

WORKING PAPER – Deze working paper werd in twee delen aangeboden voor publicatie in het Rechtskundig Weekblad. Het definitieve artikel zal begin oktober 2019 in het RW worden gepubliceerd.

De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken

Ignace Claeys

Advocaat te Brussel

Hoofddocent Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht UGent

Thijs Tanghe

Advocaat te Brussel

Postdoctoraal medewerker Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht UGent

Samenvatting:

De wet van 4 april 2019 voert in het Wetboek van economisch recht drie sets van nieuwe regels in voor relaties tussen ondernemingen (b2b). Die regels hebben betrekking op onrechtmatige contractuele bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid van een onderneming en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen. Deze bijdrage analyseert en evalueert die nieuwe regels en gaat na welke impact zij op de contractpraktijk en bedrijfsvoering van ondernemingen zullen hebben. Deze bijdrage werd opgesplitst in twee delen die afzonderlijk in het Rechtskundig Weekblad zullen verschijnen. Het eerste deel analyseert de nieuwe regeling inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen. Het tweede deel heeft betrekking op het misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken.

1. Door een wet van 4 april 2019¹ worden in het Wetboek van economisch recht (WER) drie sets van nieuwe regels ingevoerd voor relaties tussen ondernemingen (b2b). De eerste set heeft betrekking op de redactie, de interpretatie en de (on)rechtmatigheid van contractuele clausules in b2b-relaties en treedt in werking op 1 december 2020. De tweede set verbiedt een nieuwe restrictieve mededingingspraktijk, namelijk misbruik van economische afhankelijkheid,² en treedt in werking op 1 juni 2020. De derde set van regels onderscheidt een aantal categorieën van oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen en treedt in werking op 1 september 2019. De drie sets worden in drie opeenvolgende hoofdstukken geanalyseerd.

Waar de eerste en derde set van regels in boek VI WER (“Marktpraktijken en consumentenbescherming”) worden ingelast, vindt het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid zijn plaats in boek IV WER (“Bescherming van de mededinging”).

Volgens de indieners van het oorspronkelijke wetsvoorstel werd het initiatief tot die wet genomen om in verticale relaties “*de onderhandelingsmarge van kleine handelaars ten aanzien van grote ondernemingen te verbeteren*”.³ Er werd in het bijzonder gedacht aan de bescherming van landbouwers die soms sterk afhankelijk zijn van hun afnemers.⁴ De oorspronkelijk beoogde bescherming van kleine en middelgrote ondernemingen ten aanzien van grote ondernemingen vond evenwel nooit haar uitdrukking in de tekst van de verschillende voorgestelde wetsbepalingen.⁵ Het beschermingsbereik van de b2b-wet werd uiteindelijk ook niet in die zin beperkt. De nieuwe regels gelden ten aanzien van alle ondernemingen, ongeacht hun aard of grootte.

I. Contractuele bedingen in b2b-relaties: transparantieregel, interpretatieregel en onrechtmatige bedingen

2. Schriftelijke bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen moeten voortaan duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld (de transparantieregel) en overeenkomsten kunnen geïnterpreteerd worden aan de hand van onder meer de marktpraktijken die er rechtstreeks verband mee houden (C). Net zoals in Frankrijk⁶, Nederland⁷ en Duitsland⁸, heeft de

¹ 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, *BS* 24 mei 2019, 50.066 (hierna de “b2b-wet”).

² In het oorspronkelijke wetsvoorstel was dit (toen nog verbod van misbruik van een aanmerkelijke machtspositie) het enige luik van de b2b-wet.

³ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 1.

⁴ In dat specifieke kader werd inmiddels op Europees niveau de Richtlijn 2019/633 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, L 111/59) aangenomen.

⁵ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 10-11. Dezelfde opmerking geldt voor een later ingediend wetsvoorstel (*Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2885/1).

⁶ De Franse Code de commerce voorziet een algemene toetsingsnorm voor b2b-contracten in art. L442-1, I, 2° (voorheen art. L442-6, I, 2°) (verbod “*de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*”) en in een beknopte lijst van verboden clausules/contracten in art. L442-3 (voorheen art. L442-6, II). Art. 1171 van de Franse Code civil verbiedt oneerlijke bedingen in toetredingscontracten: “*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*”. Voor een interessante bespreking van de Franse regels en

wetgever ook in het Belgische recht een regeling inzake onrechtmatige en dus verboden bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen ingevoerd (D). Alvorens op de inhoud van die nieuwe regels nader in te gaan, staan we eerst stil bij hun toepassingsgebied (A) en aard (B).

A. Toepassingsgebied van de regels inzake contractuele bedingen

§1. Materieel toepassingsgebied

3. De nieuwe regels inzake contractuele bedingen zijn van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen (“ondernemingsovereenkomsten”). Voor het verbod van de onrechtmatige bedingen volgt dit uitdrukkelijk uit de wettekst (art. VI.93/3 WER). Voor de transparantie- en interpretatieregels is dit in de relevante wetsbepaling (art. VI.91/2 WER) weliswaar niet uitdrukkelijk verwoord en is er alleen sprake van “de overeenkomst”. Vermits de transparantie- en interpretatieregels evenwel in de nieuwe “Titel 3/1. Overeenkomsten gesloten tussen overeenkomsten” zijn ingelast, gelden ze ook alleen voor overeenkomsten tussen ondernemingen.⁹

In de zin van boek VI WER is een onderneming “*iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.¹⁰ Zoals bekend, wijkt die specifieke definitie af van het algemene ondernemingsbegrip zoals gedefinieerd in art. I.1, eerste lid, 1° WER dat niet langer vasthaakt aan het criterium van het nastreven van een economisch doel maar tracht vast te knopen aan formele criteria (zoals bv. “iedere rechtspersoon”, behoudens de wettelijke uitzonderingen).¹¹

4. Zoals gezegd, heeft de wetgever ervoor gekozen om de bescherming van de nieuwe regels inzake contractuele bedingen niet te beperken tot kleine en middelgrote ondernemingen (KMO's). De toepassing van de nieuwe regels staat met andere woorden los van de omvang van een onderneming.¹² Anders dan het consumentenrecht, zijn de nieuwe regels dus niet gelinkt aan de bescherming van een partij die geacht wordt zich in een zwakkere positie te bevinden.

5. Het toepassingsgebied van de nieuwe regels is verder evenmin beperkt tot contractuele bedingen in algemene voorwaarden of toetredingscontracten. Met andere woorden, alle

een vergelijking met het Engelse recht, S. WHITTAKER, “Unfair Terms in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2019, 1-31.

⁷ De algemene toetsingsnorm van art. 6:233 NBW kan worden toegepast in contracten tussen bepaalde kleinere ondernemingen; art. 6:235 (1) NBW sluit bepaalde grotere ondernemingen van de regeling uit.

⁸ § 307 BGB is een algemene toetsingsnorm van algemene voorwaarden, die van toepassing is op zowel b2c als b2b contracten. De grijze (§ 308 BGB) en zwarte lijsten (§ 309 BGB) gelden niet voor b2b contracten (met uitzondering van § 308, 1a en 1b BGB), maar zouden wel indirect kunnen doorwerken (“*Indizwirkung*”) bij de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding in een b2b contract (BGH 19 september 2007, VIII ZR 141/06, *BGHZ* 174, 1).

⁹ Voor b2c-contracten gelden vergelijkbare bepalingen (art. VI.37 WER).

¹⁰ Art. I.8, 39° WER.

¹¹ Over dat nieuw ondernemingsbegrip: J. BAECK en V. VAN EESSEL, “De Wet Hervorming Ondernemingsrecht: het einde van het handelsrecht en de triomf van ondernemingsrecht”, *RW* 2018-19, 1404 e.v.

¹² *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32.

contractuele bedingen worden door de nieuwe regels geïndiceerd, met die nuance dat de transparantieregeling enkel schriftelijke bedingen betreft.¹³

6. Die nieuwe regels gelden ook ongeacht het type of de aard van de overeenkomst. Behoudens de uitsluitingen die hierna in §2 worden besproken, vallen dus alle soorten overeenkomsten tussen ondernemingen onder de nieuwe regeling. Te denken is aan bijvoorbeeld verkoop, huur, aanneming, cessie van schuldvordering, schuld of contract, dading, concessie, commissie, commerciële samenwerkingsovereenkomst, handelsagentuur, franchise en bewaargeving.

7. De nieuwe regels van de b2b-wet inzake contractuele bedingen gelden ook ongeacht of het voorwerp van de bedingen betrekking heeft op een roerend goed, een onroerend goed, of een dienst. Ze gelden voor producten zoals algemeen gedefinieerd in art. 1.1, 4° WER: “goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen”.

8. Wanneer bijzondere regelgeving geldt, krijgt ze krachtens het beginsel van de *lex specialis* wel voorrang op de regeling van het Wetboek van economisch recht (*lex generalis*).¹⁴ De parlementaire voorbereiding verwijst naar de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties,¹⁵ evenals de specifieke bepalingen inzake de duur en het opzegrecht met betrekking tot overeenkomsten in de energiesector.¹⁶ De voorrang van *de lex specialis* lijkt alleen te gelden voor die bedingen die in de *lex specialis* én de *lex generalis* zijn geregeld. Wellicht zijn er nog vele andere wetten die in aanmerking kunnen komen, zoals bijvoorbeeld de handelshuurwet (voor zover de huur is gesloten tussen ondernemingen). Zoals verder uiteengezet, kan bijzondere regelgeving ook een rol spelen bij de beoordeling of een bepaald beding al dan niet onrechtmatig is.¹⁷

9. Aangezien de nieuwe regels gelden voor overeenkomsten tussen ondernemingen en er reeds langer bijzondere regels bestaan voor overeenkomsten tussen een onderneming en een consument (“consumentenovereenkomsten”), zal vroeg of laat de stem rijzen dat gelijkaardige regels zich opdringen ten aanzien van overeenkomsten gesloten tussen consumenten of niet-ondernemingen onderling, wat ook contracten met een serieuze inzet kunnen zijn, zoals de verkoop van een woning, van een tweedehands wagen of van aandelen. Ook in dergelijke overeenkomsten kan er immers sprake zijn van bedingen die een kennelijk onevenwicht scheppen tussen de rechten en plichten van de partijen. In dat opzicht is het te betwijfelen dat een ongelijke behandeling van overeenkomsten tussen consumenten of niet-ondernemingen (c2c), vergeleken met overeenkomsten tussen ondernemingen (b2b) en overeenkomsten tussen een consument en een onderneming

¹³ Inzake consumentenovereenkomsten (b2c) wordt soms aangenomen dat de bepaling inzake “schriftelijke” bedingen niet zo mag worden uitgelegd dat alleen bedingen met een schriftelijke neerslag duidelijk en begrijpelijk moeten zijn. Ook mondelinge bedingen zouden steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn (o.m. J. WAELKENS, “De interpretatieregeling in het voordeel van de consument”, *TPR* 2014, 1001-1002).

¹⁴ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 33-34.

¹⁵ *Infra* nr. 28.

¹⁶ Overeenkomstig art. 18, § 2/3 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en art. 15/5bis, § 11/3 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen heeft de huishoudelijke afnemer of de KMO het recht een overeenkomst, zowel van bepaalde duur als van onbepaalde duur, voor de continue levering van elektriciteit respectievelijk gas op elk ogenblik te beëindigen mits een opzegtermijn van één maand wordt nageleefd. Elk contractueel beding dat afbreuk doet aan dit recht, is van rechtswege nietig.

¹⁷ *Infra* nr. 28.

(b2c), gerechtvaardigd is, zeker nu de bescherming bij b2b-contracten niet gelinkt is aan de hoedanigheid van de partij die zwakker wordt geacht.

§2. Wettelijke uitsluitingen van bepaalde contracttypes

10. Van het toepassingsgebied van de nieuwe regels inzake de contractuele bedingen worden vooreerst de financiële diensten uitdrukkelijk uitgesloten.¹⁸ Een financiële dienst wordt voor de toepassing van boek VI WER gedefinieerd als iedere dienst van bancaire aard of op het gebied van kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen.¹⁹ Volgens de parlementaire voorbereiding zijn de financiële instrumenten zoals bepaald in art. 2 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten of kredietovereenkomsten aldus uitgesloten van het toepassingsgebied van de regels van de b2b-wet inzake contractuele bedingen.²⁰ Die uitsluiting wordt door de wetgever gemotiveerd door de complexiteit en eigenheid van financiële diensten en het bij uitstek internationale karakter van financiële transacties.²¹

Het is volgens de parlementaire voorbereiding evenwel niet de bedoeling om de financiële sector definitief en volledig uit te sluiten van het verbod van onrechtmatige bedingen,²² maar eerder om rekening te houden met zijn specificiteit.²³ Om die reden is dan ook in de mogelijkheid voorzien om bij koninklijk besluit bepaalde financiële diensten te onderwerpen aan sommige bepalingen inzake de contractuele bedingen. Om te vermijden dat de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen evenwel afbreuk zouden doen aan de eigenheid van het financiële recht, kan de Koning de uitbreiding van sommige bepalingen inzake de contractuele bedingen naar financiële diensten slechts doorvoeren na advies van de FSMA en de Nationale Bank, en bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.²⁴ In dat kader wordt in de parlementaire voorbereiding ook verwezen naar een lijst van bijzondere wetten die als *lex specialis* sowieso blijven gelden.²⁵

11. Daarnaast zijn de nieuwe regels van de b2b-wet inzake de contractuele bedingen niet van toepassing op overheidsopdrachten en de overeenkomsten die eruit voortvloeien. Volgens de parlementaire voorbereiding vallen ook de overeenkomsten tussen de onderneming aan wie de overheidsopdracht werd gegund en onderaannemers, onder die uitsluiting.²⁶ Opnieuw kan een koninklijk besluit wel bepaalde wetsbepalingen op die overeenkomsten van toepassing verklaren.²⁷

¹⁸ Art. VI.91/1, §1 WER.

¹⁹ Art. I.8, 18° WER.

²⁰ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 26-27.

²¹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 26.

²² Momenteel gelden er in bepaalde gevallen reeds bijzondere regels inzake onrechtmatige bedingen, bv. art. 13 van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (*BS* 31 december 2013).

²³ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 27.

²⁴ Art. VI.91/1, §1, tweede lid WER.

²⁵ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 27.

²⁶ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 28.

²⁷ Art. VI.91/1 WER.

De wetgever voorzag wel alleen in een uitzondering voor overheidsopdrachten en de overeenkomsten die eruit voortvloeien, en dus niet voor andere overheidscontracten.²⁸

§3. Temporeel toepassingsgebied

12. De nieuwe regels van de b2b-wet inzake de contractuele bedingen treden in werking op 1 december 2020, dit is de eerste dag van de negentiende maand die volgt op deze waarin de wet in het Belgisch Staatsblad werd bekendgemaakt (24 mei 2019). Ze gelden alleen voor de overeenkomsten gesloten, hernieuwd of gewijzigd na die datum van inwerkingtreding.²⁹ De nieuwe bepalingen zijn bijgevolg niet van toepassing op de overeenkomsten die nog lopen op de datum van inwerkingtreding. Alleen als die lopende overeenkomsten na de inwerkingtreding gewijzigd of hernieuwd worden, worden de nieuwe wetsbepalingen relevant. Een verlenging van een overeenkomst kan ook als een wijziging worden beschouwd.

In de mate dat de nieuwe regels van openbare orde of dwingend recht zijn, wijkt de wetgever met andere woorden af van de gemeenrechtelijke temporele werkingsregels inzake overeenkomsten. Volgens de eerbiedigende werking van de nieuwe wet inzake overeenkomsten, blijven de oude regels weliswaar in principe van toepassing op eerder gesloten overeenkomsten, maar een nieuwe wet heeft in principe wel onmiddellijke werking en geldt dus ook voor lopende overeenkomsten indien ze van openbare orde³⁰ of dwingend recht is.³¹ Van die regel is in de b2b-wet afgeweken omdat de rechtszekerheid en de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen (die ook de ratio van het principe van de eerbiedigende werking van de nieuwe wet vormen³²) in deze context zwaarder hebben doorgewogen.³³

§4. Impact van keuze voor vreemd recht

13. De nieuwe regels inzake contractuele bedingen behoren tot het Belgische recht. In dat opzicht zouden ondernemingen er aldus kunnen aan denken om een vreemd rechtstelsel van toepassing te verklaren op hun overeenkomsten. Partijen gaan dan best wel na of dat vreemd recht geen vergelijkbare regels inzake contractuele bedingen heeft. Zo hebben de buurlanden Nederland, Frankrijk en Duitsland ook een regeling die bepaalde bedingen in ondernemingscontracten kunnen sanctioneren.³⁴

²⁸ Voor de andere overheidscontracten is wel telkens na te gaan of de overheid of het overheidsbedrijf met wie een onderneming contracteert, al dan niet onder het ondernemingsbegrip van art. 1.8, 39° WER valt; zie daarover o.m. G. STRAETMANS, "Onderneming, vrij beroep en consument" in G. STRAETMANS en R. STEENNOT (eds.), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 25-28.

²⁹ Art. 39, derde lid van de b2b-wet.

³⁰ In bepaalde oudere rechtspraak van het Hof van Cassatie worden nieuwe rechtsregels van "dwingend recht" niet als uitzondering op de eerbiedigende werking vermeld (bv. Cass. 12 februari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 179).

³¹ Cass. 16 september 2013, AR C.12.0032.F; Cass. 12 maart 2012, AR S.10.0154.N; Cass. 18 maart 2011, AR C.10.0015.N.

³² Over de eerbiedigende werking inzake overeenkomsten: P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, in *APR*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, 51 e.v.

³³ Zie ook *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 78.

³⁴ *Supra* nr. 2.

Zelfs als ondernemingen in hun contract uiteindelijk kiezen voor de toepassing van vreemd recht, is het op drie gronden niet uitgesloten dat een geschillenbeslechter op grond van de Rome I-Verordening³⁵ toch met de Belgische regels inzake bedingen kan of moet rekening houden. Krachtens art. 98, §1 WIPR worden ook de contractuele verbintenissen die niet onder het toepassingsgebied van de Rome I-Verordening vallen, beheerst door het recht dat krachtens die verordening van toepassing is.

Vooreerst vinden bij een vreemde rechtskeuze de Belgische dwingende regels inzake de contractuele bedingen toch toepassing indien alle overige op het tijdstip van de rechtskeuze bestaande aanknopingspunten zich in België bevinden (art. 3, derde lid Rome I-Verordening).

Indien een geschil over de contractuele bedingen voor een *Belgische rechter* wordt gebracht, *moet* deze met de Belgische regels van de b2b-wet inzake de contractuele bedingen als bepalingen van bijzonder dwingend recht³⁶ rekening houden (art. 9, tweede lid van de Rome I-Verordening). Volgens de parlementaire voorbereiding hebben de beschermingsbepalingen van de B2B-wet immers tot doel de publieke economische orde te reguleren en behoren ze tot de categorie van de politiewetten ("*lois de police*").³⁷

Ten slotte *kan* ook een *niet-Belgische* rechter gevolg toekennen aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, voor zover die bepalingen van bijzonder dwingend recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken (art. 9, derde lid Rome I-Verordening).

B. Aard van de nieuwe regels inzake contractuele bedingen

14. De uitdaging bestaat erin te achterhalen of de nieuwe regels inzake contractuele bedingen van louter dwingend recht zijn, dan wel de openbare orde raken.³⁸

Wat de regels inzake de *onrechtmatige bedingen* betreft, bestaat ook bij consumentenovereenkomsten discussie over de vraag of die regels van louter dwingend recht zijn dan wel de openbare orde raken. Die discussie is meestal verpakt in de discussie over de absolute dan wel relatieve aard van de nietigheid.³⁹ De meerderheid van de rechtsleer neemt doorgaans aan dat regels inzake onrechtmatige bedingen louter dwingend

³⁵ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 4 juli 2008, L 177/6.

³⁶ Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn bepalingen waarvan een land aan de inachtneming zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst (art. 9, eerste lid Rome I-Verordening).

³⁷ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 34-35.

³⁸ Alles hangt natuurlijk af van wat onder "openbare orde" is te begrijpen, zonder in nietszeggende simplismen (zoals algemeen en particulier belang) te vallen. Zie recent over de openbare orde: L. CORNELIS, *Openbare orde*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 944 p.

³⁹ O.m. J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. XIII. Handels- en economisch recht. Deel 2. Mededingingsrecht. A. Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 638-639.

recht betreffen en aldus met een relatieve nietigheid worden gesanctioneerd,⁴⁰ zij het dat die opvatting soms onder druk komt te staan.⁴¹

De hamvraag is dan te weten of *alle* regels inzake de onrechtmatige bedingen van louter dwingend recht zijn en niet de openbare orde raken. Bij bepaalde onrechtmatige bedingen komt minstens ook de bescherming van de openbare orde (en dus een absolute nietigheid) in het vizier. Te denken is bijvoorbeeld aan clausules die de toegang tot de rechter uitsluiten (art. VI.91/4, 3° WER), clausules die excessieve schadevergoedingsbedragen vastleggen en het karakter van een private straf dragen (art. VI.91/5, 8° WER), clausules die een exoneration voor bedrieglijke fouten van de onderneming bevatten (art. VI.91/5, 6° WER) en clausules die een opzegtermijn uitsluiten bij verbintenissen van onbepaalde duur (art. VI.91/5, 6° WER). Met andere woorden, geval per geval is na te gaan of de betreffende rechtsregel van louter dwingend recht is, dan wel de openbare orde raakt.

15. Ook van de transparantie- en interpretatieregels mag worden aangenomen dat zij minstens van dwingend recht zijn.⁴² De parlementaire voorbereiding geeft immers op algemene wijze aan dat de beschermingsbepalingen van de nieuwe b2b-wet tot doel hebben de publieke economische orde te reguleren en dus minstens van dwingend recht zijn.⁴³

C. Transparantie- en interpretatieregels

16. Het nieuwe art. VI.91/2 WER formuleert een transparantieregel (§1) en een interpretatieregel (§2).

§1. Transparantieregel

17. Net zoals bij consumentenovereenkomsten⁴⁴ en commerciële samenwerkingsovereenkomsten⁴⁵ reeds het geval was, bepaalt de wet voortaan ook uitdrukkelijk voor overeenkomsten tussen ondernemingen dat schriftelijke bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld. In tegenstelling tot wat het geval is voor de regels

⁴⁰ Voor die opvatting wordt veelal steun gezocht in een arrest van het Hof van Cassatie van 26 mei 2005 (AR C.04.0215.F) dat betrekking heeft op de vroegere wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen. Volgens dat arrest zijn de bepalingen betreffende de onrechtmatige bedingen niet van openbare orde. (zie verder R. STEENNOT, "Commentaar bij art. VI.84 WER" in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 10).

⁴¹ Zo komt die opvatting onder meer onder druk door een arrest van 17 mei 2018 van het Hof van Justitie (C-147/16, *Karel de Grote Hogeschool/Kuijpers*): "Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechter die uitspraak doet bij verstek en die op grond van de nationale procedureregels bevoegd is ambtshalve na te gaan of het beding waarop de vordering steunt in strijd is met de nationale regels van openbare orde, gehouden is ambtshalve na te gaan of de overeenkomst waarin dat beding is opgenomen binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt en, in voorkomend geval, of dat beding eventueel oneerlijk is". Dit arrest lijkt evenwel vooral door procesrechtelijke redenen in een context van verstek te zijn ingegeven.

⁴² In die zin ook voor consumentenovereenkomsten: Vred. Brussel 26 juli 1995, *RW* 1996-97, 264 (waarin werd geoordeeld dat het oude art. 31 WHPC – nu art. VI.91/2 WER – van dwingend recht is); J. WAELKENS, "De interpretatieregel in het voordeel van de consument", *TPR* 2014, 1012 en 1049.

⁴³ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 34.

⁴⁴ Art. VI.37, §1 WER.

⁴⁵ Art. X.32 WER.

inzake onrechtmatige bedingen, geldt de transparantieregels ook voor de zgn. kernbedingen, i.e. bedingen die het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreffen.⁴⁶

18. In het kader van consumentenovereenkomsten heeft het Hof van Justitie zich al herhaaldelijk uitgesproken over de draagwijdte van de transparantieregels.⁴⁷ Zo volstaat het volgens het Hof van Justitie niet dat contractuele bedingen taalkundig en grammaticaal begrijpelijk zijn, maar moet de consument ook op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria kunnen voorzien welke economische gevolgen uit het beding voortvloeien,⁴⁸ wat te beoordelen is vanuit het standpunt van een normaal geïnformeerde consument.⁴⁹

Volgens sommigen zou het Hof van Justitie zich ter zake wel eerder activistisch gedragen door een ruime invulling te geven aan de transparantieregels, waaraan ook precontractuele informatieverplichtingen worden gekoppeld.⁵⁰ In de parlementaire voorbereiding kant de wetgever zich evenwel uitdrukkelijk tegen een analogische toepassing van de verregaande rechtspraak van het Hof van Justitie inzake b2c-overeenkomsten⁵¹ op ondernemingsovereenkomsten.

19. Volgens de parlementaire voorbereiding hangt de transparantieregels nauw samen met de vraag óf en hóe de contractvoorwaarden werden meegedeeld of ter beschikking gesteld.⁵² Hiermee wordt vermoedelijk bedoeld dat de bedingen onder meer vlot toegankelijk en leesbaar moeten zijn en aldus bijvoorbeeld niet in een te klein lettertype mogen worden weergegeven. Als ze niet werden meegedeeld of ter beschikking gesteld, kunnen ze eenvoudigweg niet worden tegengeworpen aan de partij die ze niet meegedeeld kreeg en maken ze geen deel uit van het contract.

Eens vaststaat dat een beding deel uitmaakt van een contract, brengt de transparantieregels ook een inhoudelijke controle met zich mee.⁵³ Contractuele bedingen mogen namelijk geen dubbelzinnigheden of tegenstrijdigheden bevatten.

