de regering, voordat ze in lopende zaken ging, een ontwerptekst voorbereidde. De spreekster onderstreept dat haar wetsvoorstel (DOC 54 2885/001) een balans tracht op te maken van de gevoerde debatten.

Ten eerste tonen de ingewonnen adviezen (van de Boerenbond, 11.11.11, de sector alsook de academische wereld) aan dat het belangrijk is en heel dringend om ter zake wetgevend op te treden, teneinde de handelsbetrekkingen tussen de economische spelers in evenwicht te brengen:

— het Belgische recht biedt minder bescherming dan dat van andere Europese landen (met name Frankrijk);

— er moet een antwoord worden aangereikt voor een probleem dat het leven van al te veel kleine kmo's en van duizenden landbouwers bemoeilijkt.

Ten tweede blijkt dat de Mededingingsautoriteit niet de instantie is die echt bij machte is om nieuwe

MESDAMES, MESSIEURS,

Votre commission a examiné la proposition de loi DOC 54 1451/001 loi au cours de ses réunions des 17 mai 2016, 24 janvier, 21 février et 7 novembre 2017 et des 15 janvier, 12 et 19 février 2019. La proposition de loi DOC 54 2885/001 a été jointe et a été examinée au cours des réunions des 15 janvier, 12 et 19 février 2019.

Lors de la réunion du 17 mai 2016, la commission a souhaité recueillir les avis des personnes et organisations suivantes: le ministre de l'Économie, UNIZO, le Boerenbond, 11.11.11, la FEB et l'Autorité belge de la Concurrence. Ces avis ont été communiqués aux membres.

La commission a également procédé à des auditions, qui ont eu lieu le 7 novembre 2017 (voir *infra*).

#### I. — EXPOSÉS INTRODUCTIFS

*M. Rita Gantois (N-VA)* renvoie aux développements de sa proposition de loi.

*Mme Fabienne Winckel (PS)* indique que son groupe s'est d'emblée montré intéressé par rapport à la proposition déposée par le groupe N-VA, qui a fait l'objet d'auditions et de plusieurs avis écrits.

Les travaux en commission ont été longs et il est apparu récemment que le gouvernement, avant d'entrer en affaires courantes, travaillait sur un projet de texte. L'intervenante souligne que sa proposition de loi (DOC 54 2885/001) vise à faire un bilan des débats qui ont eu lieu.

Premièrement, les écrits avis reçus – le Boerenbond, le 11.11.11, le secteur, mais aussi le monde académique –, démontrent l'intérêt et même l'urgence à légiférer afin de rééquilibrer les relations économiques entre les acteurs économiques:

— le droit belge est moins protecteur que celui d'autres États européens (la France, notamment);

— il faut répondre à une problématique qui empêche la vie de trop nombreuses petites PME et des milliers d'agriculteurs.

Deuxièmement, il apparaît que ce n'est pas l'Autorité de la concurrence qui est le mieux à même de traiter de

opdrachten te vervullen die strikt gesproken niet onder het mededingingsrecht vallen.

Bijgevolg werd gehoor gegeven aan het voorstel van meerdere sprekers, gaande van de Belgische Mededingingsautoriteit zelf tot professor Damien Gérard, om te werken via de marktpraktijken (boek VI van het Wetboek van economisch recht), en niet via het mededingingsrecht (boek IV van het Wetboek van economisch recht).

Die oplossing is ingegeven door de logica en door een streven naar coherentie, aangezien het gaat om het reguleren van de B2B-betrekkingen: het mededingingsrecht beoogt het algemeen belang te beschermen vanuit de "vrije mededinging", terwijl het marktpraktijkenrecht gericht is op de vrijwaring van het private belang van de partij die schade dreigt te leiden als gevolg van oneerlijke praktijken van een handelspartner.

Door via het marktpraktijkenrecht te handelen, wordt het actierrein bovendien aanzienlijk verruimd: bij een rechtsvordering tegen een oneerlijke economische speler hoeft niet langer te worden bewezen dat die speler die van zijn machtspositie misbruik maakt, een marktaandeel van meer dan 50 % heeft (wat zelden voorvalt).

De economisch afhankelijke onderneming mag worden beschermd, zelfs wanneer het door haar geleden misbruik geen weerslag heeft op de markt als geheel. Zulks is dus veel doeltreffender.

Concreet beoogt dit wetsvoorstel de economisch afhankelijke ondernemingen die restrictieve praktijken vanwege hun handelspartner ondergaan, de mogelijkheid te bieden om voor de gewone rechtbanken een vordering tot staking en een aansprakelijkheidsvordering in te stellen. Daarenboven is het de bedoeling de voor Economie en Middenstand bevoegde ministers te machtigen tegen dergelijke oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen een vordering tot staking in te stellen.

In artikel 3 van het wetsvoorstel worden de restrictieve praktijken omschreven die als misbruik van economische afhankelijkheid worden beschouwd:

— het kan met name gaan om het onderwerpen van een handelspartner aan verplichtingen die een significante "wanverhouding tussen de rechten en plichten van partijen" doen ontstaan, bijvoorbeeld een grote keten die zijn leverancier ertoe verplicht onverkochte waren terug te nemen, waardoor die partner alle lasten van de slecht lopende verkoop moet dragen;

nouvelles missions qui ne relèvent pas, à strictement parler, du droit de la concurrence.

Par conséquent, la suggestion faite par plusieurs intervenants (de l'Autorité belge de la concurrence elle-même au professeur Damien Gerard) d'agir dans le cadre des pratiques de marché (livre VI du Code de droit économique) et non dans le cadre du droit de la concurrence (livre IV du Code de droit économique) a été retenue.

Cette solution est dictée par la logique et par un souci de cohérence, dès lors qu'il s'agit de réglementer des relations B2B: le droit de la concurrence vise à la protection de l'intérêt général à partir du concept de libre concurrence; le droit des pratiques de marché est dirigé vers la protection de l'intérêt privé de la partie qui risque des dommages en conséquence de pratiques déloyales de son partenaire commercial.

Par ailleurs, en agissant dans le cadre du droit des pratiques de marché, on élargit considérablement le spectre d'action: dans le cadre d'une action en justice contre un acteur économique déloyal, il n'est plus nécessaire de démontrer que cet acteur qui abuse de sa position dominante détient plus de 50 % de parts de marché (ce qui est relativement rare).

L'entreprise en état de dépendance économique peut être protégée, même si l'abus qu'elle subit n'impacte pas le marché dans son ensemble. C'est donc beaucoup plus efficient.

Concrètement, cette proposition permet aux entreprises qui sont en état de dépendance économique et qui subissent des pratiques restrictives de leur partenaire commercial d'introduire une action en cessation et en responsabilité devant les tribunaux ordinaires. Elle crée également un pouvoir pour les ministres de l'Économie et des Classes moyennes d'introduire une action en cessation contre de telles pratiques déloyales entre entreprises.

Les pratiques restrictives constitutives d'abus de dépendance économique sont définies à l'article 3 de la proposition:

— il peut s'agir notamment de "soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties". Qu'on songe ici à une grande enseigne qui obligeraient un fournisseur à reprendre ses invendus, en imputant à ce partenaire la totalité de la charge de la mévente;

— ook kan het gaan om het verkrijgen of het proberen te verkrijgen van onredelijk lage prijzen “onder de dreiging om de handelsrelaties abrupt te beëindigen”, bijvoorbeeld de uiterst harde praktijken die gangbaar zijn tussen de grootdistribution en de kleine leveranciers uit de voedingsmiddelensector;

— artikel 3 is gebaseerd op artikel 442-6 van de Franse *Code de commerce*, dat met betrekking tot de grootdistribution vaak wordt toegepast. In Frankrijk wordt op heel diverse gebieden actie ondernomen: voertuigenverhuur, terbeschikkingstelling van handelsruimten, onderaannemingscontracten of nog licentiecontracten voor de uitbating van een website. De Franse wet bevat ook oplossingen met betrekking tot de onlinereserveringsplatformen (*cf.* de pariteitsclauses die de reservatieplatformen opleggen aan de horecabedrijven). Zoals de UCM oppert, kan een reglementering inzake misbruik van economisch overwicht interessante gevolgen hebben voor de platformeconomie (zie ter zake het wetsvoorstel tot regeling en waarborging van de bescherming en de bezoldiging van de medewerkers van de erkende-platformeconomie, ingediend door mevrouw Karine Lalieux c.s., DOC 54 2912/001).

## II. — HOORZITTINGEN

Op 7 november 2017 heeft de commissie achtereenvolgens de volgende personen gehoord:

- mevrouw Sophie De Pourcq, doctoranda en onderzoeker aan de KULeuven;
- de heer Jochen Glöckner, hoogleraar aan de universiteit van Konstanz (D);
- de heer Damien Gerard, gasthoogleraar aan de UCL.

### A. Uiteenzettingen

*Mevrouw Sophie De Pourcq, doctoranda en onderzoeker aan de KULeuven*, geeft aan dat de doctoraatsverhandeling waar zij aan werkt, verband houdt met de knelpunten die in het wetsvoorstel aan bod komen. Haar onderzoek is specifiek gericht op oneerlijke marktpraktijken in de “B2B-relaties”, in het bijzonder bij overeenkomsten tussen economische partners (niet tussen concurrenten) en omtrent de verschillende manieren om tegen die oneerlijke marktpraktijken in te gaan.

De spreekster is het volledig eens met de basisgedachte die aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt, namelijk dat de huidige Belgische wetgeving de

— il peut s’agir aussi “d’obtenir ou de tenter d’obtenir, sous la menace d’une rupture brutale des relations commerciales, des prix arbitrairement bas”. Qu’on pense à nouveau aux pratiques particulièrement dures qui sévissent entre grandes surfaces et petits fournisseurs dans le secteur agroalimentaire;

— l’article 3 s’inspire de l’article 442-6 du Code de commerce français, qui a trouvé une application importante dans le champ de la grande distribution. Ainsi, en France, on observe des actions menées dans des domaines très variés: location de véhicule, mise à disposition d’emplacements commerciaux, contrat de sous-traitance, contrat de licence d’exploitation d’un site internet. La loi française apporte également des solutions en ce qui concerne les plates-formes de réservation en ligne (*cf.* les clauses de parité imposées aux entreprises du secteur horeca par les plates-formes de réservation). Par ailleurs, comme le suggère l’UCM, une réglementation sur l’abus de domination économique pourrait avoir des effets intéressants dans le cadre de l’économie de plate-forme (voir la proposition de loi visant à encadrer et garantir protection et rémunération aux travailleurs de l’économie de plates-formes agréées, de Mme Karine Lalieux et consorts, DOC 54 2912/1).

## II. — AUDITIONS

Le 7 novembre 2017, la commission a successivement entendu:

- Mme Sophie De Pourcq, doctorante et chercheuse à la KULeuven;
- M. Jochen Glöckner, professeur à l’Université de Constance (D);
- M. Damien Gerard, professeur invité à l’UCL.

### A. Exposés

*Mme Sophie De Pourcq, doctorante et chercheuse à la KULeuven*, souligne que la thèse de doctorat sur laquelle elle travaille est liée aux problèmes abordés par la proposition de loi, ses recherches portant spécialement sur les pratiques déloyales de marché dans les relations B2B, en particulier celles qui entrent dans le champ contractuel (donc entre partenaires économiques et non entre concurrents), et sur les différents moyens de remédier à ces pratiques déloyales.

L’intervenante partage entièrement l’idée de base sous-jacente de la proposition de loi, à savoir que la législation belge actuelle ne répond pas de manière

knelpunten in verband met oneerlijke praktijken in de B2B niet adequaat aanpakt; de bedrijven worden immers onvoldoende beschermd. Zij is echter van mening dat de oplossing niet wordt aangereikt met een regel die misbruik van een machtspositie verbiedt, zoals die in het wetsvoorstel naar voren geschoven wordt.

Bij de huidige stand van de wetgeving is er geen enkel instrument dat ondernemingen in staat stelt zich te beschermen in hun verticale betrekkingen (dus in hun relaties met andere ondernemingen waarmee zij contractuele banden hebben opgebouwd). Krachtens artikel VI.104 van het Wetboek van economisch recht is “elke met de eerlijke marktprijspraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden” verboden.

Die bepaling kan evenwel ook worden opgevat als een verruiming van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, waardoor die onder de buitencontractuele aansprakelijkheid ressorteert. Als gevolg daarvan kan die bepaling alleen toepassing vinden in de context van de contractuele betrekkingen wanneer is voldaan aan de voorwaarden die voortvloeien uit de theorie van de samenloop tussen de contractuele én de buitencontractuele aansprakelijkheid. Die voorwaarden zijn dermate streng inzake de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels op contractueel vlak dat ze in de praktijk onwerkbaar zijn.

Zulks is een echte tekortkoming in ons recht, die op diverse wijzen kan worden weggewerkt. Dit wetsvoorstel reikt een mogelijke oplossing aan, met name de aanpassing van de regels van het mededingingsrecht. Tevens is het denkbaar het verbod op oneerlijke handelspraktijken, dat momenteel ten behoeve van de consumenten al geldt in het raam van de B2C-betrekkingen, te verruimen tot de B2B-betrekkingen. Een derde mogelijkheid ten slotte bestaat in het instellen van zelfreguleringsmechanismen.

Frankrijk en Duitsland hebben wetgeving aangenomen waarin die drie elementen worden gecombineerd.

De door dit wetsvoorstel in aanmerking genomen oplossing, met name het instellen van een algemeen verbod op misbruik van machtspositie, is volgens de spreekster niet de juiste. Volgens haar is het toepassingsveld van een dergelijk verbod te beperkt; voor contractueel onderling verbonden ondernemingen zou dat verbod immers alleen gelden indien sprake is van een aanmerkelijke machtspositie. Zulks zou meteen leiden tot enige rechtsonzekerheid, aangezien niet zomaar kan worden bepaald hoe het criterium “aanmerkelijke

adéquate aux problèmes soulevés par les pratiques déloyales dans le B2B, les entreprises étant insuffisamment protégées. Cependant, elle estime que la solution ne réside pas dans une règle d’interdiction de l’abus de position dominante telle qu’elle figure dans le texte de la proposition.

En l’état actuel de la législation, il n’existe aucun instrument qui permette aux entreprises de se protéger dans leurs relations verticales (c’est-à-dire dans leurs relations avec d’autres entreprises avec lesquelles elles ont établi des liens contractuels). Certes, en vertu de l’article VI.104 du Code de droit économique, “tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d’une ou de plusieurs autres entreprises” est interdit.

Cependant, l’interprétation de cette disposition conduit à la considérer comme une extension de l’article 1382 du Code civil, ce qui la cantonne à la responsabilité extracontractuelle, et implique qu’elle ne peut s’appliquer à la sphère des relations contractuelles que lorsque les conditions tirées de la théorie du concours entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle sont remplies. Ces conditions sont à ce point strictes en ce qui concerne l’application des règles de la responsabilité extracontractuelle au domaine contractuel qu’en pratique elles ne sont pas applicables.

Il s’agit d’une véritable lacune dans notre droit, et il existe différentes pistes pour combler cette lacune: les règles du droit de la concurrence constituent une piste potentielle et c’est celle que retient la proposition de loi. On peut également imaginer d’étendre aux relations B2B l’interdiction des pratiques déloyales qui existe déjà dans les relations B2C, en faveur des consommateurs. Enfin, la troisième piste consiste à mettre en place des mécanismes d’autorégulation.

La France et l’Allemagne ont adopté des législations qui combinent ces trois éléments.

La solution retenue par la proposition de loi, à savoir une interdiction générale de l’abus de position dominante, n’est selon l’intervenante pas appropriée. Une telle interdiction aurait un champ d’application trop restreint: elle ne s’appliquerait en effet – entre entreprises engagées dans des liens contractuels – que dans les cas de position dominante significative, créant d’emblée une certaine insécurité juridique, le critère d’application de la position dominante significative n’étant pas aisément identifiable. La situation de domination sur le marché

machtspositie" moet worden toegepast. Om na te gaan of een onderneming een dominante marktpositie heeft ten aanzien van een andere onderneming, zal altijd een grondige concrete analyse van hun betrekkingen vereist zijn.

Bovendien zou een dergelijk verbod in de precontractuele fase onzekerheid teweegbrengen over de eventuele geldigheid van de clauses waarover de ondernemingen aan het onderhandelen zijn: zo kan de vraag rijzen of deze of gene clause die eventueel in strijd zou kunnen zijn met het algemeen verbod op misbruik van machtspositie, daadwerkelijk al dan niet rechtmatig is. Die vraag kan alleen worden beantwoord als men weet hoe de handelsrelaties tussen de beide ondernemingen zullen verlopen, wat uiteraard niet te voorspellen valt.

