

Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden

Sofie De Pourcq¹

Inleiding	643
1. Nood aan bescherming	643
2. Huidig Belgisch regelgevend kader	645
3. Europese richtlijn over oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen	647
4. Wet over de contractuele B2B-verhouding – Verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken	649
4.1. Kenmerken	649
4.2. Inhoudelijke bespreking	651
4.2.1. <i>Misbruik van economische afhankelijkheid</i>	651
4.2.2. <i>Oneerlijke bedingen</i>	655
4.2.3. <i>Oneerlijke handelspraktijken</i>	663
5. Besluit	665

SAMENVATTING

Recentelijk hebben zowel de Europese als de Belgische wetgever regels opgesteld om ondernemingen in de contractuele B2B-verhouding te beschermen. Het betreft de “richtlijn 2019/633/EU van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen” en de “wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen”.

In deze bijdrage wordt eerst nagegaan in welke mate er bescherming nodig is tegen oneerlijke handelspraktijken en bedingen in de contractuele B2B-verhouding. In een tweede titel geven we een beknopt overzicht van het huidige Belgische wetgevende kader. Daarna wordt de nieuwe Europese richtlijn kort besproken. Het vervolg van deze bijdrage focust op de nieuwe Belgische wet. Eerst bespreken we enkele algemene kenmerken van de nieuwe wet. Vervolgens volgt een kritische bespreking van de concrete regels, namelijk het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, het verbod op oneerlijke bedingen en het verbod op misleidende en agressieve handelspraktijken. Daarbij verwijzen we ook naar de regelgeving in Frankrijk en Duitsland over de contractuele B2B-verhouding, waarop de wetgever zich heeft gebaseerd.

RÉSUMÉ

Récemment, le législateur européen et le législateur belge ont créé des règles concernant la relation contractuelle entre entreprises. Il s’agit de la « directive 2019/633/EU du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire » et de la « loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprise ».

Cette contribution examine d’abord dans quelle mesure il est nécessaire de protéger des entreprises contre des pratiques du marché déloyales et des clauses abusives dans la relation contractuelle. Elle décrit ensuite brièvement le cadre législatif existant actuellement en Belgique dans cette matière. Après une analyse de la nouvelle directive européenne, le reste de la contribution se concentre sur la nouvelle loi belge. Nous y décrivons les caractéristiques géné-

¹ Doctor in de rechten (KU Leuven Campus Kulak Kortrijk) en advocaat bij IP Porta.

rales de la loi, puis examinons les nouvelles règles, notamment l'interdiction de l'abus de dépendance économique, l'interdiction des clauses abusives et l'interdiction des pratiques déloyales trompeuses et agressives, en évoquant les règles françaises et allemandes sur la relation contractuelle entre entreprises, dont le législateur belge s'est inspiré.

INLEIDING

De Belgische wet verbiedt al langer oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen die zich voordoen in de verhouding tussen een onderneming en een consument (B2C-verhouding). Naast een algemeen verbod² bevat de wet onder andere zogenaamde zwarte lijsten van oneerlijke bedingen³ en misleidende en agressieve handelspraktijken⁴ die sowieso oneerlijk zijn.

Ook tussen ondernemingen kunnen oneerlijke handelspraktijken en bedingen voorkomen. Tot op heden werd het begrip “oneerlijke handelspraktijken” in de B2B verhouding zo goed als altijd gekoppeld aan de verhouding tussen concurrerende ondernemingen (“horizontale B2B-verhouding”). Die praktijken worden verboden op basis van artikel VI.104 WER. Het gaat dan bijvoorbeeld over de afwerping van cliënteel of personeel van een andere, concurrerende onderneming.

Stilaan is echter het idee gegroeid dat er ook oneerlijkheid kan bestaan tussen ondernemingen die geen concurrenten

zijn van elkaar en met elkaar een contract wensen te sluiten of hebben gesloten (“verticale of contractuele B2B-verhouding”). Dat idee heeft recentelijk zowel op Europees als op nationaal niveau tot specifieke wettelijke regels geleid.

Op Europees niveau wordt deze problematiek geregeld door de richtlijn nr. 2019/633/EU van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (hierna: “richtlijn 2019/633/EU”)^{5,6}. Kort voordien heeft de Belgische wetgever de wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen aangenomen (hierna: “wet over de contractuele B2B-verhouding”)⁷. Daarmee beoogt de Belgische wetgever praktijken aan te pakken die “*het gevolg zijn van gedragingen waarbij misbruik wordt gemaakt van ongelijke machtsverhoudingen tussen ondernemingen*”⁸.

1. NOOD AAN BESCHERMING

1. VOORBEELDEN ONEERLIJKE BEDINGEN EN ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN – Er wordt vaak verwezen naar de verhouding tussen supermarkten en hun leveranciers om aan te tonen dat de problematiek van oneerlijke handelspraktijken en bedingen in de contractuele B2B-verhouding bestaat. De voorbije jaren verschenen er soms berichten in de media over dergelijke praktijken. Zo wou Albert Heijn in 2012 de kortingen die de leveranciers op hun facturen toekenden eenzijdig verhogen met 2% om de buitenlandse expansie van de winkelketen mee te financieren⁹. Dergelijke afhoudingen

vormen een eenzijdige wijziging van de overeenkomst. Bovendien kunnen ze tegelijkertijd als een voorbeeld van een oneerlijke overdracht van een ondernemingsrisico¹⁰ worden beschouwd¹¹.

Ook buiten die specifieke verhouding doen er zich praktijken voor die moeilijk als eerlijk kunnen worden bestempeld. Zo ontvingen de leveranciers van bpost in 2018 de vraag om 2% van het bedrag dat ze het vorige jaar aan het postbedrijf hadden gefactureerd “*via een creditnota terug te storten*”¹².

² Art. VI.82 WER *jo.* art. I.8, 22° WER (oneerlijke bedingen) en VI.95 WER (oneerlijke handelspraktijken).

³ Art. VI.83 WER.

⁴ Art. VI.100 en VI.103 WER.

⁵ Richtlijn nr. 2019/633/EU/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*Pb.L.* 25 april 2019, afl. 111, 59).

⁶ De nationale wetgevers moeten de richtlijn tegen 1 mei 2021 omzetten in het nationaal recht.

⁷ *BS* 24 mei 2019, p. 50.066.

⁸ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 2.

⁹ KC, “Albert Heijn zet leveranciers onder druk”, *Trends*, 11 september 2012, www.trends.knack.be/economie/bedrijven/albert-heijn-zet-leveranciers-onder-druk/article-normal-241341.html; S. SINNAEVE en E. RACQUET, “Albert Heijn speelt het grof”, *De Tijd*, 12 september 2012, 3.

¹⁰ *Sensu lato*, namelijk de financieringskosten van de expansie.

¹¹ Zie ook Groenboek inzake oneerlijke handelspraktijken in de food- en non-food toeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa, COM(2013) 37 (def.).

www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:NL:PDF, 21.

¹² M. DE ROO, “Bpost vraagt geld terug aan leveranciers”, *De Tijd*, 2 maart 2018, www.tijd.be/ondernemen/transport/bpost-vraagt-geld-terug-aan-leveranciers/9987890.html.

Op die manier beoogde het postbedrijf de overeenkomst dus retroactief te wijzigen.

Ook andere contractuele B2B-verhoudingen, waarbij de ondernemingen niet zo algemeen bekend zijn, verlopen niet altijd even eerlijk. Dat blijkt bijvoorbeeld uit een raadpleging van de Europese Commissie in 2011 waaraan 746 Europese¹³ ondernemingen deelnamen¹⁴.

2. “FEAR FACTOR” – Een bijkomende moeilijkheid die in de *contractuele* B2B-verhouding opduikt, is de zogenaamde “fear factor”. Het is namelijk zeker denkbaar dat ondernemingen in die verhouding schrik hebben om (juridische) actie te ondernemen tegen mogelijk oneerlijke praktijken van hun contractpartij (inclusief oneerlijke bedingen). De benadeelde onderneming kan namelijk vrezen dat de tegenpartij wraak zal nemen door bijvoorbeeld de commerciële relatie te beëindigen¹⁵. Dat kan er mee toe leiden dat die praktijken blijven voortbestaan, ook al zijn ze soms *de facto* in strijd met de reeds bestaande wetgeving. Die schrik bestaat daarentegen niet in de verhouding tussen concurrerende ondernemingen (“horizontale B2B-verhouding”).

3. CONTRACTVRIJHEID EN VRIJHEID VAN ONDERNEMEN – Lange tijd overheerste het idee dat de wetgever niet mocht tussenkomen in de contractuele B2B-verhouding. Het prin-

cipe van de contractvrijheid en de vrijheid van ondernemen vormden belangrijke argumenten voor die visie.

Zoals de nieuwsberichten over de soms moeilijke onderhandelingen tussen supermarkten en hun leveranciers doen vermoeden, volstaan contractvrijheid en de vrijheid van ondernemen echter niet altijd om ook *eerlijke* B2B-verhoudingen te creëren. Datzelfde vermoeden kan ook worden doorgetrokken naar andere contractuele B2B-verhoudingen. Bovendien zou de bescherming van de contractvrijheid ook als een *doel* kunnen worden beschouwd van regelgeving over oneerlijke handelspraktijken en bedingen in de contractuele B2B-verhouding. Er zou immers ook kunnen worden gesteld dat er slechts sprake is van *daadwerkelijke*¹⁶ contractvrijheid indien *beide* partijen minstens in enige mate over die vrijheid beschikken¹⁷.

4. STEUN VOOR INGRIJPEN IN RECHTSLEER EN OP EUROPEES NIVEAU – Zowel in de Belgische als in de Europese rechtsleer ontstond stilaan het idee dat niet alleen consumenten, maar ook ondernemingen enigszins zouden moeten worden beschermd tegen oneerlijke bedingen¹⁸ en oneerlijke handelspraktijken¹⁹.

Dat idee werd ook op Europees niveau erkend²⁰. Zo heeft de Europese Commissie in 2013 een Groenboek inzake oneer-

¹³ De antwoorden op deze studie waren niet alleen afkomstig van ondernemingen uit alle Europese lidstaten, behalve Litouwen, maar ook van ondernemingen uit Noorwegen en IJsland.

¹⁴ Summary report of the responses received to the Commission’s consultation on unfair business to business commercial practices, 15 februari 2012.

¹⁵ A. RENDA, F. CAFAGGI, J. PELKMANS, P. IAMICELI, A. CORREIA DE BRITO, F. MUSTILI, L. BEBBER, S. CLAVEL, J. IGNACIO RUIZ PERIS en C. ESTEVAN, “Study on the legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain”, www.publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c82dc8c6-ec15-11e5-8a81-01aa75ed71a1/language-en, 28-29.

¹⁶ Zie ook EUROPEES PARLEMENT, *Resolutie van het Europees Parlement van 7 juni 2016 over oneerlijke handelspraktijken in de voedselvoorzieningsketen*, 2015/2065(INI), nr. 14; EUROPESE COMMISSIE, *Groenboek inzake oneerlijke handelspraktijken in de food- en non-food toeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa*, COM(2013) 37 (def.), www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:NL:PDF, 6; EUROPEES PARLEMENT, *Resolutie van het Europees Parlement van 5 juli 2011 over een efficiëntere en eerlijkere handels- en distributiemarkt*, 2010/2109(INI), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0307+0+DOC+PDF+V0//NL, nr. 28; zie ook advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, “De handelsrelaties tussen grootwinkelbedrijven en leveranciers van voedingsmiddelen – huidige stand van zaken (initiatiefadvies)” (*Pb.C.* 9 mei 2013, afl. 133, 19, 2.4) (hierna: “advies Europees Economisch en Sociaal Comité, 9 mei 2013”): “*absence of genuine contractual freedom*”.

¹⁷ H. KÖTZ, “Formation, validity and content of contracts; contract and third parties” in H. KÖTZ en A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law*, Oxford, Clarendon, 1997, 139; H. SCHMIDT, “BGB § 307 Inhaltskontrolle” in H.G. BAMBERGER, H. ROTH, W. HAU en R. POSECK, *BeckOK BGB*, 2017, nr. 86b.1.

¹⁸ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 63, nr. 79; J. DREXL, “Community Legislation Continued: Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures – Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices?”, *EBLR* 2002, (557) 572-575; J. GLÖCKNER, “Unfair trading practices in the supply chain and the co-ordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2017, (416) 429; M.W. HESSELINK, “Naar een scherper onderscheid b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten” in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, (55) 90-99; H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 201-204 (op basis van de transactiekostentheorie); H. KÖTZ, “Formation, validity and content of contracts; contract and third parties” in H. KÖTZ en A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law*, Oxford, Clarendon, 1997, 143-144; O. LANDO, “Liberal, social and ‘ethical’ justice in European contract law”, *C.M.L.Rev.* 2006, (817) 829-831; H. SCHULTE-NÖLKE, “No market for ‘lemons’: on the reasons for a judicial unfairness test for B2B contracts”, *ERPL* 2015, 195-216; S. STIJS en E. SWAENPOEL, “Evolutiepelen van de onrechtmatige bedingenleer”, *DCCR* 2013, (141) 164.

¹⁹ B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 256-257, nr. 300 en 558-559, nr. 799; B. KEIRSBILCK en J. STUYCK, “Een kritische analyse van de wet marktpraktijken en consumentenbescherming”, *TBH* 2010, (703) 738, nr. 59; H. SCHULTE-NÖLKE in DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES – POLICY DEPARTMENT A: ECONOMIC AND SCIENTIFIC POLICY, *Unfair trading practices in the business-to-business food supply chains (UPTs) Proceedings of the Workshop*, Brussel, september 2015, [www.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/563438/IPOL_STU\(2015\)563438_EN.pdf](http://www.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/563438/IPOL_STU(2015)563438_EN.pdf), 11 en 20; G. STRAETMANS, “Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Belgische omzettingwetgeving” in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, (1) 47-48, nr. 98.

²⁰ Voor een overzicht, zie S. DE POURCQ, *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 56, nrs. 48-76, nr. 59 (hierna verkort: “S. DE POURCQ, *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*”).

lijke handelspraktijken in de food- en non foodtoeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa opgesteld²¹.

2. HUIDIG BELGISCH REGELGEVEND KADER

5. INLEIDING – Momenteel is het Belgische regelgevende kader over oneerlijke handelspraktijken en bedingen in de verticale B2B-verhouding *de facto* beperkt. Artikel VI.104 WER verbiedt nochtans oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen. Daarnaast hebben enkele specifieke verbodsbepalingen, die zowel voorkomen in het WER als in andere wetten, betrekking op de verticale B2B-verhouding. Ook de wet over betalingsachterstand bij handelstransacties besteedt aandacht aan oneerlijke handelspraktijken en bedingen. Tot slot kan ook het gemeen recht enigszins nuttig zijn voor deze problematiek.

6. VERBOD OP ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN – Artikel VI.104 WER is de belangrijkste bepaling over oneerlijke handelspraktijken in de B2B-verhouding in het huidige WER. Dat artikel verbiedt “*elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden*”.

Op het eerste gezicht kan die open norm ook worden toegepast om ondernemingen te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken in de *contractuele* B2B-verhouding. *De facto* beperkt de toepassing van dat verbod zich echter tot de horizontale (en neutrale) B2B-verhouding²².

Die beperkte toepassing is een gevolg van de buitencontractuele kwalificatie van artikel VI.104 WER en de bijbehorende vordering tot staking. De meerderheid in de rechtsleer

ziet artikel VI.104 WER immers als een concretisering van artikel 1382 BW²³. Wanneer in de contractuele verhouding een vordering tot staking wegens schending van artikel VI.104 WER wordt ingesteld, worden vervolgens de voorwaarden van de zogenaamde samenlooptheorie, over de samenloop tussen een vordering tot buitencontractuele en contractuele *aansprakelijkheid*, toegepast. Daardoor kan artikel VI.104 WER enkel tussen contractpartijen worden aangevoerd indien er geen louter contractuele wanprestatie²⁴ is.

Zoals ik heb aangetoond in mijn doctoraat, is die beperkende interpretatie van artikel VI.104 WER echter niet correct²⁵. Bijgevolg kan artikel VI.104 WER o.i. wel worden toegepast in de verticale (contractuele) B2B-verhouding.

7. SPECIFIEKE VERBODEN – Naast de open norm van artikel VI.104 WER bevat het WER enkele specifieke bepalingen over oneerlijke handelspraktijken in de B2B-verhouding (art. VI.105-VI.109 WER). Ze regelen bepaalde vormen van reclame (art. VI.105 en VI.106 WER) en verbieden de praktijken van “reclameronseling” (art. VI.107 WER), afgedwongen aankoop (art. VI.108 WER) en het opzetten van een piramidesysteem (art. VI.109 WER).