Daarnaast geeft de parlementaire voorbereiding aan dat de bedingen voldoende duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd “*zodat er kan van uitgegaan worden dat de tegenpartij met kennis van zaken instemde*”.⁵⁴ Niet duidelijk is evenwel hoe die kennis van zaken moet worden beoordeeld. Moet die beoordeling *in abstracto* gebeuren zoals bij

⁴⁶ Zie ook *infra* nr. 20 inzake de (on)rechtmatigheidsstoetsing van kernbedingen die niet duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.

⁴⁷ Over de transparantieregels o.m. (en de verwijzingen aldaar) E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, 24-31; J. WAELKENS, “De interpretatieregels in het voordeel van de consument”, *TPR* 2014, 1002-1012.

⁴⁸ HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Árpád Kásler*.

⁴⁹ HvJ 23 april 2015, C-96/14, *Van Hove*.

⁵⁰ In die zin o.m. F. PEERAER, “De inhoud van het transparantiebeginsel en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn nr. 93/13” (noot onder HvJ 30 april 2014), *TBH* 2015/7, 696-697.

⁵¹ *Infra* nr. 24.

⁵² *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 29. Er wordt daarbij ook verwezen naar de art. III.74 t.e.m. III.79 WER. Art. III.74 WER legt de verplichting op om, op een van de wijzen vermeld in art. III.75 WER, bepaalde gegevens ter beschikking te stellen, waaronder o.m. de algemene voorwaarden en de bepalingen die de onderneming in voorkomend geval hanteert alsmede de talen waarin deze algemene voorwaarden en bepalingen kunnen worden geraadpleegd. Elke onderneming heeft de plicht aan te tonen dat aan de eisen voorzien in de art. III.74 tot III.77 WER is voldaan en dat de verstrekte informatie juist is (art. III.78 WER).

⁵³ Over het formele en inhoudelijke aspect van de transparantieregels bij consumentenovereenkomsten: R. STEENNOT, “Commentaar bij art. VI.37 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 4.

⁵⁴ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 29.

consumentenovereenkomsten, waar de abstracte referentiepersoon van de “gemiddelde consument” geldt?⁵⁵ Hoewel er, net zoals ook tussen consumenten, heel wat differentiatie tussen ondernemingen onderling mogelijk is (gaande van de eenmanszaak tot de grote multinational), is een abstracte beoordeling inderdaad evenzeer aangewezen. Van elke onderneming die aan het economisch leven deelneemt, mag immers worden verwacht dat zij over een zeker gemiddeld kennisniveau beschikt, minstens zich in zekere mate informeert. Voor ondernemingen die de moeite doen om met kennis van zaken en geïnformeerd te handelen, mag er met andere woorden *in concreto* geen zwaardere invulling aan de transparantievereiste worden gegeven, en omgekeerd.

Verder volstaat het feit dat een bepaalde overeenkomst in een vreemde taal is opgesteld, *in se* niet om van een schending van de transparantieregels te spreken.

20. De wet voorziet niet uitdrukkelijk in een sanctie voor bedingen die niet duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In dat opzicht is bijvoorbeeld niet bepaald dat een beding dat niet duidelijk en begrijpelijk is, automatisch verboden is en een grond van nietigheid van het beding oplevert. Dit belet evenwel niet dat onduidelijke en onbegrijpelijke bedingen kunnen worden gesanctioneerd.

Vooreerst kan het gebrek aan transparantie een invloed hebben op de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een bepaald beding. Art. VI.91/3, §2, tweede lid WER bepaalt immers uitdrukkelijk dat voor de beoordeling van het onrechtmatig karakter rekening is te houden met de vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.⁵⁶ Bovendien zijn ook de bedingen die het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst (kernbedingen) of de gelijkwaardigheid van de prestaties betreffen, alleen van de (on)rechtmatigheidstoetsing uitgesloten indien die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.⁵⁷ Met andere woorden, indien die bedingen niet duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld, kunnen zij wel op hun rechtmatigheid worden getoetst.

Daarnaast kan de schending van het wettelijke gebod tot transparantie een buitencontractuele fout opleveren.⁵⁸ Indien die fout ook schade heeft veroorzaakt, zou een vordering wegens precontractuele aansprakelijkheid kunnen worden ingesteld. Bij wijze van herstel *in natura*, zou ook kunnen worden geprobeerd om de nietigverklaring te bekomen van het beding dat een inbreuk vormt op de transparantieregels.⁵⁹ Mogelijk problematisch kan wel zijn om te bepalen welke partij de aansprakelijke partij is. Beide ondernemingen zijn immers overeengekomen om het betreffende beding in de overeenkomst op te nemen.

Tot slot brengen bedingen die niet duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld, ook bepaalde interpretatieregels in stelling. Daarop wordt hierna verder ingegaan.

⁵⁵ E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, 28.

⁵⁶ Vgl. inzake consumentenovereenkomsten over het niet steeds duidelijke verband tussen een gebrek aan transparantie en het onrechtmatige karakter van een beding: E. TERRYN, “Transparantie en algemene voorwaarden – Nood aan hervorming?”, *TPR* 2017, 39 e.v.

⁵⁷ Art. VI.91/3, § 2, laatste lid WER. *Infra* nr. 25.

⁵⁸ Vgl. ook met S. GEIREGAT, “Nietigheid en ‘meest gunstige interpretatie’: de remedies bij onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie”, *TPR* 2016, 163.

⁵⁹ De nietigverklaring van een overeenkomst als vorm van herstel *in natura* op grond van de art. 1382-1383 BW wordt in de rechtspraak reeds in bepaalde gevallen toegepast, zoals bij medeplichtigheid van een derde aan andermans contractbreuk (Cass. 30 januari 1965, *Pas.* 1965, I, 538; Cass. 27 april 2006, AR C.04.0591.N).

§2. Interpretatieregel

21. Voor consumentenovereenkomsten geldt de regel dat in geval van twijfel over de betekenis van een beding, de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert.⁶⁰ Een vergelijkbare regel geldt bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten ten gunste van de persoon die het recht verkrijgt.⁶¹ Die twee interpretatieregels zijn nauw verbonden met de transparantieregel vermits ze ondernemingen (bij consumentenovereenkomsten) en de verschaffer van het recht (bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten) sanctioneren voor bedingen die niet duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.⁶²

Voor ondernemingscontracten werd geen soortgelijke interpretatieregel expliciet opgenomen. Bijgevolg gelden de gemeenrechtelijke interpretatieregels met als primaire regel dat overeenkomsten volgens de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen moeten worden uitgelegd (art. 1156 BW).

De parlementaire voorbereiding verwijst wel naar de gemeenrechtelijke interpretatieregel van art. 1162 BW. Volgens die interpretatieregel moet in geval van twijfel de overeenkomst beding per beding⁶³ worden uitgelegd ten nadele van hem die heeft bedongen (schuldeiser) en ten voordele van hem die zich heeft verbonden (schuldenaar). Vermits het een algemene interpretatieregel uit het Burgerlijk Wetboek betreft, vond de wetgever het (terecht) niet nodig om die interpretatieregel in te lassen in het Wetboek van economisch recht. Wel speelt art. 1162 BW slechts een subsidiaire rol, namelijk als de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen niet kan worden achterhaald.

Voor de bijzondere types van ondernemingscontracten zoals verkoopovereenkomsten, is ook met andere specifieke interpretatieregels rekening te houden. Zo moet ieder duister of dubbelzinnig beding in een verkoopovereenkomst steeds tegen de verkoper worden uitgelegd (art. 1602, tweede lid BW), althans met betrekking tot de verbintenissen van de verkoper.⁶⁴

22. In lijn met wat voor consumentenovereenkomsten geldt,⁶⁵ bepaalt art. VI.91/2, tweede lid WER wel uitdrukkelijk dat een overeenkomst tussen ondernemingen kan worden geïnterpreteerd aan de hand van onder meer de marktpraktijken die rechtstreeks met de overeenkomst verband houden. Uiteraard is dit een loutere interpretatieregel die “*onder meer*” “*kan*” worden toegepast en is het aldus niet de *enige* interpretatieregel en heeft een rechter de nodige beoordelingsbevoegdheid bij de toepassing van die regel. Daarnaast kan

⁶⁰ Art. VI.37, §2 WER.

⁶¹ Art. X.32 WER.

⁶² Inzake consumentenovereenkomsten: R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel VI.37 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 3.

⁶³ Daarnaast is er een jurisprudentiële tendens om toetredingsovereenkomsten bij twijfel ten voordele van de toetredende partij en tegen de opsteller van het contract (*contra proferentem*) uit te leggen. Over de verhouding tussen de beide regels (*contra stipulationem* en *contra proferentem*) en andere regels van voorkeurinterpretatie, zie o.m. J. WAELKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 613 e.v.

⁶⁴ Cass. 6 september 2018, AR C.17.0512.F.

⁶⁵ Art. VI.37, §2, tweede lid WER.

bij de interpretatie slechts rekening worden gehouden met de marktpraktijken die *rechtstreeks* met de overeenkomst verband mee houden.

D. Onrechtmatige en verboden bedingen

23. In hun contracten met consumenten (b2c) mogen ondernemingen al enige tijd geen bedingen inlassen die een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen in het nadeel van de consument doen ontstaan.⁶⁶ Nu geldt een vergelijkbare beperking van de contractvrijheid van ondernemingen ook voor contracten tussen ondernemingen onderling (b2b).

Voortaan wordt ook in b2b-contracten een contractueel beding onrechtmatig en verboden wanneer het, al dan niet in samenhang met andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen.⁶⁷

Dit algemeen geformuleerd verbod gaat gepaard met twee lijsten van specifieke categorieën van bedingen. De bedingen die in de zogenaamde zwarte lijst zijn opgenomen, zijn in principe zonder verdere beoordeling onrechtmatig en verboden. Anders dan voor consumentenovereenkomsten, bevat de nieuwe wet voor overeenkomsten tussen ondernemingen ook een grijze lijst. De bedingen die in die grijze lijst zijn opgenomen, worden vermoed onrechtmatig en verboden te zijn, maar het tegenbewijs kan worden geleverd.

Zwarte en/of grijze lijsten van onrechtmatige bedingen zouden tot voordeel hebben dat ze rechtszekerheid creëren. Ze geven immers aan welke bedingen onrechtmatig zijn (zwarte lijst) of vermoed worden onrechtmatig te zijn (grijze lijst).⁶⁸ De vlieger van rechtszekerheid gaat evenwel alleen op als de bedingen op die lijsten voldoende precies en concreet zijn geformuleerd. Zoals verder nog zal blijken, is dit voor de Belgische zwarte en (vooral) grijze lijst nu net nogal eens problematisch.

Die zwarte en grijze lijsten kunnen via Koninklijk Besluit nog worden uitgebreid voor bepaalde sectoren of categorieën van producten. Vermits een dergelijke reglementaire tussenkomst een verregaande maatregel is, zijn er strikte voorwaarden aan gekoppeld:⁶⁹ het besluit moet op gemeenschappelijke voordracht van de ministers bevoegd voor Economie en Middenstand na overleg in de Ministerraad worden aangenomen en er is tevens een voorafgaand advies vereist van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de K.M.O. en de bijzondere raadgevende commissie “Onrechtmatige bedingen”.⁷⁰

Duidelijk is verder dat de beoordelingsmarge voor de rechter zal verschillen naargelang het een (vermeend) onrechtmatig beding op grond van de zwarte lijst, de grijze lijst dan wel de

⁶⁶ Voor consumentenovereenkomsten vormt art. I.8, 22° WER in samenhang gelezen met art. VI.84, §1 WER de algemene toetsingsnorm.

⁶⁷ Inzake mogelijke achterliggende redenen voor een dergelijke test in b2b-contracten: H. SCHULTE-NÖLKE, “No Market for ‘Lemons’: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts”, *ERPL* 2015/2, 195-216.

⁶⁸ S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 254.

⁶⁹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 47.

⁷⁰ Art. VI.91/7 WER.

algemene toetsingsnorm betreft. Indien een rechter vaststelt dat een bepaald beding overeenstemt met een onrechtmatig beding op de zwarte lijst, zal hij of zij in principe geen beoordelingsmarge hebben. Voor bedingen op de grijze lijst heeft de rechter wel meer beoordelingsbevoegdheid, zowel inzake een aantal toepassingsvereisten met een open inhoud (zoals “normaliter” en “ongepast”), als inzake het tegenbewijs⁷¹. Bij de toepassing van de algemene toetsingsnorm heeft de rechter nog een ruimere feitelijke beoordelingsmarge, weliswaar met inachtneming van de wettelijke beoordelingscriteria en de nodige terughoudendheid.⁷²

Hierna worden achtereenvolgens de algemene toetsingsnorm (§2), de zwarte lijst (§3) en de grijze lijst van onrechtmatige bedingen (§4) geanalyseerd. Voorafgaandelijk wordt even stilgestaan bij de terughoudendheid die de toepassing van die regels vereist (§1). Ten slotte wordt afzonderlijk op de sanctionering van de onrechtmatige bedingen ingegaan (§5).

§1. Terughoudendheid bij de toetsing van contractuele bedingen

24. Uit de parlementaire voorbereiding van de b2b-wet volgt duidelijk dat de nieuwe regels inzake de onrechtmatige bedingen erop gericht zijn om misbruiken van de contractvrijheid aan te pakken. In dat opzicht wordt uitdrukkelijk gespecificeerd dat “aan het beginsel van de contractvrijheid niet wordt geraakt, enkel aan het misbruik dat ervan wordt gemaakt”.⁷³

Vertrekkende vanuit het grondrecht van de contractvrijheid en ruimer de ondernemingsvrijheid,⁷⁴ mag worden aangenomen dat de toetsing van het (on)rechtmatige karakter van contractuele bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen niet op activistische maar op terughoudende wijze moet gebeuren. De contractvrijheid blijft als grondrecht immers het uitgangspunt.

Die terughoudendheid vindt ook haar uitdrukking in de regel dat alleen de bedingen die een *kennelijk* onevenwicht scheppen tussen de rechten en plichten van de partijen, onrechtmatig zijn. Zoals bekend, wijst de vereiste van een *kennelijk* onevenwicht op een marginale en dus terughoudende toetsing.

Bij die terughoudendheid sluit ook de parlementaire voorbereiding aan die met betrekking tot de zwarte lijst uitdrukkelijk specificeert dat de verboden bedingen restrictief⁷⁵ dan wel strikt⁷⁶ zijn te interpreteren.⁷⁷

⁷¹ Zie *infra* nr. 41 over de beoordeling van het tegenbewijs door de rechter.

⁷² Over die vereiste terughoudendheid: *infra* nr. 24.

⁷³ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32. Zoals bekend, heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 7 oktober 2011 (AR C.10.0227.F) geoordeeld dat het verbod van rechtsmisbruik kan worden toegepast op de vrijheid om al dan niet te contracteren. Zie o.m. ook S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 144 e.v.

⁷⁴ De ondernemingsvrijheid (waaronder ook de contractvrijheid) is o.m. vervat in art. 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (“*De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken*”).

⁷⁵ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 38.

⁷⁶ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 37.

⁷⁷ Sommigen maken een onderscheid tussen een restrictieve en een strikte interpretatie van bedingen (o.m. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 1, Brugge, die Keure, 2005, 58-59; P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, nr. 421). Met een restrictieve of beperkende interpretatie wordt het toepassingsgebied of de draagwijdte van een beding ingekrompen in vergelijking met wat de tekst van

Tot slot verzet de parlementaire voorbereiding zich ook met nadruk tegen een analoge toepassing van de veelal erg vergelijkbare regels inzake consumentenovereenkomsten op ondernemingsovereenkomsten, in het bijzonder tegen de “*verregaande rechtspraak*” van het Hof van Justitie inzake consumentenovereenkomsten.⁷⁸ Dit belet evenwel niet volkomen dat de vergelijkbare consumentenregels een inspiratiebron kunnen vormen bij de invulling van de regels voor ondernemingscontracten (die volgens de parlementaire voorbereiding door de regels van consumentenrecht zijn geïnspireerd),⁷⁹ voor zover de specifieke en verschillende b2b-context zich daartegen niet verzet en precies daarom de nodige terughoudendheid in acht wordt genomen.

§2. Algemene toetsingsnorm

1° Toetsing van het juridisch evenwicht, maar niet van de kernbedingen

25. Overeenkomstig art. VI.91/3, §1 WER is elk beding van een overeenkomst gesloten tussen ondernemingen dat, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen, onrechtmatig.⁸⁰

Volgens de parlementaire voorbereiding toetst deze algemene norm alleen het *juridische* (on)evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen.⁸¹ Het economische evenwicht (“*wat partijen overeenkomen en tegen welke prijs*”) wordt volgens de parlementaire voorbereiding niet getoetst en “*blijft in principe nog altijd een zaak van de “vrije markt”*”.⁸² Het onderscheid tussen het juridische en het economische evenwicht is evenwel wazig, temeer die begrippen elkaar deels overlappen, minstens beïnvloeden.

De uitsluiting van de toetsing van het economische evenwicht lijkt te moeten worden begrepen in de zin dat de beoordeling van het onrechtmatige karakter geen betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst (zgn. kernbedingen), noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs⁸³ of vergoeding en anderzijds de als

het beding zou doen vermoeden. Te denken is bijvoorbeeld aan een exoneratiebeding dat in algemene termen is geformuleerd: de exoneratie voor zware fout wordt dan niet inbegrepen in het toepassingsgebied van het beding, tenzij de zware fout uitdrukkelijk of noodzakelijkerwijze is geïndiceerd (Cass. 22 maart 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 860). Bij een strikte interpretatie daarentegen wordt de reikwijdte van het beding noch ingeperkt, noch uitgebreid. Het uitgedrukte toepassingsgebied van het contractueel beding wordt strikt gevolgd en er worden in elk geval geen analogieën (maar ook geen beperkingen) inzake de toepassing ervan gemaakt.

⁷⁸ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 24-25.

⁷⁹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 24.

⁸⁰ De definitie van een “onrechtmatig beding” in art. I.8, 22° WER werd niet aangepast of aangevuld voor ondernemingsovereenkomsten. Die definitie lijkt enkel te gelden voor consumentenovereenkomsten, waar ze in samenhang gelezen met art. VI.84, §1 WER de algemene toetsingsnorm vormt. Die bewuste keuze van de wetgever (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 31-32) is opmerkelijk omdat die definitie “eigen aan boek VI” aldus niet geldt voor onrechtmatige bedingen in ondernemingsovereenkomsten die nochtans ook deel uitmaken van boek VI WER.

⁸¹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32.

⁸² *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32.

⁸³ In Frankrijk wordt in bepaalde gevallen ook de prijs rechterlijk getoetst op basis van de open norm van de Code de commerce (nu art. L442-1, I, 2°; voorheen art. L442-6, I, 2°) (Cass. fr. (com.) 25 januari 2017, nr. 15-23547). In een dergelijke toetsing zag ook de *Conseil constitutionnel*, o.m. in het licht van de contractvrijheid en vrijheid van ondernemen, in zijn arrest van 30 november 2018 geen graten (arrestnr. 2018-749).

tegenprestatie te leveren producten,⁸⁴ althans voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.⁸⁵ Dat de algemene toetsingsnorm niet geldt voor kernbedingen, belet niet de mogelijke toepassing van de gekwalificeerde benadeling of misbruik van omstandigheden.⁸⁶

26. De flexibiliteit die de open norm van art. VI.91/3, §1 WER aan rechters biedt om contractuele bedingen te toetsen, raakt in wezen aan het aloude spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit⁸⁷ omdat een open norm het risico op willekeur en dus rechtsonzekerheid in zich draagt.⁸⁸ Een voldoende staving en motivering van een kennelijk onevenwicht kan evenwel de (noodzakelijke) brug slaan tussen het soepele algemene toetsingscriterium en de rechtszekerheid. De bruggenbouwers van dienst zijn, niet verrassend, zowel de partijen als de rechter. De partij die zich op de algemene toetsingsnorm beroept, zal proberen de rechter te overtuigen dat het bestreden beding, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen schept. Daartoe kan zij verschillende factoren in het debat brengen.⁸⁹ De rechter op zijn beurt moet voldoende motiveren waarom het betreffende beding in het licht van de concrete omstandigheden van het geval onrechtmatig is en moet daarbij sowieso ook terughoudendheid aan de dag leggen. Het Hof van Cassatie zal ook nagaan of de feitenrechter, bij zijn beoordeling, het wettelijk begrip kennelijk onevenwicht niet heeft miskend.⁹⁰

2° *Beoordelingscriteria*

27. Bij de contextuele⁹¹ beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding is met een aantal wettelijke criteria rekening te houden:⁹²

- alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst;
- de algemene economie van de overeenkomst;⁹³

⁸⁴ Over de invulling van “het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” en de “gelijkwaardigheid van prijs en goederen/diensten”: P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 74-79; R. STEENNOT, “Commentaar bij art. VI.82 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 20-24.

⁸⁵ Art. VI.91/3, §2, laatste lid WER. *Supra* nr. 20.

⁸⁶ In het tweede deel van deze bijdrage (volgende aflevering van dit tijdschrift) wordt meer in detail ingegaan op de vergelijking tussen de gekwalificeerde benadeling en het misbruik van een positie van economische afhankelijkheid. Over prijscontrole zie, uitdagend, L. CORNELIS, “De prijs van onwil, kippenvel en eerlijke schaamte”, in I. CLAEYS (ed.), *Een kritische blik op zekerheden, prijsregulering en ontslag*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 71-123.

⁸⁷ Over dat spanningsveld: B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, *RW* 2010-11, 348.

⁸⁸ In Frankrijk oordeelde de *Conseil constitutionnel* in een arrest van 13 januari 2011 (nr. 2010-85) in het licht van het legaliteitsbeginsel (voor misdrijven en straffen) dat de bepalingen inzake de algemene toetsingsnorm (zoals vervat in voormalig art. L442-6, I, 2° Code de commerce) “*suffisamment clairs et précis*” zijn en aldus de Grondwet niet schenden. Zie tevens het arrest van 30 november 2018 van de *Conseil constitutionnel* (arrestnr. 2018-749).

⁸⁹ *Infra* nr. 27 over de wettelijke beoordelingscriteria.

⁹⁰ Inzake consumentenovereenkomsten: Cass. 21 december 2009, AR C.08.0499.F.

⁹¹ Over de contextuele invulling ook *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 33.

⁹² Art. VI.91/3, §2 WER.

⁹³ Of de verwijzing naar de “algemene economie van de overeenkomst” meer duidelijkheid brengt, is zeer de vraag. In tegenstelling tot in België, is er in Frankrijk over het begrip “economie van het contract” heel wat theorievorming aanwezig (A. ARSAC-RIBEYROLLES, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, onuitg. doctoraatsthesis, Universiteit Clermont I, 2005, 339 p.; J. MOURY, “Une embarrassante notion: l'économie du contrat”, *D.* 2000, 382-386; S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 407 p.; B. ZOUANIA, *L'économie du contrat. Essai d'une théorie néo-classique du contrat*, onuitg. doctoraatsthesis, Universiteit Toulouse, 2007, 716 p.). Volgens sommigen heeft het begrip betrekking op de globale structuur en coherentie van de overeenkomst (J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Parijs, LGDJ, 2006,

- alle geldende handelsgebruiken;
- alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is;⁹⁴
- de aard van de producten⁹⁵ waarop de overeenkomst betrekking heeft;⁹⁶
- de vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.⁹⁷

Behalve de algemene economie van de overeenkomst en de geldende handelsgebruiken, worden die beoordelingscriteria ook bij consumentenovereenkomsten uitdrukkelijk vermeld.⁹⁸

28. Hoewel niet uitdrukkelijk bepaald in art. VI.91/3, §2 WER, is in de parlementaire voorbereiding te lezen dat bij de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding ook rekening is te houden met bijzondere wetgeving.⁹⁹ In het kader van de bijzondere wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, is het bijvoorbeeld niet ondenkbaar om een beding met een betalingstermijn van meer dan 120 dagen te beschouwen als een beding dat een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen schept.¹⁰⁰ Krachtens art. 7 van die bijzondere wet van 2 augustus 2002 herziet een rechter evenwel reeds, op verzoek van de schuldeiser, contractuele bedingen die van die wet afwijken, indien die bedingen, alle omstandigheden in acht genomen, *jegens de schuldeiser* kennelijk onbillijk zijn, met dien verstande dat de door de rechter bepaalde billijke voorwaarden aan de schuldeiser niet meer rechten kunnen verlenen dan deze waarover deze krachtens die wet zou beschikken. Bij de beoordeling van het kennelijk onbillijke karakter van een beding gaat de rechter aldus onder meer na of het contractueel beding een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de schuldeiser en of de schuldenaar objectieve redenen heeft om af te wijken van de wettelijke bepalingen terzake. Intussen bepaalt de door de Kamer goedgekeurde wet¹⁰¹ tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 dat

788). Anderen stellen de economie van het contract dan weer gelijk met het zgn. contractuele evenwicht (over de begripsverwarring tussen de economie van het contract en het contractuele evenwicht: L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Parijs, LGDJ, 2002, 160 e.v.). In elk geval werpen vage concepten zoals de economie van het contract doorgaans meer vragen op dan ze oplossen (evenzeer kritisch: J. MESTRE, "L'économie du contrat", *RTD Civ* 1996, 903-904).

⁹⁴ Over dit criterium bij consumentenovereenkomsten: o.m. J. BAEL, "De impact van de wetgeving inzake marktpraktijken en bescherming van de consument op de verkoop van onroerende goederen: het nieuwe boek VI van het Wetboek van Economisch Recht" in I. CLAEYS en R. STEENNOT (eds.), *Aansprakelijkheid, veiligheid en kwaliteit. XLste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2014-2015*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 369-370.

⁹⁵ Art. I.1, 4° WER definieert "producten" als goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen.