In de precontractuele fase is het dan een en al onzekerheid, zowel voor de onderneming in een mogelijke machtspositie (eventueel risico dat deze of gene clause als onrechtmatig zal worden aangemerkt), als voor de onderneming die het slachtoffer zou kunnen zijn van misbruik van machtspositie (zal die onderneming daadwerkelijk beschermd zijn tegen deze of gene clause, die haar medecontractant eventueel oneigenlijk kan gebruiken?).

Daarom lijkt het beter zich te beraden over een bepaling met een ruimer personeel toepassingsgebied.

Gesteld dat wordt gekozen voor het begrip "misbruik van aanmerkelijke machtspositie", dan is al meteen een terminologische bijsturing vereist. Het begrip op zich is vrij onduidelijk, aangezien het uiteraard doet denken aan misbruik van een machtspositie en het zelfs suggerert dat het een doorgedreven vorm van machtspositie betreft, terwijl net het tegendeel het geval is: met dat begrip wordt een lagere graad van misbruik bedoeld. Men zou moeten werken met een begrip dat nauwer aansluit bij de wil van de indieners van de tekst; zo heeft de Franse wetgever bijvoorbeeld het over "*dépendance économique*" ("economische afhankelijkheid").

Het in dit wetsvoorstel vervatte verbod kan worden opgelegd indien is voldaan aan twee voorwaarden: er moet sprake zijn van een aanmerkelijke machtspositie, en vervolgens moet die machtspositie ook worden misbruikt. Zoals eerder aangegeven, is het eerstgenoemde begrip vrij ruim en moeilijk te bewijzen.

Het wetsvoorstel zelf bevat geen omschrijving van dat begrip, maar somt wel enkele voorbeelden op. Uit het oogpunt van de rechtszekerheid volstaat zulks niet. De wet dient dat begrip zo nauwkeurig mogelijk

entre deux entreprises nécessitera toujours une analyse concrète poussée de leurs relations.

Qui plus est, dans la phase précontractuelle, l'interdiction en question créera une incertitude quant à la validité éventuelle des clauses en cours de négociation entre entreprises: telle clause, qui pourrait éventuellement entrer en contradiction avec l'interdiction générale de l'abus de position dominante, est-elle effectivement licite ou non? Pour répondre à la question, il faut savoir comment vont évoluer les relations commerciales entre les deux entreprises, ce qui est évidemment impossible.

Dans la phase précontractuelle, l'incertitude se posera autant à l'entreprise potentiellement dominante (telle clause ne risque-t-elle pas d'être déclarée illicite?) qu'à celle qui pourrait être victime de l'abus de position dominante (sera-t-elle effectivement protégée vis-à-vis de telle clause éventuellement détournée de son but par son cocontractant?).

Il semble dès lors préférable d'envisager une disposition recevant un champ d'application personnel plus large.

Si on retient la notion d'"abus de position dominante significative", une première correction terminologique s'impose: la notion en elle-même est assez obscure, puisqu'elle fait évidemment penser à l'abus de position dominante et suggère même qu'il s'agirait d'une forme plus aiguë de position dominante, alors qu'il s'agit précisément du contraire, puisqu'on vise un degré d'abus inférieur. Il conviendrait de trouver une terminologie qui reflète davantage la volonté des auteurs du texte, en s'inspirant par exemple de la loi française, qui se réfère à la notion de "dépendance économique".

L'interdiction contenue dans la proposition de loi dépend de deux conditions d'application: tout d'abord, la position dominante significative et, ensuite, l'abus. Comme indiqué plus haut, la première notion est assez large et complexe à mettre en évidence.

La proposition de loi n'en propose elle-même aucune définition, mais énumère quelques exemples, ce qui est insuffisant du point de vue de la sécurité juridique. Il conviendrait que la loi définisse la notion

te omschrijven en mag zich niet beperken tot het opsommen van voorbeelden, die op hun beurt naar niet-gedefinieerde begrippen verwijzen.

De aangehaalde voorbeelden verwijzen overigens naar vormen van economische afhankelijkheid. Aangezien die opsomming evenwel niet limitatief is, laat men uitschijnen dat andere, niet nader bepaalde gevallen zouden kunnen worden bedoeld. Volgens de spreekster geeft zulks aanleiding tot verwarring.

Voorts betreffen de opgesomde voorbeelden louter gevallen met een verkoper en een koper, terwijl het verbod in beginsel meer algemeen is gesteld en de toelichting van het wetsvoorstel eveneens verwijst naar de franchiseovereenkomst.

De criteria om een situatie als een aanmerkelijke machtspositie te kwalificeren, worden alleen in de toelichting van het wetsvoorstel vermeld, en niet in het bepalend gedeelte. In de toelichting wordt verwezen naar vier criteria; de ervaring met de Franse wet leert dat een al te strikte afbakening van de criteria de wet in de praktijk onwerkbaar dreigt te maken. Die criteria dienen derhalve te worden gedefinieerd in de wettekst, zonder dat ze al te strikt zouden worden ingevuld.

De in de toelichting vermelde criteria lijken te zijn overgenomen uit de Franse wet en rechtspraak, evenwel met enkele welgekomen eigen nuances. Dat geldt bijvoorbeeld, wat de definitie van de situatie van economische afhankelijkheid betreft, voor het criterium "mogelijkheid van handelspartner te veranderen tegen dezelfde voorwaarden": in de Franse rechtspraak wordt dat criterium te strikt geïnterpreteerd. De indieners van het wetsvoorstel willen die invulling kennelijk derhalve terecht afzwakken, aangezien ze verwijzen naar "voldoende en redelijke [alternatieven] om (...) van handelspartner te veranderen". Ook hier dient dit element met het oog op de rechtszekerheid te worden gepreciseerd in het bepalend gedeelte van de tekst.

Een ander pijnpunt is dat de economische afhankelijkheid niet mag voortvloeien uit de eigen beslissingen van de onderneming: dat – uit de Franse rechtspraak overgenomen – element belemmert in al te veel gevallen het verbod op misbruik van een aanmerkelijke machtspositie. De Franse rechtspraak staat slechts één uitzondering op dat principe toe, namelijk wanneer de afhankelijke onderneming gebonden is door een exclusiviteitsbeding en dat beding niet stoelt op een vrije keuze van de onderneming. Met andere woorden: een onderneming die bewust voor een afhankelijke positie heeft gekozen, kan geen misbruik van een aanmerkelijke machtspositie aanvoeren.

aussi précisément que possible et ne se borne pas à énoncer des exemples qui renvoient eux-mêmes à des notions non définies.

Par ailleurs, les exemples énumérés renvoient à des formes de dépendance économique mais, dans la mesure où l'énumération n'est pas limitative, cela laisse entendre qu'il pourrait s'agir d'autres cas de figure non autrement précisés. L'oratrice estime que l'ensemble crée de la confusion.

Par ailleurs, les exemples énumérés se limitent à des cas impliquant un vendeur et un acheteur, alors que dans son principe l'interdiction est conçue en termes plus généraux et que les développements de la proposition font également référence au contrat de franchise.

Les critères permettant de caractériser la situation de position dominante significative ne figurent que dans les développements de la proposition, et non dans le dispositif. Les développements font référence à quatre critères, et l'expérience de la loi française permet d'affirmer qu'une définition trop stricte des critères risque de rendre la loi inapplicable en pratique. Il conviendrait donc de définir ces critères dans le texte de la loi tout en veillant à ce qu'ils ne soient pas conçus en termes trop stricts.

Les critères repris dans les développements semblent repris de la loi et de la jurisprudence françaises, en y apportant même quelques nuances bienvenues. C'est par exemple le cas en ce qui concerne, dans la définition de la situation de dépendance économique, le critère de la "possibilité de changer de partenaire commercial aux mêmes conditions": dans la jurisprudence française, ce critère est interprété trop strictement. C'est donc à raison que les auteurs du texte semblent vouloir le tempérer puisqu'ils évoquent pour leur part des "alternatives suffisantes et raisonnables de changer de partenaire commercial". A nouveau, il conviendrait pour la sécurité juridique de préciser cet élément dans le dispositif du texte.

Un autre élément problématique est le fait que la dépendance économique ne peut être une conséquence des décisions propres de l'entreprise: cet élément, repris de la jurisprudence française, fait obstacle dans de trop nombreux cas à l'interdiction de l'abus de position dominante significative. La jurisprudence française n'admet qu'une seule exception à ce principe, à savoir lorsque l'entreprise dépendante est liée par une clause d'exclusivité et que cette clause ne découle pas du libre choix de l'entreprise. En d'autres termes, une entreprise qui a choisi d'être dépendante, ne peut plus invoquer l'abus de position dominante significative.

Het begrip “misbruik” wordt evenmin gedefinieerd in de tekst van het wetsvoorstel, maar louter geïllustreerd aan de hand van voorbeelden. Het vierde voorbeeld (“rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden”) is uitermate vaag. Minstens dient te worden bepaald wat onder “onbillijke contractuele voorwaarden” wordt verstaan.

In het wetsvoorstel wordt niet verwezen naar het mededingingsrecht, wat volgens de spreekster een goede zaak is. Mochten de noties en voorwaarden van het mededingingsrecht onverkort worden opgenomen in de regeling van de B2B-betrekkingen, dan zou dat de toepassing beperken van de regels die men wil invoeren ten behoeve van de economisch afhankelijke ondernemingen.

Aangaande het procedureaspect moet worden voorzien in de mogelijkheid van een optreden van de overheid om de *fear factor* weg te nemen: de beteugeling van misbruik mag niet louter berusten bij de ondernemingen die er het slachtoffer van zijn, want die ondernemingen – waarvan de afhankelijkheidspositie mag worden verondersteld – zullen er meestal van afzien om tegen een dominante handelsgeslacht in te gaan, uit vrees voor economische represailles. In Frankrijk blijkt dat de procedures die door de ondernemingen zelf worden ingeleid, haast allemaal slaan op handelsbetrekkingen waaraan een einde is gekomen; dat bewijst dat de *fear factor* wel degelijk speelt.

De soepele en vooruitstrevende aanpak van het wetsvoorstel met betrekking tot het procedureaspect is een goede zaak, maar wellicht moet worden voorzien in een directere sanctieregeling in sommige scenario’s, bijvoorbeeld bij een onherstelbare vertrouwensbreuk tussen de betrokken ondernemingen; in zo’n geval heeft het geen enkele zin te voorzien in een procedure die de economische banden tussen de betrokken ondernemingen nog voor min of meer lange tijd in stand houdt.

Voor de uiteenzetting van *professor Jochen Glöckner, hoogleraar aan de Universiteit van Konstanz (D)*, wordt verwezen naar zijn schriftelijk betoog (zie bijlage I bij dit verslag).

*De heer Damien Gerard, gasthoogleraar aan de UCL*, wijst erop dat het wetsvoorstel tot doel heeft de onderhandelingspositie van de kleine handelaren te verbeteren tegenover de grote ondernemingen ten aanzien waarvan zij zich in een situatie van economische afhankelijkheid kunnen bevinden.

Daartoe verbiedt het wetsvoorstel het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie. In de definitie van

En ce qui concerne la notion d’ “abus”, celle-ci n’est pas non plus définie dans le texte de la proposition, mais est simplement illustrée à l’aide d’exemples. Le quatrième de ces exemples (“imposer de façon directe ou indirecte des conditions de transaction non équitables”) est des plus flous. Il conviendrait au moins de définir ce qu’on entend par “conditions non équitables”.

L’oratrice estime que l’absence de référence au droit de la concurrence dans la proposition de loi est un élément positif. Introduire les concepts et les conditions du droit de la concurrence dans le règlement des relations B2B aurait pour conséquence de limiter l’application des règles que l’on souhaite mettre en place en faveur des entreprises économiquement dépendantes.

En ce qui concerne l’aspect procédural, il est important de prévoir la possibilité d’une intervention des autorités publiques, afin d’éviter le *fear factor*: il ne faut pas abandonner la répression des abus aux seules entreprises qui en sont victimes, car celles-ci – par hypothèse, en position de dépendance – renonceront le plus souvent à agir contre un partenaire commercial dominant, par crainte de représailles économiques. On constate, en France, que les procédures lancées par les entreprises elles-mêmes portent quasi exclusivement sur des relations commerciales qui ont pris fin; ceci illustre la réalité du *fear factor*.

L’approche souple et progressive adoptée par la proposition de loi en ce qui concerne l’aspect procédural est un élément positif, mais il conviendrait sans doute de prévoir un mécanisme de sanction plus direct dans certaines hypothèses, notamment lorsque la confiance entre les entreprises concernées est irrémédiablement rompue; dans un tel cas de figure, cela n’a aucun sens de prévoir une procédure qui maintiendra pour un temps plus ou moins long des liens économiques entre les entreprises concernées.

Pour l’exposé de *M. Jochen Glöckner, professeur à l’Université de Constance (D)*, il est renvoyé à sa contribution écrite (voir annexe I du présent rapport).

*M. Damien Gerard, professeur invité à l’UCL*, rappelle que l’objectif visé par la proposition de loi consiste à améliorer la position de négociation des petits commerçants face aux grandes entreprises à l’égard desquelles ils peuvent se trouver en situation de dépendance économique.

Dans ce but, la proposition de loi interdit l’abus de position dominante significative, la position dominante

die machtspositie – in de toelichting – kan dat ook een relatieve machtspositie zijn.

Het wetsvoorstel zou met een aantal conceptuele verduidelijkingen gepaard moeten gaan, omdat het anders niet doeltreffend zou zijn of zelfs afbreuk zou doen aan de rechtszekerheid.

Allereerst moeten de verbanden tussen het Belgisch en het Europees mededingingsrecht worden verduidelijkt: in tegenstelling tot wat de toelichting van het wetsvoorstel lijkt aan te geven, gaat het Belgisch mededingingsrecht te leen bij het Europees recht; een en ander is dus het resultaat van een keuze van de Belgische wetgever in 2006. Met het oog op de rechtszekerheid beoogde die afstemming gebruik te maken van het bestaande regelgevingskader en van de bestaande uit de rechtspraak voortvloeiende inbreng.

Het Europees mededingingsrecht kent het begrip misbruik van een relatieve machtspositie of het begrip economische afhankelijkheid niet; het kent alleen het begrip misbruik van een (absolute) machtspositie.

Het Europees mededingingsrecht gebruikt daarentegen het begrip misbruik van een aanmerkelijke machtspositie om bijzonder verregaande misbruiken van een machtspositie te beschrijven (bijvoorbeeld de machtspositie van Intel op de markt voor microprocessors of de machtspositie van Microsoft op de markt voor besturingssystemen enzovoort). Het feit dat het wetsvoorstel dezelfde termen hanteert om naar verschillende realiteiten te verwijzen (en in feite naar het misbruik van een relatieve machtspositie) vormt op zich al een eerste moeilijkheid.

Het mededingingsrecht en wat in ons recht het marktpraktijkrecht (voorheen het handelspraktijkrecht) wordt genoemd, beschermen verschillende belangen. Die mechanismen zijn van verschillende aard: het mededingingsrecht heeft tot doel de efficiëntie van de markten en dus de optimale toewijzing van de middelen te waarborgen, terwijl het marktpraktijkrecht ertoe strekt voor eerlijke en billijke verhoudingen tussen individuele economische actoren te zorgen.

Het mededingingsrecht is met andere woorden niet bedoeld om eventuele wanverhoudingen in de overeenkomsten tussen de individuele marktpelers aan te pakken, ongeacht of die van invloed zijn op de verdeeling van de winst (bijvoorbeeld door de winst over te dragen van de producenten naar de distributeurs), op

étant définie – dans les développements – comme pouvant être une position dominante relative.

La proposition devrait s'accompagner d'une série de clarifications conceptuelles, faute de quoi elle serait privée d'effectivité voire nuirait à la sécurité juridique.

Tout d'abord, il convient de préciser les rapports entre le droit belge de la concurrence et le droit européen de la concurrence: contrairement à ce que les développements de la proposition semblent indiquer, le droit belge de la concurrence constitue un emprunt au droit européen, qui résulte donc d'un choix, que le législateur belge a fait en 2006. L'objectif de cet alignement était, pour des questions de sécurité juridique, de pouvoir bénéficier du cadre réglementaire et de l'apport jurisprudentiel existants.

Le droit européen de la concurrence ne connaît pas la notion d'abus de position dominante relative ni la notion de dépendance économique; il ne connaît que la notion d'abus de position dominante (absolue).

Le droit européen de la concurrence recourt par contre à la notion d'abus de position dominante significative pour décrire les abus de position dominante particulièrement aigus (pex. la position dominante d'INTEL sur le marché des microprocesseurs ou de microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation, etc.). Le fait que la proposition de loi utilise les mêmes termes pour désigner des réalités différentes (et viser en fait l'abus de position dominante relative) constitue en soi une première difficulté.