Daarnaast biedt de wet sinds 2013 bescherming tegen bepaalde oneerlijke bedingen in de verhouding tussen kredietverleners en kleine en middelgrote ondernemingen. Artikel 13 van de wet van 21 december 2013 betreffende

²¹. EUROPESE COMMISSIE, *Groenboek inzake oneerlijke handelspraktijken in de food- en non-food toeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa*, COM(2013) 37 (def.), www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:NL:PDF.

²². S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 367-368, nr. 326.

²³. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, Larcier, 1967, 211, nr. 406; J. STUYCK, “Les pratiques du commerce et le droit des contrats”, *Ann.dr.Louv.* 1986, (27) 45, nr. 24; J. STUYCK, *Handels- en economisch recht*, II, *Mededingingsrecht*, A. *Handelspraktijken in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 82, nrs. 50 en 179-180, nr. 174; H. SWENNEN, “Samenloop tussen de vordering *ex contractu* en de vordering tot staken (art. 54 en 55 Handelspraktijkenwet)” (noot onder Antwerpen 6 september 1979), *RW* 1979-80, (1377) 1377, nr. 1; H. SWENNEN en I. VEROUGSTRAETE, “Kroniek van Belgisch economisch recht 1976”, *SEW* 1977, (669) 686; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, Brussel, Bruylant, 1976, 199, nr. 190 en 203, nr. 193; I. VEROUGSTRAETE, “Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken” in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, E.Story-Scientia, 1992, (129) 141, nr. 20.

²⁴. Volgens de samenlooptheorie mag er ook geen louter contractuele schade zijn. De toepassing van het schade-element van die theorie bij de vordering tot staking wordt echter bekritiseerd, aangezien er voor die vordering geen bewijs van effectieve schade nodig is. Zie Voorz. Kh. Mechelen 23 september 2013, *Jb.Markt* 2013, (791) 800; B. KEIRSBILCK, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014). Marktpraktijken (2011-2014). Deel oneerlijke praktijken en vordering tot staken”, *TPR* 2016, (249) 370, nr. 208.

²⁵. S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 378-394, nrs. 331-334. Zowel de buitencontractuele kwalificatie van art. VI.104 WER en de daarop gebaseerde vordering tot staking als de toepassing van het samenloopverbod kan niet juridisch worden onderbouwd. (i) Wat art. VI.104 WER betreft, volgt dit besluit ten eerste uit het feit dat het personeel toepassingsgebied van die bepaling niet meer beperkt is tot de verhouding tussen concurrenten. Ten tweede kan het verband met art. 1382 BW volgens ons niet worden gesteund op de tekst van de bepaling zelf. (ii) De stelling dat de vordering tot staking niet als buitencontractueel moet worden beschouwd, vloeit in het bijzonder voort uit het WER zelf. In het WER vormt de vordering tot staking immers een op zich staande sanctie, los van art. VI.104 WER, die duidelijk ook voor contractuele verhoudingen (bv. bij handelsagentuurovereenkomsten) geldt. Het voorgaande brengt met zich mee dat ook de toepassing van de samenlooptheorie in dit geval niet correct is. Bovendien kan niet worden gerechtvaardigd dat die theorie, die geldt in geval van samenloop tussen een vordering tot contractuele *aansprakelijkheid* en een vordering tot buitencontractuele *aansprakelijkheid*, naar analogie wordt toegepast op de vordering tot *staking*. Tot slot is de samenlooptheorie inhoudelijk, zowel wat de fout als wat de schade betreft, niet afgestemd op het verbod op oneerlijke handelspraktijken.

diverse bepalingen inzake de financiering van kleine en middelgrote ondernemingen²⁶ somt namelijk, als een soort zwarte lijst, vier concrete bedingen op die in die verhouding als onrechtmatig worden gekwalificeerd^{27,28}.

Bovendien heeft de wetgever in juli 2018 een nieuwe *ad hoc*-bepaling ingevoerd die de contractuele B2B-verhouding regelt. Toen werd een wet aangenomen die gelijkstelling-sclausules in de overeenkomsten tussen een exploitant van toeristische logies en een platformoperator verbiedt²⁹. Volgens artikel 6 van die wet worden bedingen³⁰ die de tariefvrijheid van de exploitant beperken van rechtswege als nietig beschouwd³¹.

8. VERBOD OP ONEERLIJKE BEDINGEN EN PRAKTIJEN BIJ BETALINGSACHTERSTAND – Ondernemingen-schuldeisers genieten specifieke bescherming indien ze worden geconfronteerd met betalingsachterstand³². Dat is een gevolg van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties (hierna: “wet betalingsachterstand”). Die wet is de omzetting van de Europese richtlijn nr. 2011/7/EU van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (hierna: “Richtlijn betalingsachterstand”)³³.

De wet betalingsachterstand bevat een specifiek verbod op oneerlijke bedingen en oneerlijke handelspraktijken. Artikel 7 wet betalingsachterstand verbiedt kennelijk onbillijke bedingen en praktijken³⁴ over de datum of termijn van betaling, de interestvoet voor betalingsachterstand of de vergoeding van invorderingskosten. Op die manier biedt de Belgische wet ook momenteel al enige bescherming voor ondernemingen in de contractuele B2B-verhouding.

9. GEMEEN RECHT – H et gemeen recht kan in beperkte mate ook een oplossing vormen³⁵. Zo kan een onderneming wellicht via het gemeen recht zich verzetten tegen de plotse beëindiging van een B2B-overeenkomst van *onbepaalde* duur. Mogelijk geldt in dat geval namelijk een principiële verplichting om een opzeggingstermijn te respecteren. Bovendien kan de concrete uitoefening van dat opzeggingsrecht worden getoetst via het verbod op rechtsmisbruik, dat voortvloeit uit de beperkende werking van de goede trouw. Bij contracten van bepaalde duur kunnen partijen zelf een opzeggingsrecht creëren in het contract. In dat geval kan de *uitoefening* van dat opzeggingsrecht aan het verbod op rechtsmisbruik worden getoetst. Voor meerdere andere praktijken zal het gemeen recht echter geen grondslag kunnen bieden.

10. WETSVORSTEL VERBINTENISSENRECHT – De hervorming van het verbintenissenrecht zoals omschreven in het wetsvoorstel van 3 april 2019, zou wellicht weinig impact hebben op deze problematiek.

Op het eerste gezicht zou het verbod op misbruik van omstandigheden nuttig kunnen zijn om ondernemingen te beschermen. Een dergelijk misbruik doet zich voor indien “*bij de contractsluiting een manifeste wanverhouding bestaat tussen de prestaties als gevolg van het misbruik door de ene partij van omstandigheden die verbonden zijn aan de zwakke positie van de andere partij*”³⁶. Die bepaling vormt de wettelijke erkenning van de theorie van de gekwalificeerde benadeling die door de rechtspraak en rechtsleer werd ontwikkeld³⁷. Volgens de toelichting bij het wetsvoorstel kan die zwakke positie een gevolg zijn van de economische of functionele superioriteit van de tegenpartij, die bijvoor-

²⁶ Wet 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering van kleine en middelgrote ondernemingen (*BS* 31 december 2013, p. 104.012). De wet definieert kmo's in art. 2, 4°, door te verwijzen naar art. 15, § 1 t.e.m. § 6 W.Venn.

²⁷ “*In de kredietovereenkomsten gesloten tussen een kredietgever en een onderneming zijn in elk geval onrechtmatig, de bedingen en voorwaarden of de combinaties van bedingen en voorwaarden die ertoe strekken: 1° te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de onderneming terwijl de uitvoering van de prestaties van de kredietgever onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil; 2° behoudens in geval van wanprestatie vanwege de onderneming, de kredietgever toe te staan de overeenkomst voor bepaalde duur eenzijdig te beëindigen zonder redelijke schadeloosstelling voor de onderneming, behoudens overmacht; 3° behoudens in geval van wanprestatie vanwege de onderneming, de kredietgever toe te staan een overeenkomst van onbepaalde duur op te zeggen zonder redelijke opzegtermijn voor de onderneming, behoudens overmacht; 4° het recht voor te behouden aan de kredietgever om eenzijdig ten nadele van de onderneming de daadwerkelijk toegepaste interesten, kosten, provisies of andere vergoedingen te wijzigen, anders dan op basis van specifieke en objectieve criteria die uitdrukkelijk in de kredietovereenkomst opgenomen zijn en mits een redelijke opzegtermijn.*” (eigen benadrukking).

²⁸ D. BLOMMAERT en J. VANNEROM, “Verantwoorde kredietverlening aan KMO's. ‘Informatie’ en ‘Redelijkheid’: kernbegrippen ter bescherming van de financiële KMO”, *DAOR* 2015, (6) 25, nr. 22; Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO's. Nieuw wettelijk kader”, *NJW* 2014, (626) 633-636, nrs. 37-54.

²⁹ Wet van 30 juli 2018 betreffende de tariefvrijheid van exploitanten van toeristische logies in de contracten afgesloten met platformoperators voor online reservatie (*BS* 10 augustus 2018, p. 62.710) (hierna: “wet tariefvrijheid toeristische logies”).

³⁰ In art. 6 wet tariefvrijheid toeristische logies wordt echter de term “clausule” gebruikt.

³¹ Art. 6 jo. art. 5 wet tariefvrijheid toeristische logies.

³² Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties (*BS* 7 augustus 2002, p. 4.281).

³³ Deze richtlijn komt in de plaats van de vorige richtlijn nr. 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*Pb. L.* 8 augustus 2000, afl. 200, 35).

³⁴ Strikt gezien verwijst het eerste lid van die bepaling weliswaar enkel naar *bedingen*, maar uit art. 7, 1. richtlijn betalingsachterstand blijkt dat het verbod zo moet worden geïnterpreteerd dat het ook kennelijk onbillijke *praktijken* verbiedt.

³⁵ Voor een uitgebreide bespreking, zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 130, nrs. 114-155, nr. 132.

³⁶ Art. 5.41 wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1.

³⁷ Artikelsgewijze toelichting wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1, 46.

beeld over een monopolie beschikt of een machtspositie heeft³⁸. Dat verbod zou dus ook in de B2B-verhouding van toepassing kunnen zijn.

De theorie van de gekwalificeerde benadeling heeft echter slechts een beperkte draagwijdte. Het dient immers enkel om het onevenwicht tussen de contractuele *hoofdprestaties* (prijs versus goed of dienst)³⁹ te toetsen⁴⁰. Het verbod op misbruik van omstandigheden dat werd voorgesteld in het wetsvoorstel tot hervorming van het verbintenissenrecht moet wellicht ook op die manier worden opgevat⁴¹. Die interpretatie beperkt de draagwijdte van de theorie van gekwalificeerde benadeling en dus ook het eventuele toekomstige verbod op misbruik van omstandigheden aanzienlijk, aangezien ze zich niet uitstrekken tot bedingen die een *bijkomende* prestatie bepalen. Bijgevolg zal bijvoorbeeld een beding dat het risico van goederen die na de levering

worden gestolen, overdraagt op de leverancier, niet op die manier kunnen worden bestreden. Bovendien zal wellicht moeten worden aangetoond dat er sprake is van een “economische of functionele superioriteit”.

Daarnaast zou het nieuwe verbintenissenrecht een interpretatieregel neerschrijven in het Burgerlijk Wetboek die ook in B2B-overeenkomsten relevant zou kunnen zijn. Het betreft de interpretatieregel die stelt dat toetredingsovereenkomsten⁴², in geval van aanhoudende twijfel over de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, moeten worden uitgelegd ten nadele van de partij die ze heeft opgesteld⁴³. Op die manier zou de wetgever de zogenaamde *contra proferentem*-regel wettelijk vastleggen⁴⁴. Een dergelijke interpretatieregel zou weliswaar echter geen bescherming bieden tegen oneerlijke bedingen.

3. EUROPESE RICHTLIJN OVER ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJEN IN DE LANDBOUW- EN VOEDSELVOORZIENINGSKETEN

11. INLEIDING – Ook de Europese wetgever heeft recentelijk regelgeving gecreëerd om oneerlijke handelspraktijken in de verticale B2B-verhouding tegen te gaan. Het betreft de richtlijn nr. 2019/633/EU van 17 april 2019 over oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Hierna lichten we eerst het personele, territoriale en temporele toepassingsgebied van die richtlijn toe. Vervolgens bespreken we artikel 3 van de richtlijn, dat de lijst met oneerlijke handelspraktijken bevat. Tot slot staan we kort stil bij de handhaving van die nieuwe regelgeving.

12. PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED: FOCUS OP LANDBOUW- EN VOEDSELVOORZIENINGSKETEN – De richtlijn nr. 2019/633/EU van 17 april 2019 over oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen is enkel van toepassing op ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen⁴⁵. Meer specifiek wil de richtlijn leveranciers⁴⁶ in die sector beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken van de afnemers.

Bovendien beperkt de bescherming zich tot de verhouding tussen enerzijds *grotere* afnemers en anderzijds *kleinere* landbouwers en leveranciers die een minder goede onderhandelingspositie hebben⁴⁷. Om die reden wordt het toepas-

³⁸. *Ibid.*, 48.

³⁹. S. GOLDMAN en S. LAGASSE, “Comment appréhender le déséquilibre contractuel?” in R. JAFFERALI, *Le droit commun des contrats*, Brussel, Bruylant, 2016, (71) 86, nr. 14; S. STIJNS en E. SWAENPOEL, “De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht” in S. STIJNS, *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 39, nr. 61; E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 419, nr. 717.

⁴⁰. S. STIJNS en E. SWAENPOEL, “De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht” in S. STIJNS, *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 29, nr. 43; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 92-93, nr. 126.

⁴¹. Noch in de toelichting, noch in het wetsvoorstel zelf wordt die voorwaarde vermeld. Toch kunnen we vermoeden dat de vroegere interpretatie blijft gelden. Mogelijk volgt dit ook uit het feit dat de toelichting (althans de Nederlandstalige tekst) verwijst naar de “*wederzijds bedongen prestaties*” (eigen benadrukking): artikelsgewijze toelichting wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1, 48.

⁴². Dit wordt als volgt omschreven in het wetsvoorstel: “*Een contract is een toetredingscontract wanneer het vooraf eenzijdig is opgesteld door de ene partij en de andere geen invloed heeft kunnen hebben op de inhoud ervan. Het feit dat sommige bedingen van het contract het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling, sluit de toepassing van dit artikel op de rest van het contract niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingscontract.*”: art. 5.14 wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1

⁴³. Art. 5.69, eerste lid, 1° wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1.

⁴⁴. Artikelsgewijze toelichting wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1, 73.

⁴⁵. Art. 1 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁴⁶. Dat begrip omvat zowel de landbouwers als de ondernemingen die landbouw- en voedingsproducten verkopen. Zie art. 2, b) richtlijn nr. 2019/633/EU: “*een landbouwproducent of een natuurlijke of rechtspersoon, ongeacht hun plaats van vestiging, die landbouw- en voedingsproducten verkoopt; de term ‘leverancier’ kan een groepering van dergelijke landbouwproducenten of een groepering van dergelijke natuurlijke personen en rechtspersonen omvatten, zoals producentenorganisaties, leveranciersorganisaties en verenigingen van dergelijke organisaties*”.

⁴⁷. Overw. 14 richtlijn nr. 2019/633/EU.

singsgebied van de richtlijn verder gepreciseerd in artikel 1, lid 2. Daarin worden de vijf specifieke verhoudingen aangeduid waarop de richtlijn van toepassing is, telkens gebaseerd op de omzet van beide partijen⁴⁸.

13. TERRITORIAAL TOEPASSINGSGEBIED – De richtlijn nr. 2019/633/EU is van toepassing zodra een van de partijen in de Europese Unie is gevestigd⁴⁹. De bescherming geldt dus ook voor Europese leveranciers die een contract afsluiten met een afnemer van buiten de Europese Unie.

14. TEMPOREEL TOEPASSINGSGEBIED – De richtlijn nr. 2019/633/EU moet worden omgezet in nationaal recht tegen 1 mei 2021⁵⁰. Die nationale bepalingen moeten ten laatste op 1 november 2021 ook daadwerkelijk worden toegepast door de lidstaten⁵¹. Alle overeenkomsten die vanaf die laatste datum worden gesloten, vallen onder het toepassingsgebied van de richtlijn⁵².

Het toepassingsgebied van de richtlijn strekt zich echter nog ruimer uit. Ook de overeenkomsten die voor de bekendmaking van de nationale bepalingen werden gesloten, moeten namelijk ten laatste 12 maanden na die datum van bekendmaking in overeenstemming worden gebracht met de richtlijn⁵³.

15. LIJST MET ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN – Artikel 3 van de richtlijn nr. 2019/633/EU bevat twee lijsten met oneerlijke handelspraktijken. De negen praktijken in het eerste lid zijn per definitie verboden. Eventuele *bedingen* die die praktijken mogelijk zouden maken, zouden dus ook als oneerlijk worden gekwalificeerd op basis van artikel 3, lid 1 richtlijn nr. 2019/633/EU. De Europese wetgever interpreteert het begrip “handelspraktijk” dus impliciet op een ruime manier.