⁹⁶ Zo zouden prijsaanpassingsmechanismen in aannemingscontracten volgens de parlementaire voorbereiding volledig anders moeten worden beoordeeld dan dergelijke bedingen in onderhoudscontracten voor liften (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 33). Het onderscheid tussen die aannemingsovereenkomsten en de reden voor het onderscheid worden evenwel niet verduidelijkt.

⁹⁷ *Supra* nr. 20.

⁹⁸ Art. VI.82 WER. O.m. R. STEENNOT, "Commentaar bij art. VI.82 WER" in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, 9-17; R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, 1545-1552.

⁹⁹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 33-34.

¹⁰⁰ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 34.

¹⁰¹ Zie voorlopig *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-2966/4. Op het ogenblik van de eindredactie van deze bijdrage was de wet nog niet gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

ondernemingen sowieso geen betalingstermijn van meer dan zestig dagen kunnen overeenkomen indien de schuldeiser een KMO is en de schuldenaar geen KMO is.¹⁰²

29. Daarnaast is in de parlementaire voorbereiding te lezen dat de rechter bij de beoordeling van het kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen ook rekening moet houden met het normaal geldende suppletief of aanvullend recht.¹⁰³ In dat opzicht zou de beoordeling van het al dan niet onrechtmatige karakter van een beding kunnen gebeuren door het beding te vergelijken met de normale wettelijke regeling die zou gelden indien het beding niet was overeengekomen.¹⁰⁴ Die opvatting is bijzonder verregaand en respecteert de functie van het aanvullend recht niet.¹⁰⁵ Een arbitragebeding wijkt bijvoorbeeld af van de regels inzake rechterlijke bevoegdheid, maar het kan redelijkerwijze toch niet de bedoeling van de wetgever zijn om aan de werking van arbitragebedingen in b2b-relaties te raken. Ook een uitdrukkelijk ontbinding beding wijkt af van art. 1184 BW dat een rechterlijke tussenkomst oplegt, maar dat is aanvullend recht zodat er per definitie van kan worden afgeweken.

30. De wet zegt ook niets uitdrukkelijk over de impact van de economische afhankelijkheid van een onderneming op de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding. Weliswaar is de economische afhankelijkheid van een onderneming op zich noch een voldoende noch een noodzakelijke voorwaarde om tot een onrechtmatig beding te besluiten, ze kan wel een belangrijke factor zijn om het bestaan van een kennelijk onevenwicht te beoordelen.¹⁰⁶

§3. Zwarte lijst van onrechtmatige bedingen

31. Op de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen staan er vier categorieën van bedingen die in principe (behoudens rechtsmisbruik) sowieso onrechtmatig en dus verboden zijn als ze in ondernemingscontracten worden ingelast. Zoals reeds gezegd, zijn de *blacklisted* bedingen volgens de parlementaire voorbereiding restrictief¹⁰⁷ dan wel strikt¹⁰⁸ te interpreteren.¹⁰⁹

De aanhef van zowel de zwarte als de grijze lijst heeft het over bedingen die tot iets “strekken”. Anders dan in Nederland,¹¹⁰ klinkt de “strekking van een beding of overeenkomst”

¹⁰² Zie gewijzigd art. 4 van de wet van 2 augustus 2002. Vgl. in Frankrijk de recente Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, o.m. tot wijziging van art. L.441-10, I, lid 2 du Code de commerce: “*Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours après la date d’émission de la facture*”.

¹⁰³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 34.

¹⁰⁴ Vgl. inzake consumentenovereenkomsten ook met HvJ 14 maart 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*. In dat arrest besliste het Hof van Justitie dat het begrip van “aanzienlijke verstoring van het evenwicht” ten nadele van de consument aan de hand van een onderzoek van de toepasselijke nationale regels moet worden beoordeeld wanneer partijen geen regeling hebben getroffen, zodat bepaald kan worden of, en in voorkomend geval in welke mate, de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die krachtens het geldende nationale recht.

¹⁰⁵ Vgl. voor een soortgelijke kritiek ook met L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen” in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994, 331.

¹⁰⁶ Vgl. *Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2885/1, 11; *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/2, 6.

¹⁰⁷ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 38.

¹⁰⁸ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 37.

¹⁰⁹ Zie *supra* voetnoot 77 over die twee interpretatiemethodes.

¹¹⁰ Voor Nederland o.m. A.C. VAN SCHAICK, “De strekking der overeenkomst”, *WPNR* 1990/5971, 503-506. De term wordt o.m. gebruikt in art. 3:40 NBW.

Belgische juristen conceptueel niet zo vertrouwd in de oren.¹¹¹ Volgens de parlementaire voorbereiding van de b2b-wet verwijst de term naar de concrete gevolgen die een bepaald beding of combinatie van bedingen voor de partijen heeft, in functie van de specifieke aard van het goed of de dienst en de context.¹¹²

De vier categorieën van de *blacklisted* bedingen worden hierna meer in detail geanalyseerd. Quasi-identieke verboden bedingen komen reeds op de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten voor. Een verantwoording waarom bepaalde bedingen voor ondernemingsovereenkomsten zijn hernomen, en andere dan weer niet, is niet in de parlementaire voorbereiding terug te vinden.

1° Onherroepelijke verbintenis versus verbintenis onder potestatieve voorwaarde

32. Art. VI.91/4, 1° WER verbiedt bedingen die ertoe strekken te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de ene onderneming terwijl de uitvoering van de prestaties van de andere onderneming onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil.

Voor consumentenovereenkomsten is een quasi-identieke bepaling terug te vinden in art. VI.83, 1° WER. In dat kader wordt veelal het voorbeeld gegeven van volgende (onrechtmatige) clausule: “*De door onze vertegenwoordigers aanvaarde bestellingen zijn slechts verbindend na onze schriftelijke orderbevestiging*”.¹¹³ Een ander vaak aangehaald voorbeeld uit de rechtspraak inzake consumentenovereenkomsten betreft een beding waarin een kandidaat-koper er zich definitief toe verbindt een goed aan te kopen van een kandidaat-verkoper en belooft dat goed aan te kopen zodra de kandidaat-verkoper het vordert, terwijl de kandidaat-verkoper de aankoopbelofte aanvaardt zonder zelf een verbintenis tot verkopen aan te gaan. Een dergelijk beding werd onrechtmatig en nietig bevonden¹¹⁴ (met ook de nietigheid van de volledige overeenkomst tot gevolg aangezien de overeenkomst niet zonder het beding kon voortbestaan).¹¹⁵

33. Doorgaans wordt in de rechtsleer niet ingegaan op de verhouding van dit verboden type van bedingen met het gemeen recht. Nochtans is een verbintenis onder een zuiver potestatieve opschortende voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt, ook onder het gemeen recht nietig (art. 1174 BW). Er is sprake van een zuiver potestatieve opschortende voorwaarde indien de realisatie van de voorwaarde *uitsluitend* afhangt van de wil van degene die zich verbindt.¹¹⁶ Een dergelijke opschortende zuiver potestatieve voorwaarde heeft tot gevolg dat een schuldenaar zich tegelijk wel en niet verbindt en dus niet

¹¹¹ In het hervormingsvoorstel “Verbintenissen” tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek (zoals opgenomen in *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3709/1) komt het begrip “strekking” van een overeenkomst wel bij verschillende voorgestelde rechtsregels voor. Daarmee viseren de auteurs de inhoud en doelstellingen van de overeenkomst.

¹¹² *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 36.

¹¹³ Voorbeeld ontleend aan P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 210-211.

¹¹⁴ Antwerpen 17 december 2007, *NJW* 2008, 448, noot R. STEENNOT.

¹¹⁵ *Infra* nr. 69. De vaststelling dat de aankoopbelofte door de verkoper werd aanvaard, liet de rechter toe om het geheel als een overeenkomst te beschouwen, zodat de regels inzake onrechtmatige bedingen konden worden toegepast. Anders is het wanneer het aanbod niet door de verkoper wordt aanvaard, vermits er dan geen sprake is van een overeenkomst (Voorz. Kh. Antwerpen 8 oktober 2009, *NJW* 2010, 718, noot R. STEENNOT).

¹¹⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page, Traité de droit civil belge*, II, *Les obligations*, Vol. 3, *Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Brussel, Bruylant, 2013, 1803, nr. 1216; P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 2*, Brussel, Larcier, 2016, 378-379, nr. 391.

daadwerkelijk een verbintenis aangaat.¹¹⁷ In de mate dat een opschortende zuiver potestatieve voorwaarde in de overeenkomst is bedongen, zal de voorwaardelijke verbintenis aldus in de regel reeds onder het (huidige) gemeen recht door een nietigheidsgrond zijn aangetast, ongeacht of er al dan niet is voorzien in een onherroepelijke verbintenis voor de andere partij.

2° Eenzijdige interpretatiebedingen

34. Art. VI.91/4, 2° WER verbiedt bedingen die ertoe strekken een onderneming het eenzijdig recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren.

Opnieuw geldt er een quasi-identieke verbodsbepaling voor consumentenovereenkomsten.¹¹⁸ In dat kader zou bijvoorbeeld het beding dat een telecomoperator de mogelijkheid biedt om een waarborg te eisen bij “abnormaal hoog verbruik” zonder dat objectieve criteria zijn overeengekomen om die drempel te bepalen, onrechtmatig zijn.¹¹⁹

35. Mede gezien de vereiste restrictieve, minstens strikte, interpretatie van de bedingen op de zwarte lijst moet het gaan om bedingen die ondernemingen een eenzijdig recht verlenen om een beding te “interpreteren”.¹²⁰ Daartoe behoren bijvoorbeeld niet bedingen die een onderneming toelaten om via partijbeslissing het *voorwerp* van een verbintenis te *bepalen*.

Een beding dat bepaalt dat een contract bij twijfel steeds ten gunste van een bepaalde partij moet worden uitgelegd, valt niet onder die bepaling van de zwarte lijst vermits het de rechter blijft die de clause moet uitleggen.

3° Afstand van elk middel van verhaal

36. Art. VI.91/4, 3° WER verbiedt bedingen die ertoe strekken, in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming. Die bepaling klinkt kenners van het consumentenrecht opnieuw bekend in de oren.¹²¹ In de b2c-context wordt onder “middel van verhaal” de toegang tot de rechter begrepen.¹²²

In dezelfde zin zijn de “eigenrichtingclausules” die de toegang tot de rechter uitsluiten, ook voor ondernemingscontracten verboden.¹²³ Dergelijke clausules zijn evenwel ook reeds bij toepassing van het gemeen recht in principe (absoluut) nietig, vermits het grondrecht op toegang tot de rechter de openbare orde raakt en daarvan geen geldige afstand kan worden gedaan.¹²⁴

¹¹⁷ Dit gemeenrechtelijke verbod geldt voor alle duidelijkheid niet voor verbintenissen aangegaan onder een *ontbindende* zuiver potestatieve voorwaarde (Cass. 24 februari 2014, AR C.13.0293.N).

¹¹⁸ Art. VI.83, 6° WER.

¹¹⁹ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 250.

¹²⁰ Zie over interpretatieclausules ook J. WAELKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen. Clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 5 e.v.

¹²¹ Art. VI.83, 22° WER.

¹²² P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 328.

¹²³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 37 (ook bedingen die verbieden een collectieve vordering in te stellen, worden als voorbeeld gegeven).

¹²⁴ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 37.

Bijzonder verrassend is de passage in de parlementaire voorbereiding die tevens een arbitrageclausule vernoemt bij de bespreking van deze eigenrichtingclausules.¹²⁵ Die assimilatie staat haaks op de restrictieve, minstens strikte invulling van de zwarte lijst. Een arbitragebeding sluit niet “elk” middel van verhaal tegen een andere onderneming uit.¹²⁶ Ook is het vaststaande rechtspraak dat een arbitragebeding het fundamenteel recht op toegang tot de rechter zoals vervat in art. 6, eerst lid EVRM in principe niet schendt.¹²⁷

37. In principe zijn opschortingsclausules, uitdrukkelijk ontbindende bedingen en bedingen inzake een bindende derdenbeslissing¹²⁸ evenmin als onrechtmatige bedingen in de zin van art. VI.91/4, 3° WER te beschouwen, vermits (en voor zover) rechterlijke controle *a posteriori* mogelijk blijft en die clausules een onderneming niet doen afzien van *elk* middel van verhaal tegen de andere onderneming. Hetzelfde geldt voor bevoegdheidsclausules vermits zij ook een partij niet doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming.¹²⁹

De parlementaire stukken verduidelijken verder dat een clausule van “afstand van verhaal” in de verzekeringssector niet valt onder het verbod van art. VI.91/4, 3° WER.¹³⁰

Tot slot lijken ook verjaringsclausules (in het bijzonder deze die de verjaringstermijn inkorten) niet onder het hier besproken verbod te vallen, voor zover die de schuldeiser niet *elke* mogelijkheid ontnemen om zijn schuldvordering in rechte op te eisen.¹³¹

4° Onweerlegbare kennisname- of aanvaardingsbedingen

38. Ten slotte verbiedt art. VI.91/4, 4° WER bedingen die ertoe strekken 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. Zoals ook het geval was voor de andere drie categorieën van verboden bedingen op de zwarte lijst, geldt er andermaal een quasi-identiek verbod voor consumentenovereenkomsten.¹³²

De vereiste restrictieve, minstens strikte, interpretatie impliceert dat enkel de bedingen zijn verboden die ertoe strekken op *onweerlegbare* wijze de kennis of aanvaarding vast te

¹²⁵ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 37.

¹²⁶ Vgl. inzake consumentenovereenkomsten: M. PIERS, “Europees consumentenrecht en arbitrage”, *TPR* 2010, 1346.

¹²⁷ O.m. EHRM 27 februari 1980, *Deweert v. Belgium*, nr. 6903/75. Zie ook (en de verwijzingen aldaar): European Court of Human Rights, *A Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf (laatste update: 31.12.2018), p. 28.

¹²⁸ K. ANDRIES en F. VERMANDER, “Contractuele bedingen en de toegang tot de rechter” in A. VAN OEVELEN, J. ROZIE en S. RUTTEN, *Recht op toegang tot de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 96-100 (uitdrukkelijk ontbindend beding) en 104-113 (derdenbeslissingsbeding).

¹²⁹ Inzake consumentenovereenkomsten, R. STEENNOT, “Commentaar bij art. VI.83, 22° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 6-8.

¹³⁰ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 37-38.

¹³¹ Verjaringsclausules die de schuldeiser nagenoeg iedere mogelijkheid zouden ontnemen om zijn schuldvordering in rechte te eisen, zijn ook naar gemeen recht in principe ongeldig (I. CLAEYS, “Overzicht van rechtspraak. Bevrijdende verjaring (1992-2017)”, *TPR* 2018, 828-829; A. VAN OEVELEN, “Verjaringsclausules” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYIN, B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1615).

¹³² Art. VI.83, 26° WER.

stellen.¹³³ Bedingen die op *weerlegbare* wijze de kennis of aanvaarding vaststellen, vallen dus niet onder het verbod.¹³⁴

39. Naast die vraag naar de rechtmatigheid van een kennisname- of aanvaardingsclausule, blijft het verder wel sowieso vereist dat een dergelijke clausule tegenwerpelijk is aan de wederpartij. Indien een kennisname- of aanvaardingsclausule aldus deel uitmaakt van de algemene voorwaarden, dan blijven de vereisten voor de tegenwerpelijkheid van de algemene voorwaarden uiteraard gelden, zijnde een redelijke mogelijkheid tot (effectieve) kennisname en aanvaarding.¹³⁵ De waarde van een kennisname- of aanvaardingsclausule opgenomen in de algemene voorwaarden kan in dat opzicht aldus beperkt zijn.

Wanneer de algemene voorwaarden voorkomen op een factuur, is er rekening te houden met art. 1348*bis*, §4 BW¹³⁶ (art. 8.11, §4 nieuw BW).¹³⁷ Krachtens die bepaling levert een door een onderneming aanvaarde factuur bewijs op tegen deze onderneming.¹³⁸ Algemeen wordt aangenomen dat de bewijswaarde van de aanvaarde factuur zich in principe¹³⁹ ook uitstrekt tot de algemene voorwaarden die erop voorkomen.¹⁴⁰ De afwezigheid van een tijdig protest heeft aldus tot gevolg dat de factuur en de algemene voorwaarden die erop voorkomen in principe geacht worden aanvaard te zijn,¹⁴¹ ongeacht of er al dan niet een (on)rechtmatig aanvaardingsbeding is opgenomen.

40. Uit de tekst van de nieuwe bepaling volgt ook dat het niet noodzakelijk is dat een onderneming voor het sluiten van de overeenkomst daadwerkelijk kennis *heeft genomen* van de contractuele bedingen. Het volstaat dat hij daartoe daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad. In overwegende mate wordt in de rechtsleer en rechtspraak aangenomen dat een loutere verwijzing naar de algemene voorwaarden niet volstaat om te voldoen aan de vereiste van de (redelijke) mogelijkheid tot (effectieve) kennisname.¹⁴² Het feit dat algemene

¹³³ *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 38.

¹³⁴ Die opvatting wordt inzake consumentenovereenkomsten door bepaalde auteurs wel bekritiseerd. Zie de auteurs die geciteerd worden in J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. XIII. Handels- en economisch recht. Deel 2. Mededingingsrecht. A. Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 635.

¹³⁵ Zie ook Cass. 20 april 2017, AR C.16.0341.F.

¹³⁶ Voorheen art. 25 W.Kh. (inzake handelskopen).

¹³⁷ Art. 8.11, §4 nieuw BW dat op 1 november 2020 in werking treedt en lichtjes afwijkt van de tekst van 1348*bis*, §4 BW, bepaalt: “*Behoudens tegenbewijs, levert een door een onderneming aanvaarde of niet binnen een redelijke termijn betwiste factuur tegen deze onderneming bewijs op van de aangevoerde rechtshandeling*”. Zie ook reeds Cass. 29 april 2004, C.02.0250.N (een factuur wordt in principe geacht aanvaard te zijn wanneer zij niet tijdig werd geprotesteerd).

¹³⁸ Er bestaat discussie over de vraag of een aanvaarde factuur een weerlegbaar dan wel onweerlegbaar vermoeden van de inhoud van de onderliggende overeenkomst oplevert, zie o.m. R. HOUBEN, “De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur inzake handelskoop” (noot onder Cass. 7 januari 2005), *RW* 2005-06, 1099 en de verwijzingen aldaar.

¹³⁹ Voor uitzonderingen of nuances, o.m. D. BRULOOT en R. STEENNOT, “Clausules i.v.m. de tegenwerpelijkheid van algemene voorwaarden” in G.-L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Gemeenrechtelijke clausules. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 368; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 188-195.

¹⁴⁰ Cass. 29 april 2004, C.02.0250.N. Vgl. ook met Cass. 7 januari 2005 (AR C.03.0129.N) inzake een aanvaarde factuur die is gestuurd in uitvoering van een schriftelijke overeenkomst maar daarvan gedeeltelijk afwijkende verbintenissen inhoudt.

¹⁴¹ E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2012, 185.

¹⁴² O.m. H. DE WULF, “Overzicht van rechtspraak. Handelsrecht en handelspraktijken 2003-2010”, *TPR* 2011, 972; 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, 5-6.

voorwaarden beschikbaar of consulteerbaar zijn op de griffie of in het Belgisch Staatsblad, volstaat in de regel dan ook niet opdat er sprake zou zijn van een redelijke mogelijkheid tot kennisname.¹⁴³ De mededeling dat de algemene voorwaarden op aanvraag of eenvoudig verzoek te verkrijgen zijn, volstaat in principe evenmin.¹⁴⁴

§4. Grije lijst van onrechtmatige bedingen

41. Naast een zwarte lijst, bevat de b2b-wet voor overeenkomsten tussen ondernemingen ook een grijze lijst van bedingen die worden vermoed onrechtmatig en verboden te zijn. Dat vermoeden is wel weerlegbaar. Een partij kan dus het tegenbewijs leveren dat een beding in een concreet geval niet onrechtmatig is. Hoewel de wet het voorwerp van dat tegenbewijs niet verduidelijkt, bevestigt de parlementaire voorbereiding dat moet worden aangetoond dat het beding geen kennelijk onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen creëert.¹⁴⁵

Of een beding in een concreet geval *geen* kennelijk onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen creëert, vergt uiteindelijk een juridische beoordeling van de rechter. Het komt er niet zozeer op aan het gebrek aan een kennelijk evenwicht te “bewijzen”, maar wel om de rechter te overtuigen dat een concreet beding niet onrechtmatig is. Wel zal een partij die de rechter daartoe tracht te overtuigen, in principe de betwiste feitelijke elementen die zij in dit kader aanvoert, moeten bewijzen.

42. Het (on)rechtmatige karakter van een beding van de grijze lijst zou volgens de parlementaire voorbereiding in het bijzonder afhangen van de gevolgen die de bedingen concreet voor de contractpartijen met zich meebrengen.¹⁴⁶ Die analyse van de gevolgen van een bepaald beding zou rekening moeten houden met de specifieke aard van het goed of de dienst, van de betrokken sector en van de commerciële gebruiken daarrond, alsook met het geheel van de context en van de commerciële relaties. In de mate dat die (empirische) informatie een concrete relatie overstijgt, is niet duidelijk waar die informatie vandaan moet worden gehaald, zeker als die tot de sfeer van de confidentialiteit behoort. Vermits een onrechtmatig beding met de nietigheid wordt gesanctioneerd, zijn de gevolgen van dat beding te beoordelen op het moment van het sluiten van het contract.¹⁴⁷

In de parlementaire voorbereiding wordt ook opnieuw het uitgangspunt van de contractvrijheid in herinnering gebracht: het vermoeden van onrechtmatigheid kan worden weerlegd “*in zoverre kan aangetoond worden dat beide partijen werkelijk wilden komen tot een dergelijke regeling*”.¹⁴⁸ De wetgever lijkt er dus vanuit te gaan dat het feit dat een clause in een overeenkomst staat, niet mag doen vermoeden dat die berust op de wilsovereenstemming van de partijen, wat op zijn minst opmerkelijk is te noemen vermits een overeenkomst in principe wilsovereenstemming veronderstelt. Ondernemingen zullen er

¹⁴³ Kh. Brussel 22 april 2008, *RW* 2009-10, 680.

¹⁴⁴ Kh. Hasselt 7 juni 2006, *TBH* 2007, 295; zie ook C.-A. DUMONT DE CHASSART, “De tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden “offline”” in S. ONGENA (ed.), *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 6.

¹⁴⁵ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 40.

¹⁴⁶ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 40.

¹⁴⁷ Wat verschilt van een controle vanuit het verbod van rechtsmisbruik, waarbij de gevolgen op het ogenblik van het inroepen van het beding centraal staan.

¹⁴⁸ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 40.

goed aan doen om in hun overeenkomst te motiveren waarom zij een bepaalde regeling die potentieel als kennelijk onevenwichtig kan worden aangezien, “werkelijk wilden”. Of een algemene *boilerplate* clausule in de zin dat “*elk beding werkelijk door de partijen is gewild en geen (kennelijk) onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen doet ontstaan*”, kan volstaan om het vermoeden van het onrechtmatige karakter van een bepaald beding van de grijze lijst te weerleggen, zal ongetwijfeld het voorwerp van discussie zijn. In de parlementaire voorbereiding wordt ook toegelicht dat “*omwille van gerechtvaardigde economische motieven kan worden afgeweken van een normale juridische afweging van respectieve contractuele rechten en plichten*”.¹⁴⁹ Indien die economische (of andere gerechtvaardigde) motieven uit het contract volgen of indien er schriftelijk sporen van zijn die in de contractuele sfeer zijn getreden, zal het uiteraard gemakkelijker zijn om het tegenbewijs te leveren dan in het omgekeerde geval, zoals wanneer een exoneratiebeding staat tegenover een vermindering van de prijs.

Net zoals de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen, beperkt de grijze lijst in belangrijke mate de contractvrijheid en wijkt ze af van het gemeen recht, zodat het aannemelijk is dat ook die lijst restrictief, minstens strikt, is te interpreteren. Volgens de parlementaire toelichting bevatten de in de grijze lijst voorkomende bedingen “*meer rekbare begrippen*” die “*bijgevolg ook een ruimere waarderingsmogelijkheid bieden*”.¹⁵⁰ Zoals reeds uiteengezet, is terughoudendheid bij de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding op haar plaats, zodat die “ruimere waarderingsmogelijkheid” is te begrijpen in de zin dat een rechter goed moet staven waarom de economische of andere motieven die een partij voor het inlassen van een beding inroept, het beding, hoewel overeengekomen, niet rechtvaardigen.

43. De grijze lijst bevat acht categorieën van bedingen die hierna nader worden geanalyseerd. Opnieuw komen op de grijze lijst tal van gelijksoortige bedingen voor als die op de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten. Net zoals bij consumentenovereenkomsten en de zwarte lijst bij ondernemingsovereenkomsten, wordt ook de terminologie “bedingen die ertoe strekken” opnieuw hernomen.¹⁵¹

1° Eenzijdige wijzigingsbedingen

44. Worden vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken de onderneming het recht te verlenen om zonder geldige reden de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen (art. VI.91/5, 1° WER). Een beding dat een eenzijdige wijziging van de prijs, kenmerken of voorwaarden toelaat, wordt dus niet vermoed onrechtmatig te zijn als de wijziging op een *geldige reden* berust.

Met een geldige reden voor een eenzijdige wijziging lijkt in elk geval te worden bedoeld dat een louter willekeurige of discretionaire eenzijdige wijziging niet zomaar door de beugel kan. Er moet voor de eenzijdige wijziging een zekere objectieve verantwoording bestaan.¹⁵² Een eenzijdige wijziging van de prijs kan bijvoorbeeld objectief verantwoord zijn door wijzigingen in de prijzen van grondstoffen of van diensten van toeleveranciers of door wijzigingen van het wetgevend kader zoals bijvoorbeeld een wijziging van een opgelegde taks of heffing op

¹⁴⁹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 40.