Le droit de la concurrence et ce que l'on appelle dans notre droit le droit des pratiques du marché (anciennement droit des pratiques du commerce) protègent des intérêts différents. Ces mécanismes mêmes sont de natures différentes: le droit de la concurrence vise à assurer l'efficience des marchés et donc l'allocation optimale des ressources, tandis que le droit des pratiques du marché vise à assurer la loyauté et l'équité des relations entre opérateurs économiques individuels.

Autrement dit, le droit de la concurrence n'a pas vocation à appréhender les éventuels déséquilibres dans les accords conclus entre les acteurs individuels sur le marché, qu'ils affectent la répartition des profits (pex. en transférant les profits des producteurs vers les distributeurs), l'exercice d'une puissance d'achat, etc.,

de uitoefening van een kopersmacht enzovoort, zolang die overeenkomsten de welvaart van de consument niet aantasten.

Het mededingingsrecht heeft niet tot doel de vrijheid van handel en nijverheid te waarborgen. Men kan zelfs zeggen dat het die vrijheid beperkt, in het algemeen belang.

Alle maatregelen die erop gericht zijn de eerlijkheid, de billijkheid en de goede trouw in de handelsbetrekkingen te waarborgen, vallen, in Belgisch recht, onder het marktpraktijkrecht en maken het voorwerp uit van een uiterst belangrijk geschillencomplex.

Het Belgisch recht kent het begrip machtspositie, maar in het register van het mededingingsrecht, waarbij het verwijst naar een machtspositie van één enkele onderneming die op marktniveau als geheel wordt beschouwd. In het mededingingsrecht is het louter aanhouden van een machtspositie niet laakbaar. Alleen het misbruik van een dergelijke positie is laakbaar: om als misbruik te worden aangemerkt, moet de machtspositie de mededinging als geheel beïnvloeden (algehele weerslag op de kosten of op de markttoegang van andere economische actoren) en niet alleen afzonderlijk beschouwde economische actoren.

Het misbruik van relatieve economische macht, dat alleen maar zou leiden tot een economische afhankelijkheidsrelatie tussen een geïsoleerde speler en een andere speler, valt duidelijk niet onder het toepassingsgebied van het mededingingsrecht, zoals dat in België tot stand is gekomen (naar het model van het Europees mededingingsrecht).

Ten tweede moet worden benadrukt dat in het marktpraktijkenrecht al een heel doeltreffend instrument bestaat, namelijk de vordering tot staking. Het komt erop aan wie die vordering kan instellen, want momenteel kan volgens ons recht de voor economie bevoegde minister dat niet, in tegenstelling tot wat in Frankrijk het geval is; daar heeft men de minister van Economie de bevoegdheid gegeven om ter zake een vordering in te stellen (zie artikel 442 van de Franse *Code de commerce*), met heel positieve resultaten.

In die zin omvat het wetsvoorstel een interessante stap vooruit, aangezien erin wordt beoogd een vorm van openbare vordering tot staking te creëren. De Mededingingsautoriteit – waarvan de middelen overigens beperkt zijn – is immers niet de meest geschikte instantie om tussenbeide te komen in relaties die niets met concurrentieproblemen te maken hebben. In Frankrijk en Duitsland stelt men trouwens vast dat de

tant que le bien-être du consommateur n'est pas affecté par ces accords.

Le droit de la concurrence ne vise pas à garantir la liberté de commerce et d'industrie. On peut même affirmer qu'il limite cette liberté, dans l'intérêt général.

Toutes les mesures qui visent à assurer la loyauté, l'équité et la bonne foi dans les relations commerciales relèvent, en droit belge, du droit des pratiques du marché et font l'objet d'un contentieux extrêmement important.

Le droit belge connaît la notion de position dominante, mais dans le registre du droit de la concurrence, qui vise une position dominante détenue par une seule entreprise et considérée au niveau du marché dans son ensemble. En droit de la concurrence, le seul fait de détenir une position dominante n'est pas répréhensible, seul l'abus d'une telle position l'est: pour qu'elle puisse être qualifiée d'abusive, la position dominante doit affecter la concurrence dans son ensemble (impact global sur les coûts ou sur l'accès au marché d'autres acteurs économiques) et pas seulement des acteurs économiques considérés isolément.

L'abus de puissance économique relative, qui induit seulement un lien de dépendance économique entre un opérateur isolé et un autre opérateur, ne relève clairement pas du droit de la concurrence, tel que celui-ci s'est construit en Belgique (sur le modèle du droit européen du droit de la concurrence).

Deuxièmement, il faut souligner que le droit des pratiques du marché connaît déjà un instrument d'une grande efficacité, à savoir l'action en cessation. Le tout est de savoir qui peut lancer cette action: pour l'heure, dans notre droit, le ministre qui a l'Économie dans ses attributions ne peut le faire, au contraire de ce qui se passe en France, où l'on a reconnu un pouvoir d'action dans ce domaine au ministre de l'Économie (cf. l'article 442. Du Code de commerce français), avec des résultats très positifs.

En ce sens, la proposition de loi contient une avancée intéressante, puisqu'elle envisage de créer une forme d'action publique en cessation. Cependant, ce n'est pas l'Autorité de la concurrence – dont les moyens sont par ailleurs limités – qui est plus à même d'intervenir dans des relations qui sont étrangères à des problèmes de concurrence; on observe d'ailleurs, en France comme en Allemagne, une certaine réticence des autorités de

mededingingsautoriteiten vrij terughoudend zijn om zich te mengen in bilaterale handelsgeschillen.

Ten derde achten talrijke waarnemers het thans onontbeerlijk om het marktpraktijkenrecht meer armsgang te geven, in het bijzonder wat de betrekkingen tussen professionals (B2B) betreft. In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt in dat verband aangegeven dat het de bedoeling is zich zoveel mogelijk te laten leiden door het huidige artikel IV.2 van het Wetboek van economisch recht, teneinde de bestaande rechtspraak en rechtsleer naar analogie te kunnen toepassen, zoals in Duitsland. In het Duitse recht worden echter andere categorieën gehanteerd, die in het Belgische recht niet bestaan. In tegenstelling tot wat in de toelichting wordt gesuggereerd, is in het Duitse recht in onderling verschillende bepalingen en instrumenten voorzien, naargelang er sprake is van een absolute machtspositie (*Marktbeherrschung*) dan wel van een relatieve machtspositie (*Marktmacht*).

Het Franse recht omvat daarentegen een eenge- maakte regeling met betrekking tot zowel het absolute als het relatieve misbruik van een machtspositie, waarbij toch een onderscheid tussen beide situaties wordt gemaakt en een verschillende terminologie wordt gehanteerd. Door die terminologische vraagstukken mag men niet uit het oog verliezen dat het mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht fundamenteel van elkaar verschillen, aangezien ze andere concepten hanteren, andere doelstellingen nastreven of andere belangen beschermen. Dat verschil van aard verklaart waarom het begrip "*abus de puissance économique*" in het Franse mededingingsrecht volstrekt ondoeltreffend is. Het begrip bestaat, maar wordt niet toegepast omdat noch de mededingingsautoriteit, noch de hoven en rechtkanten het kunnen toepassen. Het is immers uiterst moeilijk om het bestaan van een daadwerkelijke economische afhankelijkheid aan te tonen, en nog moeijker om te bewijzen dat het misbruik van een dergelijke afhankelijkheid de concurrentie in haar geheel in het gedrang brengt.

In het Franse recht blijkt daarentegen het *droit des pratiques restrictives du marché* – die benaming stemt overeen met wat in België "marktpraktijkenrecht" wordt genoemd – uiterst doeltreffend te zijn om ervoor te zorgen dat handelstransacties eerlijk verlopen, want in dat kader moet geen schending van de mededinging worden aangetoond. Op basis van het Franse recht kan met name de Franse minister van Economie zich tot de hoven en rechtkanten wenden om economische spelers te vervolgen die een loopje zouden nemen met de eerlijke concurrentie. De Franse rechtscolleges

la concurrence à s'ingérer dans des litiges commerciaux de nature bilatérale.

Troisièmement, le renforcement du droit des pratiques du marché, singulièrement en ce qui concerne les relations entre professionnels (le B2B), est aujourd’hui considéré indispensable par de nombreux observateurs. À cet égard, les développements de la proposition de loi indiquent que l’objectif poursuivi est de s’aligner le plus possible sur l’actuel article IV.2 du Code de droit économique, ce qui devrait permettre, à l’instar de l’Allemagne, d’appliquer par analogie la jurisprudence et la doctrine existantes. Or, le droit allemand recourt à des catégories différentes, inexistantes en droit belge. Le droit allemand lui-même traite l’abus “absolu” de position dominante (*Marktbeheerschung*) et l’abus de position dominante relative (*Marktmacht*) dans des dispositions et instruments différents, contrairement à ce que laissent entendre les développements.

C'est par contre dans le droit français qu'on peut trouver un mécanisme uniifié qui traite à la fois de l'abus absolu et de l'abus relatif de position dominante, tout en prenant soin de distinguer les deux situations et d'utiliser une terminologie différente. Ces questions terminologiques ne doivent pas faire perdre de vue la différence fondamentale de nature qui existe entre le droit de la concurrence et le droit des pratiques du marché, tant en ce qui concerne les concepts utilisés que les objectifs poursuivis ou les intérêts protégés. Cette différence de nature explique pourquoi la notion d'abus de puissance économique est totalement inopérante en droit français de la concurrence. La notion existe, mais n'est pas appliquée car elle n'est pas applicable, ni par l'autorité de la concurrence, ni par les cours et tribunaux. En effet, il est très difficile de démontrer l'existence d'une véritable dépendance économique et encore plus difficile de démontrer que l'abus d'une telle dépendance est de nature à affecter la concurrence dans son ensemble.

En revanche, en droit français, le droit des pratiques restrictives du marché – appellation qui correspond à notre droit des pratiques du marché –, qui ne nécessite pas de démontrer une entorse à la concurrence, se révèle extrêmement efficace pour assurer la loyauté des transactions commerciales. Le droit français permet notamment au ministre de l’Economie de saisir les cours et tribunaux pour poursuivre les acteurs économiques jugés déloyaux. Les juridictions françaises prononcent régulièrement des amendes significatives, par exemple à l'encontre des groupes de la grande distribution; cet

leggen regelmatig aanzienlijke boetes op, bijvoorbeeld aan grootdistributiegroepen. Dat element zou trouwens inspiratie voor ons recht kunnen bieden.

In het Duitse recht is het begrip “economische afhankelijkheid” beperkt tot de kmo’s en tot de betrekkingen tussen die ondernemingen en economische spelers die meer marktmacht hebben. Er zijn nogal wat privé-geschillen in verband met misbruik van economische afhankelijkheid, maar de Duitse mededingingsautoriteit (het *Bundeskartellamt*) past dat concept zelden toe, en alleen als bijkomend argument in bepaalde dossiers in verband met misbruik van een machtspositie.

In de huidige versie van het wetsvoorstel – dat weliswaar een legitiem doel nastreeft – worden de concepten mededingingsrecht en marktpraktijkenrecht door elkaar gehaald, waardoor de regelingen die het beoogt in te stellen onwerkbaar dreigen te worden. Zelfs de opvatting dat de bewijslast minder zwaar zal zijn voor de kleine marktdeelnemers indien ze misbruik van economische afhankelijkheid moeten aantonen in plaats van misbruik van een machtspositie, dreigt in de praktijk niet te kloppen. In werkelijkheid zouden die regelingen het moeilijker kunnen maken een beroep te doen op andere instrumenten die het Belgisch recht aanreikt en die bedoeld zijn om de eerlijkheid van de handelsbetrekkingen te beschermen (door het “aanzuigeffect”).

In het Belgisch recht vullen het mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht elkaar immers aan. Het mededingingsrecht regelt al in belangrijke mate de verticale handelsbetrekkingen, met andere woorden die tussen verkopers en kopers en tussen leveranciers en verdeler. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot de restricties in het kader van de selectieve-distributienetwerken of van de franchiserelaties wanneer die restricties het concurrentievermogen aantasten. Het weze duidelijk dat het Belgisch recht zijn wetgeving inzake “groeps vrijstellingverordeningen”, die een heel gedetailleerde reglementering van alle verticale betrekkingen mogelijk maakt, aan het Europees recht heeft ontleend. Het mededingingsrecht beschermt de nieuwkomers op een markt tegen collectieve uitsluitingspraktijken (boycot) en tegen handelingen van ondernemingen die een machtspositie bekleden (uitsluitings- en exploitatiemisbruik). Die instrumenten van het mededingingsrecht hebben de verdienste dat ze bestaan en dat ze effectieve oplossingen aanreiken.

Buiten het mededingingsrecht biedt het Belgisch recht nog andere beschermingsinstrumenten, die bijvoorbeeld regels bevatten aangaande de concessies van alleenverkoop: de bepalingen van de wet van 1961 betreffende de concessies van alleenverkoop, die

élément pourrait d’ailleurs servir de source d’inspiration pour notre droit.

En droit allemand, la notion de dépendance économique est limitée aux PME et aux relations entre ces dernières et des acteurs économiques qui disposent d’un pouvoir de marché supérieur, le contentieux privé en matière d’abus de dépendance économique étant assez développé. En revanche, l’autorité allemande de la concurrence (le *Bundeskartellamt*) n’applique que rarement cette notion, et seulement au titre de base supplétive dans certaines affaires d’abus de position dominante.

Dans sa forme actuelle, la proposition de loi – qui poursuit un objectif légitime – procède d’un amalgame conceptuel entre droit de la concurrence et droit des pratiques du marché, qui risque de rendre inopérants les mécanismes qu’elle entend mettre en place. Même l’idée que la charge de la preuve, pour démontrer la présence d’un abus de dépendance économique au lieu d’un abus de position dominante, s’avèrera moins lourde pour les petits opérateurs économiques risque de s’avérer inexacte dans la pratique. En réalité, ces mécanismes pourraient rendre plus difficile le recours à d’autres instruments, existant en droit belge, qui visent à protéger la loyauté des relations commerciales (par effet d’“aspiration”).

En droit belge, on observe en effet une complémentarité du droit de la concurrence et du droit des pratiques du marché. Le droit de la concurrence réglemente déjà de manière significative les relations commerciales verticales, c'est-à-dire entre vendeurs et acheteurs, entre fournisseurs et distributeurs, par exemple à l’égard des restrictions entrant dans le cadre des réseaux de distribution sélective, ou relatives aux relations de franchise, pour autant que ces restrictions affectent la concurrence. Rappelons que la loi belge a emprunté au droit européen ses “règlements d’exception par catégorie”, qui permet de réguler de manière très détaillée l’ensemble des relations verticales. Le droit de la concurrence protège les nouveaux entrants sur un marché par rapport à des pratiques d’exclusion collective (boycott), protège contre les agissements des entreprises en situation de position dominante (abus d’exclusion et d’exploitation). Ces instruments du droit de la concurrence ont le mérite d’exister et d’offrir des solutions effectives.

Le droit belge connaît également, en dehors du droit de la concurrence, d’autres outils de protection, par exemple pour réglementer les concessions de vente exclusives: avec la loi de 1961 sur les concessions de vente exclusives, intégrée depuis dans le livre X du Code

inmiddels is opgenomen in het Wetboek van economisch recht, behoren tot de strengste ter wereld en bieden een verregaande bescherming van een hele reeks economische actoren, zoals de autoconcessiehouders.

Boek VI van het Wetboek van economisch recht, betreffende de marktpraktijken, heeft ook – en soms zelfs rechtstreeks – betrekking op de B2B-betrekkingen. Het zou ongetwijfeld zinvolle zijn dit Boek VI aan te vullen in plaats van nogmaals het mededingingsrecht uit te breiden

Overeigens heeft het Hof van Cassatie heeft in het arrest-*Louis Widmer* van 7 januari 2000 de verhoudingen tussen het mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht geïnterpreteerd op grond van het zogenaamde “reflexeffect”. In dat arrest heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat de hoven en de rechtbanken geen veroordeling mogen uitspreken op basis van het marktpraktijkenrecht aangaande handelingen die niet onder het toepassingsveld van het mededingingsrecht vallen, behalve indien er sprake is van rechtsmisbruik. De tegenstrijdige interpretatie van dit arrest door de hoven en de rechtbanken noopt tot een verduidelijking in de rechtsleer of in de wetgeving.