Het tweede lid van artikel 3 omschrijft daarentegen zes praktijken die slechts verboden zijn indien ze niet “*op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn overeengekomen in de leveringsovereenkomst of in een daaropvolgende overeenkomst tussen de leverancier en de afnemer*”⁵⁴. Voor die praktijken wordt dus ruimte gelaten voor de contractvrijheid van de

ondernemingen. Op die manier wil de Europese wetgever voorkomen dat de nieuwe regelgeving “*eerlijke en efficiënte bevorderende overeenkomsten*” verhindert⁵⁵.

16. ARTIKEL 3, LID 1: ZWARTE LIJST MET VERBODEN PRAKTIJKEN – De lijst met per se verboden praktijken bevat ten eerste een gedetailleerde bepaling over betalingsachterstand (a)). Daarnaast is het verboden om bestellingen van bederfelijke landbouw- en voedingsproducten laattijdig⁵⁶ te annuleren (b)). Verder verbiedt richtlijn nr. 2019/633/EU de eenzijdige wijziging van de contractvoorwaarden⁵⁷ (c)). Het is ook verboden om betalingen te eisen die geen verband houden met de verkochte producten (d) en om (in bepaalde omstandigheden) betaling te vragen voor bedorven producten of producten die verloren zijn gegaan (e)).

Bovendien wil de Europese wetgever de leveranciers beschermen tegen louter mondelinge afspraken. De leverancier krijgt het recht om te vragen dat de afnemer de leveringsovereenkomst schriftelijk bevestigt. Indien de afnemer dat weigert, begaat hij een oneerlijke handelspraktijk (f)).

De andere praktijken gaan over bedrijfsgeheimen (g)), commerciële vergeldingsmaatregelen tegen de leverancier (h)) en het eisen van een vergoeding voor de kosten om klachten van consumenten te onderzoeken (i)).

17. ARTIKEL 3, LID 2: LIJST MET TOEGESTANE PRAKTIJKEN INDIEN DUIDELIJK VOORAF OVEREENGEKOMEN – Het tweede lid van artikel 3 richtlijn nr. 2019/633/EU omschrijft praktijken die zijn toegestaan indien ze duidelijk en ondubbelzinnig werden overeengekomen. De lijst bevat praktijken waarbij een ondernemingsrisico of een investering/kost wordt overgedragen op de andere onderneming⁵⁸. Zo heeft *littera a)* betrekking op het terugsturen van overgekochte producten zonder dat de leverancier betaling ontvangt voor die producten of voor de verwijdering ervan. Daarnaast geeft artikel 3, lid 2 richtlijn nr. 2019/633/EU een opsomming van vergoedingen die afnemers soms willen laten betalen door hun leveranciers. Het gaat bijvoorbeeld over vergoedingen voor de opslag, de uitstalling of de opname in het assortiment van

⁴⁸ Er geldt een specifieke regeling indien de afnemer een overheidsinstantie is: art. 1, lid 2, derde alinea richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁴⁹ Art. 1, lid 2, vierde alinea richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁵⁰ Art. 13, lid 1, eerste alinea richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁵¹ Art. 13, lid 1, tweede alinea richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁵² Art. 1, lid 3 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁵³ Art. 1, lid 4 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁵⁴ Art. 3, lid 2 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁵⁵ Overw. 16 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁵⁶ Dit wordt gepreciseerd in deze bepaling in de richtlijn zelf.

⁵⁷ De richtlijn omschrijft de voorwaarden die niet mogen worden gewijzigd. Het gaat over de voorwaarden die verband houden met “*de frequentie, de methode, de plaats, de timing of het volume van de levering van de landbouw- en voedingsproducten, de kwaliteitsnormen, de betalingsvoorwaarden of de prijzen, of met de verlening van diensten, voor zover die uitdrukkelijk worden vermeld in lid 2*” (art. 3, lid 1, c) richtlijn nr. 2019/633/EU).

⁵⁸ Ook wanneer strikt gezien niet een “risico” (waarbij een zekere mate van onzekerheid inherent is) wordt overgedragen, maar (een deel van) investeringen of kosten die een onderneming maakt, zou dit als een overdracht van ondernemingsrisico (*sensu lato*) kunnen worden beschouwd; cf. *infra*, randnr. 47.

producten en vergoedingen voor de reclame- en marketingkosten⁵⁹.

18. HANDHAVINGSAUTORITEIT – De Europese wetgever kiest voor een eigen aanpak voor de handhaving van de richtlijn over oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Elke lidstaat moet namelijk een of meerdere “handhavingsautoriteit(en)” aanduiden waarbij leveranciers een klacht kunnen indienen⁶⁰. Die nationale handhavingsautoriteit kan volgens de Europese

Commissie ook een reeds bestaande autoriteit zijn, zoals de nationale mededingingsautoriteit⁶¹.

Op vraag van de persoon die klacht indient, moet de autoriteit zorgen voor de passende bescherming van de identiteit en andere informatie waarvan de bekendmaking de belangen van de klagende partij zou kunnen schaden⁶². Ook producentenorganisaties of verenigingen van dergelijke organisaties kunnen bij die handhavingsautoriteit een klacht indienen tegen een oneerlijke handelspraktijk waarmee een of meerdere van hun leden werd(en) geconfronteerd⁶³.

4. WET OVER DE CONTRACTUELE B2B-VERHOUDING – VERBOD OP MISBRUIK VAN ECONOMISCHE AFHANKELIJKHEID, ONRECHTMATIGE BEDINGEN EN MISLEIDENDE EN AGRESSIEVE HANDELSPRAKTIJKEN

19. INLEIDING – De wet van 4 april 2019 over de contractuele B2B-verhouding wijzigt het WER op een grondige manier. Hierna bespreken we eerst de algemene kenmerken van die wet. Nadien volgt een inhoudelijke bespreking. De wet voert ten eerste twee nieuwe “op zich staande” verboden in, namelijk een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid en een verbod op oneerlijke bedingen in B2B-overeenkomsten. Daarnaast concretiseert de wetgever het huidige artikel VI.104 WER door een verbod op misleidende handelspraktijken en een verbod op agressieve handelspraktijken toe te voegen aan het WER.

4.1. Kenmerken

20. “SAMENVOEGING” TWEE WETSVORSTELLEN – De wet vloeit voort uit twee wetsvoorstellen⁶⁴. Reeds in 2015 werd een wetsvoorstel ingediend om een verbod op een “aanmerkelijke machtspositie” toe te voegen aan het mededingingsrecht⁶⁵.

In 2018 volgde een uitgebreider wetsvoorstel⁶⁶. Dat wetsvoorstel beoogde zowel een aanpassing van het mededingingsrecht als van het handelspraktijkenrecht. Ten eerste bevatte het, op een gelijkaardige manier als het wetsvoorstel van 2015, een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid. Daarnaast werd voorgesteld om artikel VI.104 WER aan te vullen met een lijst met vijf praktijken/bedingen die als oneerlijk worden bestempeld, “zonder dat (...) moet worden bewezen dat de markt in zijn geheel daar schade door ondervindt”⁶⁷.

Lange tijd bleven beide wetsvoorstellen zo goed als onaan-geroerd. Tijdens de laatste maanden van de voorbije legislatuur kwam alles echter in een stroomversnelling.

21. DRIELEDIGE AANPAK – De wetgever heeft een drieledige aanpak gekozen. Er wordt namelijk niet alleen een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid ingevoegd (4.2.1.), maar ook een verbod op oneerlijke bedingen (4.2.1.) en een verbod op misleidende en agressieve handelspraktijken (4.2.3.).

⁵⁹. Zie respectievelijk art. 3, lid 2, b), d) en e). Daarnaast regelt de Europese wetgever vergoedingen die leveranciers moeten betalen voor het op de markt aanbieden van hun producten (b) en de bijdrage die ze moeten dragen in de kosten van kortingen in het kader van een promotieactie (c)). De laatste praktijk gaat over de hypothese waarbij de leverancier personeel moet betalen voor de inrichting van de ruimten voor de verkoop (f)).

⁶⁰. Art. 4 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁶¹. Toelichting bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de voedselvoorzieningsketen, COM(2018) 173 final, www.ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/NL/COM-2018-173-F1-NL-MAIN-PART-1.PDF, 12.

⁶². Art. 5, lid 3 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁶³. Art. 5, lid 2 richtlijn nr. 2019/633/EU.

⁶⁴. Het betreft het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1 en het wetsvoorstel 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 krachtadiger tegen te gaan, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2885/001. Voor de bespreking van die twee wetsvoorstellen, zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, in het bijzonder 234 *et seq.*, 260, 321, 348-349, 530-531, 563 *et seq.*, 569, 589 *et seq.*, 613 *et seq.*

⁶⁵. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1.

⁶⁶. Wetsvoorstel 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 krachtadiger tegen te gaan, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2885/001.

⁶⁷. Artikelsgewijze toelichting bij wetsvoorstel 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 krachtadiger tegen te gaan, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2885/001, 10.

Door die verspreide aanpak blijft de wetgever vasthouden aan het onderscheid tussen “bedingen” en “praktijken” zoals het in de regelgeving over de B2C-verhouding is gekend. Volgens ons kan het opstellen en gebruiken van oneerlijke bedingen echter ook als een oneerlijke handelspraktijk (*sensu lato*) worden beschouwd⁶⁸.

22. AANPAK GEÏNSPIREERD OP FRANSE EN DUITSE WETGEVING – Die verspreide aanpak is duidelijk geïnspireerd op het Franse en Duitse rechtsstelsel⁶⁹. Ten eerste bevatten zowel de Franse als Duitse mededingingswet een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid^{70,71}. Daarnaast bevatten beide rechtsstelsels een verbod op oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen in de contractuele B2B-verhouding.

(i) In Frankrijk zijn de relevante bepalingen over oneerlijke bedingen en handelspraktijken terug te vinden in de Code de commerce, onder het hoofdstuk “*Des pratiques restrictives de concurrence*”⁷². In die bepalingen wordt het onderscheid tussen bedingen en praktijken echter grotendeels verlaten⁷³. De belangrijkste bepaling, artikel L442-1, I, 2° C.com. is namelijk een open norm die ook kan worden toegepast op bedingen^{74,75}. Die bepaling verbiedt om een medecontractant te (proberen te) onderwerpen aan verplichtingen die een significant onevenwicht (“*déséquilibre significatif*”) doen ontstaan tussen de onderlinge rechten en verplichtingen van beide contractpartijen⁷⁶. Dat onevenwicht kan, maar hoeft niet, te zijn vastgelegd in een contractueel beding.

Daarnaast worden in datzelfde hoofdstuk, over mededingingsbeperkende *praktijken*, ook twee verboden oneerlijke *bedingen* opgesomd⁷⁷. Bovendien heeft de Franse wetgever de regelgeving over *misleidende* handelspraktijken in de B2C-verhouding⁷⁸ uitgebreid tot praktijken die op ondernemingen gericht zijn⁷⁹.

Ook die Franse wetgeving werd recentelijk veranderd⁸⁰. Het is opmerkelijk dat de Franse wetgever heeft gekozen voor een veel eenvoudigere, minder gedetailleerde regelgeving dan voordien. Ook wij verkiezen een eenvoudige aanpak van deze problematiek⁸¹. De nieuwe Belgische wet creëert daarentegen een uitgebreide en daardoor eerder ingewikkelde regelgeving.

(ii) In Duitsland wordt de bescherming tegen oneerlijke bedingen en praktijken geregeld in twee aparte wetten. Het verbod op oneerlijke bedingen is opgenomen in het Duitse Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch, hierna: BGB). De open norm die oneerlijke bedingen verbiedt, geldt zowel voor de B2C- als voor de B2B-verhouding⁸². Daarnaast kan de Duitse rechter de grijze en zwarte lijst met oneerlijke bedingen, die slechts gelden voor B2C-overeenkomsten, onrechtstreeks betrekken bij de beoordeling van een schending van de open norm bij B2B overeenkomsten (zogenaamd “indicatief effect”)⁸³. Die gelijkstelling met de regelgeving over B2C-oneerlijke bedingen vormt in Duitsland echter steeds meer het voorwerp van kritiek⁸⁴.

⁶⁸. S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 2, nr. 2 en 708-710, nr. 593.

⁶⁹. Voor een uitgebreide bespreking van de Franse en Duitse regelgeving over oneerlijke handelspraktijken en bedingen tussen ondernemingen, zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 777 p.

⁷⁰. Frankrijk: art. L420-2, tweede lid Code de commerce (hierna: C.com.); Duitsland: art. § 20 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (hierna: GWB).

⁷¹. Het Duitse verbod gaat over “misbruik van relatieve marktmacht”. Dit kan echter worden gelijkgesteld met een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid.

⁷². “*Mededingingsbeperkende praktijken*”.

⁷³. A. FORTUNATO, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, onuitg. doctoraatsthesis Université de Lille 2 Droit et santé, 2016, 175, nrs. 147 en 200, nrs. 176 *et seq.*; zie ook 53, nr. 30 en 183, nr. 155.

⁷⁴. Tot voor de wetswijziging van april 2019, was dit verbod opgenomen in art. L442-6, I, 2° C.com.

⁷⁵. Ook art. L442-1, I, 1° C.com. kan worden toegepast op bedingen. Dat artikel verbiedt de mededingingsbeperkende praktijk die bestaat in het (proberen te) verkrijgen van een voordeel terwijl er geen of slechts een manifest onevenredige tegenprestatie tegenover staat. Die situaties kunnen zich ook manifesteren in de vorm van een beding.

⁷⁶. Door de hervorming van het Franse verbintissenrecht in 2016 bevat ook de Code civil (hierna: “C.civ.”) een gelijkaardig verbod in art. 1171. Die bepaling stelt het volgende: “*Dans un contrat d’adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l’avance par l’une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation.*” Art. 1171 C.civ. is dus beperkt tot oneerlijke *bedingen*. Het is momenteel echter onduidelijk hoe die gemeenrechtelijke bepaling zich verhoudt tegenover de open norm over oneerlijke bedingen in B2B-overeenkomsten in art. L442-1, I, 2° C.com. Voor een uitgebreide bespreking, zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 190-191, nr. 152 en 218-221, nr. 175.

⁷⁷. Art. L442-3 C.com.

⁷⁸. Art. L121 2 t.e.m. art. L121 4 Code de la consommation (hierna: “C.consom.”).

⁷⁹. Art. L121-5 C.consom.

⁸⁰. Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du Titre IV du Livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées (*JORF* nr. 97, 25 april 2019).

⁸¹. S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 705-719, nrs. 591-602.

⁸². § 307 *jo.* § 310 (1) BGB.

⁸³. § 308 en 309 *jo.* § 310 (1) BGB.

⁸⁴. H.-C. SALGER en S. SCHRÖDER, “AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr: Schwäche oder Stärke des deutschen Rechts?”, *Anwaltsblatt* 2012, 683-689.

De bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken vloeit in Duitsland voort uit het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (hierna: UWG). Die wet bevat ten eerste een bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken in het algemeen⁸⁵. Daarnaast worden ondernemingen net zoals consumenten beschermd tegen misleidende handelspraktijken⁸⁶. Bovendien is ook het Duitse verbod op agressieve handelspraktijken van toepassing op de B2B-verhouding⁸⁷.

Bij de hiernavolgende inhoudelijke bespreking van de Belgische wet over de contractuele B2B-verhouding, zullen we ook de gelijkaardige Franse en Duitse bepalingen betrekken.

23. TEMPOREEL TOEPASSINGSGBIED – De verschillende onderdelen van de Belgische wet over de contractuele B2B-verhouding treden niet op hetzelfde moment in werking. De bepalingen over oneerlijke handelspraktijken zijn al in werking getreden op 1 september 2019⁸⁸. De bepalingen die het mededingingsrecht (Boek IV WER) wijzigen, gelden pas vanaf 1 juni 2020⁸⁹. Tot slot treden de bepalingen over oneerlijke bedingen in werking op 1 december 2020⁹⁰. Die laatste bepalingen zijn “niet van toepassing op de overeenkomsten die lopen op die datum”⁹¹. Ze gelden echter wel voor overeenkomsten die ná die datum worden gesloten, hernieuwd of gewijzigd⁹².

4.2. Inhoudelijke bespreking

4.2.1. Misbruik van economische afhankelijkheid

24. VERBOD OP MISBRUIK VAN ECONOMISCHE AFHANKELIJKHEID – De meest vernieuwende bepaling van de nieuwe wet is het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid. Dat verbod wordt toegevoegd in het mededingingsrecht, na het reeds bestaande verbod op kartelafspraken en het verbod

op misbruik van machtspositie (de “klassieke” mededingingsrechtelijke verboden). Zoals vermeld, komt een gelijkaardig verbod voor in de Franse en Duitse wetgeving⁹³.

Het nieuwe artikel IV.2/1 WER verbiedt om misbruik te maken van “*een positie van economische afhankelijkheid waarin één of meerdere ondernemingen zich bevindt, waardoor de mededinging kan worden aangetast op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan*”⁹⁴. Dit verbod bevat dus drie kernelementen. Er moet namelijk sprake zijn van economische afhankelijkheid (i) die wordt misbruikt (ii), waardoor de mededinging (potentieel) wordt aangetast (iii).