¹⁵⁰ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 40.

¹⁵¹ Zie daarover *supra* nr. 31.

¹⁵² *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 41.

energie.¹⁵³ Bij clausules tot indexatie of herziening van industriële en commerciële prijzen is daarnaast rekening te houden met de meer specifieke dwingende beperkingen van art. 57 van de Wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen¹⁵⁴ (die als *lex specialis* hoe dan ook blijft gelden)¹⁵⁵.

Indien een eenzijdige wijziging op een louter discretionaire basis berust, dan mag volgens de parlementaire voorbereiding worden vermoed dat een dergelijke eenzijdige wijziging onredelijk bezwarend is voor de andere onderneming omdat die andere onderneming zich “in veel gevallen” in een afhankelijke positie bevindt.¹⁵⁶ In het licht van die precisering lijkt het bewijs van ontstentenis van een afhankelijke positie minstens meer ruimte open te laten voor een dergelijk eenzijdige wijzigingsbeding. De parlementaire voorbereiding specificeert in dat kader ook dat een kosteloos opzegrecht voor de tegenpartij “geen tegengewicht” vormt voor louter discretionaire eenzijdige wijzigingen.¹⁵⁷ In een dergelijk geval blijft het vermoeden van de onrechtmatigheid van de eenzijdige wijzigingsclausule dus nog bestaan, maar zeker in geval van eenzijdige wijzigingsbedingen met een kosteloos opzegrecht als tegengewicht en in het bijzonder in langere termijn contracten zijn er wel goede redenen te bedenken die dergelijke bedingen toch rechtvaardigen.

45. Op die bepaling uit de grijze lijst zouden partijen kunnen inspelen door in de overeenkomst de redenen (al dan niet limitatief) op te sommen die partijen in elk geval als een geldige reden voor een eenzijdige wijziging beschouwen. In dat geval is het ook duidelijk dat partijen dergelijke eenzijdige wijziging werkelijk hebben gewild, zodat het tegenbewijs inzake het (vermoede) onrechtmatige karakter van het beding kan worden geleverd.¹⁵⁸

De bepaling legt evenwel niet op dat de redenen in het contract moeten worden opgegeven, tenzij het voorwerp van de verbintenis door de clausule onbepaalbaar zou worden (art. 1129 BW). Wat een geldige reden is (een economische reden, een sociale reden, een politieke reden, een ecologische reden, een culturele reden, enz.) en vanuit wiens perspectief de rechtvaardiging van een eenzijdige wijziging moet worden beoordeeld (louter vanuit de onderneming die de eenzijdige wijziging oplegt, vanuit de specifieke aard van een activiteit of sector, of vanuit het algemeen belang?), kan ook worden aangetoond door elementen die niet in een akte of een ander (pre-)contractueel document zijn opgenomen, zeker als ze redelijkerwijze bij de partijen kenbaar zijn of kunnen worden verwacht.

46. Het voorwerp van de eenzijdige wijziging moet betrekking hebben op de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst. Hoewel de wet spreekt van kenmerken

¹⁵³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 41. Ook een wijziging van de regionaal opgelegde quotumverplichting inzake energie vormt volgens de parlementaire voorbereiding een gerechtvaardigde economische verantwoording.

¹⁵⁴ Binnen het toepassingsgebied van die wettelijke regel, is elke formule van indexatie van de industriële en of commerciële prijzen, van de tarieven en de parameters van prijzenfluctuatiefomules in functie van het indexcijfer van de consumptieprijzen, of van enig ander indexcijfer, verboden (art. 57, §1). Onder die wet mogen contracten ook slechts prijsherzieningsbedingen bevatten in de mate dat deze toepasselijk zijn tot een bedrag van maximum 80 pct. van de eindprijs en voor zover ze verwijzen naar parameters die de reële kosten vertegenwoordigen, waarbij iedere parameter alleen toepasselijk is op dat gedeelte van de prijs dat beantwoordt aan de kosten die het vertegenwoordigt (art. 57, §2). Die regels zijn niet van toepassing op de huurprijzen, de wedden, lonen, sociale bijdragen of uitkeringen en op de emolumenten en honoraria die betrekking hebben op prestaties geleverd door de beoefenaars van vrije beroepen (art. 57, §3).

¹⁵⁵ *Supra* nr. 8.

¹⁵⁶ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 41.

¹⁵⁷ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 41.

¹⁵⁸ *Supra* nr. 42.

van de overeenkomst, kan uit de parlementaire voorbereiding worden afgeleid dat het gaat om de “kenmerken van de goederen of de dienstverlening”.¹⁵⁹ Bij consumentencontracten wordt treffender gesproken van “kenmerken van het te leveren product”,¹⁶⁰ zoals de samenstelling, de datum van fabricage, de geschiktheid voor het gebruik, de gebruiksmogelijkheden, de geografische of commerciële oorsprong, enz. van het te leveren product. Het begrip voorwaarden van de overeenkomst, hoewel niet verduidelijkt, omvat dan weer redelijkerwijs niet alleen de voorwaarden in de juridisch-technische zin van het woord (toekomstige en onzekere gebeurtenissen waarvan de uitvoerbaarheid of uitdoving van een verbintenis afhangt), maar alle contractuele bedingen.¹⁶¹

Een mogelijke toepassing van deze categorie is een beding dat een contractpartij toelaat om de overeengekomen leveringstermijn eenzijdig te wijzigen. Een dergelijk beding zal aldus worden vermoed onrechtmatig te zijn tenzij een geldige reden voor die eenzijdige wijziging wordt aangereikt.

2° Bedingen inzake de duur van een overeenkomst: stilzwijgende verlenging of vernieuwing en redelijke opzegtermijn

47. Inzake de duur van overeenkomsten, komen er twee relevante bepalingen voor op de grijze lijst van onrechtmatige bedingen.

Vooreerst worden vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken, een overeenkomst van bepaalde duur stilzwijgend te verlengen of te vernieuwen, zonder opgave van een redelijke opzegtermijn (art. VI.91/5, 2° WER).

Worden daarnaast vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken, onverminderd art. 1184 van het Burgerlijk Wetboek, de partijen te verbinden zonder opgave van een redelijke opzegtermijn (art. VI.91/5, 5° WER).

Voor beide wetsbepalingen wijst de parlementaire voorbereiding enerzijds op het belang van de continuïteit van relaties tussen ondernemingen, maar anderzijds ook op de bekommernis dat een te lange contractuele gebondenheid de vrije concurrentie zou beperken.¹⁶²

Beide wetsbepalingen zien op bedingen die niet voorzien in een “redelijke opzegtermijn”. Bij de beoordeling of een opzegtermijn in een gegeven geval redelijk is, zou er volgens de parlementaire voorbereiding rekening te houden zijn met de aard van het goed of dienst, de structuur van de markt, de veelvuldigheid van prestaties, de betrokken sector, enz.¹⁶³

48. Bij een lezing van beide wetsbepalingen zal menig lezer zich ongetwijfeld serieus in zijn koffie verslikken.

¹⁵⁹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 41.

¹⁶⁰ Art. VI.97, 2° WER. In bepaalde gevallen is het evenwel ook niet eenvoudig om de kenmerken van het product te onderscheiden van de verkoopvoorwaarden. Zie R. STEENNOT, “Commentaar bij art. VI.83,4° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 4.

¹⁶¹ Zie inzake eenzijdige wijzigingsbedingen: art. VI.83, 2°-5° WER.

¹⁶² *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 42 en 43.

¹⁶³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 43.

Dit is niet in het minst het geval bij art. VI.91/5, 5° WER. De tekst van die bepaling verschilt opmerkelijk van de tekst van de vergelijkbare bepaling van de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen voor consumentenovereenkomsten. Inzake consumentenovereenkomsten is immers onrechtmatig het beding dat ertoe strekt de consument *voor een onbepaalde termijn* te binden, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzeggingstermijn.¹⁶⁴ Inzake ondernemingsovereenkomsten daarentegen is niet gepreciseerd dat de relevante bepaling alleen van toepassing is op een verbintenis voor onbepaalde duur. Met andere woorden, volgens een letterlijke, maar beleidsmatig allesbehalve wenselijke, lezing van die bepaling zouden voortaan niet alleen verbintenissen van onbepaalde duur maar ook verbintenissen van bepaalde duur met een redelijke opzegtermijn eenzijdig moeten kunnen worden opgezegd, tenzij een gerechtvaardigde reden wordt aangetoond om dat recht niet te bedingen. Het begrip “bepaalde duur” zou dus een zeer relatief begrip worden. Dit lijkt zo verregaand dat het onderscheid tussen consumenten- en ondernemingscontracten moet zijn te wijten aan een vergetelheid/slordigheid van de wetgever door niet te specificeren dat de bepaling op de grijze lijst alleen verbintenissen van onbepaalde duur viseert. Een andere lezing van die bepaling lijkt een niet te verantwoorden verschil in behandeling van ondernemingscontracten en consumentencontracten in het leven te roepen. Die constitutionele bekommernis lijkt voldoende te zijn om geen rekening te moeten houden met de opmerking in de parlementaire voorbereiding dat “*ook bij bepaalde duur de andere partij dient te beschikken over een redelijke opzegtermijn*”.¹⁶⁵

De wetgever verantwoordt zijn keuze in de parlementaire voorbereiding door het principe van de vrije concurrentie.¹⁶⁶ Een te lange contractuele gebondenheid zou de vrije concurrentie zgn. beperken. De slinger is hierbij ongetwijfeld te ver doorgeslagen naar de zogenaamde bescherming van de vrije concurrentie, en dit ten koste van de andere fundamentele beginselen waarop onze economische orde rust, het grondrecht van de contractvrijheid en het eigendomsrecht, de bindende kracht van de overeenkomst en de rechtszekerheid. Op basis van die fundamentele beginselen is aan te nemen dat art. VI.91/5, 5° WER alleen voor verbintenissen van onbepaalde duur kan gelden, zoals dat ook het geval is voor de vergelijkbare regel bij consumentenovereenkomsten. Gezien de economische chaos die een andere lezing van de wetsbepaling tot gevolg zou hebben en het feit dat de wetgever er quasi geen debat heeft aan gewijd, lijkt dit de enige aanvaardbare (redelijke) lezing van art. VI.91/5, 5° WER te zijn. Te vermijden is immers dat ondernemingen er niet meer van zouden mogen uitgaan dat de overeenkomst voor de overeengekomen bepaalde duur moet worden uitgevoerd en de economische waarde van overeenkomsten van bepaalde duur zou worden gekelderd. Een andere lezing zou ook alleen maar een vloed van geschillen met zich meebrengen in situaties waar een partij plots van haar contract af wil in strijd met de verwachtingen die de afgesproken duur bij de wederpartij creëerde.

49. Ook art. VI.91/5, 2° WER is geen schoolvoorbeeld van een duidelijke tekst, hoewel de wetgever dit wel verwacht van de redactie van ondernemingscontracten.¹⁶⁷ Op het eerste gezicht is immers niet duidelijk of (i) er *na* een stilzwijgende verlenging/vernieuwing een redelijke opzegtermijn contractueel moet zijn voorzien, (ii) dan wel of de redelijke opzegtermijn doelt op een redelijke termijn *voorafgaandelijk* aan de stilzwijgende verlenging

¹⁶⁴ Art. VI.83, 18° WER.

¹⁶⁵ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 43.

¹⁶⁶ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 43.

¹⁶⁷ *Supra* nr. 17.

of vernieuwing om zich tegen de verlenging of vernieuwing van het contract te verzetten. Louter op basis van een letterlijke lezing van de bepaling die niet spreekt van enig verzet tegen een stilzwijgende verlenging of vernieuwing,¹⁶⁸ zouden sommigen de eerste interpretatie naar voren kunnen schuiven. Die interpretatie is economisch gezien evenwel opnieuw (te) verregaand, vermits ze zou inhouden dat een partij, na een stilzwijgende verlenging of vernieuwing van de overeenkomst, niet alleen verbintenissen van onbepaalde duur maar ook die van bepaalde duur met een redelijke opzegtermijn zou moeten kunnen beëindigen. De in het vorig randnummer vernoemde fundamentele beginselen verzetten zich andermaal tegen een dergelijke verregaande lezing. In dat kader is art. VI.91/5, 2° WER te begrijpen in de zin dat een contractpartij een redelijke termijn aan haar medecontractant moet geven om zich tegen een stilzwijgende verlenging of vernieuwing te verzetten (en de overeenkomst aldus te beëindigen).

3° Contractuele omkering van het economische risico zonder tegenprestatie

50. Worden vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken zonder tegenprestatie het economische risico op een partij te leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust (art. VI.91/5, 3° WER). Deze bepaling, waarvan er ditmaal geen equivalent in het consumentenrecht bestaat, zal ongetwijfeld aanleiding geven tot bijzonder veel debatten tussen contractpartijen.

51. Vooreerst is niet steeds duidelijk op welke partijen bepaalde economische risico's *normaliter* rusten (of behoren te rusten). Dit lijkt te moeten worden beoordeeld in functie van het concrete geval. In dit kader is volgens de parlementaire voorbereiding ook met de betrokken economische sector rekening te houden.¹⁶⁹ Waar rechters en zelfs partijen die informatie vandaan zullen halen, is zonder gedegen empirisch, niet door confidentialiteit gehinderd, onderzoek, een raadsel.

52. Daarnaast viseert de tekst van art. VI.91/5, 3° WER alleen een contractuele omkering van *economische* risico's. Die precisering lijkt met zich mee te brengen dat die bepaling een contractuele omkering van *juridische* risico's niet viseert, zoals de risicoverdeling die gebeurt in aansprakelijkheids- of vrijwaringsbedingen. Dat zal evenwel aanleiding geven tot heel wat debat vermits het verre van eenvoudig is om beide categorieën van risico's duidelijk van elkaar te onderscheiden.

53. Verder kan van vele bedingen worden beweerd dat ze *zonder tegenprestatie* het economische risico op een partij leggen terwijl dat risico normaliter op haar medecontractant rust. Het verdelen van (economische) risico's tussen contractanten is evenwel eigen aan het contracteren zelf.

Indien de betrokken partijen aldus met betrekking tot een bepaald economisch risico willen afwijken van de normale risicoverdeling, dan moeten ze daarvoor in principe in een tegenprestatie voorzien door die bijvoorbeeld in de overeengekomen prijs in te

¹⁶⁸ In tegenstelling tot bijvoorbeeld art. VI.91 WER inzake de stilzwijgende verlenging van bepaalde consumentenovereenkomsten. Vgl. ook met art. VI.83, 20° WER die spreekt van een tegengestelde kennisgeving van de consument om zich tegen de automatische verlenging te verzetten.

¹⁶⁹ Zie ook *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 42. In dat verband geeft de parlementaire voorbereiding aan dat de handelsgebruiken in bijvoorbeeld de distributiesector niet dezelfde zijn als die in de bouwsector.

“calculeren”.¹⁷⁰ Alleen dan zou een dergelijke omkering van het economisch risico immers gerechtvaardigd kunnen worden en valt ze niet langer onder de verbodsbepaling.

Vermoedelijk zal dit partijen ertoe aanzetten om, al dan niet op gestandaardiseerde wijze, clausules in hun contract op te nemen waarin zij uitdrukkelijk stipuleren dat de bedongen risicoverdeling heeft meegespeeld bij de overeengekomen prijs of dat het ene beding een toegeving is voor een ander beding.

In dat opzicht rijst ook de vraag in welke mate ervan kan worden uitgegaan dat elke clausule deel uitmaakt van een groter contractueel geheel (dat is overigens geen vermoeden, maar een werkelijkheid). In dat geval komt nauwelijks betekenis toe aan het vermoeden van onrechtmatigheid van een clausule die zonder tegenprestatie een risico elders legt dan waar het “normaliter” rust, al is niet zeker of dat dan wel geheel strookt met de bedoeling van de wetgever.

54. Een mogelijke toepassing is een beding in een koop van een goed met het oog op doorverkoop, dat de leverancier verplicht om de producten terug te nemen die de koper niet wist door te verkopen, terwijl dat risico van het niet kunnen doorverkopen van een goed normaliter op de andere partij ligt.¹⁷¹ Als er voor die terugnameverplichting geen tegenprestatie tussen de contractanten is overeengekomen, dan lijkt het beding, behoudens tegenbewijs, onder de bepaling onder art. VI.91/5, 3° WER te vallen.¹⁷²

4° Ongepaste contractuele beperking of uitsluiting van de wettelijke rechten in geval van wanprestatie

55. Worden vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken 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 (art. VI.91/5, 4° WER).¹⁷³ In de parlementaire voorbereiding wordt die bepaling aangeduid als een *catch all* bepaling,¹⁷⁴ bovenop de *catch-all* bepaling dat bedingen die een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen creëren, onrechtmatig zijn.

56. Art. VI.91/5, 4° WER viseert zowel de ongepaste uitsluiting als ongepaste beperking van de wettelijke rechten van een onderneming. Vereist is wel dat de beperking of uitsluiting “ongepast” is.

De parlementaire voorbereiding preciseert dat beperkingen van de wettelijke rechten van een onderneming in het licht van het “*gemene aansprakelijkheidsrecht*” moeten worden verantwoord. In dat kader is evenwel opnieuw te beklemtonen dat het feit dat een contractueel beding van het gemeen recht afwijkt, in elk geval *ipso facto* niet kan volstaan

¹⁷⁰ Vgl. in dezelfde zin met *Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 42.*

¹⁷¹ *Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 45.* Zie tevens voor andere potentiële toepassingen, S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 242-244.

¹⁷² Vgl. ook met Cass. fr. (com), 29 september 2015, nr. 13-25043. In de zaak die tot dit verwerpingsarrest leidde, werd geoordeeld dat een beding dat een leverancier verplicht om onverkochte goederen zonder enige compensatie terug te nemen, een “*déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties*” creëert.

¹⁷³ Vgl. in dezelfde zin voor consumentenovereenkomsten met art. VI.83, 30° WER.

¹⁷⁴ *Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 42.*

om tot het onrechtmatige karakter van het beding te besluiten. Dit zou immers het concept en de functie van het aanvullend recht compleet uithollen. Aanvullend recht houdt immers precies in dat er bij contract kan worden van afgeweken.¹⁷⁵ Veel lijkt die precisering van de wetgever aldus niet te helpen bij de beoordeling van draagwijdte van art. VI.91/5, 4° WER.

Verder maakt de parlementaire voorbereiding zich er inzake deze bepaling wel heel gemakkelijk van af door te verwijzen naar een “ruime beoordelingsvrijheid” voor de rechter.¹⁷⁶ Het is immers een dooddoener voor elk juridisch debat om de beoordeling van een bepaald begrip aan de rechter over te laten, in het licht van de concrete omstandigheden van het geval. Gelet op de vereiste restrictieve, minstens strikte, interpretatie van bedingen op de grijze lijst, mag die beoordelingsvrijheid bovendien niet worden begrepen in de zin dat de rechter tal van bedingen onder die catch-all bepaling kan brengen. Wel integendeel, van de rechter wordt verwacht dat hij of zij zich terughoudend opstelt.¹⁷⁷

57. Ingevolge art. VI.91/5, 4° WER zullen concreet het recht op uitvoering, het recht op schadevergoeding, het recht op ontbinding, het recht op vrijwaring en de opschortingsrechten niet *op ongepaste wijze* mogen worden beperkt of uitgesloten.¹⁷⁸ In een relatie waar het essentieel is dat een bepaald werk tijdig moet worden afgewerkt, is het bijvoorbeeld niet ongepast om de exceptie van niet-nakoming (*exceptio non adimpleti contractus*) uit te sluiten.

Wat het recht op schadevergoeding betreft, preciseert de parlementaire voorbereiding uitdrukkelijk maar enigmatisch dat bedingen die aansprakelijkheid uitsluiten voor indirecte schade die niet voorzienbaar is (art. 1150 BW) “*in geen geval worden opgevat als een ongepaste uitsluiting of beperking van wettelijke rechten van de andere partij*”.¹⁷⁹

Ook verjaringsclausules die de wettelijke rechten van een partij op *ongepaste wijze* beperken, worden steevast als voorbeeld gegeven van bedingen die door vermelde bepaling kunnen worden geïsoleerd.¹⁸⁰

Vraag is ook in welke mate exoneratiebedingen die bepalen dat een onderneming maximaal tot een bepaald bedrag kan worden aangesproken, als onrechtmatig in de zin van art. VI.91/5, 4° WER kunnen worden beschouwd. Het feit dat het voor een onderneming mogelijk moet zijn om haar aansprakelijkheid te verzekeren en dus de aansprakelijkheidslast te beperken, maakt het beleidsmatig in elk geval wenselijk dat de opname van dergelijke exoneratiebedingen in principe mogelijk blijft. Op dat vlak, en mede gelet op de vereiste restrictieve, minstens strikte, interpretatie van de verboden bedingen, moet de rechter zich in elk geval terughoudend opstellen om een dergelijk exoneratiebeding onrechtmatig te verklaren. Bij die beoordeling zal de rechter hoe dan ook opnieuw de afweging moeten maken in welke mate een dergelijke clausule op *ongepaste wijze* het recht op schadevergoeding beperkt.

¹⁷⁵ Reeds *supra* nr. 29.

¹⁷⁶ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 42.

¹⁷⁷ *Supra* nr. 24.

¹⁷⁸ Vgl. ook met R. STEENNOT, “Commentaar bij art. VI.83, 30° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 4.

¹⁷⁹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 43.

¹⁸⁰ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 42-43. Vgl. Luik 6 maart 2014, *DAOR* 2014, 184 (inzake een verjaringsclausule in algemene bankvoorwaarden).

Tot slot kunnen ook bepaalde overmachtsclausules (die van het gemeen recht afwijken) aan art. VI.91/5, 4° WER worden getoetst. Blijkt immers dat aan het begrip overmacht in het contract te ruim werd omschreven, dan kan dit een ongepaste beperking van de wettelijke rechten van een onderneming inhouden.¹⁸¹

5° Bepaalde exoneratieclausules

58. Worden vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar zware fout of voor die van haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor de niet-uitvoering van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken (art. VI.91/5, 6° WER).

Met die bepaling worden drie categorieën van bedingen geïndiceerd: (1) bedingen waarbij een onderneming haar aansprakelijkheid uitsluit voor haar opzet of zware fout, (2) bedingen waarbij een onderneming haar aansprakelijkheid uitsluit voor het opzet of de zware fout van haar aangestelden en (3) bedingen waarbij een onderneming haar aansprakelijkheid uitsluit voor de niet-uitvoering van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken. De eerste twee categorieën wijken af van het gemeen contractenrecht in de mate dat ze een onderneming verbieden haar aansprakelijkheid voor zware fout en die voor het opzet of de zware fout van haar aangestelden uit te sluiten. De derde categorie doet denken aan het gemeenrechtelijke verbod op exoneratiebedingen die het voorwerp zelf van de contractuele verbintenis teniet doen.¹⁸²

Anders dan bij consumentenovereenkomsten,¹⁸³ is er bij de tweede categorie van bedingen alleen sprake van “aangestelden” en niet van lasthebbers. Vermits er alleen sprake is van “aangestelden”¹⁸⁴, worden bedingen waarbij een onderneming haar aansprakelijkheid uitsluit voor het opzet of de zware fout van haar zelfstandige uitvoeringsagenten, evenmin geïndiceerd door art. VI.91/5, 6° WER¹⁸⁵ (ten minste voor zover een dergelijk exoneratiebeding niet neerkomt op een uitsluiting van de aansprakelijkheid van een onderneming voor de niet-uitvoering van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken en niet onder een andere verbodsbepaling valt).

59. Verder heeft art. VI.91/5, 6° WER enkel betrekking op bedingen die ertoe strekken de aansprakelijkheid van een onderneming *uit te sluiten*. Bedingen die louter de aansprakelijkheid van een onderneming *beperken* en er niet toe strekken die uit te sluiten (zoals een clause tot loutere beperking van het schadebedrag waartoe een onderneming

¹⁸¹ R. STEENNÖT, “Commentaar bij art. VI.83, 30° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 6.

¹⁸² Bv. Cass. 26 maart 2004, AR C.02.0038.F. Op dat vlak zijn nog meer preciseringen mogelijk, waarvoor we (inzake consumentenovereenkomsten) verwijzen naar R. STEENNÖT, “Commentaar bij art. VI.83, 13° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 9-10.

¹⁸³ Art. VI.83, 13° WER.

¹⁸⁴ Als aangestelde wordt in het licht van art. 1384, derde lid BW beschouwd degene die zijn werk verricht onder het feitelijk gezag van degene die anderen aanstelt, zonder dat vereist is dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst (o.m. Cass. 29 juni 2009, AR C.07.0611.F).

¹⁸⁵ Vgl. (voor consumentenovereenkomsten) in dezelfde zin met R. STEENNÖT, “Commentaar bij art. VI.83, 13° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 7.

gehouden is), vallen aldus niet onder art. VI.91/5, 6° WER.¹⁸⁶ Dergelijke beperkingen van aansprakelijkheid kunnen desgevallend (en met de nodige terughoudendheid) wel nog op grond van de algemene toetsingsnorm of art. VI.91/5, 4° WER worden gesanctioneerd.

6° Bedingen tot beperking van bewijsmiddelen

60. Worden vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken de bewijsmiddelen waarop de andere partij een beroep kan doen, te beperken (art. VI.91/5, 7° WER).