Wat de procedure betreft, kan het interessant zijn de bevoegdheid van de stakingsrechter uit te breiden; die is immers een uitermate doeltreffende instelling van ons recht omdat hij een uitspraak ten gronde kan doen, maar dan volgens de vormen van het kortgeding. In Frankrijk is de minister van Economie gemachtigd tot het instellen van een dergelijke rechtsvordering. Waarom zou naar dit Franse model de Belgische minister van Economie die mogelijkheid niet kunnen worden toegekend? Op die manier zou de *fear factor* (de afhankelijke marktdeelnemers vrezen soms represailles van hun partners) kunnen worden uitgesloten en zouden middelen kunnen worden overgedragen (de kleine marktdeelnemers beschikken niet over de middelen om rechtsvorderingen in te stellen die een grondige kennis van het economisch recht vereisen).

De spreker geeft daarentegen aan sceptisch te staan tegenover het institutionele en procedurele aspect van het wetsvoorstel, waarbij het de bedoeling zou zijn de Belgische Mededingingsautoriteit ertoe te machtigen de economische actoren te verplichten zich ertoe te verbinden een einde te maken aan een misbruik van een aanmerkelijke machtspositie. In het algemeen geldt dat een dergelijke procedure slechts mogelijk is indien er geen sprake is van een inbreuk. Het wetsvoorstel voorziet daarenboven evenmin in een boete wanneer de

de droit économique, nous avons les dispositions parmi les plus strictes au monde, qui protègent fortement toute une série d'acteurs économiques, comme par exemple les concessionnaires automobiles.

Le livre VI du Code de droit économique qui traite des pratiques du marché, concerne également les relations B2B, et parfois même directement. Une piste intéressante serait sans doute d'étoffer ce livre VI plutôt que d'étoffer encore le droit de la concurrence.

Par ailleurs, la Cour de cassation a, dans son arrêt *Louis Widmer* du 7 janvier 2000, adopté une interprétation des rapports entre le droit de la concurrence et le droit des pratiques du marché qu'on a appelé l’“effet reflexe”. La Cour de cassation, dans cet arrêt, a estimé que les cours et tribunaux ne pouvaient pas condamner sur la base du droit des pratiques du marché des comportements ne relevant pas du champ d'application du droit de la concurrence, sauf dans l'hypothèse de l'abus de droit. L'interprétation, contradictoire, donnée à cet arrêt par les cours et tribunaux appelle une clarification doctrinale ou législative.

Sur le plan procédural, une piste intéressante pourrait consister à étendre la compétence du juge des cessations, institution extrêmement efficace de notre droit, qui permet d'obtenir un jugement au fond mais dans les formes du référé. S'inspirant du modèle français, dans lequel le ministre de l'Economie dispose du pouvoir d'introduire une telle action, pourquoi ne pas accorder le même pouvoir en Belgique au ministre de l'Economie? Cela permettrait, d'une part, d'éviter le *fear factor* (les opérateurs dépendants pouvant craindre des représailles commerciales de la part de leurs partenaires) et de réaliser un transfert des moyens (les petits opérateurs n'ayant pas les moyens de lancer des actions en justice qui nécessitent une connaissance approfondie du droit économique).

L'intervenant se dit en revanche sceptique quant au volet institutionnel et procédural de la proposition, qui envisage d'habiliter l'Autorité de la concurrence à contraindre les acteurs économiques à prendre des engagements pour mettre fin à un abus de position dominante significative. En règle générale, ce genre de procédure ne peut se concevoir que lorsqu'il n'y a pas d'infraction. La proposition ne propose pas non plus d'amende en cas de non-respect des engagements, mais seulement en cas de méconnaissance persistante

verbintenissen evenmin worden nageleefd, maar slechts wanneer de aangegane verbintenissen aanhoudend worden miskend. De vraag rijst bijgevolg of de tekst wel doeltreffend is en rechtszekerheid biedt.

### B. Gedachtwisseling

*Mevrouw Rita Gantois (N-VA)* vindt dat de oneerlijke marktpraktijken in B2B-relaties in zekere mate in mededingingsproblemen kunnen omtrekken. De vraag is hoe daartegen doeltreffend en samenhangend kan worden opgetreden, rekening houdend met de kenmerken van en de verschillen tussen het mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht.

Een van de door de sprekers aangehaalde aandachtspunten betreft de reikwijdte van de in te stellen regel: moet worden gekozen voor een open, heel omvattende norm of moeten alleen duidelijk afgebakende praktijken worden beoogd? Op dat vlak moet het wetsvoorstel wellicht worden bijgeschaafd.

Er werden nog andere suggesties geopperd die de aandacht waard zijn, namelijk de wijziging van artikel VI van het Wetboek van economisch recht, de uitbreiding van het verbod op oneerlijke handelspraktijken tot de B2B-relaties en een ruimere bevoegdheid voor de minister van Economie. Wat dit laatste aspect betreft, ware het interessant de Franse situatie te analyseren, want in dat land beschikt de minister van Economie over een ruime bevoegdheid ter zake; door diens optreden kan weliswaar de *fear factor* worden uitgeschakeld, maar is zijn handelen niet te afhankelijk van politieke elementen?

Bestaan er met betrekking tot de keuze van de "juridische structuur" om de B2B-relaties te regelen, andere modellen dan het Franse of het Duitse, in het bijzonder wat de situatie van de partijen in een onderhandeling betreft? Hoe ziet de wetgeving in Nederland er bijvoorbeeld uit? Bestaan er binnen Europa andere modellen?

Uit de besprekking blijkt dat het wetsvoorstel zal moeten worden gemaandert, of dat moet worden gewacht op een gemeenschappelijk initiatief van de minister van Economie en zijn collega die over de kmo's gaat.

*Mevrouw Sophie De Pourcq, doctoranda en onderzoeker aan de KUL*, meent dat het wetsvoorstel de verdienste heeft dat het nu wordt voorgelegd en dat het wijst op een tekortkoming in ons recht. Het is heel duidelijk dat er inzake de B2B-relaties behoefte is aan nieuwe regels en aan een betere bescherming voor de zwakste spelers.

Naast het vraagstuk van de regels, de reikwijdte ervan en het na te volgen rechtsmodel, mag een heel

des engagements pris, ce qui pose question en termes d'efficacité et de sécurité juridique.

### B. Échange de vues

*Mme Rita Gantois (N-VA)* estime que les pratiques de marché déloyales dans le B2B peuvent, dans une certaine mesure, dégénérer en problèmes de concurrence. La question est de savoir comment y répondre de manière efficace et cohérente, compte tenu des spécificités et des différences du droit de la concurrence et du droit des pratiques du marché.

Un des points d'attention soulevés par les intervenants concerne la portée de la règle à introduire: faut-il faire le choix d'une norme ouverte, très englobante, ou ne viser que des pratiques clairement délimitées? Sur ce point, la proposition doit sans doute encore être affinée.

D'autres suggestions ont été formulées, qui mérite un examen attentif: la modification de l'article VI du Code de droit économique, l'extension de l'interdiction des pratiques déloyales aux relations B2B, un pouvoir accru reconnu au ministre de l'Économie. Sur ce dernier point, il serait intéressant d'analyser pencher sur le cas de la France, où le ministre de l'Économie dispose de large prérogatives: certes, son intervention permet de contrer l'effet *fear factor*, mais n'est-elle pas trop dépendante de données politiques?

Quant au choix de l'"architecture juridique", existe-t-il d'autres modèle que le modèle français où le modèle allemand pour régler les relations B2B, en particulier en ce qui concerne la position entre parties à une négociation? Quel est l'état de la législation aux Pays-Bas, par exemple? Existe-t-il d'autres modèles au niveau européen?

Les discussions indiquent qu'il conviendra d'amender la proposition de loi ou d'attendre une initiative conjointe du ministre de l'Économie et du ministre chargé des PME.

*Mme Sophie De Pourcq, doctorante et chercheuse à la KUL*, estime que la proposition a le mérite d'exister et de mettre en évidence une lacune dans notre droit. Il y a, dans le domaine des relations B2B, un besoin évident de règles nouvelles et de renforcement de la protection des acteurs les plus faibles.

Au-delà de la question des règles, de leur portée et du modèle juridique à suivre, un point essentiel en pratique

belangrijk praktisch punt niet over het hoofd worden gezien, namelijk het procedureaspect: wie mag bij de rechtbanken optreden? Ongeacht het gehanteerde model en de reikwijdte van de nieuwe nog aan te nemen regels, is het volgens de spreekster van heel groot belang ervoor te zorgen dat de overheid mag optreden, zoals in Frankrijk het geval is, want daar kan de minister van Economie bij de rechtbanken een vordering tot staking indienen.

*De heer Jochen Glöckner, hoogleraar aan de Universiteit van Konstanz (D), wijst erop dat het Belgisch recht geen regulerende mechanismen in verband met de B2B-betrekkingen bevat. Er zijn weliswaar verschillende oplossingen mogelijk, maar binnen welk speelveld moet actie worden ondernomen? Het vraagstuk is des te prangerend daar de problemen inzake mededinging en misbruik van een relatieve machtspositie zich ongetwijfeld vaker voordoen op een verhoudingsgewijs kleine markt als de Belgische.*

Het Duitse reguleringsmodel combineert, in tegenstelling tot het Belgische model, de regels van het mededingingsrecht met die van het marktpraktijkenrecht. Het Duitse mededingingsrecht heeft eigen doelstellingen, maar dat neemt niet weg dat bepaalde regelingen in dat recht ook kunnen worden aangewend om misbruik van een relatieve machtspositie tegen te gaan; de spreker verwijst in dat verband naar het verbod op de verkoop van voedingsmiddelen tegen kostprijs. Die vorm van verticale reguleren in het mededingingsrecht is geheel nieuw, maar verenigbaar met het Duitse model.

Moet worden gekozen voor een Europese aanpak? De spreker is wat dat betreft enigszins sceptisch: de poging om de oneerlijke praktijken in de landbouw via reguleren aan banden te leggen, verliep niet zonder moeilijkheden, evenmin als de poging om prijzen vast te leggen die voor de producenten van voedingsmiddelen aanvaardbaar zijn. Een Europese aanpak van die vraagstukken gaat ontzegensprekelijk met moeilijkheden gepaard. Oplossingen op nationaal niveau uitwerken is in de huidige stand van zaken de meest pragmatische optie.

Volgens de heer Damien Gerard, gastdocent aan de UCL, is het interessant na te denken over de relevantie van het huidige juridisch kader in verband met de handelsbetrekkingen: de situaties van afhankelijkheid tussen ondernemingen worden thans als dusdanig gereguleerd, en op bepaalde markten is er sprake van concentratie, waardoor het aantal gevallen van economische afhankelijkheid toeneemt. Ten slotte is het thans duidelijk dat de markten niet onfeilbaar zijn en dat ze aan regels moeten worden onderworpen om correct te functioneren.

ne doit pas être négligé, à savoir l'aspect procédural: qui peut intervenir devant les tribunaux? Aux yeux de l'intervenante, quel que soit le modèle suivi et quelle que soit la portée des nouvelles règles qui seront adoptées, il est essentiel de permettre l'intervention de l'autorité publique, comme c'est le cas en France où le ministre de l'Économie peut agir en cessation devant les tribunaux.

*M. Jochen Glöckner, professeur à l'Université de Constance (D), indique que le droit belge manque de mécanismes régulateurs dans le domaine des relations B2B. Diverses solutions sont envisageables, mais sur quel terrain faut-il s'engager? La question est d'autant plus délicate à résoudre que les problèmes de concurrence et d'abus de position dominante relative sont sans doute davantage présents sur des petits marchés, comme l'est – en termes relatifs – le marché belge.*

Le modèle de régulation allemand combine les règles du droit de la concurrence et les règles des pratiques du marché, ce qui n'est pas le cas en Belgique. En Allemagne, même si le droit de la concurrence poursuit des objectifs propres, certains mécanismes permettent déjà de lutter contre des situations d'abus de position dominante relative. L'auteur cite à cet égard l'interdiction de la vente de denrées alimentaires à prix coûtant. Il s'agit-là d'une forme inédite, mais compatible avec le modèle allemand, de régulation verticale dans le droit de la concurrence.

Une approche européenne est-elle à privilégier? Sur ce point, l'intervenant affiche un certain scepticisme: on a vu les difficultés rencontrées pour tenter de réguler les pratiques inéquitables dans le domaine agricole et pour tenter de fixer des prix acceptables pour les producteurs de denrées alimentaires. Il existe incontestablement des difficultés d'approche de ces questions au niveau européen. En l'état actuel des choses, l'approche pragmatique consiste à trouver des solutions au niveau national.

*M. Damien Gerard, professeur invité à l'UCL, estime intéressant de réfléchir à la pertinence du cadre juridique actuel des relations commerciales: les situations de dépendance entre entreprises ne sont à l'heure actuelle pas régulées en tant que telle, et on assiste dans certains marchés à des phénomènes de concentration qui augmentent les cas de dépendance économique. Enfin, il est aujourd'hui clair que les marchés ne sont pas infaillibles et ont besoin de règles pour fonctionner correctement.*

Zo bevat het Belgisch recht geen bepaling noch rechtspraak in verband met het uit de verkoop weren van een product of de dreiging daarmee (dat verschijnsel houdt in dat de verdeler eenzijdig beslist een product niet langer te verdelen, of daar mee dreigt). In Frankrijk biedt artikel 442-6, 4°, van de *Code de commerce* wel de mogelijkheid om ter zake op te treden.

Het Belgische mededingingsrecht is, zoals eerder aangegeven, grondig uitgewerkt en kan in sommige gevallen helpen om de verticale praktijken in goede banen te leiden. In werkelijkheid blijft echter altijd de klip van de bewijslast overeind: men moet immers aantonen dat de mededinging in haar geheel is aangetast, hetgeen de betrekkingen tussen de twee in conflict liggende marktspelers overstijgt.

Op de vraag of het optreden van de minister van Economie inzake regulering en vervolgingen tot een politiek probleem dreigt te leiden, is de spreker van mening dat dit niet het geval zal zijn: achter de minister van Economie bevindt zich in werkelijkheid een administratie die zich naar het recht moet schikken om doeltreffend op te treden. Het voorbeeld van Frankrijk getuigt van de doeltreffendheid van het overheidsoptreden inzake regulering van de B2B-betrekkings aan, meer bepaald omdat aldus de *fear factor* zo niet weggenomen dan toch ingeperkt kan worden: de minister handelt immers haast altijd op basis van een klacht en de onderneming die voor misbruik van een machtspositie wordt vervolgd, kan soms de bron van de klacht achterhalen. Vooral de overdracht van de procedurelast is hier van belang: de kleine economische spelers hoeven geen kosten te torsen om over te gaan tot het instellen van een vordering waarvoor een zekere expertise vereist is; een administratie, die over haar eigen experts beschikt, neemt een en ander immers voor haar rekening.

Uit meer theoretisch oogpunt herinnert de spreker eraan dat er inzake bescherming van de mededinging twee strekkingen bestaan.

De eerste strekking is historisch gezien in Duitsland ontstaan na de Tweede Wereldoorlog. Daarbij ging het erom een einde te maken aan de verwevenheid die was ontstaan tussen bepaalde grote industriële concerns en het nationaalsocialistische regime. In deze benadering wordt de nadruk gelegd op de bescherming van de mededinging om het verschijnsel van industriële concentratie tegen te gaan. Deze historisch voorbijgestreefde visie houdt in dat veeleer de structuur van de markten en de concurrenten dan de concurrentie zelf dienen te worden gevrijwaard.

Par exemple, il n'existe pas en droit belge une disposition ni même de jurisprudence concernant le phénomène du déréférencement (ou contre la menace de déréférencement, lorsqu'un distributeur décide unilatéralement de ne plus distribuer ou menace de ne plus distribuer un produit dans son assortiment), à la différence de ce qui est prévu, en France, à l'article 442-6, 4°, du Code de commerce.

Le droit belge de la concurrence est, comme indiqué précédemment, particulièrement développé et peut, dans certains cas, contribuer à réguler les pratiques verticales. Mais, dans la pratique, il demeure toujours l'écueil de la charge de la preuve: il faut en effet démontrer que la concurrence est affectée dans son ensemble, ce qui dépasse le cadre des relations entre deux acteurs du marché en conflit.

À la question de savoir si l'intervention du ministre de l'Économie dans le domaine de la régulation et des poursuites risque de poser un problème de nature politique, l'intervenant estime pouvoir répondre par la négative: le ministre de l'Économie, c'est en réalité une administration qui, pour agir efficacement, doit se conformer au droit. L'exemple de la France témoigne de l'efficacité de l'action de l'autorité publique en matière de régulation des relations B2B, notamment parce que cela permet de réduire le *fear factor*, sans pour autant l'éliminer: le ministre agit en effet presque systématiquement sur la base d'une plainte et il est parfois possible, pour l'entreprise poursuivie pour abus de position dominante relative, d'identifier la source de la plainte. C'est surtout le transfert de la charge procédurale qui présente en l'occurrence un intérêt: les petits acteurs économiques n'ont pas à engager des frais pour se lancer dans des recours qui nécessitent une expertise certaine, car c'est une administration qui dispose de ses propres experts qui s'en charge.