25. (i) ECONOMISCHE AFHANKELIJKHEID – Het personele toepassingsgebied van dit verbod is beperkt tot *economisch afhankelijke ondernemingen*. Een “positie van economische afhankelijkheid” wordt omschreven als een “*positie van onderworpenheid van een onderneming ten aanzien van één of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale marktomstandigheden*”⁹⁵.

Twee criteria moeten aanwezig zijn opdat een onderneming als economisch afhankelijk zou worden beschouwd⁹⁶. Ten eerste mag er geen redelijk equivalent alternatief bestaan voor de betrokken handelsrelatie. Bij die beoordeling wordt rekening gehouden met de termijn die nodig is om een alternatieve handelsrelatie op te starten (a), de voorwaarden waaronder dat mogelijk is (b) en de kosten die daarmee gepaard gaan (c). Ten tweede moet de niet-afhankelijke onderneming prestaties of voorwaarden kunnen opleggen die niet mogelijk zouden zijn in normale marktomstandigheden.

⁸⁵. § 3 (1) UWG.

⁸⁶. § 5 en § 5a UWG.

⁸⁷. § 4a UWG.

⁸⁸. Het gaat over art. 24 t.e.m. 35 en art. 36, a) en c) van de wet over de contractuele B2B-verhouding (zie art. 39, eerste lid).

⁸⁹. Het gaat over art. 1 t.e.m. 11 van de wet over de contractuele B2B-verhouding (zie art. 39, tweede lid).

⁹⁰. Het gaat over art. 12 t.e.m. 23, art. 36, b) en art. 27) van de wet over de contractuele B2B-verhouding (zie art. 39, derde lid). Art. 12 houdt echter geen verband met de bescherming tegen oneerlijke bedingen. Het past de verwijzingen in art. VI.17, § 1, 1° WER aan aan de nieuwe regels.

⁹¹. Art. 39, derde lid, *in fine* wet over de contractuele B2B-verhouding.

⁹². *Ibid.*

⁹³. *Supra*, randnr. 22.

⁹⁴. Art. IV.2/1 WER (eigen benadrukking).

⁹⁵. Art. I.6, 4° WER (eigen benadrukking).

⁹⁶. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 3.

Op zich is het positief dat het belangrijke begrip “economische afhankelijkheid” in de wet zelf wordt omschreven⁹⁷. De vermelde criteria zullen echter noodzakelijkerwijs nog verder moeten worden verduidelijkt. De parlementaire voorbereiding verwijst weliswaar ook naar een reeks concretere factoren die mee kunnen bepalen of een onderneming economisch afhankelijk is⁹⁸. Die factoren moeten afzonderlijk of in samenhang worden beoordeeld⁹⁹. Het gaat bijvoorbeeld over het aandeel van de ene onderneming in de omzet van de andere en de vrees voor een ernstig economisch nadeel of represailles als de contractuele relatie eindigt¹⁰⁰. Het is nadelig voor de rechtszekerheid dat de wetgever deze factoren louter opsomt en geen duidelijke selectie maakt. Het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid kan immers slechts nuttig zijn indien het kernbegrip “economische afhankelijkheid” duidelijk wordt omschreven.

In elk geval heeft de wetgever zich laten inspireren door het gelijkaardige Franse en Duitse verbod op misbruik van economische afhankelijkheid. Het is nuttig om op dit vlak een vergelijking te maken met het Belgische verbod.

Franse invloed – In Frankrijk moeten vier criteria cumulatief

aanwezig zijn opdat er sprake zou zijn van economische afhankelijkheid. Er moet rekening worden gehouden met: *het aandeel van de ene onderneming in de omzet van de beweerde afhankelijke onderneming (a), de bekendheid van de eerstgenoemde onderneming (b), haar marktaandeel (c) en de mogelijkheid voor de beweerde afhankelijke onderneming om technisch en economisch equivalente alternatieven te vinden (d)*¹⁰¹.

Voorals dat laatste criterium, waarin we het huidige Belgische criterium herkennen, blijkt problematisch te zijn. Volgens de Franse rechtspraak mag de afhankelijkheid immers geen strategische, commerciële beslissing zijn van de getroffen onderneming¹⁰². Ook de Belgische wetgever beschouwt de mate waarin de beweerde economisch afhankelijke onderneming voor die positie heeft gekozen als een factor waarmee rekening moet worden gehouden. De Franse rechtspraak lijkt zelfs te vereisen dat de onderneming gebonden is door een exclusiviteitsverplichting^{103,104}. Ook die exclusiviteitsverplichting mag echter geen vrije keuze zijn van de beweerde afhankelijke onderneming^{105,106}. Bijgevolg oordeelt de rechtspraak slechts zelden dat er geen technisch en economisch equivalent alternatief bestaat voor de betrok-

⁹⁷. In Frankrijk werden de criteria gevormd in de rechterlijke uitspraken en de uitspraken van de Franse mededingingsautoriteit. Voor een uitgebreide bespreking, zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 540-549, nrs. 455-458.

⁹⁸. “a) de relatieve marktmacht van de andere onderneming; b) een belangrijk aandeel van de andere onderneming in haar omzet, waarbij tevens onder ogen moet worden gehouden dat hoe belangrijker dit aandeel, hoe groter het risico van afhankelijkheid zal zijn; c) de technologie of de knowhow die de andere onderneming bezit; d) de grote bekendheid van een merk, schaarste van het product, de bederfelijke aard van het product of nog loyaal koopgedrag van de consumenten; e) de toegang voor de onderneming tot hulpbronnen of tot essentiële infrastructuur; f) de vrees voor ernstig economisch nadeel, voor represailles of voor het beëindigen van een contractuele relatie; g) de reguliere toekenning aan een onderneming van bijzondere voorwaarden, zoals kortingen, die niet aan andere ondernemingen worden toegekend in vergelijkbare gevallen; h) haar weloverwogen keuze of integendeel haar verplichte keuze om zichzelf in een positie van economische afhankelijkheid te zetten”: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 4. Het is vreemd dat de wetgever de relatieve marktmacht als een afzonderlijke factor beschouwt om de economische afhankelijkheid van een onderneming vast te stellen. Dit is o.i. eerder een equivalent van de term economische afhankelijkheid. Bij de term “relatieve marktmacht” wordt gewoon, zoals bij het verbod op misbruik van machtspositie, de klemtoon gelegd op de positie van de sterkere, niet-afhankelijke partij.

⁹⁹. *Ibid.*

¹⁰⁰. *Ibid.*

¹⁰¹. Zie onder meer Parijs 31 mei 2017, nr. 15/13702, *JurisData*, nr. 2017-015215, beschikbaar op www.lexisnexis.com; Parijs 18 januari 2017, nr. 14/08437, *JurisData*, nr. 2017-000750, beschikbaar op www.lexisnexis.com; Parijs 10 december 2014, nr. 11/13313, beschikbaar op www.lexisnexis.com en *AJ Contrats d'affaires* 2015, 234 (samenvatting), noot S. REGNAULT.

¹⁰². Cass. (Fr.) 6 juni 2001, nr. 99-20831, *Bull.* 2001, IV, nr. 112, 103; Cass. (Fr.) 3 maart 2004, nr. 02-14529, *Bull.* 2004, IV, nr. 44, 43; Parijs 15 januari 2014, nr. 11/19418, beschikbaar op www.lexisnexis.com; Parijs 12 december 2014, nr. 12/11149, beschikbaar op www.lexisnexis.com.

¹⁰³. Cass. (Fr.) 20 mei 2014, nrs. 12-26705, 12-26970, 12-29281, *Bull.* 2014, IV, nr. 90; Cass. (Fr.) 12 februari 2013, nr. 12 13.603, ECLI:FR:CCASS:2013:CO00151, *Bull.civ.*, IV, nr. 13 en CCC 2013 (verkort), comm. 114, noot M. MALAURIE-VIGNAL (in deze zaak was de verdring ook gebaseerd op oud art. L442-6, I, 2°, b) C.com.); Parijs 31 mei 2018, nr. 16/17448, beschikbaar op www.dalloz.fr; Parijs 11 april 2018, nr. 15/02833, beschikbaar op www.dalloz.fr; Parijs 7 februari 2018, nr. 15/07473, beschikbaar op www.lexisnexis.com; Parijs 19 oktober 2017, nr. 15/20831, beschikbaar op www.dalloz.fr; Parijs 14 december 2016, nr. 14/12201, beschikbaar op www.dalloz.fr; Autorité de la Concurrence, Besl. nr. 13-D-05, 26 februari 2013, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/13d05.pdf, nr. 228; Autorité de la Concurrence, advies nr. 14-D-07, 23 juli 2014, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14d07.pdf, 27, nr. 138.

¹⁰⁴. Zie ook P. LE TOURNEAU en M. ZOIA, *JurisClasseur Contrats – Distribution, Fasc.*, 1030, 8 september 2015, nr. 73. De auteurs verwijzen ook naar de hypothese waarbij de tegenpartij de enige is op de betrokken markt.

¹⁰⁵. Autorité de la Concurrence, Besl. nr. 12-D-11, 6 april 2012, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d11.pdf, nr. 76. Ook het Parijse hof van beroep bevestigt die visie, hoewel ze in de betrokken zaak niet aan de orde was: Parijs 31 mei 2017, nr. 15/13702, *JurisData*, nr. 2017-015215, beschikbaar op www.lexisnexis.com. Die vereiste wordt echter niet gesteld in een recentere uitspraak: Parijs 31 mei 2018, nr. 16/17448, beschikbaar op www.dalloz.fr.

¹⁰⁶. In recente uitspraken stelt het Parijse hof van beroep dat de afhankelijkheid moet zijn “opgelegd” (“*dépendance économique imposée*”): Parijs 7 februari 2018, nr. 15/07473, beschikbaar op www.lexisnexis.com; Parijs 22 november 2017, nr. 15/01067, beschikbaar op www.dalloz.fr (over het begrip “economische afhankelijkheid” in het kader van oud art. L442-6, I, 5° C.com.); Parijs 19 oktober 2017, nr. 15/20831, beschikbaar op www.dalloz.fr. Die vereiste wordt echter niet gesteld in een recentere uitspraak: Parijs 31 mei 2018, nr. 16/17448, beschikbaar op www.dalloz.fr.

ken B2B-verhouding^{107,108}. Een onderneming zal dus slechts zelden economisch afhankelijk zijn. Het Franse verbod wordt dan ook slechts uitzonderlijk toegepast.

Duitse invloed – Het Belgische verbod op misbruik van economische afhankelijkheid bevat daarnaast ook elementen van het gelijkaardige Duitse verbod. Volgens de Duitse wet moet immers worden nagegaan of er “*adequate en redelijke mogelijkheden bestaan om een beroep te doen op andere ondernemingen*”¹⁰⁹. Om te bepalen of het alternatief “redelijk” is, wordt rekening gehouden met de individuele nadelen die de beweerdte afhankelijke onderneming zou onderkennen indien ze zou overschakelen op een andere onderneming¹¹⁰. Een belangrijk criterium hierbij is de mate waarin het alternatief “*tegen ongeveer dezelfde voorwaarden en bedingen zou kunnen worden toegepast*” als in de betrokken contractuele verhouding¹¹¹. Zo zal de alternatieve handelsrelatie niet als redelijk worden beschouwd indien de beweerdte afhankelijke onderneming buitensporige lasten zou onderkennen door over te schakelen op die andere contractpartij¹¹². Ook die overwegingen zijn terug te vinden in het Belgische verbod. Zoals in Frankrijk, is er in de Duitse rechtsleer en rechtspreek discussie over de mate waarin de keuze van de betrokken onderneming een invloed heeft¹¹³.

Daarnaast blijkt de Duitse invloed ook uit het tweede criterium van het Belgische verbod. Dat vereist dat de niet-afhankelijke onderneming prestaties of voorwaarden kan opleggen die niet kunnen worden verkregen in normale marktomstandigheden. In de Belgische wet is dit een afzonderlijk criterium om te besluiten tot “economische afhankelijkheid”. In de Duitse wet maakt dit aspect daarentegen deel uit van een wettelijk weerlegbaar vermoeden van afhankelijkheid¹¹⁴. Er wordt meer bepaald vermoed dat een leverancier zich in een afhankelijkheidssituatie bevindt als de afnemer geregeld bijkomende voordelen krijgt die niet aan gelijkaardige afnemers worden toegekend¹¹⁵.

26. (ii) MISBRUIK – De wettelijke bescherming geldt enkel indien de positie van economische afhankelijkheid wordt misbruikt. Volgens de parlementaire voorbereiding moet, zoals bij het verbod op misbruik van machtspositie, een vergelijking worden gemaakt met het zogenaamde geschikte “nuls scenario”¹¹⁶. Dat is bijvoorbeeld de situatie waarbij de betwiste gedraging zich niet stelt¹¹⁷.

Het valt af te wachten hoe de rechtpraak het misbruikbegrip concreet zal interpreteren. Naar analogie met de twee “klassieke” mededingingsrechtelijke verboden, wordt het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid verder geconcretiseerd door enkele voorbeelden van misbruik. Met uit-

^{107.} Zie bv. de zaak waarbij het hof van beroep besloot dat een onderneming zich in een afhankelijke positie bevond ten opzichte van een producent van glas voor flessen die over enkele bijzondere eigenschappen beschikte: Parijs 7 januari 2015, nr. 12/17844, beschikbaar op www.lexisnexis.com. In die zaak werd de afhankelijkheid echter enkel beoordeeld in het kader van art. L442-6, I, 5° C.com. Een andere zaak had betrekking op de economische afhankelijkheid tegenover een leverancier van bloedproducten voor niet-therapeutisch gebruik: Parijs 25 januari 2005, 2004/13142, *JurisData*, nr. 2005-267355. In een ander voorbeeld uit de rechtpraak werd erkend dat er economische afhankelijkheid bestond tegenover de enige concessiehouder voor de uitbating van mechanische skiliften die toegang verleenden tot een bepaald skigebied: Chambéry 11 juni 2002, nr. 00/01145, *JurisData*, nr. 2002-192502. In een uitspraak van 2018 aanvaardde het hof van beroep op basis van een beknopte motivering dat een concessiehouder economisch afhankelijk was van de autoproducent Renault. Volgens het hof was er immers sprake van een “quasi-exclusiviteit”, wat de mogelijkheden om ook met andere autoproducenten te contracteren “*zeer sterk beperkte*”: Parijs 31 mei 2018, nr. 16/17448, beschikbaar op www.dalloz.fr.

^{108.} Autorité de la Concurrence, advies nr. 15-A-06, 31 maart 2015, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15a06.pdf, nr. 261; Autorité de la Concurrence, beslissing nr. 11-D-20, 16 december 2011, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11d20.pdf, nr. 33. In deze laatste zaak, oordeelde de mededingingsautoriteit dat het “niet uitgesloten” is dat de betrokken franchisenemer economisch afhankelijk is van Carrefour.

^{109.} § 20 (1), eerste zin GWB.

^{110.} Cf. BGH 23 februari 1988, *KZR* 20/86, *NJW-RR* 1988, 1502; K. MARKERT, “§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht” in U. IMMENGA, E.-J. MESTMÄCKER en T. KÖRBER (eds.), *Wettbewerbsrecht*, II, München, Beck, 2014, nr. 20; K. WESTERMANN, “GWB § 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit Marktmacht” in J. BORNKAMM, F. MONTAG en F.J. SÄCKER (eds.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, II, München, Beck, 2015, (192) 203, nr. 24; C.F. WEIDT, *Misbrauch relativer Nachfragemacht in laufenden Geschäftsbeziehungen*, Göttingen, Optimus, 2016, 146-147.

^{111.} BGH 26 juni 1979, *KZR* 7/78, *GRUR* 1979, 731; U. LOEWENHEIM, “GWB § 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht” in U. LOEWENHEIM, K.M. MEESSEN, A. RIESENKAMPFF, C. KERSTING en H.J. MEYER-LINDEMANN, *Kartellrecht*, München, Beck, 2016, nr. 18; K. WESTERMANN, “GWB § 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit Marktmacht” in J. BORNKAMM, F. MONTAG en F.J. SÄCKER (eds.), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, II, München, Beck, 2015, (192) 204, nr. 24.

^{112.} Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuss) zu dem von den Fraktionen der SPD, FDP eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Drucksache 7/76), 13 juni 1973, *BT-Drucks*, 7/765, 9; K. MARKERT, “§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht” in U. IMMENGA, E.-J. MESTMÄCKER en T. KÖRBER (eds.), *Wettbewerbsrecht*, II, München, Beck, 2014, nr. 20.

^{113.} S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 553-554, nr. 460, b).

^{114.} Het feit dat een onderneming niet-marktconforme prestaties en voorwaarden kan opleggen, bepaalt ook of er sprake is van een “misbruik” van de economische afhankelijkheidspositie. Zie § 20 (2) GWB; S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 573-584, nrs. 472-474.