Die bepaling verschilt op twee vlakken van wat voor consumentenovereenkomsten geldt¹⁸⁷ (naast het feit dat de clausule in een grijze lijst en niet in een zwarte lijst staat). Enerzijds gaat de bepaling verder dan zijn consumentenrechtelijke tweelingbroer, omdat bij consumentenovereenkomsten alleen de bedingen die ertoe strekken de bewijsmiddelen van een consument “op ongeoorloofde wijze” te beperken, onrechtmatig zijn, zij het wel dat over de inhoud en gevolgen van de woorden “op ongeoorloofde wijze” geen eensgezindheid bestaat.¹⁸⁸ Anderzijds gaat de bepaling voor ondernemingsovereenkomsten minder verder dan de consumentenrechtelijke regel, omdat bij consumentenovereenkomsten niet alleen bedingen verboden zijn die ertoe strekken de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken, maar ook deze die de consument een bewijslast opleggen die normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust. In een verbod om de bewijslast (en dus het bewijsrisico)¹⁸⁹ om te keren, is met andere woorden voor ondernemingsovereenkomsten niet uitdrukkelijk voorzien, zij het dat dergelijke bedingen die een omkering van de bewijslast inhouden, wel nog desgevallend aan de hand van de algemene toetsingsnorm(en) kunnen worden getoetst.

61. Vermits het bewijs tussen of tegen ondernemingen door alle bewijsmiddelen kan worden geleverd (tenzij de wet anders bepaalt),¹⁹⁰ heeft art. VI.91/5, 7° WER tot gevolg dat tussen ondernemingen steeds het bewijs met alle bewijsmiddelen moet kunnen worden geleverd,¹⁹¹ zonder in principe de mogelijkheid te hebben om ervan af te wijken. Hiermee wijkt de wetgever duidelijk af van het gemeen recht waar het tot nog toe tussen ondernemingen mogelijk was om te bepalen aan de hand van welke bewijsmiddelen het bewijs kan worden geleverd of bepaalde bewijsmiddelen uit te sluiten.

Gelet op de vereiste restrictieve minstens strikte interpretatie van art. VI.91/5, 7° WER heeft die wetsbepaling wel alleen betrekking op bedingen die ertoe strekken de bewijsmiddelen te beperken, zodat bedingen die bepalen aan welke bewijsmiddelen een hogere dan wel lagere

¹⁸⁶ Vgl. (voor consumentenovereenkomsten) in dezelfde zin met R. STEENNOT, “Commentaar bij art. VI.83, 13° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 4.

¹⁸⁷ Art. VI.83, 21° WER.

¹⁸⁸ O.m. J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. XIII. Handels- en economisch recht. Deel 2. Mededingingsrecht. A. Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 631.

¹⁸⁹ Over bewijslast en -risico (en de bestaande controverses), zie o.m. B. ALLEMEERSCH, “Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte” in *Themis nr. 59 – Gerechtig recht*, Brugge, die Keure, 2010, 3

¹⁹⁰ Art. 1348bis, §1 BW. Ingevolge de wijziging van het bewijsrecht geldt vanaf 1 november 2020 art. 8.11 nieuw BW.

¹⁹¹ Overeenkomstig art. 8.11, § 1, eerste lid nieuw BW kan het bewijs tussen ondernemingen of tegen ondernemingen, zoals omschreven in art. I.1, eerste lid WER, worden geleverd door alle bewijsmiddelen, behalve in de uitzonderingen die vastgesteld zijn voor bijzondere gevallen.

bewijswaarde¹⁹² toekomt, als dusdanig niet worden vermoed onrechtmatig te zijn, voor zover het mogelijk blijft om met alle bewijsmiddelen het tegenbewijs te leveren.¹⁹³

7° *Excessieve schadebedingen*

62. Worden vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken 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 (art. VI.91/5, 8° WER).

Een quasi-identieke bepaling komt voor in de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen bij consumentenovereenkomsten.¹⁹⁴ Anders dan bij consumentenovereenkomsten, werd evenwel niet in een bepaling inzake een vereiste wederkerigheid van schadebedingen voor ondernemingsovereenkomsten voorzien. Die wederkerigheid houdt in dat er geen schadebeding ten laste van de consument mag worden opgenomen, zonder dat wordt voorzien in een gelijkwaardige vergoeding ten laste van de onderneming die in gebreke blijft.¹⁹⁵

63. In het consumentencontentieux wordt uit de tekst “nadeel dat door de onderneming kan worden geleden” afgeleid dat de bedongen schadevergoeding moet worden vergeleken met de potentiële schade zoals die op de contractsluiting voorzienbaar was en dus niet met de werkelijke schade.¹⁹⁶ Hetzelfde geldt voor ondernemingsovereenkomsten, wat spoort met art. 1231 BW,¹⁹⁷ waarbij de beoordeling van het schadebeding ook gebeurt in functie van de potentiële schade die contractpartijen bij het sluiten van de overeenkomst konden voorzien.¹⁹⁸

64. Zoals reeds gezegd, eerbiedigt de b2b-wet uitdrukkelijk bijzondere regelgevingen (“*lex specialis*”). Met het algemeen contractenrecht werd evenwel veel minder rekening gehouden. In dat opzicht is de meerwaarde van art. VI.91/5, 8° WER ten aanzien van het gemeen recht twijfelachtig. Op grond van art. 1231 BW heeft de rechter immers reeds de bevoegdheid, ook ambtshalve, om overdreven schadebedingen te sanctioneren, i.e. via matiging. De vermeende “meerwaarde” zou er aldus kunnen bestaan dat art. 1231 BW alleen een matiging (tot minimaal de werkelijke schade) toelaat,¹⁹⁹ terwijl toepassing van art. VI.91/5, 8° WER leidt tot een vernietiging van het beding,²⁰⁰ zij het dat een gedeeltelijke vernietiging van een beding ook op een matiging zou kunnen neerkomen.²⁰¹

¹⁹² Zie definitie in art. 8.1, 15° nieuw BW.

¹⁹³ Vgl. in die zin voor consumentenovereenkomsten ook met P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 324-325.

¹⁹⁴ Art. VI.83, 24° WER.

¹⁹⁵ Art. VI.83, 17° WER.

¹⁹⁶ P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 298; R. STEENNOT, “Commentaar bij art. VI.83,24° WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 8.

¹⁹⁷ Anders: M. SEGERS, “Nieuwe wet zorgt voor kleine copernicaanse revolutie in B2B-relaties”, *Juristenkrant* 2019, afl. 387, 3.

¹⁹⁸ Voor rentebedingen die ook door art. VI.91/5, 8° WER worden gevisieerd, wordt wel afgeweken van de tekst van het gemeen recht. Het referentiecriterium voor rentebedingen is onder het gemeen recht immers de werkelijk geleden schade (art. 1153, laatste lid BW).

¹⁹⁹ Cass. 6 december 2002, AR C.00.0176.N; Cass. 12 april 2013, AR C.12.0498.N.

²⁰⁰ Zelfs in geval van vernietiging van het volledige schadebeding, zal de rechter nog steeds een schadevergoeding op grond van het gemeen recht kunnen toekennen (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 44). In consumentenzaken wordt op basis van het *Unicaja Banco*-arrest veelal aangenomen dat een vernietigd

§5. Sanctionering van de verboden bedingen

65. Net zoals bij consumentenovereenkomsten, zijn onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen verboden en (ver)nietig(baar) (1°). Daarnaast kan er ook een stakingsvordering met betrekking tot onrechtmatige bedingen in een overeenkomst worden ingesteld (2°). In tegenstelling tot bepaalde oneerlijke marktpraktijken, is het opnemen van onrechtmatige bedingen in een ondernemingsovereenkomst als zodanig *niet* strafbaar gesteld, tenzij er sprake is van *kwade trouw* van de onderneming (art. XV.84 WER).

1° Nietigheid

66. Zoals reeds gezegd, zijn onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen verboden en (ver)nietig(baar).²⁰² De wetgever opteerde er dus niet voor om onrechtmatige bedingen voor niet geschreven te houden.²⁰³

De nietigverklaring is ook de sanctie voor onrechtmatige bedingen in consumentencontracten. Wel drukte de wetgever met klemtoon de wens uit om de rechtspraak van in het bijzonder het Hof van Justitie inzake consumentenovereenkomsten niet zomaar uit te breiden naar ondernemingsovereenkomsten. Volgens de parlementaire voorbereiding heeft het immers “*geen zin om overeenkomsten tussen ondernemingen even strikt te interpreteren als wordt gedaan door het Hof van Justitie van de Europese Unie, in verband met de nietigheidssanctie voor onrechtmatige bedingen in de consumentenovereenkomsten*”.²⁰⁴

67. Zoals hiervoor uiteengezet,²⁰⁵ is niet op algemene wijze te bepalen of de regels inzake de onrechtmatige bedingen van louter dwingend recht zijn, dan wel de openbare orde raken, wat *de lege lata* bepalend is voor de relatieve of absolute aard van de nietigheid. In gevallen van relatieve nietigheid van een onrechtmatig beding is het in principe mogelijk om afstand te doen van de wettelijke bescherming, mits de vereisten voor bevestiging van het beding voldaan zijn.²⁰⁶

68. De parlementaire voorbereiding bevat een opmerkelijke passage over de taak van de rechter eens deze een onrechtmatig beding heeft vastgesteld: “*De rechter die het bestaan*

beding alleen dan door een bepaling van aanvullend recht kan worden vervangen als de rechter door de nietigheid van het oneerlijke beding verplicht zou zijn om de overeenkomst *in haar geheel te vernietigen* en de consument daardoor geconfronteerd zou worden met zodanige gevolgen dat hij in zijn belangen zou worden geschaad (HvJ 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, *Unicaja Banco*). Zie ook HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Kásler v. Káslerné Rábai*.

²⁰¹ Meer in detail: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 186 e.v.

²⁰² Art. VI.91/6 WER.

²⁰³ Voor zover die sanctie van de (gedeeltelijke) nietigheid te onderscheiden zou zijn; kritisch over dat onderscheid, T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 277-297.

²⁰⁴ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 46. De interpretatie van de wet terzake eerder dan van een contract wordt bedoeld.

²⁰⁵ *Supra* nr. 14.

²⁰⁶ Over de bevestiging, o.m. I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in P. ARNOU, B. TILLEMANS en M. BOES (eds.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 301-302; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 360 e.v.

van dergelijk beding vaststelt moet immers zijn beoordelingsbevoegdheid behouden en beslissen om het evenwicht van de betrokken overeenkomst, als een partij daarom verzoekt, te herstellen”.²⁰⁷ In die passage komen twee verschillende aspecten aan bod: (i) de rechter heeft een beoordelingsbevoegdheid en (ii) hij is bevoegd om het evenwicht te “herstellen”.

Eerder kwam reeds aan bod dat de rechter een zekere *beoordelingsmarge* heeft met betrekking tot de vraag of een beding al dan niet onrechtmatig is.²⁰⁸ De geciteerde passage gaat evenwel over de beoordelingsbevoegdheid van de rechter inzake de toepassing van de wettelijk bepaalde nietigheidssanctie, eens deze het bestaan van een onrechtmatig beding heeft vastgesteld. Krachtens het verbod van rechtsmisbruik kan de rechter een partij ontzeggen zich te beroepen op de nietigheidssanctie, maar de precisering in de parlementaire voorbereiding lijkt nog verder te gaan in de richting van een door sommigen gewenste tendens tot flexibilisering van de nietigheidssanctie,²⁰⁹ ook in gevallen waar de nietigheidssanctie uitdrukkelijk in de wet is voorgeschreven.²¹⁰

Het *herstel van het evenwicht* waarnaar in de geciteerde passage ook wordt verwezen, bestaat op zicht van de wettekst alleen uit de vernietiging van een onrechtmatig beding. Die tekst voorziet als zodanig niet in een rechterlijke bevoegdheid om een ongeldige clause in een geldige clause te herschrijven of te herzien. Het herschrijven van clauses door de rechter doet ook denken aan gerechtelijke conversie²¹¹ die in het Belgische recht een betwiste rechtsfiguur is²¹² en ingaat tegen een vaststaand principe dat een rechter een overeenkomst niet, zelfs niet op grond van de billijkheid,²¹³ mag wijzigen dan met wederzijdse toestemming van de partijen.²¹⁴ Met de lancering van de idee van het herstel van evenwicht geeft de wetgever wellicht aan dat hij toch ruimte laat voor de matiging of gedeeltelijke vernietiging van een onrechtmatig beding in ondernemingscontracten,²¹⁵ wat

²⁰⁷ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 46.

²⁰⁸ *Supra* nr. 23.

²⁰⁹ Niet elke schending van een dwingende wet bij de totstandkoming van een overeenkomst zou tot de nietigverklaring van die overeenkomst leiden. Zo “kan” de niet-naleving van een vormvereiste volgens het Hof van Cassatie tot de relatieve nietigheid leiden, wat de rechter in functie van de zwaarwichtigheid van de aantasting van de belangen van de beschermde partij moet beoordelen (Cass. 26 mei 2006, AR C.05.0378.F; zie ook Antwerpen 21 februari 2007, *DCCR* 2008, afl. 78, 49, noot H. DE CONINCK). Zie daarover ook H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 451 e.v.

²¹⁰ In het hervormingsvoorstel “Verbintenissen” tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek (zoals opgenomen in *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3709/1), bepaalt art. 5.60, tweede lid: “Het contract blijft evenwel geldig in de gevallen die door de wet zijn bepaald of wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt zou zijn, gelet op het doel van de geschonden regel”.

²¹¹ Het omzetten van een door de partijen gewilde, maar ongeldige rechtshandeling, in een andere geldige rechtshandeling die de doelstellingen die de partijen bij het aangaan van de ongeldige rechtshandeling beoogden, zij het gedeeltelijk, toch zo goed mogelijk verwezenlijkt (o.m. W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 48; J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen”, *TPR* 1965, 202-203; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 427; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar verbintenissenrecht, Titel II. Contractenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2008, 28).

²¹² Bv. kritisch: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 725-726.

²¹³ Cass. 7 september 2012, C.11.0630.N. Zie ook P. WÉRY, “Le contrat, la clause pénale, le juge et l’équité” (noot onder Cass. 28 april 2011 en Cass. 7 september 2012), *TBBR* 2013, 90-98.

²¹⁴ Vgl. ook met Cass. 23 maart 2006, AR C.04.0335.N (in geval van absolute nietigheid van een beding mag de feitenrechter geen beding in de plaats stellen dat niet op de wilsovereenstemming van de contractpartijen berust).

²¹⁵ Bij consumentenovereenkomsten vindt een gedeeltelijke vernietiging of matiging van een onrechtmatig beding onder invloed van rechtspraak van het Hof van Justitie in principe geen toepassing. Zo heeft het Hof van Justitie in de arresten *Asbeek Brusse* (HvJ 30 mei 2013, C-488/11) en *Banco Español* (HvJ 14 juni 2012, C-618/10) verduidelijkt dat van een matiging of herziening van een onrechtmatig (schade)beding tot een toelaatbaar niveau geen sprake kan zijn. Die rechtspraak past binnen de opvatting van het Hof van Justitie volgens dewelke de sanctionering van onrechtmatige bedingen een zekere afschrikkende werking moet hebben.

wellicht op de stem van het Hof van Cassatie zou kunnen rekenen indien die matiging of gedeeltelijke vernietiging niet botst met de gemeenschappelijke bedoeling van partijen (bijvoorbeeld indien de overeenkomst een deelbaarheidsclausule bevat).²¹⁶ Een dergelijke gedeeltelijke vernietiging of matiging van een onrechtmatig beding zou inhouden dat alleen het onrechtmatige gedeelte van het beding wordt vernietigd (bv. alleen vernietiging van de uitsluiting van de aansprakelijkheid voor het opzet en de zware fout van een onderneming met behoud van het geoorloofde gedeelte van de exoneratieclausule).

69. De wet preciseert dat de overeenkomst bindend blijft voor de partijen indien ze zonder de onrechtmatige bedingen kan voortbestaan.²¹⁷ Een gedeeltelijke vernietiging is aldus het uitgangspunt. Die gedeeltelijke vernietiging stemt overeen met de inmiddels algemeen aanvaarde opvatting dat sanctionering zoveel mogelijk op maat moet gebeuren en dat de vernietiging aldus niet verder dan noodzakelijk mag reiken.²¹⁸

Uitzonderlijk zal de vernietiging van de volledige overeenkomst zich evenwel opdringen wanneer de overeenkomst *zonder de onrechtmatige bedingen niet kan voortbestaan*.²¹⁹ Bij b2c relaties waarvoor eenzelfde regel geldt,²²⁰ worden consumentenovereenkomsten, zij het zeer sporadisch, volledig vernietigd²²¹ omdat het onrechtmatige beding het wezen of de essentie van de overeenkomst betreft²²² en dat beding aldus een onverbreekelijk geheel vormt met de rest van de overeenkomst. In een dergelijk geval kan de gedeeltelijke instandhouding van de overeenkomst immers niet (redelijkerwijze) van een contractpartij worden verwacht.

70. Daarnaast rijst de vraag naar de mate waarin een rechter de nietigheid ambtshalve kan of moet opwerpen. Zoals bekend, is het uitgangspunt krachtens het beschikkingsbeginsel dat de procespartijen titularis zijn van het geding. Dit betekent evenwel niet, zoals dat vroeger in het procesrecht werd vooropgesteld, dat de leiding van het proces volledig in handen van de partijen is en dat de rechter een louter passieve rol vervult. De rechter mag weliswaar geen feiten aanbrengen vermits alleen de partijen de feiten aanvoeren (en bewijzen), maar het komt hem in de regel wel toe om de voorgelegde feiten te kwalificeren en te oordelen welke rechtsregel hij daarop moet toepassen.²²³ Verkeerdelijk wordt nogal eens gedacht dat de rechter enkel regels van openbare orde ambtshalve zou kunnen toepassen en niet die van

²¹⁶ Inzake de gedeeltelijke vernietiging of matiging van ongeoorloofde niet-concurrentiebedingen: Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0579.N; Cass. 25 juni 2015, AR C.15.0008.F; Cass. 4 januari 2019, AR C.18.0045.N. Meer uitgebreid: T. TANGHE, "Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules" (noot onder Cass. 25 juni 2015), *TBH* 2016, 386-393.

²¹⁷ Art. VI.91/6 WER.

²¹⁸ Uitgebreid: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 138 e.v. Zie ook F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 551 e.v.

²¹⁹ Zie art. VI.84, §1 Wetboek van economisch recht.

²²⁰ Art. VI.84, §1 WER.

²²¹ Volgens het Hof van Justitie moet een rechter bij een consumentenovereenkomst met een onrechtmatig beding in beginsel aan de hand van objectieve criteria beoordelen of de betrokken overeenkomst zonder dat beding kan voortbestaan (HvJ 30 mei 2013, C-397/11, *Erika Jörös v. Aegon Magyarorszáig Hitel Zrt.*). Het Hof gaf (nog) niet aan welke objectieve criteria daartoe kunnen dienen.

²²² Antwerpen 17 december 2007, *NJW* 2008, 448, noot R. STEENNOT (zie reeds *supra* nr. 32 over dat arrest). Ander voorbeeld: Gent 17 januari 2013, *NJW* 2014, 408, noot R. STEENNOT. *In casu* verleende een consument aan een onderneming een aankoopoptie voor een stuk grond, die uitdrukkelijk onherroepelijk was en van onbepaalde duur. Bij gebrek aan opzegmogelijkheid voor de consument, kon de onderneming onbeperkt genieten van de aankoopoptie die tegen een vaste prijs was verleend. Volgens het hof was de aankoopoptie onrechtmatig omdat ze de consument voor onbepaalde termijn bond, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzegtermijn (zie art. VI.83, 18° WER). Bovendien was dat beding essentieel voor de overeenkomst die om die reden volledig werd vernietigd.

²²³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 177.

aanvullend of louter dwingend recht.²²⁴ Een dergelijke opvatting is intussen achterhaald, zowel binnen²²⁵ als buiten de nietigheidsleer.²²⁶

In het licht en binnen de grenzen van de vaste cassatierechtspraak omtrent de taak van de rechter bij het beslechten van een geschil, moet de rechter het onrechtmatige karakter van een contractueel beding ambtshalve opwerpen.²²⁷

Teneinde de rechten van verdediging van de partijen en het recht op tegenspraak te vrijwaren,²²⁸ moet de rechter in principe wel de debatten heropenen wanneer hij ambtshalve opwerpt dat de overeenkomst een onrechtmatig beding bevat. Tijdens de heropening van de debatten moet het voor de partijen ook toegelaten zijn om een (tussen)vordering tot nietigverklaring met betrekking tot het onrechtmatig beding in te stellen.²²⁹ Indien de vernietiging evenwel niet wordt gevorderd (ook niet na de heropening van de debatten), mag

²²⁴ Zie daarover ook: T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 272-274.

²²⁵ Zie de rechtspraak inzake de ambtshalve bevoegdheid van een rechter om het onrechtmatige karakter van een beding in een consumentenovereenkomst in te roepen: o.m. HvJ 27 juni 2000, C-240/98 t.e.m. C-244/98, *Océano Grupo*; HvJ 21 november 2002, C-473/00, *Cofidis*; HvJ 26 oktober 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*; HvJ 4 oktober 2007, C-429/05, *Rampion en Godard*; HvJ 4 juni 2009, C-243/08, *Pannon*; HvJ 6 oktober 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*; HvJ 9 november 2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*; HvJ 30 mei 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*; HvJ 17 mei 2018, C-147/16, *Karel de Grote Hogeschool/Kuipers*; Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot C. DELFORGE; Rb. Antwerpen 26 oktober 2007, *RW* 2009-10, 1529; Gent 4 januari 2012, *NJW* 2012, 70, noot R. STEENNOT. Meer uitgebreid: A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en F. DUPON, "Ambtshalve inroepbaarheid van Europees consumentenrecht, materieelrechtelijk en procesrechtelijk beschouwd" in G. STRAETMANS en M. ROZIE (eds.), *Doorwerking van het Europese recht in de nationale rechterlijke praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 95 e.v.

²²⁶ Krachtens het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter het geschil moet beslechten overeenkomstig de rechtsregel die daarop van toepassing is, betreft het geen loutere mogelijkheid voor de rechter, maar is de rechter *verplicht* om, met eerbiediging van het recht van verdediging, ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing vereist is door de feiten die de partijen tot staving van hun eisen in het bijzonder aanvoeren (o.m. Cass. 4 maart 2013, AR C.12.0056.F; Cass. 10 februari 2014, AR C.13.0381.N; Cass. 30 maart 2015, AR S.14.0017.F). Het Hof van Cassatie voegde daaraan toe dat de met "*in het bijzonder tot staving van hun eisen aangevoerde feiten*" moeten worden gelijkgesteld "*de feiten die de rechter zelf naar voor heeft gebracht uit de elementen die hem regelmatig door de partijen werden voorgelegd*" (Cass. 5 september 2013, AR C.12.0599.N; Cass. 14 september 2017, AR C.16.0526.N). Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden is evenwel niet onbeperkt mogelijk. Volgens het Hof van Cassatie is de rechter immers gehouden ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent.

²²⁷ Bij verstek van een partij kunnen er in het licht van art. 806 Ger.W. wel een aantal lastige vragen met betrekking tot de taak van de rechter rijzen (art. 806 Ger.W. werd vervangen bij de Potpourri I-wet van 19 oktober 2015 (*BS* 22 oktober 2015) en gewijzigd bij de Potpourri V-wet van 6 juli 2017 (*BS* 24 juli 2017)). Zie o.m. Cass. 13 december 2016, AR P.16.0421.N; GwH 7 juni 2018, nr. 72/2018. De nieuwe tekst van art. 806 Ger.W. en de bijhorende rechtspraak deed ook al behoorlijk wat stof in de rechtsleer opwaaien, zie o.m. C. DANIELS, "Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces" (noot onder Antwerpen 22 december 2015), *RW* 2016-17, 1066-1071; G. DE LEVAL, "Les pouvoirs du juge statuant par défaut sous l'empire du nouvel article 806" (noot onder Cass. 13 december 2006), *JLMB* 2017, 258-259; S. MOSSELMANS, P. TAELEMAN en K. BROECKX, "Geen blinde inwilligingsverplichting voor de rechter bij verstek" (noot onder Cass. 13 december 2006), *RW* 2016-17, 1091-1095.

²²⁸ Het algemeen beginsel van het recht van verdediging wordt volgens het Hof van Cassatie niet miskend wanneer de rechter zijn beslissing grondt op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover ze tegenspraak hebben kunnen voeren (Cass. 27 september 2018, AR C.16.0138.F-C.16.0375.F; Cass. 28 juni 2018, AR C.17.0696.N).

²²⁹ Het Hof van Cassatie lijkt zich niet te verzetten tegen uitbreidingen of wijzigingen van de vordering of tegen een nieuwe vordering na de heropening van de debatten wanneer ze verband houden met het voorwerp van de heropening van het debat. Zie inzake een wijziging of uitbreiding van de vordering na heropening van de debatten: Cass. 20 september 2010, AR S.09.0039.N. Zie inzake een nieuwe vordering: Cass. 8 februari 2010, AR C.09.0244.F; F. BALOT, "Réouverture des débats et demande nouvelle" (noot onder Cass. 8 februari 2010), *JT* 2010, 351.

de rechter het onrechtmatig beding wel niet ambtshalve vernietigen.²³⁰ De vernietiging ambtshalve uitspreken zonder dat dit gevorderd is, zou immers het beschikkingsbeginsel schenden. In geval van strijdigheid met de openbare orde of goede zeden moet de rechter een beroep op de overeenkomst of een gedeelte ervan wel ambtshalve afwijzen. Bedingen die de openbare orde aantasten, kunnen sowieso niet worden afgedwongen.²³¹

2° De vordering tot staking

71. Overeenkomstig art. XVII.1 WER stelt de voorzitter van de ondernemingsrechtbank het bestaan vast en beveelt hij de staking van een daad die een inbreuk uitmaakt op de bepalingen van het Wetboek van economisch recht. Een vordering tot staking is met andere woorden mogelijk ten aanzien van de onrechtmatige bedingen die verboden zijn vermits er dan ook sprake is van een inbreuk op de bepalingen van het Wetboek van economisch recht.²³² Een stakingsvordering zou een effectieve bescherming van de ondernemingen tegen de onrechtmatige bedingen moeten waarborgen.²³³

Volgens de rechtspraak inzake consumentenovereenkomsten is een dergelijke stakingsvordering niet alleen mogelijk tegen het gebruik van onrechtmatige bedingen die uitdrukkelijk in art. VI.83 WER zijn opgelijst, maar ook voor bedingen die onrechtmatig zijn krachtens de algemene toetsingsnorm.²³⁴ Hetzelfde geldt voor ondernemingscontracten vermits ook een onrechtmatig beding op basis van de algemene toetsingsnorm een inbreuk uitmaakt op de bepalingen van het Wetboek van economisch recht.