Sur un plan plus théorique, l'orateur rappelle qu'en matière de protection de la concurrence, il existe deux écoles.

La première, historiquement, a vu le jour en Allemagne en lendemain de la seconde guerre mondiale. Il s'agissait alors de mettre fin à la collusion qui s'était établie entre certains grands groupes industriels et le régime national-socialiste. Dans cette approche, l'accent est mis sur la protection de la concurrence en vue d'éviter le phénomène de concentration industrielle. Dans cette approche, historiquement datée, on vise en fait davantage à protéger la structure des marchés et les concurrents que la concurrence elle-même.

Een – meer recente – benadering houdt in dat de baten van bepaalde dynamische overeenkomsten die algemeen de concurrentie en dus ook de consument ten goede komen, worden erkend, maar dat tegelijkertijd de minst doeltreffende concurrenten van de markt kunnen worden gespeeld. In deze benadering wordt de nadruk gelegd op de doeltreffendheid van de markt en de vrije markttoegang, waarbij de markt niet kunstmatig mag worden afgesloten om de komst van nieuwe innoverende spelers te verijdelen.

De spreker is algemeen van mening dat het niet nodig is in Belgisch recht de structuur van de economische regelgeving radicaal te wijzigen of om elders nieuwe modellen op te pikken: het mededingingsrecht heeft eigen doelstellingen, en het reeds omvangrijke marktpraktijkenrecht kan zeker worden uitgebreid om de B2B-relaties nog meer te reguleren.

Omzichtigheid is echter geboden: er mogen geen regels worden uitgevaardigd die tegen de belangen van de kmo's indruisen; dat is net de doelgroep die de indieners van het wetsvoorstel willen beschermen. Ter verduidelijking geeft de spreker een voorbeeld uit Frankrijk: in dat land werd een wetsvoorstel tot versoepeling van de criteria ter bepaling van economische afhankelijkheid, in eerste lezing door de *Assemblée nationale* goedgekeurd; het wetsvoorstel raakte echter niet door de Senaat wegens de scherpe kritiek van met name de kmo-sector die vreesde voor de nefaste gevolgen ervan, want de grote bedrijven konden ertoe aangezet worden de toelevering te diversifiëren.

### III. — ALGEMENE BESPREKING

*Mevrouw Griet Smaers (CD&V)* geeft aan dat er amendementen werden ingediend die ertoe strekken de basistekst van het wetsvoorstel ingrijpend te wijzigen. De amendementen vloeien voort uit de inhoudelijke werkzaamheden door de beleidscel van de minister van Economie; zoals de minister had aangekondigd in zijn jongste beleidsnota's, heeft men zich gebogen over het vraagstuk omtrent de B2B-relaties, en of bepaalde beschermingsmechanismen die reeds gelden voor de consumenten, uitgebreid konden worden tot de B2B-relaties.

*Mevrouw Rita Gantois (N-VA)* meent dat de besprekking van dit wetsvoorstel, na lang beraad, de laatste fase ingaat. De schriftelijke adviezen waar bij het begin van de behandeling van het wetsvoorstel om werd verzocht, alsook de hoorzittingen van 7 november 2017, hebben de noodzaak van een grondige bijsturing van

Une seconde approche, plus récente, admet les bénéfices de certains accords dynamiques qui bénéficient globalement à la concurrence, et donc au consommateur, tout en pouvant conduire à l'éviction des concurrents les moins efficaces. Dans cette approche, l'accent est mis sur l'efficacité du marché et sa liberté d'accès, le marché ne pouvant être artificiellement bloqué pour empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents innovants.

De manière générale, l'intervenant estime qu'il n'est pas nécessaire de modifier radicalement l'architecture de la régulation économique en droit belge ni d'aller chercher de nouveaux modèles ailleurs: le droit de la concurrence poursuit des fins qui lui sont propres et le droit des pratiques du marché, déjà fort élaboré, peut très bien être étendu aux fins de régler davantage les relations B2B.

Il faut toutefois faire attention à ne pas réguler dans un sens qui ne convienne pas aux PME, qui sont précisément les acteurs que les auteurs de la proposition entendent protéger: à titre d'illustration, l'orateur expose qu'en France, une proposition de loi visant à assouplir les critères définissant la situation de dépendance économique, adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale, est restée bloquée au Sénat en raison des fortes critiques émises, notamment par le monde des PME. Ces dernières craignent certains effets pervers d'un texte qui pourrait pousser les grands groupes à diversifier leurs approvisionnements.

### III. — DISCUSSION GÉNÉRALE

*Mme Griet Smaers (CD&V)* indique qu'une série d'amendements a été déposée, qui modifie de manière substantielle la proposition de loi de base. Ces amendements proviennent du travail de fond réalisé par le cabinet du ministre de l'Économie (annoncé dans ses dernières notes de politiques générales) sur la question des relations B2B et de l'extension à ces relations de certains mécanismes de protection qui existent déjà en faveur du consommateur.

*Mme Rita Gantois (N-VA)* estime que la discussion de cette proposition entre dans sa phase finale, après un long mûrissement. Les avis écrits demandés dès le début de l'examen de la proposition, de même que les auditions du 7 novembre 2017, ont mis en évidence la nécessité de revoir largement le texte de base. Toute la

de basistekst aangetoond. De vraag was alleen hoe dat aan te pakken, gezien de technische aard van de kwestie: welk kader of welk mechanisme diende men in te stellen?

De amendementen zijn het resultaat van deskundig werk en streven tegelijkertijd de essentiële doelstellingen van de basistekst van het wetsvoorstel na: kleine economische actoren beter beschermen tegen machtige actoren, met name door oplossingen aan te reiken voor de kmo's (bijvoorbeeld in de landbouwsector), om het hoofd te kunnen bieden aan de onderhandelingsmacht van de grote distributiegroepen.

*Mevrouw Fabienne Winckel (PS)* meent dat het initiale wetsvoorstel, net als de ingediende amendementen, volkomen rijmen met de voorstellen die zijn vervat in het door haar fractie ingediende wetsvoorstel:

- de Belgische Mededingingsautoriteit meer bevoegdheden verlenen in geval van kennelijk misbruik door een operator, zonder dat deze een machtspositie heeft;

- de kmo's rechten verlenen die vergelijkbaar zijn met die van de consumenten, opdat ze zich beter kunnen wapenen tegen oneerlijke, agressieve of bedrieglijke praktijken van de grote ondernemingen.

Dit wetsvoorstel strekt tot instelling van de vordering tot staking en tot erkenning van de bevoegdheid van de overheden in het raam ervan, waardoor de *fear factor* kan worden uitgeschakeld.

Volgens de spreekster zal dit wetsvoorstel de kleine zelfstandigen en de kmo's ademruimte geven; al te vaak moeten zij immers het machtsmisbruik of de oneerlijke handelspraktijken van hun dominerende handelspartner ondergaan, zoals de kleine producenten in de agrovoedingssector, of nog de kleine garagehouders of zelfstandigen in de automobielsector, want zij worden "platgewalst" door de grote concessiehouders of de grote automerken in het buitenland.

De Belgische Mededingingsautoriteit en de Economische Inspectie zijn bevoegd om deze nieuwe taken te vervullen. De vraag rijst evenwel of deze bijkomende opdrachten geen extra budgettaire middelen zullen vergen. Dat is echter een andere kwestie.

De spreekster geeft derhalve aan dat zij de door mevrouw Smaers c.s. ingediende amendementen zal steunen.

question était de savoir comment, vu la technicité de la matière: quel cadre, quel mécanisme créer?

Les amendements sont le fruit d'un travail spécialisé et poursuivent dans le même temps les objectifs essentiels de la proposition de loi de base: apporter une protection accrue en faveur des petits acteurs économiques face aux acteurs puissants, notamment en apportant des solutions aux PME, par exemple dans le secteur agricole, face à la force de négociation des grands groupes de distribution.

*Mme Fabienne Winckel (PS)* estime que la proposition de loi initiale de même que les amendements déposés cadrent parfaitement avec ce que son groupe proposait dans sa proposition de loi:

- élargir les pouvoirs de l'Autorité belge de la concurrence lorsqu'il y a manifestement un abus de la part d'un opérateur mais que cet opérateur n'a pas une position dominante;

- offrir aux PME des droits comparables à ceux des consommateurs pour mieux se défendre contre les pratiques déloyales, agressives ou trompeuses des grandes entreprises.

Le texte met en place l'action en cessation et reconnaît la compétence des pouvoirs publics dans le cadre de cette action en cessation, ce qui permet de déjouer le *fear factor*.

L'intervenant estime que ce texte va apporter une bouée d'oxygène aux petits indépendants et PME qui subissent trop souvent des abus de position dominante ou des pratiques déloyales de leur partenaire commercial dominant. On songe par exemple aux petits producteurs dans le secteur agroalimentaire, ou aux petits garagistes ou indépendants dans le secteur automobile, qui font face au rouleau compresseur des grands concessionnaires ou des grandes marques automobiles à l'étranger.

L'Autorité belge de la concurrence et l'Inspection économique ont les compétences pour exercer ces nouvelles missions. On peut cependant se demander si ces missions additionnelles ne demanderont pas de nouveaux moyens budgétaires, mais c'est un autre débat.

L'intervenant indique dès lors pouvoir souscrire aux amendements déposés par Mme Smaers et cs.

Niettemin moet nog een aantal zaken worden uitgeklaard.

Het onderdeel inzake de onrechtmatige bedingen in de B2B-contracten zal pas in werking treden achttien maanden na de bekendmaking van de wet in het *Belgisch Staatsblad*. Kan dat niet eerder gebeuren?

*Amendement nr. 16 van mevrouw Smaers c.s.* beoogt de financiële diensten (banken en verzekeringen) uit te sluiten van de bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken. Betreft het een toegeving aan de bank- en verzekeringssector, of kan deze uitzondering objectief worden onderbouwd? Tevens machtigt dit amendement de Koning om specifieke regels voor dat activiteitendomein te bepalen, nadat het advies van de FSMA en de Nationale Bank van België is ingewonnen. Is dat koninklijk besluit klaar? Wat is de inhoud ervan? Wanneer zal het worden uitgevaardigd?

Wat ten slotte de methode betreft, storen bepaalde activiteitensectoren zich aan de parlementaire procedure en hebben ze de indruk dat er overhaast wetgevend wordt opgetreden. Een wetsontwerp werd in eerste lezing door de regering aangenomen, maar werd niet aan de Raad van State voorgelegd. Vervolgens wordt de inhoud ervan via amendementen in een wetsvoorstel gegoten. Bestaat het risico dat een beroep tot nietigverklaring zal worden ingesteld? Welke activiteitensectoren werden gehoord? Wat was hun *feedback*?

*De heer Youro Casier (sp.a)* benadrukt dat sinds de indiening van het initiële wetsvoorstel al een lange weg werd afgelegd. Aangezien de amendementen de oorspronkelijke tekst ingrijpend hebben gewijzigd, wekt het zelfs verbazing dat geen nieuw wetsvoorstel werd ingediend.

Voorts merkt de spreker op dat binnen bepaalde sectoren verdeeldheid heerst over het door de amendementen beoogde kader. Hoe is het overleg binnen het kabinet van de minister van Economie verlopen?

*Mevrouw Griet Smaers (CD&V)* verwijst voor de technische aspecten naar de verantwoording van de amendementen.

Inzake de bank- en verzekeringssector wijst de spreekster erop dat er nood is aan een specifiek stelsel ter zake. Gezien de complexiteit van de materie moet dat specifieke stelsel via een koninklijk besluit tot stand komen.

Il reste cependant quelques questions à éclaircir:

Le volet relatif aux clauses abusives dans les contrats B2B n'entrera en vigueur que 18 mois après la publication au *Moniteur belge*. Ne peut-on prévoir une entrée en vigueur dans un délai plus court?

*L'amendement n° 16 de Mme Smaers et consorts* vise à exclure les services financiers (banques et assurances) des dispositions en matière de pratiques déloyales. S'agit-il d'une concession au secteur des banques et assurances ou y a-t-il des raisons objectives de prévoir cette exclusion. Le même amendement octroie au Roi la compétence de créer des règles spécifiques pour ce domaine d'activité, sur avis de la FSMA et de la banque nationale: cet arrêté royal est-il prêt? Que contient-il? Quand sera-t-il pris?

Enfin concernant la méthode, certains secteurs d'activités sont générés par la procédure parlementaire et ont l'impression qu'on va trop vite pour légiférer. Un projet de loi a été adopté en première lecture au gouvernement, mais n'a pas été soumis au Conseil d'État. Puis il revient par la voie d'amendements à une proposition de loi. Y a-t-il un risque de recours en annulation? Quels secteurs d'activité ont été consultés? Quels étaient les retours?

*M. Youro Casier (sp.a)* souligne qu'un long chemin a été parcouru depuis la proposition de loi de base. On peut même s'étonner qu'un nouveau texte n'ait pas été déposé, tant les amendements modifient substantiellement la proposition originelle.

L'intervenant note par ailleurs que certains secteurs se sont montrés partagés quant au cadre mis en place par les amendements. Comment ont été menées les concertations au sein du cabinet du ministre de l'Économie?

*Mme Griet Smaers (CD&V)* renvoie, en ce qui concerne les questions techniques, à la justification des amendements.

En ce qui concerne la question relative au régime particulier dans le secteur des banques et assurances, l'intervenante indique qu'il est nécessaire de mettre en place un régime spécifique. Vu la complexité de la matière, ce régime spécifique sera mis en œuvre par la voie d'un arrêté royal.

Met betrekking tot het overleg voorafgaand aan de indiening van de amendementen – met andere woorden in de fase van de redactie van het voorontwerp van wet – wijst de spreekster erop dat de verschillende betrokken partijen heel uitvoerig werden gehoord. In dat opzicht bewerkstelligt de tekst de balans tussen de twee grote streefdoelen van de actoren van de verschillende sectoren, met name de uitbreiding van de bescherming bij B2B-betrekkings via de bestrijding van bepaalde vormen van misbruik, alsook het waarborgen van de rechtszekerheid in handelsbetrekkingen.

#### IV. — ARTIKELSGEWIJZE BESPREKING EN STEMMINGEN

##### Art. 1

Over dit artikel worden geen opmerkingen gemaakt.

Artikel 1 wordt eenparig aangenomen.

##### Art. 1/1

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 4 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 1/1, teneinde artikel I.6 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen. Het is de bedoeling het begrip “positie van economische afhankelijkheid” te definiëren.*

Amendement nr. 4 wordt eenparig aangenomen.

##### Art. 1/2

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 5 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 1/2, teneinde artikel I.22, 1°, van het Wetboek van economisch recht te wijzigen. Het is de bedoeling de rechtsvordering tot schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht uit te breiden, opdat ook misbruik van economische afhankelijkheid wordt gedekt.*

Amendement nr. 5 wordt eenparig aangenomen.

##### Art. 2

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 6 (DOC 54 1451/003) in, tot vervanging van dit artikel, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel IV.2/1 in te voegen. Het is de bedoeling misbruik van een positie van economische afhankelijkheid te definiëren.*

En ce qui concerne la question relative aux consultations menées en amont du dépôt des amendements, à savoir au stade de l'élaboration de l'avant-projet de loi, l'intervenante indique que les consultations ont été menées de façon très large entre les diverses parties prenantes. Le texte consacre à cet égard un équilibre entre les deux grandes demandes qui animent les acteurs des différents secteurs: étendre la protection dans les relations B2B en luttant contre certains abus, tout en garantissant la sécurité juridique dans les relations commerciales.

#### IV. — DISCUSSION DES ARTICLES ET VOTES

##### Art. 1<sup>er</sup>

Cet article n'appelle aucune observation.

L'article 1<sup>er</sup> est adopté à l'unanimité.

##### Art. 1<sup>er</sup>/1

*L'amendement n° 4 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 1<sup>er</sup>/1, qui modifie l'article I.6 du Code de droit économique, en vue de définir la notion de dépendance économique.*

Cet amendement est adopté à l'unanimité.

##### Art. 1<sup>er</sup>/2

*L'amendement n° 5 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 1<sup>er</sup>/2, qui modifie l'article I.22, 1°, du Code de droit économique, en vue d'étendre l'action en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence pour couvrir également les abus de dépendance économique.*

Cet amendement est adopté à l'unanimité.

##### Art. 2

*L'amendement n° 6 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à remplacer cet article en vue d'insérer dans le Code de droit économique un article IV.2/1 qui définit l'abus d'une position de dépendance économique.*

*Mevrouw Rita Gantois c.s. dient amendement nr. 1 (DOC 54 1451/002) in, dat net als het vorige amendement strekt tot wijziging van artikel IV.2 van het Wetboek van economisch recht.*

Amendement nr. 6 wordt eenparig aangenomen.