^{115.} § 20 (1), tweede zin GWB.

^{116.} De parlementaire voorbereiding vergelijkt die redenering met de toepassing van de equivalentieeler om het causaal verband tussen schade en fout vast te stellen. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 12; Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*Pb.C.* 24 februari 2009, afl. 45, punt 21).

^{117.} *Ibid.*

zondering van het voorbeeld van verkoopweigerings¹¹⁸, zijn de opgesomde voorbeelden dezelfde als bij het verbod op misbruik van machtspositie¹¹⁹. Zo geeft de parlementaire voorbereiding het voorbeeld van het willekeurig opleggen van een excessief hogere prijs in een langdurige handelsrelatie¹²⁰. Daarnaast wordt gepreciseerd dat de loutere weigering van een bank om een krediet toe te kennen, geen misbruik van economische afhankelijkheid vormt¹²¹.

27. (iii) (POTENTIËLE) AANTASTING VAN DE MEDEDINGING – Ten derde moet het misbruik als gevolg hebben dat de mededinging op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel ervan wordt of kan worden aangetast¹²².

In tegenstelling tot het Duitse verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, is het Franse verbod eveneens gekoppeld aan een gelijkaardige voorwaarde. Het misbruik moet namelijk “*de werking of de structuur van de mededinging*” kunnen aantasten¹²³. Uit de Franse rechtspraak blijkt dat die voorwaarde echter een hindernis vormt om het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid toe te passen¹²⁴.

Mogelijk zal die voorwaarde ook verhinderen dat het Belgische verbod op misbruik van economische afhankelijkheid daadwerkelijk wordt toegepast.

28. HANDHAVING – De handhaving van het nieuwe verbod op misbruik van machtspositie verloopt op eenzelfde manier als bij de “klassieke” mededingingsrechtelijke verboden. Zo kan het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit onderzoeken uitvoeren naar mogelijke schendingen van dat verbod¹²⁵. Indien het Mededingingscollege vervolgens oor-

deelt dat het verbod inderdaad geschonden is, kan het een geldboete en een dwangsom opleggen. Wanneer het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid geschonden is, mogen echter slechts minder hoge geldboetes en dwangsommen worden opgelegd dan bij een schending van de “klassieke” mededingingsrechtelijke verboden¹²⁶. Daarnaast zijn ook de specifieke mededingingsrechtelijke regels over de vordering tot schadevergoeding van toepassing indien het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid wordt geschonden¹²⁷.

29. KRITISCHE ANALYSE – O.i. is het nefast voor de rechtszekerheid om het personele toepassingsgebied van een regelgeving die ondernemingen in de verticale B2B-verhouding beschermt, af te bakenen via het criterium “economische afhankelijkheid”. Om te bepalen of dat criterium vervuld is, moet de betrokken B2B-verhouding immers worden beoordeeld. Bijgevolg kunnen ondernemingen in een concrete situatie zeer moeilijk vooraf inschatten of ze gebonden zijn door die bepaling.

Daarnaast zal het wellicht niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat een onderneming inderdaad economisch afhankelijk is. Die kwalificatie vereist namelijk een concrete, niet eenvoudige beoordeling. Ook op dit vlak zal de (al dan niet strenge) manier waarop de rechtspraak dit begrip interpreteert, bepalen of het verbod daadwerkelijk nuttig zal zijn. Het is bovendien verwarrend dat in de parlementaire voorbereiding een reeks factoren worden opgesomd die blijkbaar, naast die twee criteria in de wet, ook mee bepalen of een onderneming economisch afhankelijk is. Nochtans is die voorspelbaarheid belangrijk om rechtszekerheid te bereiken.

¹¹⁸. Dit voorbeeld komt ook voor in het Franse verbod: art. L420-2, tweede lid, laatste zin C.com. De parlementaire voorbereiding geeft het voorbeeld van de plotselinge stopzetting van de bevoorrading; wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/003, 8.

¹¹⁹. Art. IV.2/1, tweede lid WER: “1° het weigeren van een verkoop, een aankoop of van andere transactievoorwaarden; 2° het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden; 3° het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers; 4° het toepassen ten opzichte van economische partners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkend bij de mededinging; 5° het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de economische partners van bijkomende prestaties, die naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.”

¹²⁰. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/003, 8.

¹²¹. *Ibid.*, 13.

¹²². Die voorwaarde werd niet gesteld bij het oorspronkelijke wetsvoorstel van 2015: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St. Kamer* 2015-16, nr. 54-1451/1.

¹²³. Art. L420-2, tweede lid C.com.

¹²⁴. Cass. (Fr.) 13 september 2017, nr. 15-25464, ECLI:FR:CCASS:2017:CO01086; Cass. (Fr.) 8 maart 2016, nr. 14-25718, ECLI:FR:CCASS:2016:CO00232, *JurisData*, nr. 2016-004269; C. BINET, *Buyer Power in EU Competition Law: a boon or impediment to consumer welfare?*, onuitg. doctoraats thesis Université Catholique de Louvain, 2014, beschikbaar op www.dial.uclouvain.be, 216; E. CLAUDEL, “L’abus de dépendance économique: un sphinx renaissant de ses cendres?”, *RTDCom.* 2016, 460; F. MARTY en P. REIS, “Une approche critique du contrôle de l’exercice des pouvoirs privés économiques par l’abus de dépendance économique”, *RIDE* 2013, (579) 584; P. REIS, “Déséquilibres économiques et relations entre la grande distribution et ses fournisseurs” in L. BOY (ed.), *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Brussel, Larcier, 2015, (49) 53.

¹²⁵. De parlementaire voorbereiding verwijst ook naar de rechtspraak over de toelaatbaarheid van anoniem bewijs in het mededingingsrecht, als middel om de fear factor aan te pakken. Brussel 12 maart 2014, *Jb.Markt.* 2014, 1139, noot H. GILLIAMS en *TBM* 2014, 108; wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/003, 12.

¹²⁶. Art. IV.70, § 2 WER: de geldboete mag maximum 2% bedragen van de omzet van de betrokken onderneming of ondernemingsvereniging. De dwangsom mag maximum 2% bedragen van “de gemiddelde dagelijkse omzet per dag vertraging, te rekenen vanaf de dag die door het Mededingingscollege wordt bepaald”.

¹²⁷. Art. XVII.71 *et seq.* WER; zie art. 3 wet over de contractuele B2B-verhouding.

Om die reden verkiezen we een norm die een ruim personeel toepassingsgebied heeft.

Het is bovendien de vraag of het mededingingsrecht de geschikte rechtstak vormt om de problematiek van de *individuele* B2B-verhouding aan te pakken. Die vraag rijst zeker indien het verbod slechts van toepassing is indien de mededinging (potentieel) wordt aangetast. Indien de wetgever bewust enkel vereist dat er in de *individuele* B2B verhouding een bepaalde machtspositie (namelijk in de vorm van economische afhankelijkheid) bestaat, is het immers contradictorisch om te vereisen dat de betwiste handeling in die individuele verhouding wel een impact heeft op de mededinging (de markt) *op zich*¹²⁸. Wellicht zal die voorwaarde dan ook niet vaak vervuld zijn. In elk geval zal de interpretatie van die voorwaarde door de rechtspraak een belangrijke impact hebben op het nut van het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid.

Tot slot bespreekt de wetgever niet hoe het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid zich verhoudt ten opzichte van de niet-mededingingsrechtelijke verboden over diezelfde problematiek. De gedragingen die onder het streng afgebakende mededingingsrechtelijke verbod vallen¹²⁹, zouden immers kunnen overlappen met het verbod op oneerlijke bedingen en het verbod op oneerlijke (al dan niet misleidende of agressieve) handelspraktijken¹³⁰. Uit de geest van de wet zou kunnen worden afgeleid dat het de bedoeling is dat de verschillende regels gewoon naast elkaar bestaan.

4.2.2. Oneerlijke bedingen

30. VERBOD OP ONEERLIJKE BEDINGEN – Ten tweede wil de wetgever ondernemingen beschermen tegen oneerlijke bedingen. Om die reden wordt een nieuwe titel 3/1, over “Overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen”, toegevoegd aan boek VI van het WER. De regelgeving is sterk gebaseerd op de regelgeving over oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten¹³¹.

De belangrijkste bepalingen zijn artikelen VI.91/2, VI.91/3, VI.91/4 en VI.91/5 WER. Artikel VI.91/2 WER creëert een transparantieverplichting (i). Daarnaast bepaalt artikel VI.91/3 WER wanneer een beding in een B2B-overeenkomst onrechtmatig (oneerlijk) is (ii). Artikel VI.91/4 WER somt bedingen op die *altijd* als oneerlijk worden beschouwd (“zwarte lijst”) (iii). Vervolgens bevat artikel VI.91/5 WER bedingen die *vermoed* worden oneerlijk te zijn (“grijze lijst”) (iv).

Vooraleer we die bepalingen over oneerlijke bedingen inhoudelijk van naderbij bekijken, bespreken we eerst het personele en materiële toepassingsgebied.

31. PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED – Net zoals de huidige bepalingen over de contractuele B2B-verhouding in het WER, zijn de bepalingen over oneerlijke bedingen van toepassing op alle ondernemingen. Dat is een bewuste keuze van de wetgever¹³².

32. MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED – Het materiële toepassingsgebied is meer afgebakend. Ten eerste zijn de regels niet van toepassing op financiële diensten¹³³ en overheidsopdrachten¹³⁴. Ten tweede worden bepaalde bedingen uitgesloten van het toepassingsgebied. Het verbod dient namelijk niet om “*het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*” te controleren, of om “*de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te leveren producten*” te beoordelen¹³⁵. Die beperking geldt wel slechts indien die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld¹³⁶.

In de B2C-verhouding betekent die tweede beperking dat duidelijke, begrijpelijke bedingen die *de prijs van de hoofdprestatie* vastleggen en duidelijke, begrijpelijke bedingen die *de aard, de omvang, de kwantiteit of kwaliteit van de hoofdprestatie* omschrijven, worden uitgesloten van een eerlijkeheidscontrole¹³⁷.

In de B2B-verhouding lijkt die beperking – althans volgens

¹²⁸ Cf. P. KELLEZI, “Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence” in M.O. MACKENRODT, B.C. GALLEGU en S. ENCHELMAIER (eds.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Berlijn, Springer, 2008, (55) 70.

¹²⁹ Er moet immers worden aangetoond dat er economische afhankelijkheid bestaat en dat de mededinging (potentieel) wordt aangetast.

¹³⁰ In Frankrijk wordt er evenmin aandacht besteed aan die vraag. Uit het Franse verbod op misbruik van economische afhankelijkheid blijkt echter wel dat een schending van het verbod op een significant onevenwicht een *voorbeeld* vormt van een dergelijk misbruik (art. L420-2, tweede lid C.com.). Zoals vermeld, viseert dat verbod op een significant onevenwicht zowel oneerlijke bedingen als praktijken. In Duitsland oefent de GWB, dat het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid bevat, echter een beperkende werking uit op de UWG (wet over oneerlijke handelspraktijken). Zie o.a. H. KÖHLER, “Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und dem neuen UWG”, *WRP* 2006, (139) 145; M. WANDERWITZ, “Der Missbrauch von Nachfragemacht”, *WRP* 2015, (162) 168, nr. 40; M. WANDERWITZ, *Der Missbrauch von Nachfragemacht nach § 20 III GWB*, Keulen, Carl Heymanns Verlag, 2013, 122-123.

¹³¹ Art. VI.82-VI.87 WER.

¹³² Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 32.

¹³³ Zoals hoger vermeld, bestaat er sinds 2013 wel een wet die bescherming biedt tegen bepaalde oneerlijke bedingen die voorkomen in de verhouding tussen kredietverleners en kleine en middelgrote ondernemingen; *supra*, randnr. 7.

¹³⁴ Art. VI.91/1 WER. De hoger besproken regelgeving over betalingsachterstand geldt daarentegen ook voor handelstransacties met de overheid (art. 3 wet betalingsachterstand).

¹³⁵ Art. VI.91/3, § 2, derde lid WER.

¹³⁶ Art. VI.91/3, § 2, laatste lid WER.

¹³⁷ S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 206-207, nr. 163.

de parlementaire voorbereiding – daarentegen ook te gelden voor bedingen die geen betrekking hebben op de *hoofdprestatie*^{138,139}. Volgens de parlementaire voorbereiding gelden de bepalingen over oneerlijke bedingen namelijk niet indien er “*onderhandeld wordt over bijvoorbeeld het verschuiven van risico’s op een andere partij in ruil voor een vermindering in de prijs*”^{140,141}. Een beding waarbij een risico wordt overgedragen is in principe geen beding dat de hoofdprestatie omschrijft. Het concrete voorbeeld dat de parlementaire voorbereiding in dit verband geeft, gaat echter wel over een beding over een hoofdprestatie. Er wordt namelijk verwezen naar het beding over het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar in een verzekeringsovereenkomst¹⁴². In elk geval is de wetgeving (of minstens de parlementaire voorbereiding) onvoldoende duidelijk op dit punt.

Het is echter niet zo dat de bepalingen over oneerlijke bedingen enkel gelden voor algemene voorwaarden. Bijgevolg kunnen ook afzonderlijk onderhandelde bedingen aan die bepalingen worden getoetst¹⁴³. De regels over oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten zijn eveneens ook van toepassing op afzonderlijk onderhandelde bedingen¹⁴⁴.

33. (i) TRANSPARANTIEVERPLICHTING – Het nieuwe artikel VI.91/2 WER creëert een transparantieverplichting. Indien een overeenkomst volledig of gedeeltelijk schriftelijk is vastgelegd, moeten die bepalingen namelijk duidelijk en begrijpelijk zijn¹⁴⁵.

Daarnaast vult het tweede lid van artikel VI.91/2 WER de gemeenrechtelijke interpretatieregule uit artikel 1162 BW aan^{146,147}. Het stelt dat de interpretatie van een overeenkomst ook wordt beïnvloed door de marktpraktijken (reclame)¹⁴⁸ die rechtstreeks verband houden met het desbetreffende goed of de desbetreffende dienst. De parlementaire voorbereiding verduidelijkt dat die interpretatieregule ook geldt bij de beoordeling van het al dan niet transparante en eerlijke karakter van een beding¹⁴⁹. Ook dan moet rekening worden gehouden met “*de verwachtingen die werden geschapen door de marktpraktijken (reclame) met betrekking tot het betrokken goed of dienst*”¹⁵⁰.

34. (ii) OPEN NORM: KENNELIJK ONEVENWICHT TUSSEN RECHTEN EN PLICHTEN – Volgens artikel VI.91/3, § 1 WER is een beding onrechtmatig (oneerlijk) als het een “*kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen*”. Een dergelijk beding is verboden en nietig¹⁵¹. De partijen blijven echter gebonden door de rest van de overeenkomst voor zover de overeenkomst kan bestaan zonder het oneerlijke beding¹⁵².

De wetgever gebruikt dus hetzelfde criterium als in de open norm over oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten¹⁵³. Een gelijkaardig criterium is nu ook al aanwezig in het verbod op kennelijk onbillijke bedingen in de wet betalingsachterstand¹⁵⁴. Bovendien sluit de formulering van die nieuwe open norm aan bij het belangrijke Franse artikel L442-1, I, 2° C.com.¹⁵⁵. Dat artikel verbiedt dat er een “*significant onevenwicht*” bestaat tussen de rechten en verplichtingen van ondernemingen¹⁵⁶. Uit de Franse rechtspraak blijkt dat die

¹³⁸. Desondanks stelt de parlementaire voorbereiding dat die beperking van het toepassingsgebied betrekking heeft op “kernbedingen”: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 32.

¹³⁹. In het algemeen benadrukt de parlementaire voorbereiding dat op die manier enkel het *juridische* evenwicht en niet het *economische* evenwicht mag worden getoetst aan de wet: *ibid.*

¹⁴⁰. *Ibid.*

¹⁴¹. Elders stelt de parlementaire voorbereiding dat een beding niet mag worden getoetst indien er kan worden “*aangetoond dat de andere partij akkoord ging om een bepaald element van de overeenkomst, of een bepaald risico, uit te sluiten in ruil voor een voordeel*”. Door hier in het algemeen te verwijzen naar een “*voordeel*” in plaats van “*een vermindering van de prijs*” (of vermeerdering van de prijs), lijkt het materiële toepassingsgebied zelfs nog beperkter te zijn: *ibid.*

¹⁴². *Ibid.*

¹⁴³. Dit kan worden afgeleid uit het stilzwijgen van de wetgever op dit vlak.

¹⁴⁴. De Belgische wetgever heeft hierbij voor een ruimere bescherming gekozen dan diegene die voorzien was in de Europese richtlijn over oneerlijke bedingen: zie art. 1, lid 1 richtlijn nr. 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*Pb.L.* 21 april 1993, afl. 95, 29) (hierna: “richtlijn oneerlijke bedingen”) *jo.* art. 3, lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen.