Verder kan de voorzitter van de ondernemingsrechtbank aan de overtreder een termijn toestaan om aan de inbreuk een einde te maken, wanneer de aard van de inbreuk dit nodig maakt.²³⁵

72. De vordering tot staking, behandeld zoals in kortgeding, kan met toepassing van art. XVII.7 WER niet alleen door een belanghebbende, maar evenzeer door een beroepsregulerende overheid of een beroeps- of interprofessionele vereniging met

²³⁰ Cass. 28 september 2012, AR C.12.0049.N. Meer uitgebreid: T. TANGHE, "De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen" (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, 236-240. Zie voor een andere benadering: F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 375-377.

²³¹ Indien een overeenkomst in strijd is met de openbare orde, zal een rechtsvordering die bijvoorbeeld strekt tot uitvoering van dergelijke overeenkomst of tot de vergoeding van de schade wegens de beëindiging ervan, niet ontvankelijk zijn (Cass. 14 december 2012, AR C.12.0232.N). Cornelis spreekt eerder van de "niet-tegenwerpbaarheid" van de verbintenis die tegen een gebiedende of verbiedende rechtsregel ingaat (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 331; L. CORNELIS, "De schorsing van verbintenissen", *TPR* 2008, 506). Vgl. Cass. 16 oktober 2009, AR F.08.0021.F: "*De administratie kan vorderen dat een rechtshandeling haar niet wordt tegengesteld, wanneer die rechtshandeling, ter ontwijking van belastingen, een rechtsregel van openbare orde schendt*".

²³² J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht. XIII. Handels- en economisch recht. Deel 2. Mededingingsrecht. A. Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, 640.

²³³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 75.

²³⁴ R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, 1603.

²³⁵ Art. XVII.3 WER. Voor een toepassing in het consumentenrecht: Voorz. Kh. Namen 10 maart 2010, *DCCR* 2011 (nr. 92-93), 108. In die zaak kreeg een luchtvaartmaatschappij nog een termijn van zes maanden (na de betekening van het vonnis) om het gebruik van haar algemene voorwaarden te staken, met een bijgaande veroordeling tot een dwangsom voor elke dag vertraging.

rechtspersoonlijkheid worden ingesteld.²³⁶ De nieuwe wet bepaalt ook dat de Ministers die Economie en Middenstand tot hun bevoegdheid hebben, gezamenlijk een stakingsvordering kunnen instellen die betrekking heeft op een daad zoals bedoeld in de art. VI.91/2 tot VI.91/6 WER.²³⁷

Overeenkomstig art. XVII.12 WER kan de vordering tot staking van het gebruik van onrechtmatige bedingen ook, 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.

II. Misbruik van een positie van economische afhankelijkheid

73. De b2b-wet²³⁸ voert, naast het verbod van onrechtmatige bedingen, ook een nieuwe mededingingsrechtelijke rechtsregel in voor relaties tussen ondernemingen. De wetgever verbiedt namelijk het misbruik van een positie van economische afhankelijkheid. Volgens die nieuwe regel is het voor ondernemingen meer bepaald verboden om misbruik te maken van de positie van economische afhankelijkheid van een andere onderneming waardoor de mededinging kan worden aangetast op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel ervan. Het verbod is ingevoerd in boek IV WER over de bescherming van de mededinging,²³⁹ meer bepaald in art. IV.2/1 WER.²⁴⁰

Die nieuwe norm vormt in het Belgische recht een derde categorie van verboden restrictieve mededingingspraktijken²⁴¹ en komt zo te staan naast het verbod van mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen (kartels)²⁴² en het verbod van misbruik van machtspositie.²⁴³ Het nieuwe verbod verstrengt dus de eisen van het mededingingsrecht voor het marktgedrag van ondernemingen. Volgens de parlementaire voorbereiding is die verstrenging door het Europese recht²⁴⁴ toegelaten en is ze zelfs geïnspireerd op een ganse

²³⁶ Vgl. inzake een stakingsvordering van een consumentenorganisatie met R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, 1603 en de aldaar aangehaald rechtspraak.

²³⁷ Art. 36 b2b-wet dat art. XVII.7 WER wijzigt.

²³⁸ 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, *BS* 24 mei 2019, 50.066.

²³⁹ Sinds de redactie van dit artikel is boek IV intussen hervormd ingevolge de wet van 2 mei 2019 houdende wijzigingen van boek I "Definities", van boek XV "Rechtshandhaving" en vervanging van Boek IV "Bescherming van de mededinging" van het Wetboek van economisch recht, *BS* 24 mei 2019. Krachtens art. 7 van die wet kan de Koning die nieuwe bepalingen coördineren met de bepalingen die daarin uitdrukkelijk of stilzwijgend wijzigingen hebben aangebracht tot het tijdstip van de coördinatie. Die bepaling werd bij een amendement ingevoerd, precies om toe te laten dat de Koning de bepalingen inzake het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid zou integreren in het nieuwe boek IV WER (*Parl. St. Kamer*, nr. 54-3621/2, 2-3 (amendement 1)). Vermits die coördinatie nog geen feit is, verwijzen we in deze bijdrage naar de bepalingen van het huidige boek IV WER die met de b2b-wet zijn gewijzigd, en niet naar die van het toekomstige boek IV WER.

²⁴⁰ Art. 4 van de b2b-wet.

²⁴¹ Art. IV.3 WER, zoals gewijzigd bij art. 5 van de b2b-wet.

²⁴² Art. IV.1 WER. Zie ook art. 101 VWEU.

²⁴³ Art. IV.2 WER. Zie ook art. 102 VWEU.

²⁴⁴ Zie Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag art. 3, lid 2, laatste zin ("*Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen*") en overweging

reeks van andere Europese rechtssystemen waarin een vergelijkbaar verbod al langer, met wisselend succes, geldt.²⁴⁵ Uit scepticisme over de politieke haalbaarheid van mogelijke Europese wetgeving terzake wou de Belgische wetgever niet langer wachten op de tussenkomst van de Europese wetgever.²⁴⁶

74. De wetgever viseert niet zozeer horizontale relaties, maar vooral verticale ondernemingsrelaties. Het is hem met andere woorden niet zozeer te doen om relaties tussen concurrenten, maar veeleer om relaties die zich in de ketting van waardecreatie niet op hetzelfde niveau bevinden, zoals deze tussen verkopers en kopers en tussen leveranciers en distributeurs of franchisenemers.²⁴⁷ De parlementaire voorbereiding verwijst herhaaldelijk naar de bedoeling om meer bescherming te bieden aan kleine producenten van voedingsmiddelen (landbouwers) in hun relaties met grote distributiegroepen (supermarktketens), alsook aan kleine garagehouders die door grote concessiehouders en grote buitenlandse merkhouders worden “platgewalst”.²⁴⁸ De wet heeft wel niet alleen een impact op distributiecontracten maar bijvoorbeeld evengoed op productiecontracten (zoals contracten voor de toelevering van onderdelen) en dienstencontracten (zoals onderaanneming). De wetgever heeft in de eerste plaats als doel om de onderhandelingspositie van kleinere actoren te verbeteren ten aanzien van die van de grotere actoren²⁴⁹ en om scheefgetrokken of uit evenwicht geraakte relaties tussen economische spelers opnieuw recht te trekken,²⁵⁰ zonder evenwel te raken aan de rechtszekerheid in ondernemingsrelaties.²⁵¹ Het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid beoogt, aldus de parlementaire voorbereiding, “*de vrijheid van ondernemen met inachtneming van een marge en in het algemeen belang, te beperken door oneerlijke gedragingen, die voortvloeien uit posities van economische afhankelijkheid te sanctioneren*”.²⁵² Tegelijk wil de wetgever met het verbod van misbruik van economische afhankelijkheid toch niet alleen KMO's beschermen tegen grote ondernemingen: “*Het bestaan van een bevoorrechte positie is niet noodzakelijk verbonden aan de omvang van de onderneming, ook bepaalde kleine nichespelers kunnen misbruik maken van hun marktmacht*.”²⁵³ Helaas is het vruchteloos zoeken in de parlementaire voorbereiding naar concrete voorbeelden van niet te tolereren praktijken of bedingen die op het nieuwe misbruikverbod zouden moeten stuiten. Nochtans mag dat worden verwacht van een zorgvuldige wetgever, zeker bij de invoering van een nieuwe norm, zodat de rechterlijke macht wat meer richtsnoeren aangereikt zou krijgen voor de praktische toepassing ervan en, vooral, de ondernemer beter zou weten waar hij of zij aan toe is.

8 (“*Die strengere nationale wetten kunnen bepalingen omvatten die misbruik van economisch afhankelijke ondernemingen verbieden of bestraffen*”).

²⁴⁵ Voor uiteenlopende lijsten van die rechtssystemen, zie *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 54-2885/1, 5; 2015-16, nr. 54-1451/1, 5; 2018-19, nr. 54-1451/3, 8 en 11; 2018-19, nr. 54-1451/5, 4. Daarin worden vermeld: Frankrijk (waar het nauwelijks tot toepassingen zou komen, aldus *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 13 en 9 waar wordt gewezen op de te strikte definiëring van de “*mogelijkheid van handelspartner te veranderen tegen dezelfde voorwaarden*”), Duitsland, Oostenrijk, Italië, Spanje, Portugal, Griekenland, Roemenië, Hongarije, Cyprus en Slowakije. Vooral Frankrijk en Duitsland lijken de inspiratiebron te zijn geweest (zie bijv. *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 7).

²⁴⁶ *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 17.

²⁴⁷ *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 7, 9 en 18; 2015-16, nr. 54-1451/1, 4.

²⁴⁸ *Parl.St. Kamer* 2019-19, nr. 54-1451/5, 20; *Hand. Kamer* 2018-19, 14 maart 2019, p. 41.

²⁴⁹ *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 10.

²⁵⁰ *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 4.

²⁵¹ *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 22 (de twee grote streefdoelen van de b2b-wet).

²⁵² *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 8.

²⁵³ *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 32. Zie ook *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 8.

Hierna gaan we achtereenvolgens op zoek naar het toepassingsgebied van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid, de aard van die nieuwe rechtsregel, zijn toepassingsvereisten, alsook de mogelijke sancties in geval van schending van die norm.

A. Toepassingsgebied

75. Zoals de regeling inzake onrechtmatige bedingen, geldt de nieuwe restrictieve mededingingspraktijk in verhoudingen tussen *ondernemingen* (b2b relaties). Ook al wordt in de parlementaire voorbereiding vooral de bescherming van kleinere ondernemingen geïllustreerd, toch strekt de wettelijke bescherming tegen misbruik van een positie van economische afhankelijkheid zich, zoals gezegd, uiteindelijk uit tot alle ondernemingen, ongeacht hun omvang. Ook in dit kader worden met ondernemingen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen bedoeld, die op duurzame wijze een economisch doel nastreven, alsmede hun verenigingen. De juridische grondslag van die definitie ligt ditmaal in de specifieke begripsbepaling van “onderneming” in boek IV.²⁵⁴

76. Het toepassingsgebied van deze nieuwe restrictieve mededingingspraktijk verschilt evenwel van het verbod van onrechtmatige bedingen. De financiële diensten en overheidsopdrachten en de eruit voortvloeiende overeenkomsten (art. VI.91/1 WER) worden niet uitgezonderd van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid.

77. Wat het territoriaal toepassingsgebied betreft, speelt de norm alleen wanneer de mededinging op minstens een wezenlijk deel van de Belgische markt kan worden aangetast (art. IV.2/1 WER). In buitenlandse rechtssystemen kan uiteraard wel een min of meer vergelijkbaar verbod bestaan.²⁵⁵

78. Dit luik van de nieuwe b2b-wet treedt in werking op 1 juni 2020, dit is de eerste dag van de dertiende maand volgend op de maand van publicatie van de wet in het Belgisch Staatsblad die gebeurde op 24 mei 2019.²⁵⁶ Het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid is van openbare orde (zie *infra*) en de b2b-wet wijkt met betrekking tot dit luik niet af van de gemeenrechtelijke overgangsregels, zodat niet de eerbiedigende werking, maar de onmiddellijke werking van de nieuwe wet speelt. Lopende contractuele relaties kunnen bijgevolg reeds vanaf de inwerkingtreding door de nieuwe misbruiknorm geïllustreerd zijn.²⁵⁷

²⁵⁴ Art. I.6, 3° WER, ingevoerd bij art. 40 van de Wet 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht (dit wordt art. I.6, 17° WER).

²⁵⁵ Zie over vnl. het Duitse en Franse recht, S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 531- 563, nrs. 447-450 en 455-463.

²⁵⁶ Art. 39, lid 2 van de b2b-wet.

²⁵⁷ Gelet op de latere inwerkingtreding, vroeg een parlementslid zich overigens af waarom sommige delen niet onmiddellijk in werking treden: “*Nochtans is het stelsel van openbare orde, zodat er niet van mag worden afgeweken*” (Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 31).

B. Aard

79. Net zoals het verbod van mededingingsbeperkende gedragingen en het verbod van misbruik van een machtspositie,²⁵⁸ is het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid van openbare orde. In de parlementaire voorbereiding wordt uitdrukkelijk toegelicht dat de regel tot de economische openbare orde behoort.²⁵⁹ Essentieel om te besluiten tot een schending van dit verbod, is immers dat de mededinging op minstens een wezenlijk deel van de betrokken Belgische markt kan worden aangetast en aldus de economische ordening kan worden verstoord. Om niet steeds van de onderneming en de andere onderneming te moeten spreken zonder te weten wie de andere is, spreken we hierna van de afhankelijke onderneming en de dominerende onderneming (het risico van een excessieve associatie met een onderneming met een dominante machtspositie erbij nemend).

C. Toepassingsvereisten

80. Voor de toepassing van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid moeten drie vereisten cumulatief vervuld zijn: (1) er moet sprake zijn van een positie van economische afhankelijkheid van een onderneming, (2) van die positie moet de dominerende onderneming misbruik maken en (3) door dat misbruik kan de mededinging worden aangetast op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel ervan.

Op het eerste gezicht doet de nieuwe rechtsfiguur van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid denken aan de verbintenisrechtelijke rechtsfiguur van *misbruik van omstandigheden* of gekwalificeerde benadeling.²⁶⁰ Er zijn evenwel vele verschilpunten, ook al is het niet uitgesloten dat een geval van misbruik van economische afhankelijkheid *in concreto* tegelijk voldoet aan de toepassingsvereisten van misbruik van omstandigheden. Essentieel is dat het verbod van misbruik van economische afhankelijkheid is opgevat als een restrictieve mededingingspraktijk. Misbruik van economische afhankelijkheid wordt slechts gesanctioneerd mits een actuele of (voldoende waarschijnlijke) potentiële aantasting van de mededinging wordt aangetoond. Het leunt dus veel dichter aan bij misbruik van machtspositie dan bij misbruik van omstandigheden. Misbruik van omstandigheden is immers een verbintenisrechtelijke rechtsfiguur waarvan de toepassing geen impact op de mededinging in de markt vereist. Verder is het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid een specifieke rechtsfiguur van het economisch recht dat alleen tussen ondernemingen geldt, terwijl misbruik van omstandigheden een gemeenrechtelijke rechtsfiguur is die speelt ongeacht de hoedanigheid van de betrokken personen. Daarnaast speelt het verbod van misbruik van omstandigheden slechts ten aanzien van een effectief tot stand gekomen contract, terwijl misbruik van een positie van economische afhankelijkheid zich ook kan voordoen in situaties waarbij geen contract is gesloten, maar een contract werd geweigerd.

²⁵⁸ Bijv. HvJ 13 juli 2006, C-295/04 – C-298/04, *Manfredi*, r.o. 31; HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile*, r.o. 49; Ger. EC 12 december 2000, T-128/9, *Aéroports de Paris / Commissie*, r.o. 174; Voorz. Kh. Brussel 23 oktober 1997, *AJT* 1997-98, 335.

²⁵⁹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 9, met nog verdere verwijzingen.

²⁶⁰ Voor het eerst door het Hof van Cassatie omschreven in Cass. 9 november 2012, AR C.12.0051.N.

Verder is bij misbruik van omstandigheden één van de toepassingsvereisten een ernstige benadeling van een partij of een kennelijk onevenwicht tussen de prestaties van contractpartijen.²⁶¹ Bij misbruik van een positie van economische afhankelijkheid is het bestaan van een kennelijk onevenwicht tussen prestaties als zodanig geen toepassingsvereiste. Een dergelijke vereiste zou overigens niet zinnig zijn in een situatie waarin geen contract is gesloten. Wel is de relatie tussen partijen gekenmerkt door een onevenwicht dat toelaat dat een onderneming vanwege een economisch afhankelijke onderneming prestaties of voorwaarden kan verkrijgen die in normale marktomstandigheden niet zouden kunnen worden verkregen. Ook bij misbruik van omstandigheden zijn de concrete omstandigheden van die aard dat de ene partij in een onderschikte positie staat ten aanzien van de andere, maar de ondergeschiktheid hoeft niet van economische aard te zijn maar kan ook van intellectuele, juridische, emotionele, sociale, fysieke of morele aard zijn; de aard of de oorsprong van de ondergeschiktheid is in het kader van misbruik van omstandigheden niet relevant.²⁶²

Ten slotte blijkt het verschil tussen de twee rechtsfiguren ook duidelijk uit de louter privaatrechtelijke sanctionering bij misbruik van omstandigheden (nietigverklaring of matiging), terwijl de sanctionering van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid niet alleen privaatrechtelijk van aard is. Vooraleer op de sancties in te gaan, worden de toepassingsvoorwaarden voor het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid hierna meer in detail geanalyseerd.

§1. Economische afhankelijkheid

81. Een positie van economische afhankelijkheid is in de wet gedefinieerd,²⁶³ in een stijl die veel weg heeft van een Latijnse volzin met een Duitse substantievensaus, 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*” (art. 1.6, 4° WER²⁶⁴).

De *afhankelijkheid* van een onderneming wordt aldus als een onderworpenheid omschreven. De begrippen afhankelijkheid en onderworpenheid zijn wel niet zomaar volledig met elkaar te vereenzelvigen. Elke onderneming (zelfs de monopolist) is afhankelijk van een of meerdere ondernemingen, maar daarom is ze er nog niet aan onderworpen. Een onderneming wiens lot verweven is met dat van een andere onderneming (wat eigen is aan economische activiteit), is afhankelijk van die andere onderneming, maar is er daarom nog niet aan onderworpen. De onderworpenheid is een extreme graad van afhankelijkheid. De dominerende onderneming moet in staat zijn aan de afhankelijke onderneming iets te kunnen opleggen op een wijze dat deze een speelbal is van de dominerende onderneming.

²⁶¹ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 124; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 274, nr. 174.

²⁶² L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 73, nr. 57.

²⁶³ In het oorspronkelijke wetsvoorstel was het begrip niet gedefinieerd (enkel voorbeelden), maar naderhand werd gepleit voor een definitie ervan zonder het al te strikt in te vullen, zie *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 8.

²⁶⁴ Ingevoerd bij art. 2 van de b2b-wet.

Ook in een relatie tussen twee levensgezellen is er een zekere graad van afhankelijkheid, maar hopelijk verwordt die niet tot een relatie van onderworpenheid.

Daarnaast is de geviseerde onderworpenheid van een specifieke aard. Ze is niet van een emotionele, politieke, intellectuele, sociale of juridische²⁶⁵ aard, maar van een *economische* aard. Dat wordt ook in de rest van de wettelijke definitie van een positie van economische afhankelijkheid verder tot uitdrukking gebracht. Een onderneming is economisch onderworpen aan een of meerdere andere onderneming(en) als ze in de concrete omstandigheden redelijkerwijze alleen bij die andere onderneming(en) terecht kan voor het aangaan van een bepaalde transactie om een goed of een dienst te verrichten of af te nemen. Ze beschikt niet over een “*redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten*”, zo luidt de wettelijke definitie, én het gebrek aan dergelijk alternatief laat de andere onderneming(en) toe “*om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale omstandigheden*”.

82. Volgens de wettelijke definitie zijn er dus twee testen om na te gaan of sprake is van een positie van economische afhankelijkheid: (i) is er voor de ene onderneming geen redelijk equivalent alternatief voorhanden, die beschikbaar is in een redelijke termijn en onder redelijke voorwaarden en kosten en (ii) zou de andere onderneming daardoor prestaties of voorwaarden kunnen opleggen die in normale marktomstandigheden niet zouden kunnen worden verkregen?²⁶⁶ Beide testen moeten *in concreto* worden uitgevoerd.²⁶⁷

Wat de eerste test betreft, vereist de toepassing van het verbod van misbruik van economische afhankelijkheid niet dat de afhankelijke onderneming helemaal geen alternatief (lees: geen alternatieve contractpartij) kan vinden in de markt om een transactie aan te gaan. Dat verbod kan reeds spelen als een onderneming geen *redelijk equivalent* alternatief heeft. Met andere woorden, een onredelijk of een niet-equivalent of een niet-gelijkaardig alternatief volstaat niet om het misbruikverbod uit te sluiten. De substitueerbaarheid van een alternatief zal dus bepalend zijn, met alle eraan verbonden discussies, wat sterk afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval.

Bovendien moet dat alternatief, zo er een voorhanden is, ook nog eens in een redelijke termijn beschikbaar zijn. Zelfs als een onderneming een redelijk equivalent alternatief ter beschikking zou hebben binnen een redelijke termijn, dan nog kan een positie van economische afhankelijkheid voorliggen omdat ook nog eens de *voorwaarden en kosten* verbonden aan dat alternatief (dat dan nochtans per hypothese redelijk en equivalent is en ter beschikking is binnen een redelijke termijn) nog onredelijk kunnen zijn.

De definitie, om zinvol te zijn, lijkt dus zo te moeten worden gelezen dat een onderneming een positie van economische onderworpenheid heeft als ze geen redelijk equivalent ter beschikking heeft in een redelijke termijn en dat van een dergelijk redelijk equivalent alternatief geen sprake is als de voorwaarden en kosten van enig alternatief onredelijk zijn.

²⁶⁵ Volgens de parlementaire voorbereiding is de economische afhankelijkheid een ruimer begrip dan de juridische afhankelijkheid (*Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 3*).

²⁶⁶ *Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 3*.

²⁶⁷ *Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 3*.

Bij de tweede test voor de vaststelling van een positie van economische afhankelijkheid is na te gaan of het gebrek aan een redelijk equivalent alternatief de andere onderneming toelaat daardoor prestaties of voorwaarden op te leggen die in normale marktomstandigheden niet kunnen worden verkregen. Zoals hierna wordt uiteengezet, wordt met die test ook onmiddellijk de brug geslagen naar de toepassingsvereiste van het *misbruik* van de economische afhankelijkheid.²⁶⁸

83. In de parlementaire voorbereiding worden verder ter beoordeling van het bestaan van een economische afhankelijkheid van een onderneming tegenover een andere onderneming een lange reeks van *factoren* naar voren geschoven, die in een concreet geval afzonderlijk of in samenhang moeten worden afgetoetst.²⁶⁹ Het kan gaan om een belangrijk aandeel van de dominerende onderneming in de omzet van de beweerdelijk afhankelijke onderneming, de belangrijke positie die de dominerende onderneming inneemt in een bepaalde markt (zonder dat het hoeft te gaan om een dominante machtspositie) of de relatieve marktmacht van die onderneming, het aanbod in de relevante markt, het verschil in financiële middelen, het verschil in bekendheid, de duur van de relaties,²⁷⁰ de technologie of de knowhow waarover de dominerende onderneming beschikt, de grote bekendheid van een merk, de schaarste van het product, de bederfelijke aard van het product of nog het loyale koopgedrag van consumenten, de toegang van de dominerende onderneming tot hulpbronnen of essentiële infrastructuur, de vrees van de afhankelijke onderneming voor ernstig economisch nadeel, voor represailles of voor het beëindigen van een contractuele relatie, de reguliere toekenning van bijzondere voorwaarden (zoals kortingen) aan een onderneming die in vergelijkbare gevallen niet aan andere ondernemingen worden toegekend, en de weloverwogen keuze of integendeel de verplichte keuze van de betrokken afhankelijke onderneming om zichzelf in een positie van economische afhankelijkheid te zetten.²⁷¹

84. Het criterium van een positie van economische afhankelijkheid zou ook moeten aanduiden waarin het verschil ligt met de dominante machtspositie waarvan misbruik al langer is verboden. Beide misbruikregels worden vanuit een verschillend perspectief benaderd, de ene eerder vanuit dat van de afhankelijke actor en de andere eerder vanuit de dominante actor. Volgens de parlementaire voorbereiding wijst de dominante machtspositie van een actor op een situatie van absolute macht in een bepaalde markt,²⁷² terwijl de economische afhankelijkheidspositie eerder wijst op een situatie van relatieve marktmacht van een andere actor.²⁷³ Het onderscheid tussen absolute en relatieve marktmacht werd vooral bij de toelichting van het initiële wetsvoorstel van 2015 beklemtoond,²⁷⁴ waarin de mogelijke verstoring van de mededinging van een markt nog niet als afzonderlijke vereiste werd gesteld voor de toepassing van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid. Doordat de mededingingsimpact van een praktijk op de markt uiteindelijk toch een toepassingsvereiste is geworden,²⁷⁵ is de term relatieve marktmacht te relativeren. Niet enkel de onderlinge relatie tussen de dominerende en afhankelijke onderneming is te beoordelen, maar ook de mededingingsimpact van de geïmplementeerde praktijk.