Dientengevolge vervalt amendement nr. 1.

Art. 3 (*nieuw*)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 7 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 3, teneinde artikel IV.3 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen. Het is de bedoeling er een verwijzing naar artikel IV.2/1 van hetzelfde Wetboek in op te nemen.*

*Mevrouw Rita Gantois c.s. dient amendement nr. 2 (DOC 54 1451/002) in, tot invoeging van een artikel 3, teneinde artikel VI.104 van het Wetboek van economisch recht aan te vullen. Het is de bedoeling bepaalde onrechtmatige handelspraktijken te verbieden.*

*Mevrouw Fabienne Winckel c.s. dient amendement nr. 41 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 3, teneinde artikel XVII.7 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.*

Amendement nr. 7 wordt eenparig aangenomen.

Dientengevolge vervallen de amendementen nrs. 2 en 41.

Art. 4 (*nieuw*)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 8 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 4, teneinde artikel IV.41, § 1, van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.*

Amendement nr. 8 wordt eenparig aangenomen.

Art. 5 (*nieuw*)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 9 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 5, teneinde artikel IV.44 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.*

Amendement nr. 9 wordt eenparig aangenomen.

*L'amendement n° 1 de Mme Rita Gantois et consorts (DOC 54 1451/2) vise à modifier l'article IV.2 du Code de droit économique, avec le même objet.*

L'amendement n° 6 est adopté à l'unanimité.

En conséquence, l'amendement n° 1 devient sans objet.

Art. 3 (*nouveau*)

*L'amendement n° 7 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 3 qui modifie l'article IV. 3 du Code de droit économique, en vue d'y insérer une référence à l'article IV.2/1 du même Code.*

*L'amendement n° 2 de Mme Rita Gantois et consorts (DOC 54 1451/2) vise à insérer un article 3 qui complète l'article VI.104 du Code de droit économique en vue d'interdire certaines pratiques commerciales illicites.*

*L'amendement n° 41 de Mme Fabienne Winckel et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 3 qui modifie l'article XVII.7 du Code de droit économique.*

L'amendement n° 7 est adopté à l'unanimité.

En conséquence, les amendements n° 2 et n° 41 deviennent sans objet.

Art. 4 (*nouveau*)

*L'amendement n° 8 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 4 qui modifie l'article IV.41, § 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 5 (*nouveau*)

*L'amendement n° 9 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 5 qui modifie l'article IV.44 du Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

## Art. 6 (nieuw)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 10 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 6, teneinde artikel IV.51 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.

Amendement nr. 10 wordt eenparig aangenomen.

## Art. 7 (nieuw)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 11 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 7, teneinde artikel IV.70 van het Wetboek van economisch recht te vervangen.

Amendement nr. 11 wordt eenparig aangenomen.

## Art. 8 (nieuw)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 12 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 8, teneinde artikel IV.73, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht te vervangen.

Amendement nr. 12 wordt eenparig aangenomen.

## Art. 9 (nieuw)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 13 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 9, teneinde artikel IV.77, § 1, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.

Amendement nr. 13 wordt eenparig aangenomen.

## Art. 10 (nieuw)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 14 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 10, teneinde artikel VI.17, eerste lid, 1°, van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.

Amendement nr. 14 wordt eenparig aangenomen.

## Art. 11 (nieuw)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 15 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een

## Art. 6 (nouveau)

*L'amendement n° 10 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 6 qui modifie l'article IV.51 du Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

## Art. 7 (nouveau)

*L'amendement n° 11 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 7 qui remplace l'article IV.70 du Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

## Art. 8 (nouveau)

*L'amendement n° 12 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 8 qui remplace l'article IV.73, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

## Art. 9 (nouveau)

*L'amendement n° 13 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 9 qui modifie l'article IV.77, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

## Art. 10 (nouveau)

*L'amendement n° 14 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 10 qui modifie l'article VI.17, alinéa 1<sup>er</sup>, 1°, du Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

## Art. 11 (nouveau)

*L'amendement n° 15 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 11 qui insère*

artikel 11, teneinde in het Wetboek van economisch recht een titel 3/1 in te voegen, met als opschrift “Overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen”.

Amendement nr. 15 wordt eenparig aangenomen.

*Art. 12 (nieuw)*

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 16 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 12, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/1 in te voegen.*

*Mevrouw Rita Gantois (N-VA) onderstreept dat de financiëledienstensector ingevolge deze bepaling niet van meet af aan zal zijn onderworpen aan de regels om misbruik van een machtspositie tegen te gaan. Volgens haar betekent dit niet dat de Koning bij het uitvaardigen van het koninklijk besluit om specifiek die vraagstukken binnen die sector te regelen, geen passende inspiratie zal kunnen putten uit de algemene regeling die dit wetsvoorstel beoogt in te voeren.*

Amendement nr. 16 wordt eenparig aangenomen.

*Art. 13 (nieuw)*

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 17 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 13, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/2 in te voegen.*

Amendement nr. 17 wordt eenparig aangenomen.

*Art. 14 (nieuw)*

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 18 (DOC 54 1451/003), tot invoeging van een artikel 14, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/3 in te voegen.*

*Mevrouw Rita Gantois (N-VA) heeft bedenkingen bij het begrip “beding dat een *kennelijk onevenwicht* schept”, terwijl in de verantwoording van het amendement wordt aangegeven dat het in de bedoeling ligt de “onrechtmatige bedingen” te omschrijven (DOC 54 1451/003, blz. 31 en volgende). Overlappen die beide begrippen? Wat kan als een “*kennelijk onevenwicht*” worden beschouwd?*

Dit artikel strekt ertoe een aantal elementen die de kernbedingen van het contract vormen (de prijs en het

un titre 3/1 dans le Code de droit économique, intitulé “Contrats conclus entre entreprises”.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

*Art. 12 (nouveau)*

*L'amendement n° 16 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 12 qui insère un article VI.91/1 dans le Code de droit économique.*

*Mme Rita Gantois (N-VA) souligne qu'en vertu de cette disposition, le secteur des services financiers ne sera pas d'emblée soumis aux règles anti-abus de position dominante. À ses yeux, cela ne signifie pas que le Roi, lorsqu'il prendre l'arrêté royal réglementant spécifiquement ces questions au sein de ce secteur, ne pourra pas utilement s'inspirer du régime général mis en place par la proposition de loi.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

*Art. 13 (nouveau)*

*L'amendement n° 17 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 13 qui insère un article VI.91/2 dans le Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

*Art. 14 (nouveau)*

*L'amendement n° 18 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 14 qui insère un article VI.91/3 dans le Code de droit économique.*

*Mme Rita Gantois (N-VA) s'interroge quant à la notion de “clause créant un déséquilibre manifeste”, alors que la justification de l'amendement (DOC 54 1451/003, pp. 31 et s.) indique qu'il s'agit de définir les “clauses abusives”. Ces deux notions se recouvrent-elles? Qu'est-ce qui peut être considéré comme un déséquilibre manifeste?*

Le dispositif exclut de l'appréciation du caractère abusif un certain nombre d'éléments, qui forment la

goed), uit te sluiten van de beoordeling van de onrechtmatige aard ervan. Kan dit aspect worden verduidelijkt?

Tot slot wordt in de verantwoording van het amendement aangegeven dat het *lex specialis*-beginsel moet worden toegepast om na te gaan of al dan niet sprake is van een onrechtmatig beding, waarbij de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties als voorbeeld wordt aangehaald. Betekent zulks dat een beding waarbij een abnormaal lange betalingstermijn wordt toegestaan, niet als onrechtmatig kan worden beoordeeld door een rechter die zich uitspreekt in het kader van een vordering inzake misbruik van machtspositie?

Amendement nr. 18 wordt eenparig aangenomen.

#### Art. 15 (*nieuw*)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 19 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 15, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/4 in te voegen.*

Amendement nr. 19 wordt eenparig aangenomen.

#### Art. 16 (*nieuw*)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 20 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 16, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/5 in te voegen.*

*Mevrouw Rita Gantois (N-VA)* wijst erop dat dit artikel een lijst van “grijze bedingen” instelt, waarbij de onderneming het bewijs kan leveren dat het beding, gezien de omstandigheden en de kenmerken van het contract, geen kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen, rekening houdend met de concrete gevolgen voor hen. Volgens de spreekster mag men niet over het hoofd zien dat talrijke bedingen die de handelsrelaties regelen, eigenlijk standaardbedingen zijn die vaak niet vrij door de partijen kunnen worden onderhandeld. Hoe kunnen de concrete gevolgen voor de partijen in dat geval worden geanalyseerd?

Veel “grijze bedingen” betreffen de stilzwijgende verlenging en de opzeg; het voorgestelde artikel VI.95, 2°, van het Wetboek van economisch recht beoogt een redelijke opzegtermijn. Wat is in dit geval een “redelijke” opzegtermijn?

substance du contrat (le prix et la chose). Ce point peut-il être éclairci?

La justification de l'amendement indique enfin que le principe de la “*lex specialis*” s'applique pour apprécier l'existence d'une clause abusive et donne comme exemple la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales: cela revient-il à dire que le juge, statuant dans le cadre d'une action contre un abus de position dominante, ne pourra juger comme abusive une clause autorisant un délai de paiement anormalement long?

L'amendement est adopté à l'unanimité.

#### Art. 15 (*nouveau*)

*L'amendement n° 19 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 15 qui insère un article VI.91/4 dans le Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

#### Art. 16 (*nouveau*)

*L'amendement n° 20 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 16 qui insère un article VI.91/5 dans le Code de droit économique.*

*Mme Rita Gantois (N-VA)* rappelle que cette disposition introduit une liste de “clauses grises”, pour lesquelles l'entreprise peut fournir la preuve que, tenant compte des circonstances et caractéristiques du contrat, la clause ne crée pas un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties, en tenant compte des conséquences concrètes pour les parties. Pour l'intervenant, il ne faut pas perdre de vue que de nombreuses clauses qui régissent les relations commerciales sont en réalité des clauses standardisées, que les parties n'ont souvent pas eu le loisir de négocier. Comment procéder dans ce cas à une analyse des conséquences concrètes pour les parties?

De nombreuses clauses grises concernent le renouvellement tacite et la résiliation: l'article VI.95, 2°, proposé, du Code de droit économique, vise un délai raisonnable de résiliation. Qu'est-ce qu'un délai raisonnable en l'occurrence?

Het voorgestelde artikel VI.95, 3°, van het Wetboek van economisch recht regelt de onrechtmatige omkering van de risicolast. Dreigt deze regeling niet in te gaan tegen bijzondere bepalingen van sommige economische activiteitensectoren (zie de *incoterms* van de Internationale Kamer van Koophandel)?

*Mevrouw Rita Gantois c.s. dient amendement nr. 42 (DOC 54 1451/004) in, als subamendement op amendement nr. 20, teneinde de tekst bevattelijker te maken.*

Subamendement nr. 42 alsook het aldus ge-amendeerde amendement nr. 20 worden eenparig aangenomen.

#### Art. 17 (nieuw)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 21 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 17, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/6 in te voegen.*

Amendement nr. 21 wordt eenparig aangenomen.

#### Art. 18 (nieuw)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 22 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 18, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/7 in te voegen.*

Amendement nr. 22 wordt eenparig aangenomen.

#### Art. 19 (nieuw)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 23 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 19, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/8 in te voegen.*

Amendement nr. 23 wordt eenparig aangenomen.

#### Art. 20 (nieuw)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 24 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 20, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/9 in te voegen.*

Amendement nr. 24 wordt eenparig aangenomen.

L'article VI.95, 3°, proposé, du Code de droit économique, règle la question du renversement abusif de la charge des risques. Ceci ne risque-t-il pas d'entrer en contradiction avec des dispositions particulières adoptées dans certains secteurs de l'activité économique (cf. les incoterms édictés par la Chambre internationale de commerce)?

*Mme Rita Gantois et consorts présentent un sous-amendement n° 42 (DOC 54 1451/4) à l'amendement n° 20, en vue d'améliorer la lisibilité du texte.*

Le sous-amendement et l'amendement amendé sont adoptés à l'unanimité.

#### Art. 17 (nouveau)

*L'amendement n° 21 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 17 qui insère un article VI.91/6 dans le Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

#### Art. 18 (nouveau)

*L'amendement n° 22 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 18 qui insère un article VI.91/7 dans le Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

#### Art. 19 (nouveau)

*L'amendement n° 23 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 19 qui insère un article VI.91/8 dans le Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

#### Art. 20 (nouveau)

*L'amendement n° 24 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 20 qui insère un article VI.91/9 dans le Code de droit économique.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 21 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 25 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 21, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.91/10 in te voegen.

Amendment nr. 25 wordt eenparig aangenomen.

Art. 22 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 26 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 22. Dit artikel strekt tot vervanging van het opschrift van hoofdstuk 2 van Boek VI, titel 4, van het Wetboek van economisch recht, door het opschrift “Oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen”.

Amendment nr. 26 wordt eenparig aangenomen.

Art. 23 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 27 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 23, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.103/1 in te voegen.

Mevrouw Rita Gantois (N-VA) stipt aan dat dit amendment ook de precontractuele fase betreft.

Amendment nr. 27 wordt eenparig aangenomen.

Art. 24 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 28 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 24, dat ertoe strekt in hoofdstuk 2 (waarvan het opschrift wordt gewijzigd bij artikel 22) een afdeling 1 in te voegen, met als opschrift “Oneerlijke marktpraktijken”.

Amendment nr. 28 wordt eenparig aangenomen.

Art. 25 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 29 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 25, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.104/1 in te voegen.

Amendment nr. 29 wordt eenparig aangenomen.

Art. 21 (*nouveau*)

*L'amendement n° 25 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 21 qui insère un article VI.91/10 dans le Code de droit économique.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 22 (*nouveau*)

*L'amendement n° 26 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 22 qui remplace l'intitulé du chapitre 2 du livre VI, titre 4, du Code de droit économique par l'intitulé “pratiques du marché déloyales entre entreprises”.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 23 (*nouveau*)

*L'amendement n° 27 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 23 qui insère un article VI.103/1 dans le Code de droit économique.

Mme Rita Gantois (N-VA) fait observer que cet amendement vise également la phase précontractuelle.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 24 (*nouveau*)

*L'amendement n° 28 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 24 qui insère une section 1<sup>ère</sup> dans le chapitre 2 dont l'intitulé est remplacé par l'article 22, intitulée “des pratiques du marché déloyales”.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 25 (*nouveau*)

*L'amendement n° 29 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 25 qui insère un article VI.104/1 dans le Code de droit économique.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 26 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 30 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 26, dat ertoe strekt in hoofdstuk 2 (waarvan het opschrift wordt gewijzigd bij artikel 22) een afdeling 2 in te voegen, met als opschrift "Misleidende marktpraktijken".

Art. 27 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 31 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 27, tot vervanging van artikel VI.105 van het Wetboek van economisch recht.

Mevrouw Rita Gantois (N-VA) wijst erop dat het amendement beoogt kwade trouw te sanctioneren en niet raakt aan de bestaande praktijken inzake informatieverstrekking en -uitwisseling door contracterende partijen.

Dit brengt het opstellen en de inachtneming van sectorale gedragscodes niet in het gedrang.

Amendement nr. 31 wordt eenparig aangenomen.

Art. 28 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 32 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 28, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.105/1 in te voegen.

Amendement nr. 32 wordt eenparig aangenomen.

Art. 29 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 33 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 29, teneinde artikel VI.108 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.

Amendement nr. 33 wordt eenparig aangenomen.

Art. 30 (*nieuw*)

Mevrouw Griet Smaers c.s. dient *amendement nr. 34 (DOC 54 1451/003)* in, tot invoeging van een artikel 30. Dit artikel strekt tot invoeging van een afdeling 3 in hoofdstuk 2, waarvan het opschrift vervangen wordt bij artikel 22, luidende "Agressieve marktpraktijken".

Amendement nr. 34 wordt eenparig aangenomen.

Art. 26 (*nouveau*)

*L'amendement n° 30 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 26 qui insère une section 2 dans le chapitre 2 dont l'intitulé est remplacé par l'article 22, intitulée "des pratiques du marché trompeuses".

Art. 27 (*nouveau*)

*L'amendement n° 31 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 27 qui remplace l'article VI.105 du le Code de droit économique.

Mme Rita Gantois (N-VA) souligne que l'amendement vise à sanctionner la mauvaise foi et ne concerne pas les pratiques existantes en ce qui concerne la diffusion et l'échange d'information entre parties contractantes.