¹⁴⁵. Uit art. III.77 WER *jo.* art. III.74, 9° WER volgt nu al dat een onderneming haar algemene voorwaarden op een heldere manier, dus op een duidelijke en begrijpelijke manier, moet meedelen of beschikbaar stellen. Zie ook wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 29.

¹⁴⁶. “*In geval van twijfel wordt de overeenkomst uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft.*”

¹⁴⁷. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 29.

¹⁴⁸. *Ibid.*, 30.

¹⁴⁹. *Ibid.*, 29-30.

¹⁵⁰. *Ibid.*

¹⁵¹. Art. VI.91/6 WER.

¹⁵². *Ibid.*

¹⁵³. Art. I.8, 23° WER.

¹⁵⁴. Art. 7, tweede lid wet betalingsachterstand.

¹⁵⁵. Het criterium in art. VI.91/3, § 1 WER komt ook overeen met het criterium van het Franse gemeenrechtelijke verbod op oneerlijke bedingen in art. 1171 C.civ.: *cf. supra*, vn. 200.

¹⁵⁶. Voor de wijziging van de Code de commerce in 2019, was die bepaling opgenomen in art. L442-6, I, 2° C.com.

bepaling ook daadwerkelijk bescherming biedt¹⁵⁷. Zoals hoger vermeld, heeft dat Franse verbod weliswaar een ruimere draagwijdte¹⁵⁸. Het geldt namelijk niet alleen voor oneerlijke bedingen, maar ook voor oneerlijke handelspraktijken. Ook voor oneerlijke handelspraktijken wordt in Frankrijk dus het criterium van een “*kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten*” toegepast.

Ook de elementen waarmee rekening wordt gehouden om het oneerlijke karakter van een beding te beoordelen, zijn grotendeels dezelfde als bij de beoordeling van een beding in een B2C-overeenkomst¹⁵⁹. Zo moet onder andere de volledige contractuele verhouding bij de beoordeling worden betrokken¹⁶⁰. Dat impliceert bijvoorbeeld dat de mate waarin de contractuele bedingen wederkerig zijn, ook relevant is¹⁶¹. Specifiek voor de B2B-verhouding voegt de wetgever toe dat de “*algemene economie van de overeenkomst*” en “*alle geldende handelsgebruiken*” relevant zijn¹⁶². Daarnaast blijkt uit de parlementaire voorbereiding dat ook de mate waarin er wordt afgeweken van het suppletief recht mee in rekening wordt genomen¹⁶³.

In de parlementaire voorbereiding benadrukt de wetgever echter dat het niet de bedoeling is om de “*verregaande rechtspraak van het Europese Hof van Justitie*” over het verbod op oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten *mutatis mutandis* toe te passen¹⁶⁴. Meer specifiek wordt verwezen naar het feit dat de rechter de inhoud van een nietig schadebeding niet mag herzien en het beding dus niet mag matigen¹⁶⁵.

35. (iii) ZWARTE LIJST – De zogenaamde zwarte lijst bevat vier bedingen die sowieso verboden zijn. Het gaat over bedingen die “*ertoe strekken*”¹⁶⁶

1° *te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de andere partij terwijl de uitvoering van de prestaties van de onderneming onderworpen is aan een voor-*

waarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil;

2° *de onderneming het eenzijdige recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren;*

3° *in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming;*

4° *op onweerlegbare wijze de kennisname of de aanvaarding van de andere partij vast te stellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst*¹⁶⁷.

Elk van deze verboden bedingen komt ook voor in de lijst met oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten¹⁶⁸. Hierna staan we kort stil bij de bedingen die worden verboden door artikel VI.91/4, 4° WER.

36. 4° ONWEERLEGBARE VASTSTELLING VAN KENNISNAME OF AANVAARDING VAN BEDINGEN ZONDER DAADWERKELIJKE MOGELIJKHEID TOT KENNISNAME – Artikel VI.91/4, 4° WER heeft betrekking op kennisname- of aanvaardingsbedingen. De wetgever verbiedt meer bepaald bedingen die beogen “*op onweerlegbare wijze de kennisname of de aanvaarding van de andere partij vast te stellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst*”.

In tegenstelling tot het gelijkaardige verbod over de B2C-verhouding^{169,170} viseert dit nieuwe artikel ook bedingen waarbij de *kennisname* van contractuele bedingen onweerlegbaar wordt vastgelegd, en dus niet enkel bedingen waarbij de *aanvaarding* onweerlegbaar wordt vastgelegd.

In de parlementaire voorbereiding wordt benadrukt dat de zwarte lijst, en dus ook dit specifieke verbod, strikt moet worden geïnterpreteerd. Bijgevolg betekent dit verbod, volgens de parlementaire voorbereiding, dat “*een onderneming zich niet enkel [kan beroepen] op een beding die (sic) de*

¹⁵⁷. Zo wordt het verbod toegepast om de oneerlijke overdracht van een commercieel risico tegen te gaan: zie bv. Cass. (Fr.) 29 september 2015, nr. 13-25043, ECLI:FR:CCASS:2015:CO00818; Parijs 19 april 2017, nr. 15/24221, *JurisData*, nr. 2017-007467.

¹⁵⁸. *Supra*, randnr. 22.

¹⁵⁹. Art. VI.91/3, § 2, eerste lid WER.

¹⁶⁰. *Ibid.*

¹⁶¹. Cf. R. STEENNOT, “De impact van de rechtspraak van het Hof van Justitie op de regelen inzake onrechtmatige bedingen” in R. STEENNOT en G. STRAETMANS, *Wetboek van economisch recht en de bescherming van de consument*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (145) 162-163, nr. 22.

¹⁶². Art. VI.91/3, § 2, eerste lid WER.

¹⁶³. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 34.

¹⁶⁴. *Ibid.*, 24-25.

¹⁶⁵. *Ibid.*, 25; HvJ 14 juni 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA*, ECLI:EU:C:2012:349.

¹⁶⁶. Telkens moeten “*de concrete gevolgen van een bepaald beding of combinatie van bedingen*” voor de partijen worden onderzocht: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 36.

¹⁶⁷. Art. VI.91/4 WER (eigen benadrukking).

¹⁶⁸. Art. VI.83, 1°, 6°, 22° en 26° WER.

¹⁶⁹. Art. VI.83, 26° WER.

¹⁷⁰. Wat B2C-overeenkomsten betreft, heeft ook art. VI.83, 21° WER een belangrijke invloed op de geldigheid van kennisname- en aanvaardingsbedingen. Die bepaling verbiedt om de bewijslast bij de consument te leggen terwijl die normaliter op een andere contractpartij rust. Zie D. BRULOOT en R. STEENNOT, “Clausules i.v.m. de tegenwerpelijke van algemene voorwaarden” in L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMANS en A.L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (359) 379-380. De wet over de contractuele B2B-verhouding bevat echter geen verbod op bedingen die de bewijslast omkeren.

kennisname of de aanvaarding van de contractvoorwaarden onherroepelijk vaststelt¹⁷¹.

37. De rechtsleer stelt nu al dat kennisname- of aanvaardingsbedingen enkel kunnen leiden tot een vermoeden van de kennisname en/of aanvaarding indien de medecontractant redelijkerwijze de mogelijkheid heeft gehad om kennis te nemen van de algemene voorwaarden¹⁷². Volgens die opvatting is het dus irrelevant of het vermoeden van kennisname of aanvaarding weerlegbaar is of niet^{173,174}.

Die opvatting volgt uit de gemeenrechtelijke voorwaarden voor de tegenwerpelijheid van algemene voorwaarden¹⁷⁵. Daartoe is ten eerste vereist dat de medecontractant voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst kennis heeft genomen van de voorwaarden of minstens de mogelijkheid heeft gehad om daadwerkelijk daarvan kennis te nemen¹⁷⁶. Bovendien moeten de algemene voorwaarden uitdrukkelijk of stilzwijgend worden aanvaard door de medecontractant¹⁷⁷.

38. Een kennisname- of aanvaardingsbeding dat in strijd is met artikel VI.91/4, 4° WER, is nietig¹⁷⁸. Net zoals bij B2C-overeenkomsten¹⁷⁹, zal enkel dit specifieke beding nietig zijn. De nietigheid zal dus geen rechtstreekse impact hebben op de algemene voorwaarden waarop het vermoeden van de kennisname en/of de aanvaarding betrekking had. De onderneming die die voorwaarden heeft opgesteld, zal dan echter

wel op een andere manier het bewijs moeten kunnen voorleggen van de kennisname en/of aanvaarding van de algemene voorwaarden door de andere partij¹⁸⁰.

39. (iv) GRIJZE LIJST – Ook de zogenaamde grijze lijst met oneerlijke bedingen is hoofdzakelijk¹⁸¹ expliciet gebaseerd op de regelgeving over de B2C-verhouding. Het verschil is echter dat die bedingen in de B2B-verhouding slechts *vermoed* worden oneerlijk te zijn. Het is namelijk mogelijk om te bewijzen dat, “gezien de omstandigheden en kenmerken van de overeenkomst”, geen kennelijk onevenwicht wordt gecreëerd door een bepaald beding¹⁸². Indien diezelfde bedingen voorkomen in een B2C-overeenkomst, zijn ze daarentegen per definitie oneerlijk.

Concreet moet rekening worden gehouden met de “specifieke aard van het goed of de dienst, van de betrokken sector en van de commerciële gebruiken, (...) de gehele context en de commerciële relaties”¹⁸³. Bij die beoordeling zal ook het economische (on)evenwicht, eventueel gekoppeld aan andere, verbonden overeenkomsten, een invloed hebben¹⁸⁴.

Door slechts te *vermoeden* dat die bedingen oneerlijk zijn, geeft de wetgever aan partijen de mogelijkheid om die bedingen toch op te nemen. Als een onderneming kan aantonen dat het een bewuste keuze was van beide partijen om een bepaald beding uit die lijst op te nemen, zal het beding als eerlijk worden beschouwd¹⁸⁵.

171. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 38 (eigen benadrukking).

172. D. BRULOOT en R. STEENNOT, “Clausules i.v.m. de tegenwerpelijheid van algemene voorwaarden” in L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (359) 377; Q. VAN ENIS, “L’opposabilité des conditions générales off-line et on-line: de la suite dans les idées?” in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Bergen, Anthemis, 2009, (9) 20.

173. Zie ook de kritiek van enkele auteurs op het gelijkaardige verbod in de zwarte lijst met oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten (art. VI.83, 26° WER). Die bepaling vereist net als art. VI.91/4, 4° WER dat de aanvaarding “op onweerlegbare wijze” wordt vastgesteld. R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel VI.83, 26° WER” in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek Economisch Recht*, Boek VI, Titel 3. Overeenkomsten met consumenten, 2017, 3, nr. 3; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 161, nr. 35.

174. In het licht van de strikte interpretatie van de zwarte lijst, lijkt de parlementaire voorbereiding echter te benadrukken dat het verbod enkel de bedingen viseert die de kennisname of aanvaarding op onweerlegbare wijze vaststellen. Er wordt namelijk het volgende gesteld: “Zoals reeds is aangehaald, dienen bedingen op de zwarte lijst restrictief geïnterpreteerd te worden: zo zijn enkel de bedingen of voorwaarden verboden die op ‘onweerlegbare’ wijze de kennisname of aanvaarding van bedingen waarvan de andere partij niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vaststellen.”: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 38.

175. D. BRULOOT en R. STEENNOT, “Clausules i.v.m. de tegenwerpelijheid van algemene voorwaarden” in L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (359) 367-374; K. VANDERSCHOT, “Instemming met algemene voorwaarden: kennisname- en aanvaardingsclausules” in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet)-uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (1) 3 et seq. Die voorwaarden werden recentelijk bevestigd door het Hof van Cassatie: Cass. 20 april 2017, *TBBR* 2019, 133, noot R. BORREMAN.

176. *Ibid.*

177. *Ibid.*

178. *Infra*, randnr. 54.

179. R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel VI.83, 26° WER” in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Wetboek Economisch Recht*, Boek VI, Titel 3. Overeenkomsten met consumenten, 2017, 5, nr. 5.

180. *Cf. ibid.*

181. De lijst met oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten bevat echter geen equivalent van het verbod om een economisch risico over te dragen zonder tegenprestatie (art. VI.91/5, 3° WER).

182. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 40.

183. *Ibid.*

184. *Ibid.*, 32.

185. *Ibid.*, 40.

40. Concreet viseert de grijze lijst bedingen “die ertoe strekken:

- 1° *de onderneming het recht te verlenen om zonder geldige reden de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen;*
- 2° *een overeenkomst van bepaalde duur stilzwijgend te verlengen of te vernieuwen, zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;*
- 3° *zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust;*
- 4° *op ongepaste wijze de wettelijke rechten van een partij uit te sluiten of te beperken in geval van volledige of gedeelde wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de andere onderneming van een van haar contractuele verplichtingen;*
- 5° *onverminderd artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, de partijen te verbinden zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;*
- 6° *de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar zware fout of voor die van haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor het niet uitvoeren van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken;*
- 7° *de bewijsmiddelen waarop de andere partij een beroep kan doen te beperken;*
- 8° *in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de andere partij, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die kennelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden*¹⁸⁶.

Hierna bespreken we een selectie van de bedingen die in deze lijst worden opgesomd. Ten eerste bespreken we kort het (princiële) verbod op eenzijdige wijziging van de overeenkomst (1°), het (princiële) verbod op de stilzwijgende verlenging of vernieuwing zonder redelijke opzegtermijn (2°) en het (princiële) verbod om een ondernemingsrisico zonder tegenprestatie over te dragen (3°). Daarna bespreken we de bepaling over de redelijke opzegtermijn (5°) en de bepaling over exoneratiebedingen (6°).

41. 1° *Eenzijdige wijziging overeenkomst* – Volgens artikel VI.91/5, 1° WER is het verboden dat een onderneming het recht krijgt om zonder geldige reden de prijs, de

kenmerken of voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen.

Het verbod is beperkt tot bedingen die het mogelijk maken om de overeenkomst *zonder geldige reden* te wijzigen. Bijgevolg is het in principe toegestaan om te bepalen dat de overeenkomst eenzijdig mag worden gewijzigd op basis van een geldige, objectief te verantwoorden¹⁸⁷ reden¹⁸⁸. Een dergelijk beding zou echter wel nog via de open norm kunnen worden verboden. Louter discretionaire, willekeurige aanpassingen worden daarentegen vermoed oneerlijk te zijn¹⁸⁹. Zo zal een beding dat een contractpartij het recht geeft om de overeenkomst “te allen tijde” eenzijdig te wijzigen, onder dit vermoeden vallen.

Daarnaast kunnen we uit de parlementaire voorbereiding afleiden dat het echter enkel gaat over de situatie waarbij de tegenpartij niet de mogelijkheid krijgt om de wijzigingen te betwisten of erover te onderhandelen¹⁹⁰.

Bovendien viseert de wetgever enkel *bedingen* die de eenzijdige wijziging mogelijk maken. Dit verbod zal dus geen oplossing vormen voor de *praktijk* waarbij een onderneming een element van de overeenkomst eenzijdig (zonder geldige reden) wijzigt, *zonder* dat dit recht contractueel was vastgelegd. Het ruim geformuleerde Franse verbod op een significant onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen¹⁹¹ kan daarentegen wel worden toegepast op beide situaties.

In de landbouw- en voedselvoorzieningsketen zullen ondernemingen daarenboven rekening moeten houden met het strengere verbod op eenzijdige wijziging van de overeenkomst¹⁹².

42. 2° *Stilzwijgende verlenging of vernieuwing zonder redelijke opzegtermijn* – Op basis van artikel VI.91/5, 2° WER wordt een beding dat ertoe strekt “een overeenkomst van bepaalde duur stilzwijgend te verlengen of te vernieuwen, zonder opgave van een redelijke opzegtermijn” vermoed oneerlijk te zijn.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat die bepaling twee gevolgen heeft. Ten eerste impliceert ze dat een contractpartij de mogelijkheid moet hebben om de verlengde of vernieuwde overeenkomst op te zeggen¹⁹³. Ten tweede moet er een redelijke opzeggingstermijn worden bepaald¹⁹⁴.

¹⁸⁶ Art. VI.91/5 WER (eigen benadrukking).

¹⁸⁷ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 41.

¹⁸⁸ Zoals de wijziging van de prijs van de grondstoffen of van de prijzen van toeleveranciers: *ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Art. L442-1, I, 2° C.com.

¹⁹² Art. 3, 1., c) richtlijn nr. 2019/633/EU; *supra*, randnr. 16.

¹⁹³ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 42.

¹⁹⁴ *Ibid.*

Via deze bepaling beoogt de wetgever niet alleen de medecontractant te beschermen, maar wordt ook de vrije mededinging gevrijwaard¹⁹⁵. Bedingen die de stilzwijgende verlenging of vernieuwing mogelijk maken zonder een redelijke opzegtermijn, beperken volgens de parlementaire voorbereiding namelijk de mogelijkheid om over te stappen naar een concurrent van de medecontractant¹⁹⁶.