²⁶⁸ Zie over die tweede test dan ook *infra* nr. 85.

²⁶⁹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 4.

²⁷⁰ Alle voorgaande criteria in *Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2885/1, 7 en 10.

²⁷¹ Aldus de lijst in *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 4.

²⁷² Vgl. met de wettelijke definitie in art. I.6, 1° WER (intussen art. I.6, 12° WER).

²⁷³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 11 en 12; nr. 54-1451/3, 3-4.

²⁷⁴ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 4 en 8.

²⁷⁵ Zie *infra*.

In het wetsvoorstel van 2015 was wel nog sprake van een verbod van misbruik van een aanmerkelijke machtspositie,²⁷⁶ maar die terminologie werd naderhand verlaten ten voordele van het begrip uit het Franse recht.²⁷⁷ De oorspronkelijke term leek immers de indruk te wekken een verdergaande machtspositie te vereisen dan een dominante machtspositie, terwijl het wetsvoorstel de lat net lager wilde leggen. De bewijslast zou minder hoog zijn dan in geval van het bewijs van een dominante machtspositie (marktonafhankelijk gedrag²⁷⁸).²⁷⁹ Het gaat erom misbruiken te verhinderen van ondernemingen die hun dominerende positie op één of meer ondernemingen uitspelen “zonder daarom zelf een machtspositie te hebben op de volledige markt of op een wezenlijk deel daarvan”²⁸⁰. Omgekeerd, brengt een dominante machtspositie van een onderneming dan weer niet noodzakelijk het bestaan van een economisch afhankelijke situatie tussen twee ondernemingen met zich mee.²⁸¹ Samengevat, een dominante machtspositie van een onderneming is noch een noodzakelijke voorwaarde, noch een voldoende voorwaarde voor de toepassing van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid.

§2. Misbruik

85. Een positie van economische afhankelijkheid als zodanig wordt niet verboden, wel het misbruik ervan.²⁸² Misbruik, de tweede toepassingsvereiste van art. IV.2/1 WER, wordt niet in de wet gedefinieerd. In de parlementaire voorbereiding wordt het gedefinieerd als “*elke gedraging die een onderneming kan stellen dankzij de omstandigheid dat ze haar partner onder haar economische afhankelijkheid houdt*”²⁸³.

De link tussen de toepassingsvereiste van een positie van economische afhankelijkheid en de toepassingsvereiste van het misbruik van die positie zou kunnen besloten liggen in de definitie van de positie van economische afhankelijkheid. Een positie van economische afhankelijkheid veronderstelt namelijk dat ze een andere onderneming toelaat “*om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale marktomstandigheden*”. Die andere onderneming maakt niet noodzakelijk gebruik van die mogelijkheid die een feitelijke situatie haar biedt. Het is slechts wanneer ze die prestaties of voorwaarden wel aan de afhankelijke onderneming oplegt, dat misbruik van een positie van economische afhankelijkheid kan voorliggen. De *benchmark* om te bepalen of de aan de afhankelijke onderneming opgelegde prestaties of voorwaarden al dan niet abusief kunnen zijn, ligt in de prestaties of voorwaarden die deze onderneming in normale marktomstandigheden kan verkrijgen. Als een dominerende onderneming erin slaagt om van een afhankelijke onderneming prestaties of voorwaarden te verkrijgen die ze niet in normale marktomstandigheden zou hebben kunnen verkregen, kan er sprake zijn van misbruik van die positie, ten minste voorzover de mededinging op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel ervan door dat misbruik kan worden aangetast. Die invulling van het

²⁷⁶ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1.

²⁷⁷ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 8 en 11.

²⁷⁸ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 3.

²⁷⁹ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 3-4 en 7-8 (“*Er zal dus geval per geval moeten nagegaan worden of er sprake is van een onevenwichtige onderhandelingspositie die met zich meebrengt dat er geen daadwerkelijke mogelijkheid bestaat om van handelspartner te veranderen*”).

²⁸⁰ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 11.

²⁸¹ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 7.

²⁸² *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 11.

²⁸³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 12 (met verwijzing naar het nulscenario).

misbruikcriterium kan ook dienstdoen in geval van contractweigering (een van de uitdrukkelijk in de wet genoemde misbruikindicaties): misbruik kan dan voorhanden zijn als de dominerende onderneming alleen bereid is een transactie aan te gaan voor prestaties of aan voorwaarden die in normale marktomstandigheden niet kunnen worden verkregen.

86. De inhoud van het misbruikvereiste in het kader van het verbod van misbruik van een machtspositie kan van nut zijn om de inhoud ervan in het kader van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid nader te bepalen.

Bij het misbruik van een machtspositie wordt herhaaldelijk beklemtoond dat er een objectieve inhoud aan toekomt. Een bedoeling om schade toe te brengen is niet aan te tonen, wat niet belet dat opzet een relevante factor is om tot het bestaan van misbruik te besluiten.²⁸⁴ Het volstaat dat *“de onderneming in kwestie niet onkundig kon zijn van de omstandigheid dat het gewraakte gedrag tot doel of gevolg had de mededinging te beperken”*.²⁸⁵ Misbruik van machtspositie wordt namelijk gedefinieerd als gedragingen van een onderneming met een machtspositie die *“invloed kunnen uitoefenen op de structuur van de markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe kunnen leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande mededinging op de markt wordt tegengegaan met andere middelen dan die welke bij een op ondernemersprestaties berustende normale mededinging met goederen of diensten gebruikelijk zijn”*.²⁸⁶ De aanwending van abnormale of ongebruikelijke middelen (bedingen of praktijken) met een impact op de mededinging is dus bepalend. Het moet met andere woorden gaan om buitensporig gedrag.

Die vereisten zijn evengoed bruikbaar voor de vaststelling van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid, met dien verstande dat de buitensporigheid van het gedrag van een onderneming in die context precies ligt in het eisen van prestaties of voorwaarden die in normale marktomstandigheden niet kunnen worden verkregen, in een situatie waarbij de dominerende onderneming niet onkundig kon zijn van het feit dat dit gedrag tot doel of gevolg had de mededinging te beperken.

87. De praktijken van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid kunnen zich evengoed in de precontractuele fase als in de contractuele fase voordoen.²⁸⁷ De wetgever reikt vijf praktijken of gevalsgruppen aan, die indicaties zijn van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid. Op één na worden ze ook reeds met dezelfde bewoordingen bij de reeds bestaande restrictieve mededingingspraktijken (verbod van mededingingsbeperkende gedragingen en van misbruik van machtspositie²⁸⁸) in de wet vermeld.

Ten eerste kan het misbruik van een positie van economische afhankelijkheid bestaan uit het rechtstreeks of zijdelings opleggen van aankoop- of verkoopprijzen of andere contractuele

²⁸⁴ Ger.EC 1 juli 2010, T-321/05, *AstraZeneca/Commissie*, r.o. 359; Ger.EC 12 december 2000, T-128/9, *Aéroports de Paris/Commissie*, r.o. 173.

²⁸⁵ A.-M. VAN DEN BOSSCHE en V. DEHAECK, “Art. 102 VWEU” in *OHRA*, Mechelen, Kluwer, 2017, 98, nr. 105, met verdere verwijzingen.

²⁸⁶ HvJ 6 december 2012, C-457/10, *AstraZeneca*, r.o. 74 met verwijzing naar andere rechtspraak waaronder HvJ 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffman-La Roche*, r.o. 91.

²⁸⁷ *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 4.

²⁸⁸ Zowel in art. IV.1 en IV.2 WER als in art. 101-102 VWEU.

voorwaarden die onbillijk zijn.²⁸⁹ Ten tweede kan misbruik zich ook voordoen bij het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, waardoor aan een of meerdere economische partners nadeel wordt berokkend bij de mededinging.²⁹⁰ Ten derde kan misbruik zich voordoen als het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door economische partners van bijkomende prestaties die naar hun aard of volgers het handelsgebruik geen verband houden met het voorwerp (“onderwerp”) van deze overeenkomst.²⁹¹ Ten vierde kan sprake zijn van misbruik wanneer een onderneming de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers beperkt²⁹², vermits ze door een dergelijke praktijk erin zou kunnen slagen om prestaties of voorwaarden op te leggen die in normale marktomstandigheden niet kunnen worden verkregen. De (vijfde) praktijk of gevallengroep die nieuw is in vergelijking met de gevallengroepen die reeds woordelijk bij de andere restrictieve mededingingspraktijken in de wet worden vermeld, is het weigeren van een verkoop, een aankoop of van andere transactievoorwaarden (art. IV.2/1, lid 2, 1° WER). Met de invoering van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid ontstaat dus een bijkomende grondslag waarom een contractweigering onrechtmatig kan worden, buiten de reeds gekende situaties van discriminatoire contractweigering, misbruik van machtspositie of misbruik van contractvrijheid (wat tevens op een oneerlijke marktpraktijk in de zin van art. VI.104 WER kan neerkomen)²⁹³. Die gevallengroep beoogt dus situaties waarbij een dominerende onderneming misbruik maakt van de economische onderworpenheid van een afhankelijke onderneming door te weigeren een transactie te sluiten.

De wetgever bepaalt dat “*er kan sprake zijn van misbruik*” bij die vijf uitdrukkelijk opgesomde praktijken. Het woord “kan” is om twee redenen relevant. Enerzijds vormen die opgesomde praktijken, zoals bij misbruik van machtspositie,²⁹⁴ indicaties van een mogelijk verboden misbruik, zonder dat ze noodzakelijkerwijze in alle omstandigheden op het verbod stuiten. Ze moeten immers aan alle toepassingsvereisten van het verbod worden afgetoetst. Een objectieve rechtvaardiging kan het gestelde gedrag ook alsnog redden.²⁹⁵ Anderzijds zijn die - weliswaar ruim geformuleerde - praktijken niet limitatief.²⁹⁶ Andere praktijken van uitbuiting²⁹⁷ of uitsluiting²⁹⁸ van een onderneming zouden dus nog denkbaar zijn, wat overigens niet anders is voor de gevalsgruppen die bij de andere restrictieve mededingingspraktijken in de wet al langer zijn vermeld.²⁹⁹

²⁸⁹ Art. IV.2/1 lid 2, 2° WER. Vgl. art. IV.1, § 1, 1° en art. IV.2, lid 2, 1° WER. DE POURCQ merkt op dat “onbillijk” uitermate vaag is en zou moeten worden bepaald wat onder onbillijke voorwaarden moet worden verstaan (*Parl.St. Kamer 2018-19*, nr. 54-1451/5, 10).

²⁹⁰ Art. IV.2/1, lid 2, 4° WER. Vgl. art. IV.1, § 1, 4° WER en IV.2, lid 2, 3° WER.

²⁹¹ Art. IV.2/1, lid 2, 5° WER. Vgl. art. IV.1, § 1, 5° WER en IV.2, lid 2, 4° WER.

²⁹² Art. IV.2/1, 3° WER. Vgl. art. IV.1, § 1, 2° en IV.2, lid 2, 2° WER.

²⁹³ Bijv. B. KEIRSBILCK, “Consumentenbescherming (2008-2014) en Marktpraktijken (2011-2014) – Deel Oneerlijke handelspraktijken en vordering tot staken”, *TPR 2016*, 318-319, nrs. 95-98.

²⁹⁴ A.-M. VAN DEN BOSSCHE en V. DEHAECK, “Art. 102 VWEU” in *OHRA*, Mechelen, Kluwer, 2017, 109, nr. 129 en verder.

²⁹⁵ Zie in het kader van het verbod van misbruik van een machtspositie, A.-M. VAN DEN BOSSCHE en V. DEHAECK, “Art. 102 VWEU” in *OHRA*, Mechelen, Kluwer, 2017, 109, nr. 129, met verdere verwijzingen.

²⁹⁶ *Parl.St. Kamer 2018-19*, nr. 54-1451/3, 13 (“*Deze lijst van voorbeelden is niet volledig*”).

²⁹⁷ Voorbeelden van uitbuiting, zie *Parl.St. Kamer 2018-19*, nr. 54-1451/3, 8 en 12.

²⁹⁸ *Parl.St. Kamer 2018-19*, nr. 54-1451/3, 13 (de simpele weigering van een krediet door een bank is evenwel uitdrukkelijk geen misbruik).

²⁹⁹ A.-M. VAN DEN BOSSCHE en V. DEHAECK, “Art. 102 VWEU” in *OHRA*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 128; V. DEHAECK en A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Europees mededingingsrecht (1 januari 1982 – 31 december 2013)”, *TPR 2014*, 1516 e.v., nrs. 383 e.v.

§3. Mededingingsverstoring als mogelijke impact

88. Ten slotte vergt het misbruik van een positie van economische afhankelijkheid, zoals gezegd, ook het bewijs dat de mededinging kan worden aangetast op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel ervan.³⁰⁰ Gezien de wettelijke bewoording “kan” (“*susceptible d’en être affectée*”), is een effectieve aantasting van de mededinging niet aan te tonen. Het bewijs van een potentiële aantasting van de mededinging door de geviseerde praktijk volstaat, maar die impact moet dan wel met voldoende mate van waarschijnlijkheid vaststaan.³⁰¹ In het oorspronkelijke in 2015 ingediende wetsvoorstel³⁰² was de mededingingsverstoring nog geen toepassingsvereiste, zodat voorzichtig moet worden omgesprongen met het lezen van de parlementaire voorbereiding. De toelichting bij dat wetsvoorstel had een veel ruimere toepassing van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid voor ogen dan wat de wetgever uiteindelijk heeft goedgekeurd. Het bestaan van een onevenwichtige onderhandelingspositie volstaat op zich niet om toepassing te maken van deze nieuwe verbodsbepaling.³⁰³ Die beperking van het verbod van een positie van economische afhankelijkheid heeft ervoor gezorgd dat de uiteindelijke wet daarnaast nog een regeling inzake onrechtmatige bedingen en inzake oneerlijke marktpraktijken omvat, welke bepalingen geen mogelijke impact op de mededinging in een wezenlijk deel van de markt vereisen.

Door die eis van de mogelijke verstoring van de mededinging in een bepaalde markt voor de toepassing van het verbod van misbruik van economische afhankelijkheid, wordt van dit verbod minder doeltreffendheid verwacht dan van de bescherming via het verbod van oneerlijke marktpraktijken,³⁰⁴ al zou het verbod van misbruik van economische afhankelijkheid belangrijker zijn in verhoudingsgewijs kleinere markten zoals de Belgische.³⁰⁵

De wetgever preciseert ook dat de mogelijke mededingingsverstoring is te toetsen op de “*betrokken*” Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan. De term “*betrokken*” lijkt erop te wijzen dat de effecten van het misbruik van de positie van economische afhankelijkheid van een onderneming zijn te beoordelen in het licht van de “*betrokken*” markt waarop er sprake is van een positie van economische afhankelijkheid van de onderneming en dat zgn. *afgeleide of verwante* markten aldus niet in aanmerking kunnen worden genomen. Hierin zou het verbod van misbruik van de positie van economische afhankelijkheid verschillen van het verbod van misbruik van een machtspositie. Bij de beoordeling van het misbruik van een machtspositie hoeft het misbruik immers niet te hebben plaatsgevonden op de markt waarop de onderneming een machtspositie inneemt. Misbruik van een machtspositie kan ook worden vastgesteld op een *afgeleide of verwante* markt waarop de dominante onderneming geen machtspositie inneemt.³⁰⁶

³⁰⁰ Anders zou de tussenkomst van de Mededingingsautoriteit ook niet geschikt zijn, aldus *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 12-13. Het geheel van individuele asymmetrische relaties kan de mededinging wel degelijk verstoren (*Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 5).

³⁰¹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 13.

³⁰² *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1.

³⁰³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/2, 3: “*Dit moet voorkomen dat er al te snel wordt besloten tot misbruik van economische afhankelijkheid. Het resultaat van scherp onderhandelen door een contractspartij mag immers niet van overheidswege worden gesanctioneerd.*”

³⁰⁴ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 5.

³⁰⁵ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 17.

³⁰⁶ O.m. A.-M. VAN DEN BOSSCHE en V. DEHAECK, “Art. 102 VWEU” in *OHRA*, Mechelen, Kluwer, 2017, 106.

D. Sancties

89. Misbruik van een positie van economische afhankelijkheid is vatbaar voor sancties van zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke aard. *Publiekrechtelijk* kan het Belgische Mededingingscollege vaststellen dat een restrictieve mededingingspraktijk bestaat en bevelen dat deze desgevallend wordt beëindigd (na voorafgaand onderzoek door het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit die een publieke vordering kan instellen³⁰⁷). Een zaak kan bij de Mededingingsautoriteit aanhangig worden gemaakt op klacht van een persoon, op verzoek of injunctie van de Minister van Economie of Middenstand of een economische regulator en ambtshalve.³⁰⁸

Bij de vaststelling van een misbruik kan het Mededingingscollege ook een geldboete van maximaal 2% van de omzet van de betrokken onderneming(svereniging) opleggen. Volgens de parlementaire voorbereiding wordt de omzet van het boekjaar voorafgaand aan de overheidsbeslissing in aanmerking genomen, zowel deze behaald op de nationale markt als in de exportmarkt.³⁰⁹

Tevens kan het Mededingingscollege op vraag van de auditeur bij dezelfde beslissing een dwangsom opleggen wegens niet-naleving van zijn bevel, tot 2% van de gemiddelde dagelijkse omzet per dag vertraging vanaf de dag door het Mededingingscollege bepaald.³¹⁰ Het kan die dwangsom evenzeer opleggen³¹¹ wanneer het voorlopige maatregelen tot schorsing van een bepaald misbruik van een positie van economische afhankelijkheid oplegt³¹² of wanneer het beslist om een onderneming of ondernemingsvereniging inlichtingen te doen verstrekken.³¹³

In de parlementaire voorbereiding wordt de mogelijkheid van een overheidstussenkomst herhaaldelijk beklemtoond als belangrijke eis voor de effectiviteit van de b2b-wet, in het bijzonder om de angst van economisch afhankelijke ondernemingen voor economische represailles van de dominerende onderneming weg te nemen³¹⁴ en ook om de procedurelast en -kost van de afhankelijke onderneming over te nemen.³¹⁵ Wel zal de effectiviteit afhangen van de personeelsbezetting en het budget van de relevante overheidsinstelling.³¹⁶

90. Over de *privaatrechtelijke* gevolgen bewaart de nieuwe b2b-wet het stilzwijgen, zodat net zoals bij de andere restrictieve mededingingspraktijken in principe het gemeen recht geldt.

³⁰⁷ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 9.

³⁰⁸ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 11. Art. IV.41 §1, 2° WER en 4°, zoals gewijzigd door art. 6 van de b2b-wet, en art. IV.44 WER (algemene of sectorale onderzoeken), zoals gewijzigd door art. 7 van de b2b-wet. Over transacties, zie art. IV.51 WER, zoals gewijzigd bij art. 8 van de b2b-wet.

³⁰⁹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 20.

³¹⁰ Art. IV.70 §2 WER, zoals ingevoerd bij art. 9 van de b2b-wet.

³¹¹ Art. IV.73 §2 WER, zoals ingevoerd bij art. 10 van de b2b-wet. We gaan hierna niet verder in op een procedurele wijziging ingevoerd in art. 11 van de b2b-wet m.b.t. art. IV.77 §1 lid1 WER.

³¹² Bevoegdheid krachtens art. IV.64 WER (schorsing van een restrictieve mededingingspraktijk).

³¹³ Bevoegdheid krachtens art. IV.41 §2 lid 3 WER.

³¹⁴ Over de keer op keer herhaalde “fear” factor, zie *Parl. St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1, 5-6; 2018-19, nr. 54-1451/3, 10 (met opsomming van de voordelen van publieke handhaving, onder meer inzake bewijsverzameling en vertrouwelijkheid); 2018-19, nr. 54-1451/5, 10, 15-16, 18 en 20. Meestal durven ondernemingen pas openlijk procederen als een relatie tot een einde komt, aldus *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 10.

³¹⁵ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 18.

³¹⁶ Een vraag werd daaromtrent gesteld in *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 20.

Twee hoofdscenario's zijn te onderscheiden, naargelang een overeenkomst al dan niet werd gesloten.

In het scenario dat een overeenkomst tussen ondernemingen werd gesloten met schending van het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid, is die overeenkomst vatbaar voor nietigverklaring indien het misbruik zich heeft voorgedaan voor of bij het sluiten van die overeenkomst en daardoor aan een van de vereisten voor de geldigheid van een overeenkomst niet is voldaan, bijvoorbeeld door een gekwalificeerde benadeling, een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak. Daarnaast komt een rol toe aan art. 2 BW (het vroegere art. 6 BW) dat verbiedt dat overeenkomsten afbreuk doen aan de openbare orde en de goede zeden. Zo kan een overeenkomst immers ook nog op een andere wijze (bijvoorbeeld bij de uitvoering of de beëindiging van een overeenkomst) afbreuk doen aan de openbare orde, zodat er om die reden geen gevolg meer aan kan toekomen.³¹⁷ In dat scenario kan ook sprake zijn van gehoudenheid tot schadevergoeding op grond van precontractuele foutaansprakelijkheid ingevolge misbruik van een positie van economische afhankelijkheid.³¹⁸

In het scenario dat een overeenkomst als gevolg van een misbruik van een positie van economische afhankelijkheid van een onderneming niet wordt - of niet kan worden - gesloten, dan kan dat gedrag evenzeer een schadevergoedingsplicht op grond van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid met zich meebrengen (art. 1382-1383 BW). In geval van een schadevergoedingsvordering is rekening te houden met de versoepeling van de toepassing van het gemeen aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van mededingingsinbreuken. Aangezien misbruik van economische afhankelijkheid, naast de twee reeds bestaande types van restrictieve mededingingspraktijken, voortaan ook als een inbreuk op het mededingingsrecht³¹⁹ is te kwalificeren, zijn de specifieke regels van boek XVII WER inzake rechtsvorderingen tot schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht van toepassing.³²⁰ Ze omvatten regels ter vergemakkelijking van het bewijs van de vereisten voor een schadevergoedingsvordering wegens een mededingingsinbreuk (fout, schade en causaal verband), een wettelijke regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid, specifieke regels inzake verjaring en een specifieke groepsvordering terzake.³²¹

Daarnaast is ook rekening te houden met de eventuele mogelijkheid van rechtsvorderingen tot collectief herstel³²² en stakingsvorderingen.³²³ Maatregelen in kort geding zijn in bepaalde urgente omstandigheden ook denkbaar.

³¹⁷ Zie terzake L. CORNELIS, *Openbare orde*, Antwerpen, Intersentia, 2019, in druk.

³¹⁸ Over de fout in dit kader, H. GILLIAMS en L. CORNELIS, "Private enforcement of the competition rules in Belgium", *TBM* 2007, 16-18, nrs. 19-29.

³¹⁹ In de zin van art. I.22, 1° WER, zoals gewijzigd bij art. 3 van de b2b-wet. *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 5 en 14; *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 22.

³²⁰ Boek XVII.71-91 WER, zoals ingevoerd bij Wet van 6 juni 2017 houdende de invoeging van een Titel 3 "De rechtsvordering tot schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht in Boek XVII van het Wetboek van economisch recht, houdende invoeging van definities eigen aan Boek XVII, Titel 3 in Boek I en houdende diverse wijzigingen van het Wetboek van economisch recht.

³²¹ Zie over die wet I. CLAEYS en M. VAN NIEUWENBORGH, "De rechtsvordering tot schadevergoeding voor mededingingsinbreuken. Een grote stap vooruit?", *TBH* 2018, 119-140.

³²² Art. XVII.35-70 WER. Een inbreuk op een bepaling van boek IV WER is uitdrukkelijk gevisieerd (art. XVII.37,1°a) WER).

³²³ Art. XVII.1 e.v. WER. Eventueel doorheen het verbod van oneerlijke marktpraktijken, zie voor voorbeelden inzake kartels en misbruik van machtspositie, J. STUYCK, "Handelspraktijken" in *Beginzelen van Belgisch*

III. Onerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen

91. In een derde en laatste luik voert de b2b-wet in boek VI WER een gedetailleerder regeling in voor oneerlijke of deloyale marktpraktijken tussen ondernemingen. De indieners van het oorspronkelijke wetsvoorstel hadden die wetswijziging in 2015 niet van meet af aan voor ogen. Zij wilden toen immers enkel het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie aangevuld zien met het verbod van “misbruik van een aanmerkelijke machtspositie”, zonder dat de impact op de mededinging op de markt moest worden aangetoond.³²⁴ Na besprekingen in het parlement, de regering en diverse belangengroeperingen is het accent evenwel geleidelijk verschoven. Waar aanvankelijk vooral de vrije mededinging in het algemeen economisch belang voorop stond, ging geleidelijk meer aandacht naar de bescherming van individuele ondernemingen die schade kunnen ondervinden door oneerlijke praktijken van een andere onderneming, zonder dat de impact op de werking van de markt daarbij centraal stond.³²⁵

Dat verklaart waarom de b2b-wet uiteindelijk een verbod van onrechtmatige bedingen en een verbod van oneerlijke marktpraktijken omvat, naast een verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid waarvan de verwachtingen minder hoog gespannen zijn omdat een minstens potentiële impact op de mededinging in de Belgische markt moet worden aangetoond.³²⁶ Het cement dat de drie luiken van de b2b-wet met elkaar verbindt, is de wil van de wetgever om ondernemingen vooral in verticale relaties beter te beschermen tegen kennelijk onredelijk gedrag van andere ondernemingen. De uiteindelijke b2b-wet met zijn drie luiken leunt nauw aan bij het klassieke onderscheid dat het Belgische recht maakt tussen mechanismen van contracten-, mededingings- en marktpraktijkenrecht.³²⁷ Dat bij elk van die mechanismen telkens andere overheidsinstanties met telkens een specifieke rol betrokken kunnen zijn, zal daaraan niet vreemd zijn.