Ceci ne porte pas préjudice à la conclusion et au respect de codes de conduite sectoriels.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 28 (*nouveau*)

*L'amendement n° 32 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 28 qui insère un article VI.105/1 dans le Code de droit économique.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 29 (*nouveau*)

*L'amendement n° 33 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 29 qui modifie l'article VI.108 du Code de droit économique.

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 30 (*nouveau*)

*L'amendement n° 34 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003)* vise à insérer un article 30 qui insère une section 3 dans le chapitre 2 dont l'intitulé est remplacé par l'article 22, intitulée "des pratiques du marché agressives".

L'amendement est adopté à l'unanimité.

<p><b>Art. 31 (nieuw)</b></p> <p>Mevrouw Griet Smaers c.s. dient <i>amendement nr. 35 (DOC 54 1451/003)</i> in, tot invoeging van een artikel 31, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.109/1 in te voegen.</p> <p>Amendement nr. 35 wordt eenparig aangenomen.</p>	<p><b>Art. 31 (nouveau)</b></p> <p><i>L'amendement n° 35 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 31 qui insère un article VI.109/1 dans le Code de droit économique.</i></p> <p>L'amendement est adopté à l'unanimité.</p>
<p><b>Art. 32 (nieuw)</b></p> <p>Mevrouw Griet Smaers c.s. dient <i>amendement nr. 36 (DOC 54 1451/003)</i> in, tot invoeging van een artikel 32, teneinde in het Wetboek van economisch recht een artikel VI.109/2 in te voegen.</p> <p>Amendement nr. 36 wordt eenparig aangenomen.</p>	<p><b>Art. 32 (nouveau)</b></p> <p><i>L'amendement n° 36 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 32 qui insère un article VI.109/2 dans le Code de droit économique.</i></p> <p>L'amendement est adopté à l'unanimité.</p>
<p><b>Art. 33 (nieuw)</b></p> <p>Mevrouw Griet Smaers c.s. dient <i>amendement nr. 37 (DOC 54 1451/003)</i> in, tot invoeging van een artikel 33, teneinde artikel XI.83 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.</p> <p>Amendement nr. 37 wordt eenparig aangenomen.</p>	<p><b>Art. 33 (nouveau)</b></p> <p><i>L'amendement n° 37 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 33 qui modifie l'article XV.83 du Code de droit économique.</i></p> <p>L'amendement est adopté à l'unanimité.</p>
<p><b>Art. 34 (nieuw)</b></p> <p>Mevrouw Griet Smaers c.s. dient <i>amendement nr. 38 (DOC 54 1451/003)</i> in, tot invoeging van een artikel 34, teneinde artikel XVII.7, eerste lid, 2°, van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.</p> <p>Amendement nr. 38 wordt eenparig aangenomen.</p>	<p><b>Art. 34 (nouveau)</b></p> <p><i>L'amendement n° 38 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 34 qui modifie l'article XVII.7, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, du Code de droit économique.</i></p> <p>L'amendement est adopté à l'unanimité.</p>
<p><b>Art. 35 (nieuw)</b></p> <p>Mevrouw Griet Smaers c.s. dient <i>amendement nr. 39 (DOC 54 1451/003)</i> in, tot invoeging van een artikel 35, teneinde artikel XVII.12 van het Wetboek van economisch recht te wijzigen.</p> <p>Amendement nr. 39 wordt eenparig aangenomen.</p>	<p><b>Art. 35 (nouveau)</b></p> <p><i>L'amendement n° 39 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 35 qui modifie l'article XVII.12 du Code de droit économique.</i></p> <p>L'amendement est adopté à l'unanimité.</p>
<p><b>Art. 35/1 (nieuw)</b></p> <p>Mevrouw Rita Gantois c.s. dient <i>amendement nr. 43 (DOC 54 1451/004)</i> in, tot invoeging van een artikel 35/1, teneinde te bepalen dat de wet twee jaar na de inwerkingtreding ervan moet worden geëvalueerd.</p>	<p><b>Art. 35/1 (nouveau)</b></p> <p><i>L'amendement n° 43 de Mme Rita Gantois et consorts (DOC 54 1451/4) vise à insérer un article 35/1 en vue de prévoir une évaluation de la loi deux ans après son entrée en vigueur.</i></p>

Amendement nr. 43 wordt eenparig aangenomen.

Art. 36 (*nieuw*)

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 40 (DOC 54 1451/003) in, tot invoeging van een artikel 36, dat de data van inwerkingtreding vastlegt.*

*Mevrouw Rita Gantois (N-VA) is verbaasd dat sommige delen van het geamendeerde wetsvoorstel niet onmiddellijk in werking kunnen treden, dan wel niet van toepassing zijn op bestaande overeenkomsten. Nochtans is het stelsel van openbare orde, zodat er niet van mag worden afgeweken; de gevolgen hiervan zijn echter niet helemaal duidelijk.*

Amendement nr. 40 wordt eenparig aangenomen.

Opschrift

*Mevrouw Griet Smaers c.s. dient amendement nr. 3 (DOC 54 1451/003) in, tot vervanging van het opschrift van de wet.*

Amendement nr. 3 wordt eenparig aangenomen.

\*  
\* \*

Het gehele aldus geamendeerde wetsvoorstel wordt aangenomen met 14 stemmen en 1 onthouding.

Bijgevolg vervalt het wetsvoorstel DOC 54 2885/001.

*De rapporteurs,*

Leen DIERICK  
Benoît FRIART

*De voorzitter,*

Jean-Marc DELIZÉE

Artikelen die een uitvoeringsmaatregel vergen (artikel 78.2, vierde lid, van het Reglement): niet vermeld.

Bijlage: geschreven bijdrage van de heer Jochen Glöckner, hoogleraar aan de Universiteit van Konstanz (D).

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Art. 36 (*nouveau*)

*L'amendement n° 40 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à insérer un article 36 fixant les dates d'entrée en vigueur.*

*Mme Rita Gantois (N-VA) s'étonne que certaines parties de la proposition amendée ne puissent entrer en vigueur immédiatement, ou ne puissent s'appliquer à des conventions existantes. Le régime est cependant d'ordre public, de sorte qu'il n'est pas permis d'y déroger; les conséquences à cet égard ne sont cependant pas tout-à-fait claires.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

Intitulé

*L'amendement n° 3 de Mme Griet Smaers et consorts (DOC 54 1451/003) vise à remplacer l'intitulé de la loi.*

L'amendement est adopté à l'unanimité.

\*  
\* \*

L'ensemble de la proposition de loi, tel qu'amendé, est adopté par 14 voix et une abstention.

Par conséquent, la proposition de loi DOC 54 2885/001 devient sans objet.

*Les rapporteurs,*

*Le président,*

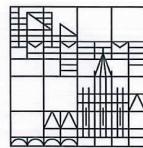
Leen DIERICK  
Benoît FRIART

Jean-Marc DELIZÉE

Articles nécessitant une mesure d'exécution (article 78.2, alinéa 4, du Règlement): non communiqués.

Annexe: contribution écrite de M. Jochen Glöckner, professeur à l'Université de Constance (D).

Universität  
Konstanz



University of Konstanz · P.O. Box 98 · 78457 Konstanz  
 House of Representatives of Belgium  
 - Committee on Economic Affairs -

**Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M. (USA)**

Department of Law  
 Chair for German and European  
 Private and Business Law  
 Judge at the Higher Regional Court Karlsruhe

Universitätsstraße 10  
 78464 Konstanz  
 GERMANY

Tel +49 7531 88-2309  
 Fax +49 7531 88-4528

jochen.gloeckner@uni-konstanz.de  
<http://www.jura.uni-konstanz.de/gloeckner>

5. November 2017

**Chambre des Représentants de Belgique – 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), DOC 54 1451/1**

Dear Ladies and Gentlemen, esteemed representatives of the Belgian people,

you have asked me to comment on the "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), DOC 54 1451/1" (hereinafter: "Proposal"; particular provisions of the Proposal will be referred to as "CEL-P") based on the German experience with similar provisions, which I am glad to do. In this respect I will first summarize the Proposal as I understand it (I.), then give an overview of the German provisions relating to the underlying problem of protecting small and medium-sized enterprises in business-to-business relations (II.), give a summary of the "law in action" that has evolved based on the German provisions in Competition law (III.), before finally giving some observations on the Proposal (IV.).

I.

Currently Article IV.2 of the Code of Economic Law (Code de droit économique, Livre IV [Protection de la concurrence]; hereinafter referred to as: "CEL") prohibits abuses of a dominant position. The provision is designed very much following the model of Article 102 TFEU (Proposal, p. 3). The concept of a dominant position as required today by Article 102 TFEU has been defined by the ECJ ever since 1978 as

"[...] a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers." (ECJ, case 27/76 — *United Brands*)

This definition implies a position of absolute dominance, i.e. of dominance in relation to all competitors and all customers resp. suppliers. – There may have been some cases in which a very narrow definition of markets has had the effect of expanding the scope of Article 102 TFEU to a specific business relationship (e.g. ECJ, case 22/78 – *Hugin*: The producer of cash registers even with only a small share of the very competitive cash register market has a monopoly in spare parts for machines made by it and consequently occupies a dominant position for the maintenance and repair of cash registers in relation to independent companies in need of spare parts), but there is no serious discussion on the European level to expand the scope of application of Article 102 TFEU to cover situations of only relative dependence (Proposal, p. 4).

The current Belgian law is in line with this narrow approach to market dominance which the Proposal considers insufficient (Proposal, p. 3). At this point the Proposal steps in by seeking to add a prohibition to exploit a significant position of power with regard to other undertakings (Article IV.2(2) CEL-P). Article 3(2) sentence 2 Regulation no. 1/2003 permits Member States to adopt and apply on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings.

The Proposal's concept of significant position of power with regard to other undertakings ("position dominante significative à l'égard d'autres entreprises") intends to cover cases of relative dominance (Proposal, p. 4). Such a position is supposed to exist in particular ("notamment") if there is a connecting line of economic dependence between a buyer and a seller ("lien de dépendance économique entre l'acheteur et le vendeur"). When assessing the existence of such economic dependence, reputation, market share of the relatively dominant undertaking as well as its share in the turnover of the other undertaking shall be taken into consideration. Most notably, the possibility of substitution is critical (Proposal, p. 7).

The concept of abuse is concretized ("peuvent notamment consister") by five fact patterns including discrimination (no. 1), the forced sale under costs (no. 2), the forced purchase above market price (no. 3), the imposition of inequitable conditions (no. 4) and the sudden termination of an established commercial relationship or a respective threat (no. 5).

The Proposal states that this extension is merely an expression of good faith ("manifestation de la bonne foi", Proposal, p. 6). In the same context the disregard of the principle of good faith is considered to constitute an act of unfair competition (Proposal, p. 6). Nonetheless, the new provisions are supposed not to interfere with the principles of Contract law (Proposal, p. 7).

## II.

It should be noted at the outset that the fundamental problem of disparate bargaining power, as it is underlying the Proposal, under German law is addressed by different sets of rules – Competition law is but one instrument to control excessive power in vertical business relationships:

### 1. Contract law

First and foremost, under German Contract law the specific control of General Conditions and Terms is not limited to B2C contracts. The Unfair Terms Directive does not preclude Member

States to subject general terms and conditions to a substantive control beyond its scope of application. This is what the German legislator has been doing for more than 40 years.

The scope of control in German law extends to "standard business terms" which "are all contract terms pre-formulated for more than two contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon the entering into of the contract", under sec. 305(1) of the German Civil Code (hereinafter: "GCC"). It is neither required that the user be acting for purposes relating to his trade, business or profession, nor that the other party be a consumer. Different levels of protection are achieved by Sec. 310(3) GCC, which increases the protection of consumers as "other parties", and Sec. 310(1) GCC, which attenuates the protection of an "entrepreneur, a legal person under public law or a special fund under public law" as "other parties". As a consequence of the reduced protection the provisions on qualified incorporation of standard business terms in sec. 305(2), (3) GCC, and the black lists of unfair terms in Secs. 308, 309 GCC are not applicable.

German courts have always taken the exclusion of the qualified incorporation requirement very seriously. The persons listed under Sec. 310(1) GCC will be bound by standard business terms, even when they have never seen them, if at the time of the conclusion of the contract they only had to be aware that there were such terms (Federal Court of Justice, case VIII ZR 84/91).

On the other hand, the exclusion of the black lists of unfair terms in secs. 308, 309 GCC was never understood as *per se* permission of such terms in B2B contracts. Rather, the courts applied the general clause in sec. 307 GCC to such terms and developed a theory of a regular indicative effect of the black list fact patterns for standard business terms, even if such terms are used against businesses (Federal Court of Justice, case VIII ZR 141/06, para. 11 seq.).

Several years ago the intensive content review of standard terms in business-to-business contracts became object of severe criticism, mostly from academics. The EU Commission's proposal for a Common European Sales Law contained provisions for the control of unfair contractual terms in contracts between traders, which in Art. 86 required that the use of the respective term "grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing". Obviously, the threshold of control was higher than the well-known unfairness standard in consumer contracts. The control of standard business terms in B2B relations therefore became one of the topics of the 2012 German Lawyers' Diet. The Diet indeed supported the thesis that the indicative application of the black lists in Secs. 308, 309 GCC for standard business terms used in relation to businesses should be abandoned.

Nevertheless, the initiative met with immediate resistance of businesses: in April 2013 a Joint Declaration was signed by no less than 32 industrial associations supporting the existing system of control of standard business terms in business-to-business relations. The joint declaration stressed the risk that the last business partner in a supply chain would get caught in a liability trap if contractual risks could be shifted down the supply chain, but ultimately not passed on to consumers. At the same time, the declaration highlighted the problem of bargaining disparities among business partners to contracts (Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmern. Gemeinsame Erklärung, April 2013, <<http://www.pro-agb-recht.de/presse/pm0413.pdf>>.

Indeed, there are good reasons to apply a contents control of standard terms in B2B contracts: the use of standard terms drafted in advance may not only enable the party supplying the terms

will strongly indicate that one party is a "repeat player" with a high interest in optimizing the contractual conditions, whereas the other party concludes contracts of that type only occasionally, indicating that the search costs for more favourable conditions quickly exceed any perceived benefits and that there is a rational apathy leading to market imperfections as regards standard terms.

In neither case are courts required or even allowed to assess the adequacy of the remuneration on one hand as against the services or goods supplied in exchange on the other. Entirely in line with their institutional experience, their only task is to assess the unfairness of a particular term.

The available remedy - limited invalidity of the unfair term (sec. 306 GCC) - provides adequate protection in that the inferior party to a contract rests assured to keep the contract, even if any particular term (e.g. an unfair right to terminate a contract or an unfair shift of contractual risks) is deemed to be not binding. At the same time, such remedy takes the "fear factor" into consideration: inferior parties do not have to negotiate their rights into the contract and thereby risk losing the contract. With adequate legal counsel – which even inferior parties to the contract can afford – they can lean back, hope that critical events covered by such terms will not occur and rely on the invalidity of the pertinent terms, in case such events should occur later and the parties should get in a dispute over the legal consequences.

## 2. Unfair Competition law

Much in line with the arguments put forward in Belgium (Proposal, p. 6) the German Act against Unfair Competition (hereinafter: GAUC) also covers commercial practices of businesses in respect of other businesses. In particular, exclusionary practices against competitors are prohibited, sec. 4 no. 4 GAUC, as are aggressive practices against commercial buyers or sellers, sec. 4a GAUC.

Even though enforcement is by and large private, there is case law confirming that the provisions are not just law in the books.

## 3. Competition law

### a) Development

German Competition law has adopted provisions relating to positions of relative dominance as early as 1973. Historically, there were two very specific causes for the introduction of said provisions: (1) during the first oil crisis vertically integrated mineral oil companies had limited their supply of refined fuels to their own networks of gas stations, thus making use of the scarcity of crude oil to drive independent gas stations out of the downstream market. (2) The former exception from the prohibition of resale price maintenance for products sold under trade marks was to be abolished and there were concerns that the producers of goods with a high reputation might resort to other forms of control to discipline the retailers' pricing.

In the course of the 1970s a disruptive change of the retail market – the displacement of small over-the-counter shops (in Germany nicknamed "Tante Emma-Läden") by larger self service super markets – took place. This was accompanied by the growing concentration of the retail market in super market chains. Specific forms of competitive conduct of these super market chains were addressed by new provisions in 1980. Following various amendments over the

years the provisions of the German Act against Restraints of Competition (hereinafter: GARC) addressing positions of relative dominance today read as follows:

**Sec. 19 GARC Prohibited Conduct of Dominant Undertakings**

(1) The abuse of a dominant position by one or several undertakings is prohibited.