43. De zwarte lijst met oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten, vervat in artikel VI.83 WER, bevat geen equivalente bepaling van dit toekomstige artikel VI.91/5, 2° WER.

Een andere bepaling over de B2C-verhouding, artikel VI.91 WER, heeft echter wel betrekking op de opzegtermijn die moet worden gerespecteerd bij de stilzwijgende verlenging van twee specifieke soorten B2C-overeenkomsten. Het betreft B2C-dienstenovereenkomsten en B2C-verkoopovereenkomsten die zowel goederen als diensten als voorwerp hebben. Volgens artikel VI.91, § 2 WER mag de opzegtermijn van die overeenkomsten na de verlenging ervan maximum 2 maanden bedragen.

Daarnaast heeft ook artikel VI.83, 2° WER betrekking op de hypothese waarbij een B2C-overeenkomst (in het algemeen) stilzwijgend wordt verlengd¹⁹⁷. Het regelt echter niets over de opzegtermijn, maar verbiedt bedingen waarbij *“een al te ver van het einde van de overeenkomst verwijderde datum is vastgesteld als uiterste datum voor de kennisgeving van de wil van de consument om de overeenkomst niet te verlengen”*¹⁹⁸. Het toekomstige artikel VI.91/5 WER bepaalt daarentegen niets over het al dan niet oneerlijke karakter van dergelijke bedingen in B2B-overeenkomsten. Uiteraard kan een dergelijk beding altijd worden getoetst aan de open norm die oneerlijke bedingen verbiedt (art. VI.91/3, § 1 WER).

44. 3° *Overdracht economisch risico* – Artikel VI.91/5, 3° WER creëert het vermoeden dat een beding oneerlijk is indien een onderneming daarmee “het” economische risico zonder tegenprestatie overdraagt op de andere onderneming.

Die bepaling komt (logischerwijze) niet voor in de lijst met oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten. Ook in de Franse of Duitse wet bestaat er geen identiek geformuleerde bepaling. Artikel VI.91/5, 3° WER vertoont wel gelijkenissen met het Franse artikel L442-1, I, 1° C.com. Dat artikel verbiedt dat een onderneming een *voordeel* probeert te verkrijgen/ verkrijgt terwijl er geen of slechts een manifest

onevenredige tegenprestatie tegenover staat. Indien een onderneming een eigen economisch risico overdraagt op de medecontractant, kent zij zichzelf een voordeel toe. Het Franse verbod is wel ruimer, aangezien het ook geldt indien er wel een tegenprestatie is, maar ze manifest onevenredig is.

Daarnaast kunnen we het verbod op overdracht van het economisch risico ook in verband brengen met de lijst met praktijken in artikel 3, lid 2 richtlijn nr. 2019/633/EU over de landbouw- en voedselvoorzieningsketen¹⁹⁹. Die praktijken zijn toegestaan indien ze duidelijk en ondubbelzinnig werden overeengekomen. Voor zover de daarin opgesomde praktijken ook betrekking hebben op de overdracht van een economisch risico, stelt de Europese wetgever dus een soepelere regelgeving voor dan die van artikel VI.91/5, 3° WER. Bij de omzetting van de richtlijn nr. 2019/633/EU zal de wetgever bijgevolg moeten beslissen of hij een soepelere *lex specialis* creëert voor de landbouw- en voedselvoorzieningsketen.

45. Om te bepalen of een bepaald, concreet beding inderdaad oneerlijk is, zal ook rekening worden gehouden met de handelsgebruiken in de betrokken sector²⁰⁰. Zo verwijst de wetgever naar het verschil tussen de distributiesector en de bouwsector.

46. Net zoals bij artikel VI.91/5, 1° WER is de draagwijdte van de bepaling echter beperkt tot *bedingen*. Ze biedt dus geen oplossing voor de *praktijk* waarbij een economisch risico wordt overgedragen op de tegenpartij, zonder dat dit contractueel (al dan niet schriftelijk) was overeengekomen. Bijgevolg zou het niet kunnen worden toegepast wanneer een onderneming plotseling via een eenzijdige afhouding van de factuur de kosten voor de buitenlandse expansie overdraagt op haar medecontractant, zonder dat dit contractueel²⁰¹ was overeengekomen²⁰².

47. Bovendien zou er kunnen worden gediscussieerd over wat een “economisch risico” is en op welke partij dat risico normaal gezien rust. Ook wanneer strikt gezien niet een “risico” (waarbij een zekere mate van onzekerheid inherent is) wordt overgedragen, maar (een deel van de) investeringen of kosten die een onderneming maakt, zou dit als een overdracht van economisch risico (*sensu lato*) kunnen worden beschouwd.

Daarnaast zal de vraag of er een tegenprestatie tegenoverstaat, afhangen van de concrete beoordeling. Volgens de

^{195.} *Ibid.*

^{196.} *Ibid.*

^{197.} Zie ook art. VI.83, 19° WER, dat betrekking heeft op een beding dat ertoe strekt “*de overeenkomst van bepaalde duur voor de opeenvolgende levering van goederen voor een onredelijke termijn te verlengen indien de consument niet tijdig opzegt*”.

^{198.} Art. VI.83, 20° WER.

^{199.} *Supra*, randnr. 17.

^{200.} Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 42.

^{201.} Al dan niet schriftelijk.

^{202.} *Cf. supra*, randnr. 1.

Franse rechtspraak over het vroegere gelijkaardige artikel L442-1, 1° C.com.²⁰³ rust de bewijslast van de *aanwezigheid* van een tegenprestatie overigens op de onderneming die het verbod zou hebben geschonden²⁰⁴. Die bewijslastverdeling vloeiende voort uit het algemeen geldende artikel L442-6, III, tweede lid C.com. Die bepaling is sinds de wetwijziging van 2019 echter geschrapt.

48. 5° *Redelijke opzegtermijn* – Artikel VI.91/5, 5° WER heeft betrekking op “*bedingen over de duur van de overeenkomst en het opzegrecht*”²⁰⁵. Volgens artikel VI.91/5, 5° WER geldt er een vermoeden van oneerlijkheid indien een beding ertoe leidt dat de partijen worden verbonden “*zonder opgave van een redelijke opzegtermijn*”.

Die bepaling is enigszins gebaseerd op de zwarte lijst met oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten (art. VI.83, 10° en 11° WER). Daarnaast heeft de wetgever zich ook laten inspireren door de Franse Code de commerce²⁰⁶.

49. De doelstelling van deze bepaling is tweeledig. Enerzijds wil de wetgever voorkomen dat een contractuele verhouding *plotseling* wordt beëindigd²⁰⁷. Anderzijds wil de wetgever ook vermijden dat contractpartijen een te lange opzegtermijn moeten respecteren, aangezien dat nefast is voor de vrije mededinging²⁰⁸.

50. Het is niet volledig duidelijk hoe artikel VI.91/5, 5° WER moet worden opgevat. Op het eerste gezicht zou die bepaling, op basis van de parlementaire voorbereiding, zo kunnen worden geïnterpreteerd dat ook bij contracten van bepaalde duur een opzegings*mogelijkheid* moet worden vastgelegd²⁰⁹. Er wordt namelijk gesteld dat “*ook bij overeenkomsten van bepaalde duur de contractvrijheid niet kennelijk aangetast [dient] te worden en (...) ook bij [overeenkomsten van] bepaalde duur de andere partij [dient] te*

beschikken over een redelijke opzegtermijn”²¹⁰. Bovendien wordt voorafgaand aan dit citaat expliciet verwezen naar artikel VI.91/5, 2° WER, dat betrekking heeft op bedingen over de stilzwijgende verlenging of vernieuwing van een contract. In de parlementaire voorbereiding wordt bij die bepaling expliciet vermeld dat er ook een opzegings*mogelijkheid* moet worden bepaald voor het verlengde of vernieuwde contract²¹¹.

Er is echter ook een andere interpretatie van artikel VI.91/5, 5° WER mogelijk. In het voormelde citaat verwijst “*de andere partij*” namelijk naar de partij die met de opzegging wordt geconfronteerd, en dus niet naar de partij die zelf opzegt²¹². Bijgevolg zou dat citaat ook zo kunnen worden geïnterpreteerd dat *indien* de overeenkomst van bepaalde duur vroegtijdig kan worden opgezegd, er een redelijke opzegtermijn moet zijn bepaald²¹³. Op die manier wordt dan voorkomen dat de overeenkomst plotseling wordt beëindigd. In die interpretatie gaat het citaat uit de parlementaire voorbereiding dus niet over de eventuele *mogelijkheid* om een overeenkomst op te zeggen, maar louter over de *opzegtermijn* die in dat geval moet worden gerespecteerd.

51. In elk geval zal er moeten worden beoordeeld of de opzegtermijn “*redelijk*” is. Volgens de parlementaire voorbereiding zal die beoordeling onder andere afhangen van “*de aard van het goed of dienst, de structuur van de markt, de veelvuldigheid van prestaties, (...) de betrokken sector*”²¹⁴.

52. 6° *Exoneratiebedingen* – Artikel VI.91/5, 6° WER bepaalt dat een onderneming haar aansprakelijkheid in principe niet mag uitsluiten voor een opzettelijke of zware fout van haar of haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor het niet uitvoeren van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst vormen. Daarmee wijkt de wetgever af van de – weliswaar betwiste – rechtspraak

²⁰³ Deze rechtspraak zal volgens ons ook relevant blijven om het nieuwe, ruimer geformuleerde art. L442-1, 1° C.com. te interpreteren.

²⁰⁴ Cass. (Fr.) 24 september 2013, nr. 12-23353, ECLI:FR:CCASS:2013:CO00860; CEPC, “Avis de la Commission d’examen des pratiques commerciales n° 04-02 du 5 février 2004 relatif à la conformité de certaines pratiques à l’article L. 442-6 du code de commerce (non publié au JO)”, www.economie.gouv.fr/cepc/avis-ndeg04-02-relatif-a-conformite-certaines-pratiques-a-larticle-l-442-6-code-commerce.

²⁰⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 43.

²⁰⁶ Art. L442-1, II C.com. bepaalt dat een onderneming aansprakelijk is indien ze een vaststaande handelsrelatie plotseling verbreekt zonder een schriftelijke opzegging. Vóór de wetwijziging van 2019 was die bepaling opgenomen in art. L442-6, I, 5° C.com. Voor een uitgebreide bespreking, zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 457-471, nrs. 393-398.

²⁰⁷ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 43.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*, 42.

²¹² *Ibid.*, 43.

²¹³ Over de rechten van de partij die de overeenkomst *opzegt*, stelt de parlementaire voorbereiding het volgende: “*Omgekeerd moet ook de andere partij krachtens dit principe van openbare orde altijd de mogelijkheid hebben om niet voor onbepaalde duur verbonden te zijn en moet hem een redelijke opzegtermijn gegund worden. Bedingen die in de gegeven sector ertoe strekken de partij die opzegt verbonden te laten blijven gedurende een onnodig lange termijn zijn dus ook onrechtmatig. Wordt er niets bepaald in de overeenkomst, dan wordt een dergelijke opzegtermijn volgens de gemeenrechtelijke regels vastgesteld.*”: *ibid.* Dit citaat lijkt enkel betrekking te hebben op overeenkomsten van onbepaalde duur.

²¹⁴ *Ibid.*

van het Hof van Cassatie die stelde dat een contractpartij zich wel kan exonereren voor haar zware fout^{215,216}.

De nieuwe bepaling regelt echter niets over bedingen waarbij een onderneming zich exonereert voor lichamelijke schade of overlijden. In B2C-overeenkomsten is een dergelijk beding echter wel oneerlijk en dus verboden^{217,218}.

53. BIJZONDERE RAADGEVENDE COMMISSIE “ONRECHTMATIGE BEDINGEN” – De wetgever breidt bovendien de adviesverlenende bevoegdheid van de Bijzondere raadgevende commissie “Onrechtmatige bedingen” (hierna “BRC Onrechtmatige bedingen”) uit tot oneerlijke bedingen in B2B-overeenkomsten²¹⁹. Ook op dat vlak wordt de aanpak van oneerlijke bedingen in B2C-overeenkomsten en B2B-overeenkomsten dus gelijkgeschakeld.

Interprofessionele groeperingen en bedrijfsgroeperingen kunnen een advies vragen, maar individuele ondernemingen hebben die mogelijkheid niet²²⁰. Daarnaast kunnen ook de minister van Economie en de minister bevoegd voor Middenstand een beroep doen op de BRC Onrechtmatige bedingen²²¹.

54. HANDHAVING – Een oneerlijk beding is nietig²²². Net zoals bij de schending van andere bepalingen van het WER, kan een onderneming ook een vordering tot staking instellen indien ze wordt geconfronteerd met een oneerlijk beding²²³.

Daarnaast geeft de wet aan de minister van Economie en de minister bevoegd voor de Middenstand de mogelijkheid om samen een vordering tot staking in te stellen tegen oneerlijke

bedingen in B2B-overeenkomsten^{224,225}. Op die manier biedt de wet een oplossing voor de hoger vermelde “fear factor”. Die aanpak heeft alvast zijn nut bewezen in Frankrijk²²⁶.

55. KRITISCHE ANALYSE – Het idee dat ondernemingen wettelijk moeten worden beschermd tegen oneerlijke bedingen, kan zeker revolutionair worden genoemd. Wellicht zullen vooral de zwarte en grijze lijsten een belangrijke impact hebben op de toekomstige contractuele verhouding tussen ondernemingen.

Voor de bedingen die in de grijze lijst voorkomen, biedt de wet logischerwijze minder houvast aan partijen dan de bedingen op de zwarte lijst. De wetgever laat namelijk bewust ruimte voor een concrete beoordeling. Zo wordt bij het principiële verbod op de overdracht van een economisch risico in de parlementaire voorbereiding benadrukt dat ook de handelsgebruiken mede bepalen of het beding oneerlijk is. Concreet wordt verwezen naar de handelsgebruiken in de distributiesector, ten opzichte van die in de bouwsector. Het is echter slechts verantwoord om rekening te houden met de reeds bestaande handelsgebruiken als die *eerlijk* kunnen worden genoemd. Aangezien de distributiesector in de voedselvoorzieningsketen net als een problematische verhouding wordt beschouwd, bestaat het risico dat deze wetgeving de bestaande handelsgebruiken, die mogelijk *oneerlijk* zijn, consolideert.

Daarnaast begrijpen we dat de afwijking van het suppletief recht mee wordt betrokken bij de concrete beoordeling van het al dan niet oneerlijke karakter van een beding. Dat aspect zou echter slechts een beperkte invloed mogen hebben. Het

^{215.} Cass. 25 september 1959, *Arr. Cass.* 1960, (86) 87, *JT* 1960, (114) 114, noot J.-J. ROTTHIER en *Pas.* 1960, (113) 119, Concl. P. MAHAUX; M. FONTAINE en F. DE LY, *DROIT DES CONTRATS INTERNATIONAUX. ANALYSE ET RÉDACTION DE CLAUSES*, Brussel, Bruylant, 2003, 417-418. Zie echter de kritiek op die rechtspraak: B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge” in P. WÉRY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, Brussel, die Keure, 2001, (33) 59-60, nr. 41; R. KRUIHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, (233) 275-280, nrs. 34-35; T. MALENGREAU, “L’entreprise et les clauses exonératoires de la responsabilité” in C. DELFORGE, S. STIJNS en P. WÉRY, *Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming*, Brugge, die Keure, 2017, (71) 91-92, nrs. 18-19 (genuanceerd); A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen” in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (1) 16, nr. 16.

^{216.} Het wetsvoorstel voor de hervorming van het verbintenissenrecht bevestigde het standpunt van het Hof van Cassatie. Een bevrijding van de schuldenaar van zijn eigen zware fout of van de zware fout van de persoon voor wie hij moet instaan, wordt echter niet vermoed: art. 5.92, § 1, tweede lid wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1.

^{217.} Art. VI.83, 25° WER.

^{218.} In het wetsvoorstel voor de hervorming van het verbintenissenrecht werd er echter voor geopteerd om in het algemeen in het Burgerlijk Wetboek te verbieden dat een schuldenaar zich bevrijdt van zijn aansprakelijkheid of die van een persoon voor wie hij moet instaan indien die fout “*het leven of de fysieke integriteit van een persoon aantast*”: art. 5.92, § 1, derde lid, 2° wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, nr. 54-K3709/1.

^{219.} Art. VI.91/8 WER.

^{220.} Art. VI.91/8, § 1, tweede lid WER.

^{221.} Art. VI.91/8, § 1, eerste lid WER.

^{222.} Art. VI.91/6 WER.

^{223.} Art. XVII.1 WER *jo.* art. XVII.7, 1° WER.

^{224.} Art. XVII.7, eerste lid, 2°/1 WER.