(2) An abuse exists in particular if a dominant undertaking as a supplier or purchaser of a certain type of goods or commercial services

1. directly or indirectly impedes another undertaking in an unfair manner or directly or indirectly treats another undertaking differently from other undertakings without any objective justification;

2. demands payment or other business terms which differ from those which would very likely arise if effective competition existed; in this context, particularly the conduct of undertakings in comparable markets where effective competition exists shall be taken into account;

3. demands less favourable payment or other business terms than the dominant undertaking itself demands from similar purchasers in comparable markets, unless there is an objective justification for such differentiation;

4. refuses to allow another undertaking access to its own networks or other infrastructure facilities against adequate consideration, provided that without such joint use the other undertaking is unable for legal or factual reasons to operate as a competitor of the dominant undertaking on the upstream or downstream market; this shall not apply if the dominant undertaking demonstrates that for operational or other reasons such joint use is impossible or cannot reasonably be expected;

5. demands other undertakings to grant it advantages without any objective justification; in this respect it will be considered whether the demand is supported by intelligible reasons and whether the demand is adequately related with the reason of the demand.

[...]

**Sec. 20 GARC Prohibited Conduct of Undertakings with Relative or Superior Market Power**

(1) Section 19(1) in conjunction with paragraph 2 no. 1 shall also apply to undertakings and associations of undertakings to the extent that small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of a certain type of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities of switching to other undertakings do not exist (relative market power). A supplier of a certain type of goods or commercial services is presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this supplier regularly grants to this purchaser, in addition to discounts customary in

the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers.

(2) Section 19(1) in conjunction with paragraph 2 no. 5 shall also apply to undertakings and associations of undertakings in relation to the undertakings which depend on them.

(3) Undertakings with superior market power in relation to small and medium-sized competitors may not abuse their market position to impede such competitors directly or indirectly in an unfair manner. An unfair impediment within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking

1. offers food within the meaning of Sec. 2(2) of the German Food and Feed Code [Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch] below cost price, or

2. offers other goods or commercial services not just occasionally below cost price, or

3. demands from small or medium-sized undertakings with which it competes on the downstream market in the distribution of goods or commercial services a price for the delivery of such goods and services which is higher than the price it itself offers on such market,

unless there is, in each case, an objective justification. "Cost price" under sentence 2 is the price agreed upon between the undertaking with superior market power and its supplier for the supply of the goods or the service to which rebates are applied respectively that are commonly conceded and reasonably established at the time of the offer, unless no diverging agreements have been made explicitly in respect of specific goods or services.

The offer of food below cost price is objectively justified if such an offer is suitable to prevent the deterioration or the imminent unsaleability of the goods at the dealer's premises through a timely sale, or in equally severe cases. The donation of food to charity organisations for use within the scope of their responsibilities shall not constitute an unfair impediment.

[...]" (translation provided by the language service of the Bundeskartellamt in cooperation with Renate Tietjen, available at <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/englisch\\_gwb.html#p0063](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0063)>); the new parts brought about by the 9<sup>th</sup> amendment of the GARC in June 2017, Neentes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Vom 1. Juni 2017, BGBl I, p. 1416, have been translated by this author.

#### a) Scope of application

The concept of "relative market power" as defined in sec. 20(1) GARC (dependence "in such a way that sufficient and reasonable possibilities of switching to other undertakings do not exist") has been hammered out by an extensive court practice. Today it is generally accepted that there are three types of dependence: dependence may be based on (1) business relations ("unternehmensbedingt", e.g. a car retailer has become largely dependent on a particular producer as his employees in the workshop have been trained to do repair work on these cars and the workshop has been equipped with special tools accordingly), or (2) on a specific

product ("sortimentsbedingt", e.g. a sports equipment shop may depend on being able to source skis of a well-renowned producer for its customers), or (3) on scarcity ("knappheitsbedingt", e.g. in the first oil crisis the large mineral oil companies stopped supplying independent gas stations, but kept supplying their own, vertically integrated network of gas stations).

b) Abuse

Even though the provisions on relative market power in sec. 20 GARC are somewhat "propped" on the prohibition of the abuse of a dominant position in sec. 19 GARC the prohibited types of conduct diverge significantly:

- Section 20(1) GARC extends the prohibition of sec. 19 para. 1 GARC only for exclusionary abuses or discriminations pursuant to sec. 19(2) no. 1 GARC, but not for exploitative abuses pursuant to sec. 19(2) no. 2 GARC. This is a very thoughtful distinction: The prohibition of exploitative abuses is the most problematic within the control of unilateral action. It is so hard to apply that we hardly have seen any case law on it for almost 60 years that the prohibitions in German and European Competition law have existed. For a good reason we intrude into the price-value-relationship in exchange contracts only under very limited conditions (e.g. usury; infringement on bonos mores). Competition law should address excessive pricing only when there is no competition left, i.e. absolute market dominance.

On the other hand, the prohibition of discrimination or unfair impediments has proven to be a powerful shield for inferior parties to contracts. The original sources of the German provision even only talk about the extension of the prohibition of discriminations to undertakings with relative market power (Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 18. August 1971, Drucksache VI/2520, p. 34) without mentioning unfair impediments. Today it is generally accepted that there is no difference between the concepts of discrimination and unfair impediment.

Whether or not any impediment is unfair, has to be assessed on the basis of a comprehensive balance of interests of the parties as reflected by the purpose of the Act against Restraints of Competition to safeguard the freedom of competition. For distribution agreements the starting point of the analysis has to be the principle based on the freedom of competition that the undertaking addressed by secs. 19, 20 GARC has to remain free to decide on its distribution system in a way deemed appropriate on the basis of its own business judgment. This freedom of the undertaking addressed is limited by the provisions of Competition law and is excluded where it is either abused or leads to a restraint of competition. The requirements of justification of the interests of the undertakings addressed will become higher with a growing dependence of the opposite market side. On these grounds, notably refusals to deal have been caught by the prohibition of unfair impediment (e.g. Federal Court of Justice, case KZR 87/13 – *Porsche-Tuning*; case KZR 41/14 – *Jaguar dealership*).

- There is only one exception to the rule that exploitative abuses will not be covered by sec. 20 GARC: Section 20(2) GARC incorporates the forms of "tapping" described in sec. 19(2) no. 5 GARC to address commercial practices of large super market chainstores that evolved during the 1970s: at this time Competition law could not come to the rescue due to the limited scope of application of the prohibition on abuse of a dominant position. The famous "list of sins" issued by the German Ministry of Economics in 1974 (Beispieldokument von Tatbeständen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, Bundeswirtschaftsministerium, 15 November

1974, WRP 1975, 24) and the Joint Declaration of the Organisations of the Commercial Economy to Maintain Competition on the Merits of 1976 (Sicherung des Leistungswettbewerbs, Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, WuW 1976, 17) did not remain unheard. In the 4<sup>th</sup> amendment to the GARC in 1980 the predecessor of the provision cited above was enacted to cover trading practices relating to "industrial fringe benefits" demanded by retailers from suppliers (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 27. September 1978, Bundestags-Drucksache 8/2136, p. 25), e.g. "entrance fees", "shelf rental fees", "listing fees", "shop window rental fees", "promotion fees", "special rebates" for special occasions etc.

- Section 20(3) GARC addresses cases of "horizontal" relative market power and its exclusionary abuses in particular with regard to exclusionary pricing schemes (sales under cost price; "squeezing").

### III.

The provisions originating in 1973 have been occasionally amended, but as a matter of general tendency, have become even stricter over time. This is most obvious with regard to the inclusion of the prohibition of "tapping" and the assumption of relative dominance of buyers (1980, seeking to protect producers against dominant retail markets), the prohibition of horizontal exclusionary practices (1980, seeking to protect smaller retailers against large retail chains) and the prohibition of sales under cost price (1998, 2007, 2017). Many of the amendments occurred with regard to the changes of the retail markets taking place in the 1970s. The main purpose of the provisions during this era consisted in attempts of either limiting further concentrations (which eventually failed) or counter-balancing concentration with additional legal protection. Even though this purpose may seem outdated after 40 years, the current market pressure created by online sales shows that such provisions are still helpful.

The practical significance of the provisions is high: The largest part of the case law arising under sec. 19(1), (2) no. 1 GARC (unfair impediments and discriminations) has arisen from situations of relative market power. Sec. 20(1) ARC has an impressive track record in public and private enforcement. From 2006 until 5 August 2016 33 cases are reported in the largest German database <juris.de>. Section 20(1) GARC affords protection against unfair trading practices such as "restricted access to the market" or the prevention of "territorial supply constraints". On the other hand, the thrust of the prohibition of "horizontal" abuses of a relatively dominant position under sec. 20(3) GARC was rather limited; the changes brought about in the 9<sup>th</sup> amendment of the GARC in 2017 are intended to cure this problem.

By offering the added value of public enforcement, including special instruments to keep the inferior party out of the line of fire, the extension of competition law also helps to overcome the dreaded "fear factor". Over several amendments of German Competition law the German legislator has not chosen to settle with the European model, but rather maintained the well-established system, explicitly confirmed its value for the functioning of effective competition and – to the contrary – rather increased its significance.

## IV.

- The basic idea of the Proposal to beef up the control exercised by Competition law for cases of relative market power is good. Many jurisdictions – not only the German – have set up similar rules, even if sometimes rooted in other branches of the law. While larger economies, in particular those of the United States of America or the European Union itself will not find such provisions necessary, smaller economies with more differentiated product and regional markets will fare better with such provisions. Enacted in good shape and applied by competition authorities and competition courts the risk of such rules to turn into restrictions of competition is low. The starting point in the Proposal to create a new paragraph in direct connection with Article IV.2 CEL helps to lay the grounds for such a pro-competitive interpretation of the new rules.

- Such rules also do not risk infringement of European law. As regards EU Competition law Art. 3(2) sentence 2 Regulation no. 1/2003 makes clear that Member States remain free to create and apply stricter rules on unilateral conduct even where such conduct affects trade between Member States. Similarly, such provisions will not run afoul the Directive 2005/29 on Unfair Commercial Practices (UCP Directive). Commercial practices used in a vertical B2B relationship are not covered by UCP Directive at all. Some commercial practices may be applied towards consumers on their face, e.g. sales under costs, but affect the economic interests of competitors. For such cases the ECJ has made fairly clear that it will not intervene, if Member States enact such rules on such forms of commercial practices not to protect consumers, but to protect competition (CJEU, case C-343/12 – *Euronics*, paras. 18, 19, 31). This can – and should be – done in the legislative material.

- Likewise the Proposal has done well to create general rules instead of particular rules for particular problems (e.g. the food supply chain). The farmers' crisis may have turned a spotlight on serious problems emerging from legal relations within the food supply chain. Nonetheless, very similar problems appear in other branches, most notably for products "neighbouring" the food market and mainly distributed through the supermarket retail chains and in industrial supply markets. In a similar vein, the problems that prompted the German legislator to act in 1973 – in particular the dependence of specialized retailers or service providers on the supply of goods and information or spare parts – still have to be dealt with in the "old economy" as they have been reinvigorated by online distribution schemes.

- Consequently, the fact pattern described in Article IV.2 (2) no. 1 CEL-P (discrimination) is fully in line with principles of Competition and Contract law.

Some points deserve further attention though:

(a) Regulatory technique and structural questions

- The reasons given for the extension in the "Developments" ("Développements") are not very clear: while the German legislator has always sought to firmly root this particular form of control in the field of Competition law and the main purpose of the provisions has always been to keep markets open and to promote competition, the reasoning of the Proposal is opaque in this respect. On one hand the legislative technique of adding a second paragraph to Article IV.2 CEL contains a clear indication in favour of a protective concept rooted in Competition law (cf. *supra*). On the other hand, however, the reasons given in the development fail to make a strong

statement that the protection of competition needs an extension of the scope of application of Article IV.2 CEL. In particular, the elaborations on the good faith requirement (Proposal, p. 6, last full paragraph) do not do justice to the new provisions and their position in the heart of the Belgian Competition law: if these reasons were correct and the provisions were but a manifestation of good faith ("il s'agit en effet d'une manifestation de la bonne foi", Proposal, p. 6), the question would need to be answered, why the principle of good faith as developed in Contract or Unfair Competition law is not sufficient in the first place. As a matter of principles of Competition law it should be clarified that anti-competitive conduct neither requires an infringement of good faith nor that an infringement of good faith is sufficient to establish anti-competitive conduct. Competition law protects competition, not good faith.

- The same coin has a flip side: Some of the typical forms of conduct addressed in Article IV.2(2) CEL-P stand a good chance to infringe on the principles of good faith within contractual relations or amount to unfair commercial practices. So Contract law and Unfair Competition law will have to be taken into consideration for a full picture. Yet, the Proposal remains silent on complementary measures to be taken in Contract law or Unfair Competition law and even insists not to interfere with Contract law.

### (2) Scope of application

- The requirements of relative dominance ought to be clearer. The pertinent provision, Article IV.2(2) sentence 2 CEL-P does not need to become more detailed, yet. Further elaborations in the legislative materials on the "dependance économique" may suffice.

- All of the concretizing fact patterns seem to indicate that only vertical conduct is covered by the prohibition in Article IV.2(2) CEL-P. As early as 1980 horizontal conduct was covered by the parallel provisions of German Competition law. Despite constant criticism the legislator has confirmed the prohibitions of sales under costs and even created stricter rules for sales under costs for food products. It is not clear whether the Belgian legislator intends to cover such practices as well. As the list in Article IV.2(2) sentence 3 CEL-P is not exhaustive ("peuvent notamment consister") the general clause in Article IV.2(2) sentence 1 CEL-P would apply. The wording "exploit in an abusive manner" ("exploiter de façon abusive") does not limit the forms of abusive conduct covered to exploitative abuses, as the same wording is used in the French language version of Article 102 TFEU and Article IV.2 CEL, and both are generally understood to catch also forms of exclusionary abuses. If, following the gist of the reasoning, only vertical conduct were to be covered, this should be clarified in the wording; if also horizontal conduct were to be covered, at least the legislative materials should give the competition authorities and the courts some guidance as for the consequences.

### (3) Forms of abusive conduct

- Forced sale under cost price (no. 2) and forced purchase over market price (no. 3)

The abusive actions addressed in Article IV.2(2) nos. 2, 3 CEL-P are straightforward exploitative abuses. Even the relatively dominant party to a contract will not exercise its bargaining power to prejudice or discriminate against the inferior party, but typically in order to improve its own profitability. It makes economic sense to apply bargaining power only, if there are substitute business partners on the market that are ready to make a contract at lower sales or higher purchase prices. Permitting the – even relatively dominant – business partner to make use of

the bargaining power resulting from such a market situation is by no means anti-competitive, but an expression of effective competition. To the contrary, any prohibition would risk to become a restriction of competition as of itself.

There may be special situations where market imperfections permit a relatively dominant undertaking to exercise bargaining power even without any corresponding possibilities to substitute. Under such circumstances, however, an individual assessment of the general clause based on the facts of the case would be warranted instead of a per se rule.

The additional requirement "and thereby causes a competitive disadvantage" ("en lui infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence") in nos. 2, 3 cannot detract from the qualification as a case of exploitative abuse, as quite obviously, the limit of cost price (no. 2) or market price (no. 3) will hardly have any bearing on the competitive situation of the inferior party to the contract. Moreover, its substantive effect is doubtful, at best, as every reduction of the income of a seller or increase of costs of a buyer will cause a corresponding competitive disadvantage for the buyer or seller. So at least there will be a high extent of legal uncertainty with regard to the competitive disadvantage requirement.

If the discrimination coming with any such form of conduct does give rise to an appreciable effect on the next market level, the provision in Article IV.2 (2) no. 1 CEL-P will apply anyhow. If this is not the case, there should be no extension of the prohibition of exploitative abuses for dominant undertakings.

What is more, the limitation to exploitative abuses that exceed cost prices (for dominant buyers) resp. market prices (for dominant sellers) seems arbitrary. It is well known that the calculation of such benchmarks gives rise to a plethora of problems based both in accountancy and marketing practices. It comes as no surprise that the 9<sup>th</sup> amendment has added a lengthy provision to provide for guidance with regard to the calculation of cost prices in sec. 20(3) sentence 3 GARC. Finally, at least the cost price of the seller will frequently be unknown to a buyer in a relatively dominant position.

- Inequitable conditions (no. 4) and sudden break-up of business relations (no. 5)

The abusive actions addressed in no. 4 (imposition of inequitable conditions) and no. 5 (sudden break-up of business relations) would better be catered for by Contract law. As a general rule there will hardly be any dependence based on business relations ("unternehmensbedingt") in a pre-contractual situation. Without the existence of even any relative dominance it seems appropriate to expect from the parties to take care of their needs relating to reliance on an ongoing contractual relationship by negotiating terms and conditions for mutual termination of the contract within the limits set by Contract law.

In particular, an extended control of unfair terms would address the "fear factor" better than an approach based on Competition law requiring either a civil law suit or a complaint lodged with the competition authority.