^{225.} Daarnaast wordt art. XVII.12 WER ook van toepassing op het verbod op oneerlijke bedingen. Daardoor kan de vordering tot staking “*afzonderlijk of gezamenlijk, worden ingesteld tegen verscheidene ondernemingen van dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of van soortgelijke algemene contractuele bedingen.*”

^{226.} In 2015 en 2016 werden er respectievelijk 19 en 9 zaken ingesteld door de minister van Economie: DGCCRF, “Le bilan de la jurisprudence civile et pénale 2016”, www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2016_dgccrf.pdf, 2; DGCCRF, “Le bilan de la jurisprudence civile et pénale 2015”, www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2015_dgccrf.pdf, 2. De Franse minister van Economie kan ook andere sancties vorderen dan de vordering tot staking. Zo kan hij een privaatrechtelijke boete vorderen. Zie art. L442-4, I, derde lid C.com.

kan immers niet de bedoeling zijn dat het concept van het suppletief recht wordt uitgehold. Daarom mag het zeker niet het enige criterium vormen.

De bespreking van de twee lijsten maakt bovendien duidelijk dat een strikte scheiding tussen oneerlijke bedingen en praktijken nadelig kan zijn. Zo bepaalt de wetgever strikt gezien immers niets over de *praktijk* om een overeenkomst eenzijdig, zonder geldige redenen te wijzigen²²⁷.

Het is echter positief dat de BRC Onrechtmatige bedingen ook bevoegd wordt om advies te geven over bedingen in B2B-overeenkomsten. De adviezen van die commissie kunnen op een actieve manier bijdragen tot een beter begrip van de nieuwe regelgeving en kunnen dus meer rechtszekerheid creëren. O.i. was het echter beter geweest mocht de BRC Onrechtmatige bedingen ook kunnen worden geraadpleegd door individuele ondernemingen.

4.2.3. Oneerlijke handelspraktijken

56. VERBOD OP MISLEIDENDE EN AGRESSIEVE HANDELSPRAKTIJEN (MARKTPRAKTIJEN) – Tot slot hebben de nieuwe bepalingen ook betrekking op oneerlijke handelspraktijken²²⁸ tussen ondernemingen. De wetgever viseert echter enkel misleidende en agressieve handelspraktijken. Het nieuwe artikel VI.104/1 WER omschrijft dergelijke handelspraktijken als handelspraktijken die “*in het bijzonder oneerlijk zijn in de zin van artikel VI.104 WER*”.

De bepalingen over misleidende en agressieve handelspraktijken worden respectievelijk ingevoegd in het nieuwe artikel VI.105 WER en artikel VI.105/1 WER en

artikelen VI.109/1-VI.109/3 WER. De wetgever heeft echter geen lijsten van misleidende of agressieve handelspraktijken opgesteld.

57. VERBOD OP MISLEIDENDE HANDELSPRAKTIJEN – Het nieuwe artikel VI.105 WER omschrijft wanneer er sprake is van een misleidende handelspraktijk tussen ondernemingen. Voordien bevatte die bepaling de omzetting van de Europese regels over misleidende reclame^{229,230}. Die bepaling wordt nu uitgebreid, zodat ondernemingen ook worden beschermd tegen misleidende *handelspraktijken*. Dat idee werd ook voorgesteld in het rapport van de zogenaamde “fitness check” van de richtlijn nr. 2005/29/EG over oneerlijke handelspraktijken²³¹ en de richtlijn nr. 2006/114/EG over misleidende reclame en vergelijkende reclame^{232,233}.

De inhoud van het nieuwe artikel VI.105 WER komt grotendeels overeen met de equivalente bepalingen over misleidende handelspraktijken in de B2C-verhouding^{234,235}. Artikel VI.105, 9° WER is volgens ons specifiek vermeldenswaard. Het bepaalt dat een onderneming een misleidende handelspraktijk begaat indien ze een concrete verplichting die voortvloeit uit een sectorale gedragscode waartoe ze zich verbonden heeft, niet nakomt²³⁶. In tegenstelling tot de gelijkaardige B2C-bepaling, is het niet nodig dat de onderneming uitdrukkelijk heeft te kennen gegeven dat ze zich engageert om die gedragscode na te leven²³⁷. Zoals wordt gepreciseerd in de parlementaire voorbereiding, volstaat de loutere niet-nakoming van een sectorale gedragscode²³⁸. Concreet zal deze bepaling een invloed kunnen hebben op de handhaving van de gedragscode voor faire relaties tussen aanbieders en kopers in de agrovoedingsketen²³⁹.

²²⁷ Het gaat hier over de situatie waarbij een onderneming een overeenkomst eenzijdig wijzigt, zonder dat de overeenkomst haar die mogelijkheid biedt. Die contractpartij schendt art. 1134 BW en begaat dus een contractuele wanprestatie. We betwijfelen echter of het gemeenrechtelijke art. 1134 BW in dit geval voldoende bescherming biedt. Zo is er volgens onze gegevens geen rechtspraak over dat artikel gekend die kadert in die problematiek. Wellicht verhindert de fear factor dat die grondslag daadwerkelijk wordt toegepast door ondernemingen die worden geconfronteerd met een eenzijdige wijziging van de overeenkomst. Het feit dat er hierover geen ontwikkelde rechtspraak bestaat, zal die schrik om juridische actie te ondernemen wellicht nog versterken (zie ook S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 357, nr. 321). In dat opzicht zou een concreet verbod op dergelijke praktijken de impact van de fear factor minstens enigszins kunnen afzwakken. Bovendien kunnen we verwachten dat een concreet verbod ook een preventieve werking zou hebben.

²²⁸ De wetgever houdt vast aan het terminologische onderscheid tussen “*marktpraktijken*” (B2B) en “*handelspraktijken*” (B2C). Terwijl het laatstgenoemde begrip wordt gedefinieerd in de wet (art. I.8, 23° WER), ontbreekt een definitie van het begrip “*marktpraktijk*”.

²²⁹ Oud art. VI.105, 4° WER wordt nu opgenomen in art. VI.104/1, 3° WER.

²³⁰ De nieuwe regels bevatten geen verbod meer op zogenaamde “verwijzende reclame” (oud art. VI.105, 3° WER); zie D. MERTENS, “Commentaar artikel VI.105 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, afl. 73, 68.

²³¹ Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn nr. 84/450/EEG van de Raad, richtlijnen nrs. 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad (*Pb. L.* 11 juni 2005, afl. 149, 22).

²³² Richtlijn nr. 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (*Pb. L.* 11 juni 2005, afl. 149, 31).

²³³ EUROPESE COMMISSIE, “Commission staff working document – Report on the Fitness Check”, SWD(2017) 209 def., 108 en 133.

²³⁴ Zie art. VI.97 en VI.98, 1° en 2°, a) WER.

²³⁵ Art. VI.105, 10° WER komt overeen met huidig art. VI.105, 2° WER.

²³⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 65.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ www.supplychaininitiative.be/library/files/Code_140610_NL.pdf. Voor meer informatie over deze Belgische gedragscode en gedragscodes in Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 623 *et seq.*

Naar analogie met de bepalingen over de B2C-verhouding, voegt de wetgever daarnaast een bepaling over “misleidende omissie” toe²⁴⁰. Beide bepalingen verwijzen echter niet naar de “gemiddelde” onderneming maar naar “een” onderneming en “de andere” onderneming.

Eerder had de wetgever al in artikel VI.107 WER een specifiek verbod gecreëerd om ondernemingen te beschermen tegen de misleidende praktijken van zogenaamde “reclame-ronselers”²⁴¹. Door de wetwijziging wordt dat verbod, samen met het verbod op bepaalde reclamevormen (art. VI.106 WER) en het verbod om een piramidesysteem op te zetten (art. VI.109 WER), ook ondergebracht in de afdeling over misleidende handelspraktijken. Ook die praktijken worden dus als misleidende handelspraktijken beschouwd²⁴².

58. VERBOD OP AGRESSIEVE HANDELSPRAKTIJKEN – Ook de bepalingen over agressieve handelspraktijken tussen ondernemingen komen zo goed als volledig overeen met de equivalente bepalingen over de B2C-verhouding²⁴³.

De open norm is terug te vinden in artikel VI.109/1 WER. Volgens die bepaling is er sprake van een verboden agressieve handelspraktijk indien een handelspraktijk “*in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de onderneming met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor zij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat zij anders niet had genomen*”²⁴⁴.

In de parlementaire voorbereiding wordt wel beklemtoond dat het de essentie is van concurrentie dat er “*op het scherp van de snede wordt onderhandeld*”, maar dat de andere onderneming “*niet voor het blok gezet mag worden door dwang of ongepaste beïnvloeding*”²⁴⁵. Ongepaste beïnvloe-

ding wordt omschreven als “*het uitbuiten door een onderneming van een machtspositie ten aanzien van de andere onderneming om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die haar vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt*”²⁴⁶. De parlementaire voorbereiding verduidelijkt dat “machtspositie” hier niet moet worden geïnterpreteerd zoals in het mededingingsrecht. Het verwijst louter naar “*een situatie van ongelijkheid tussen een sterke en een zwakke partij*”²⁴⁷.

Volgens artikel VI.109/2 WER zal ook “*de contractuele positie van een onderneming ten aanzien van een andere onderneming*” een rol spelen bij de vraag of er sprake is van intimidatie, dwang²⁴⁸ of ongepaste beïnvloeding²⁴⁹. Voor de B2C-verhouding zou een dergelijke toevoeging weinig zin hebben. Er kan immers worden verondersteld dat de consument de minder sterke contractuele positie heeft.

Daarnaast wordt de reeds verboden praktijk van afgedwongen aankoop (oud art. VI.108 WER, nieuw art. VI.109/3 WER) ook als een agressieve handelspraktijk beschouwd²⁵⁰.

59. HANDHAVING – Tot slot worden ook de bepalingen over de handhaving van Boek VI WER aangepast aan de nieuwe wetgeving. Ten eerste bepaalt artikel XV.83, 13°/1 WER dat misleidende of agressieve handelspraktijken kunnen worden gestraft met een strafrechtelijke geldboete van niveau 2²⁵¹. Artikel VI.104 WER, dat daarentegen het “algemene” verbod op oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen omschrijft, komt echter niet voor in de lijst van bepalingen die via een geldboete worden gehandhaafd.

Daarnaast krijgen de minister van Economie en de minister bevoegd voor de Middenstand de mogelijkheid om samen een vordering tot staking in te stellen indien er zich een misleidende of agressieve handelspraktijk voordoet²⁵². Ook op dat vlak worden die specifieke vormen van oneerlijke han-

²⁴⁰. Art. VI.105/1 WER.

²⁴¹. Art. VI.107 WER.

²⁴². Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 67.

²⁴³. Zie art. VI.101 en VI.102 WER.

²⁴⁴. Art. VI.109/1, eerste lid WER (eigen benadrukking).

²⁴⁵. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 71.

²⁴⁶. Art. VI.109/1, tweede lid WER.

²⁴⁷. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 71.

²⁴⁸. Dit wordt in de parlementaire voorbereiding gedefinieerd als: “*een actieve gedraging van een professionele actor ten nadele van een andere onderneming, met de bedoeling op die onderneming op ongepaste wijze druk uit te oefenen, ze met alle middelen, ook via fysiek geweld, te verplichten een beslissing te nemen die ze normaal gezien niet zou genomen hebben*”: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 71.

²⁴⁹. Volgens de parlementaire voorbereiding werd dit toegevoegd voor de situaties waarbij een onderneming een vooraf opgestelde overeenkomst gebruikt om druk uit te oefenen op de andere onderneming: *ibid.*, 73.

²⁵⁰. *Ibid.*, 68.

²⁵¹. Dit is een strafrechtelijke geldboete van 26 tot 10.000 EUR: art. XV.70, derde lid WER.

²⁵². Art. XVII.7, eerste lid, 2°/2 WER.

delspraktijken op een sterkere manier gehandhaafd dan artikel VI.104 WER²⁵³.

De onderneming die wordt getroffen door een misleidende of agressieve handelspraktijk kan ook zelf een vordering tot staking instellen²⁵⁴.

60. KRITISCHE ANALYSE – Wat oneerlijke handelspraktijken betreft, richt de aandacht van de wetgever zich uitsluitend op zogenaamde “misleidende en agressieve” handelspraktijken. Er kunnen zich tussen contracterende ondernemingen echter ook *andere* oneerlijke handelspraktijken

voordoen, die niet als misleidend of agressief kunnen worden beschouwd.

Zoals hoger vermeld, zijn wij in elk geval van mening dat het toepassingsgebied van artikel VI.104 WER niet beperkt is tot de verhouding tussen concurrerende ondernemingen (“horizontale B2B-verhouding”) of de “neutrale B2B-verhouding”^{255,256}. Door misleidende en agressieve handelspraktijken expliciet aan te duiden als *voorbeelden* van oneerlijke handelspraktijken in de zin van artikel VI.104 WER, erkent de wetgever in elk geval dat die open norm ook kan worden toegepast in de contractuele B2B-verhouding^{257,258}.

5. BESLUIT

Het is positief dat de wetgever aandacht heeft voor de problematiek van oneerlijke handelspraktijken en bedingen in de contractuele B2B-verhouding. Door de verspreide aanpak, dreigt de wetwijziging echter nefast te zijn voor de rechtszekerheid. Ondernemingen zullen namelijk rekening moeten houden met een hele reeks nieuwe bepalingen, die bovendien niet altijd even duidelijk zijn opgesteld. Daarenboven blijkt ook de parlementaire voorbereiding vaak onvoldoende opheldering te brengen.

O.i. had de wetgever beter een eenvoudigere aanpak gekozen. Zo had hij het bestaande verbod in artikel VI.104 WER kunnen aanpassen om ervoor te zorgen dat het, meer dan nu, ook geschikt is voor de *contractuele* B2B-verhouding. Vooral het huidige criterium (“*strijdigheid met de eerlijke marktpraktijken*”) zou beter worden vervangen door een concreter alternatief. Die ene open norm zou dan kunnen dienen om zowel oneerlijke bedingen als oneerlijke praktijken te verbieden. De Franse wet toont namelijk aan dat een expliciete opsplitsing tussen oneerlijke bedingen en handelspraktijken in de wetgeving niet noodzakelijk is.

De zwarte en grijze lijst met oneerlijke bedingen zullen de meest directe impact hebben op de huidige verhouding tussen ondernemingen. Het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid zal daarentegen niet eenvoudig kunnen worden toegepast. Zo zal het moeilijk zijn om te bepalen of een onderneming economisch afhankelijk is. Daarnaast moet dan nog worden aangetoond dat de mededinging op de betrokken Belgische markt of een deel ervan (mogelijk) wordt beperkt. Bovendien menen we dat een dergelijk mededingingsrechtelijk verbod weinig bijdraagt²⁵⁹ indien er al alternatieve wetgeving bestaat waarmee ondernemingen in de verticale B2B-verhouding worden beschermd.

In elk geval is er een belangrijke rol weggelegd voor de rechter. Hij zal deze nieuwe wetgeving die een aanzienlijke impact heeft op het economisch gebeuren moeten concretiseren en interpreteren. Om die reden zal het essentieel zijn om transparantie te creëren over de rechtspraak over deze nieuwe bepalingen. Transparantie kan worden bereikt via een duidelijk jaarlijks rechtspraakoverzicht, naar analogie met het overzicht dat jaarlijks in Frankrijk wordt bekendgemaakt over elke bepaling over de contractuele B2B-verhouding in de Code de commerce.

²⁵³ Er was nochtans een amendement ingediend waarmee die vorderingsmogelijkheid ook zou worden uitgebreid tot schendingen van art. VI.104 WER (zie amendement nr. 41, wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 79). Dat amendement verviel echter als gevolg van andere amendementen: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft; wetsvoorstel 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 krachtadiger tegen te gaan, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/005, 23.

²⁵⁴ Art. XVII.1 WER *jo.* art. XVII.7, 1° WER.

²⁵⁵ *Supra*, randnr. 6.

²⁵⁶ Wel is het zo dat het criterium het best concreter wordt geformuleerd, opdat het verbod meer geschikt zou zijn om oneerlijke bedingen te bestrijden: zie S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, 238-239, nr. 190.

²⁵⁷ Zie bv. art. VI.109/2 WER over agressieve handelspraktijken. Die bepaling omschrijft wanneer er sprake is van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding en verwijst in punt 4° duidelijk naar een agressieve handelspraktijk die zich voordoet in de contractuele B2B-verhouding.

²⁵⁸ Dit vloeit ook impliciet voort uit de parlementaire voorbereiding dat de omvang van de regels over oneerlijke handelspraktijken in de B2B-verhouding op een algemene manier lijkt te omschrijven. Daarin wordt benadrukt dat het hoofdstuk over oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen “*niet enkel marktpraktijken in de precontractuele fase, maar ook deze in de contractuele en postcontractuele fase*” beoogt: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 56.

²⁵⁹ Het heeft wel als gevolg dat de Mededingingsautoriteit bevoegd wordt voor deze problematiek.