Privaatrecht, XIII, Handels- en Economisch recht, Deel 2 Mededingingsrecht, Mechelen, Kluwer, 2015, 202-205, nr. 202.

³²⁴ 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. Zie ook *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 9.

³²⁵ Verslag, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 5 en 13 (andere concepten, doelstellingen en belangen). Zie ook het in januari 2018 door de PS ingediende 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. 54-2885/1, 9 en 11 (dat een aansprakelijkheidsregel in art. VI.104 WER voorstelde). Zie ook *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 11-12: “het mededingingsrecht heeft tot doel de efficiëntie van de markten en dus de optimale toewijzing van de middelen (vanuit macro-economisch oogpunt) te waarborgen, terwijl het marktpraktijkenrecht ertoe strekt voor eerlijke en billijke verhoudingen tussen individuele economische actoren te zorgen. Het mededingingsrecht is met andere woorden niet bedoeld om eventuele wanverhoudingen in de overeenkomsten tussen de individuele marktspelers aan te pakken, ongeacht of die van invloed zijn op de verdeling van de winst (bijvoorbeeld door de winst over te dragen van de producenten naar de distributeurs), op de uitoefening van een kopersmacht enzovoort, zolang die overeenkomsten de welvaart van de consumenten niet aantasten”.

³²⁶ Die beoordeling van de kansen op succes is vooral gesteund op de situatie in het Franse recht, zie *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 13. Zie ook *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 5.

³²⁷ In tegenstelling tot wat in Frankrijk het geval is waar het verbod ook nog eens in de vorm van een aansprakelijkheidsregel wordt geformuleerd, zie art. L.442-6, I, 2° Code de commerce (aansprakelijkheidsregel bij “le fait (...) [d]e soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Die benadering draagt ook de voorkeur weg van S. Depourcq in haar doctoraal proefschrift (S. DE POURCQ, o.c., 738-739).

92. Door de b2b-wet wordt de regeling inzake de oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen geherstructureerd.³²⁸ Wat ongewijzigd blijft, is het algemene verbod dat elke daad verbiedt die met de eerlijke marktpraktijken strijdt en waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meerdere andere onderneming schaadt of kan schaden (art. VI.104 WER).

Nieuw is dat voortaan drie specifieke categorieën van oneerlijke marktpraktijken worden onderscheiden (art. VI.104/1 WER),³²⁹ zij het dat er daarbuiten nog andere oneerlijke marktpraktijken kunnen opduiken die alsnog onder het algemene verbod kunnen vallen.³³⁰

Vooreerst omschrijft de wetgever de marktpraktijken die misleidend zijn (art. VI.105-109 WER). Artikel VI.105 WER bevat voortaan een algemeen verbod inzake misleidende marktpraktijken en vervangt de vroegere bepaling inzake het verbod op misleidende *reclame* dat *de facto* door het algemene verbod wordt ingesloten.³³¹ Deze eerste categorie omvat uitdrukkelijk ook misleidende omissies (art. VI.105/1 WER). De bestaande bepalingen inzake specifieke reclameverboden (art. VI.106 WER), bedrijvengidsen en soortgelijke gidsen (art. VI.107 WER) en piramidesystemen (art. VI.109 WER) zijn evenzeer onder die categorie van misleidende marktpraktijken gebracht.³³²

Daarnaast omschrijft de wetgever de marktpraktijken die agressief zijn (art. VI.109/1-3 WER). Die tweede categorie omvat voortaan het verbod van afgedwongen aankopen.³³³ De afgedwongen aankoop is immers een mechanisme van dwang waarmee een onderneming druk zet door een goed op te sturen of een dienst te verstrekken zonder dat daartoe een uitdrukkelijk verzoek werd geuit.

Ten slotte maakt de wetgever een derde categorie van marktpraktijken die een verboden daad in de hand werken, meer bepaald een daad die moet worden beschouwd als (i) een overtreding van boek VI WER over Marktpraktijken en consumentenbescherming of (ii) als een inbreuk met toepassing van de art. 83 tot 86³³⁴ en 126³³⁵ van Boek XV WER over Rechtshandhaving (art. VI.104/1 WER³³⁶). Volgens de parlementaire voorbereiding die geen rekening houdt met categorie (i), gaat het om marktpraktijken "*die een strafrechtelijke inbreuk op de bepalingen van Boek VI in de hand werken of waarbij de ambtenaren belast met het toezicht op de economische regelgeving of politieambtenaren worden belemmerd in het uitoefenen van hun taak*".³³⁷ Die bepaling die al onderdeel was van de regeling inzake

³²⁸ *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 55.

³²⁹ *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 55.

³³⁰ Voor een catalogus van andere marktpraktijken, zie J. STUYCK, o.c., 216 e.v., nr. 213 e.v. (onrechtmatige toeëigening, verwarringstichting, afbreken, aanhaken (parasitaire concurrentie), belemmeren, derdenmedeplichtigheid aan contractbreuk, concurrentievervalsing en misbruik van recht, inclusief individuele verkoopweigerings), met de vier sprekende geboden die hij vernoemt: "*gij zult niet liegen, gij zult geen agressie plegen, gij zult niet stelen, gij zult niet vals spelen*". Heel wat van die voorbeelden vallen nu onder de - specifieke - misleidende of agressieve marktpraktijken.

³³¹ *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 65.

³³² *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 67. We gaan op die specifieke bepalingen niet verder in vermits ze niet nieuw zijn.

³³³ Voorheen in art. VI.108, nu in art. VI.109/3 WER, zoals ingevoerd bij art. 31 van de b2b-wet. Zie ook *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 68.

³³⁴ De straffen voor de inbreuken op boek VI WER.

³³⁵ Belemmering van toezicht.

³³⁶ Die derde categorie bestond voorheen in art. VI.105, 4° WER (*Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 60).

³³⁷ *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 60. Zie vroeger reeds (maar beperkt tot reclame) in art. VI.105, 4° WER.

misleidende reclame, werd in het verleden ofwel onbesproken gelaten, ofwel als overbodig beschouwd.³³⁸

93. Met de wettelijke omschrijvingen van misleidende en agressieve marktpraktijken wil de wetgever het door een specificering van de algemene norm ondernemingen vergemakkelijken om het bestaan van misleidende en agressieve marktpraktijken te bewijzen.³³⁹ De algemene eerlijkheids- of loyaleitsnorm werd als ontoereikend ervaren, zelfs met de specificaties ervan in rechtspraak en rechtsleer.³⁴⁰ Met andere woorden, de wetgever wou een meer bijzondere omschrijving van de meest voorkomende marktpraktijken, buiten wat in uitvoering van de relevante EU-richtlijnen al met misleidende en vergelijkende reclame was gebeurd.³⁴¹

94. De bewoordingen van die nieuwe regels over misleidende en agressieve marktpraktijken zijn niet uit de lucht gevallen. Ze zijn namelijk in grote mate (met hier en daar een toevoeging of een weglating) getransplanteerd vanuit een aantal bepalingen die al eerder het algemene verbod van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten concretiseerden.³⁴² Het gaat om de regels die de misleidende en agressieve handelspraktijken jegens consumenten nader omschrijven en die in 2007³⁴³ door omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken³⁴⁴ in de toenmalige handelspraktijkenwet werden ingevoerd en uiteindelijk in art. VI.97-99 en VI.101-102 WER werden gecodificeerd.³⁴⁵

Dat betekent evenwel niet dat de regeling inzake handelspraktijken jegens consumenten volledig werd overgenomen. Naast deze die hieronder worden aangeduid, is het belangrijkste verschil dat er voor de relaties tussen ondernemingen geen zwarte lijst werd opgesteld van marktpraktijken die *per se* als misleidend of als agressief worden beschouwd, terwijl die lijsten voor handelspraktijken jegens consumenten wel bestaan.³⁴⁶ Het valt uiteraard niet uit te sluiten dat er *de facto* een zekere doorwerking zal uitgaan van die zwarte lijsten van handelspraktijken jegens consumenten doorheen de invulling van het algemene verbod van misleidende en agressieve marktpraktijken, wat geval per geval is te beoordelen, uiteraard rekening houdend met de specifieke context van ondernemingsrelaties.

³³⁸ J. STUYCK, *o.c.*, 354, nr. 384.

³³⁹ *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 62.

³⁴⁰ Aldus de toelichting bij het PS-wetsvoorstel van 2018, *Parl. St. Kamer* 2017-18, nr. 54-2885/1, 6-7.

³⁴¹ Jongst de Richtlijn 2006/114/EG van het Europees parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame. In art. VI.17 WER over het geoorloofd karakter van vergelijkende reclame wordt ingevolge art. 12 van de b2b-wet voortaan verwezen naar de misleidende marktpraktijken (en niet alleen naar de misleidende reclame).

³⁴² Aldus *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 64-65. Jegens consumenten zijn oneerlijke handelspraktijken krachtens de algemene norm van art. VI.95 WER verboden. Onder die oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten wordt eveneens al langer het onderscheid gemaakt tussen misleidende en agressieve handelspraktijken (art. VI.97-100 respectievelijk VI.101-103 WER) (art. VI.94 WER). Ook daar is al langer sprake van een regeling inzake misleidende omissies (*Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/3, 66-67).

³⁴³ Wet van 5 juni 2007 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument.

³⁴⁴ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad.

³⁴⁵ Met inbegrip van de definities van een besluit van een transactie (art. I.8, 28° WER) en van ongepaste beïnvloeding (art. I.8, 27° WER).

³⁴⁶ Art. VI.100 WER (*per se* misleidende handelspraktijken) en art. VI.103 WER (*per se* agressieve handelspraktijken).

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op het toepassingsgebied, de aard, de toepassingsvereisten en de rechtsgevolgen van de nieuwe regels inzake oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen.

A. Toepassingsgebied

95. Terwijl het verbod van onrechtmatige bedingen niet geldt voor financiële diensten en overheidsopdrachten en eruit voortvloeiende overeenkomsten,³⁴⁷ geldt het verbod van oneerlijke marktpraktijken zonder die uitzonderingen.

Voor het overige wordt geen onderscheid gemaakt in functie van de omvang van de betrokken ondernemingen. Zowel een KMO als een grote onderneming kan slachtoffer of dader van een oneerlijke marktpraktijk zijn.

96. Wat de werking in de tijd betreft, is het verbod van oneerlijke marktpraktijken het luik van de b2b-wet dat het snelst in werking treedt, namelijk op 1 september 2019, *id est* de eerste dag van de vierde maand die volgt op de publicatie van de wet in het Belgisch Staatsblad (24 mei 2019).³⁴⁸

B. Aard

97. In sommige passages van de parlementaire voorbereiding wordt ervan uitgegaan dat de bepalingen van de b2b-wet, zonder onderscheid, van openbare orde zijn.³⁴⁹ Eerder werd evenwel al met betrekking tot de onrechtmatige bedingen toegelicht dat het te betwijfelen is of *alle* bepalingen van de wet van openbare orde zijn.³⁵⁰ Wat de oneerlijke marktpraktijken betreft, staat het buiten kijf dat elke onderneming verplicht is ze na te leven en de beschermde onderneming dus minstens niet op voorhand afstand kan doen van de geboden bescherming. Een aantal indicaties wijzen erop dat minstens het verbod van sommige oneerlijke marktpraktijken jegens ondernemingen tot de openbare orde behoort. Zoals verder wordt toegelicht, worden sommige oneerlijke marktpraktijken, meer bepaald de misleidende en de agressieve marktpraktijken, voortaan ook strafrechtelijk gesanctioneerd. De strafrechtelijke sanctionering wordt meestal als een indicatie van het openbare orde karakter van een regel aangezien. Verder kan niet alleen de belanghebbende onderneming een stakingsvordering instellen wegens een schending van het verbod van misleidende of agressieve marktpraktijken. Voortaan hebben ook de Ministers bevoegd voor Economie en Middenstand gezamenlijk de bevoegdheid om voor die marktpraktijken een

³⁴⁷ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 28. Zie onze uiteenzetting over onrechtmatige bedingen in de vorige aflevering van dit tijdschrift.

³⁴⁸ Art. 39, lid 1 b2b-wet.

³⁴⁹ *Hand.* Kamer 2018-19, 14 maart 2019, 40 (“*De bepalingen zijn van openbare orde*” zodat ze ambtshalve zijn in te roepen). Het feit dat een regel ambtshalve kan worden ingeroepen, wordt ook al langer niet meer aan de openbare orde aard van een regel gekoppeld. In de parlementaire stukken wordt specifiek de norm inzake afgedwongen verkoop “*altijd reeds als zijnde van openbare orde beschouwd*” (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 74. Er wordt aan toegevoegd dat de bepaling “*dus reeds strafrechtelijk gesanctioneerd*” was. De redenering klopt niet. Uit het openbare orde karakter volgt niet de strafrechtelijke sanctionering. Omgekeerd wordt wel uit de strafrechtelijke sanctionering van een norm doorgaans het openbare orde karakter van die norm afgeleid).

³⁵⁰ Zie onze uiteenzetting over onrechtmatige bedingen in de vorige aflevering van dit tijdschrift.

stakingsvordering in te stellen. Ook die bevoegdheid lijkt erop te wijzen dat de regels inzake misleidende en agressieve marktpraktijken eerder van openbare orde zijn dan van louter dwingend recht.

C. Toepassingsvereisten

§1. Marktpraktijk

98. Het verbod van oneerlijke marktpraktijken veronderstelt het bestaan van een marktpraktijk, zoals reclame, prijsstrategie, klachtenservice, gebruik van al dan niet rechtmatige bedingen, het verhinderen van een exit, ... Doorgaans wordt gezegd dat er als zodanig geen verschil bestaat tussen handelspraktijken en marktpraktijken³⁵¹ en dat dit onderscheid voornamelijk werd gemaakt om uit het vaarwater van de Europese richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken te blijven zodra het gaat om een handelspraktijk die onder het toepassingsgebied van die richtlijn valt.³⁵² Er is evenwel een belangrijk onderscheid tussen handels- en marktpraktijken omdat de regeling inzake marktpraktijken niet eenzijdig geldt voor een partij met een bepaalde hoedanigheid die door de wetgever wordt geacht zwakker te zijn, zoals het geval is bij handelspraktijken jegens consumenten. Een handelspraktijk jegens de consument is een gedraging “*die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product*” (art. 1.8,23° WER). Een marktpraktijk daarentegen kan ook verband houden met de andere zijde van een transactie, namelijk de aankoop of afname van een product. In verticale relaties kan degene zijn die de andere misleidt, uitbuit of uitsluit zowel de aankoper als de verkoper zijn.

§2. Oneerlijk

99. De verboden marktpraktijk moet een oneerlijk karakter hebben. Het begrip oneerlijke marktpraktijken werd - en wordt nog steeds - niet wettelijk gedefinieerd. De wetgever voorziet in art. VI.93 WER wel al langer in een definitie van het oneerlijke karakter van een *handelspraktijk*, maar die definitie geldt als dusdanig alleen in het kader van handelspraktijken jegens consumenten. Volgens een passage in de parlementaire voorbereiding beogen die gedragsregels inzake oneerlijke marktpraktijken de kwade trouw van een onderneming te sanctioneren,³⁵³ die een andere onderneming in haar economisch gedrag (wezenlijk) verstoort of kan verstoren.³⁵⁴ De bescherming die uitgaat van het verbod van oneerlijke marktpraktijken, gaat evenwel verder. De uit dit verbod voortvloeiende norm wordt immers niet zozeer gekoppeld aan de eerlijkheid of de subjectieve goede trouw, maar

³⁵¹ Het onderscheid werd destijds in 2010 gemaakt ingevolge een amendement, zie Amendementen Wetsontwerp betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *Parl.St. Kamer*, nr. 52-2340/2, p. 4-5 (amendement nr. 6).

³⁵² Er is wel rekening mee te houden dat niet deze regeling inzake marktpraktijken jegens ondernemingen maar wel deze inzake handelspraktijken jegens consumenten geldt, als de praktijk niet *uitsluitend* is gericht op ondernemingen maar ook op consumenten, gelet op de volledige harmonisatie ingevolge de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken nr. 2005/29, zie D. MERTENS, “Oneerlijke marktpraktijken jegens andere personen dan consumenten. Art. VI.104” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, nr. 5.

³⁵³ Aldus *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 29.

³⁵⁴ *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-1451/5, 12 (“*Alle maatregelen die erop gericht zijn de eerlijkheid, de billijkheid en de goede trouw in de handelsbetrekkingen te waarborgen, vallen, in Belgisch recht, onder het marktpraktijkrecht en maken het voorwerp uit van een uiterst belangrijk geschillencomplex*”).

aan de zorgvuldigheid, de redelijkheid of de billijkheid die van een onderneming redelijkerwijze mag worden verwacht (in vergelijkbare zin met de zorgvuldigheidsnorm of die van de objectieve goede trouw in het buitencontractuele respectievelijk contractuele aansprakelijkheidsrecht).³⁵⁵ Daarnaast zijn het vooral diverse soorten onwettigheden (zoals het gebrek aan een vereiste vergunning) die door het algemene verbod van oneerlijke marktpraktijken kunnen worden gevisieerd.³⁵⁶

Hoe ongedefinieerd de wetgever het oneerlijke karakter van een marktpraktijk in het algemeen heeft achtergelaten, hoe uitgebreid werd het misleidende of agressieve karakter in de wet omschreven. De definities van misleidende marktpraktijken (inclusief misleidende omissies) en agressieve marktpraktijken zijn grotendeels, maar niet volledig, overgenomen uit de regeling van oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten. Dat geldt ook voor de elementen waarop het misleidend karakter betrekking moet hebben, alsook voor de factoren waarmee rekening moet worden gehouden om een marktpraktijk als agressief te beschouwen. Uiteraard kan het referentiecriterium van de gemiddelde consument uit de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten niet zomaar worden getransplanteerd naar de marktpraktijken tussen ondernemingen om af te toetsen of een marktpraktijk misleidend of agressief is. De wetgever heeft dat referentiecriterium in het kader van marktpraktijken vervangen door dat van “een onderneming”, waarbij er een kritische ingesteldheid van beide ondernemingszijden mag worden verwacht zoals dat ook ten aanzien van consumenten het geval is.³⁵⁷

§3. In het bijzonder: misleidend

100. Een marktpraktijk is misleidend als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan. De eerste vereiste houdt in dat de marktpraktijk gepaard moet gaan met een gebrek in de informatieverstrekking door een onderneming, dat de andere onderneming niet toelaat om op *geïnformeerde* wijze een besluit over een transactie te nemen. Dat gebrek kan bestaan uit hetzij onjuiste of potentieel bedrieglijke informatie (art. VI.105 WER), hetzij een gebrek aan essentiële informatie (art. VI.105/1 WER).

In het geval van *onjuiste informatie* bestaat de misleiding erin dat de marktpraktijk gepaard gaat met onjuiste informatie, en derhalve op onwaarheden berust, ten aanzien van minstens een van de elementen die in de wet in een lange lijst exhaustief zijn opgesomd. Zelfs als de informatie feitelijk correct is, kan er sprake zijn van misleidende informatie wanneer het “*een onderneming op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de*” elementen die in de wet zijn opgesomd. In het kader van handelspraktijken jegens consumenten werd reeds verduidelijkt dat met bedrog geen intentie om te schaden wordt bedoeld, maar wel het effect van de informatie op de gemiddelde consument is na te gaan.³⁵⁸ De elementen waarover onjuiste of potentieel

³⁵⁵ In die zin bijv. B. KEIRSBILCK, o.c., TPR 2016, 292, nr. 53.

³⁵⁶ Zoals bij handelspraktijken jegens consumenten: B. KEIRSBILCK, “Art. VI.93 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2018, 4-5.

³⁵⁷ B. KEIRSBILCK, “Art. VI.99 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2018, 6.

³⁵⁸ B. KEIRSBILCK, “Art. VI.99 WER” in *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Wetboek Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, 2018, 5, met verdere verwijzing.

bedrieglijke informatie moet zijn verstrekt. hebben betrekking op het product, de rechten en plichten van de ondernemingen, (verwarring scheppende of denigrerende) marketing en de niet-nakoming van een bindende gedragscode.³⁵⁹ Voor de details verwijzen we naar de lange tekst van de wet. In vergelijking met wat voorheen ten aanzien van misleidende reclame was bepaald (oud art. VI.105 WER), is het opvallend dat de informatie over de gevolgen voor het leefmilieu in de exhaustieve lijst van elementen bij de misleidende marktpraktijken, zonder enige toelichting, is weggevalen.

In het geval van een *gebrek aan informatie* bestaat de misleiding erin dat een onderneming onvoldoende informatie aan een andere onderneming verstrekt. Men spreekt dan van een misleidende omissie. Van een misleidende omissie is slechts sprake indien het gaat om essentiële informatie, welke de andere onderneming, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen. De wetgever onderscheidt verschillende situaties waarin sprake kan zijn van een dergelijke misleidende omissie. Dat doet zich namelijk niet alleen voor wanneer een onderneming essentiële informatie heeft weggelaten of verborgen gehouden. Dat doet zich ook voor wanneer een onderneming essentiële informatie op een onduidelijke, onbegrijpelijke of dubbelzinnige wijze verstrekt, dan wel de essentiële informatie laattijdig verstrekt. Een misleidende omissie is ook voorhanden wanneer een onderneming haar “oogmerk” (sic) niet laat blijken. Waar het in het kader van misleidende handelspraktijken jegens consumenten voor de consument duidelijk moet zijn dat het oogmerk van de onderneming *commercieel* van aard is, zou die precisering in een b2b relatie weinig nuttig zijn geweest, gelet op het ondernemingskarakter van beide partijen, maar onduidelijk blijft dan wat voor oogmerk de wetgever hier dan wel kan hebben bedoeld en of een onderneming de andere onderneming werkelijk op de hoogte moet stellen van haar oogmerk(en). De wetgever preciseert verder dat de context determinerend is om te bepalen welke informatie essentieel is, welke informatie nodig is om een onderneming toe te laten een geïnformeerd besluit te nemen, en of een onderneming van haar “oogmerk” heeft doen blijken. De omvang van de mee te delen informatie wordt mee bepaald door het gebruikte medium dat beperkingen in de ruimte (zoals een reclamebord of een sms) en de tijd (zoals radioreclame) met zich kan meebrengen. Bij de beoordeling of sprake is van een misleidende omissie, wordt met die beperkingen rekening gehouden, maar ook met de maatregelen genomen om de informatie via andere communicatiekanalen ter beschikking te stellen.

101. De tweede vereiste om een marktpraktijk als misleidend te kunnen bestempelen, is dat deze de andere onderneming ertoe brengt of kan brengen om een besluit over een transactie te nemen dat zij anders niet had genomen. De wetgever definieert een “besluit over een transactie” als *“elk besluit van een onderneming over de vraag of, en desgevallend onder welke voorwaarden zij een overeenkomst sluit, verderzet of ervan afziet, geheel of gedeeltelijk betaalt, of een contractueel recht uitoefent in verband met een product, ongeacht of deze al dan niet tot handelen overgaat”* (art. VI.103/1 WER). Die definitie is grotendeels een copy/paste van de definitie die geldt voor oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten.³⁶⁰ De misleidende marktpraktijk van een onderneming moet dus minstens een

³⁵⁹ Een onderneming hoeft niet te hebben aangegeven dat zij zich tot een bepaalde gedragscode heeft verbonden; het volstaat dat zij zich ertoe heeft verbonden (*Parl.St.* 2018-19, 54-1451/3, p. 65). Er moet wel sprake zijn van een concrete verplichting, niet bijvoorbeeld bij een *“intentieverklaring tot reductie van afvalstoffen ten belope van een bepaald percentage over een aantal jaren”* (*Parl.St.* 2018-19, 54-1451/3, p. 65).

³⁶⁰ Zoals gedefinieerd in art. I.8, 28° WER (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 57).

potentiële impact hebben op het economische gedrag van een andere onderneming. Een onderneming die zich op het verbod van misleidende marktpraktijken beroept, moet dus niet aantonen dat zijn beslissing daadwerkelijk door die marktpraktijk werd beïnvloed. Dat gedrag kan betrekking hebben op alle fases van het leven van een transactie: de precontractuele fase, de modaliteiten en voorwaarden van de overeenkomst, de uitoefening van contractuele rechten in de uitvoeringsfase en de verderzetting van de samenwerking, of de mogelijkheid om die stop te zetten dan wel te verlengen.³⁶¹

§4. In het bijzonder: agressief

102. Voor de kwalificatie van een marktpraktijk als agressief gelden drie vereisten die cumulatief moeten vervuld zijn. Vooreerst moet er bij een marktpraktijk gebruik zijn gemaakt van intimidatie, dwang (inclusief gebruik van lichamelijk geweld) of ongepaste beïnvloeding. Er wordt dus ongepaste druk gelegd; er moet sprake zijn van een actieve gedraging.³⁶² De wetgever aanziet de “ongepaste beïnvloeding” als een catch-all begrip³⁶³ en heeft deze gedefinieerd als *“het uitbuiten door een onderneming van een machtspositie ten aanzien van de andere onderneming om, zelfs zonder gebruik van of dreiging van fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die haar vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt”* (art. VI.10/1, lid 2 WER). De gebruikte terminologie is ongelukkig omdat het bij ongepaste beïnvloeding niet zozeer gaat om het al dan niet geïnformeerd zijn, maar om het al dan niet vrij zijn in het nemen van een beslissing. Wie in een onvrije of gedwongen toestand een beslissing neemt, kan wel perfect geïnformeerd zijn. Ook het concept “machtspositie” kan tot verwarring aanleiding geven; het lijkt immers niet de bedoeling te zijn om de toepassing van het verbod van agressieve marktpraktijken te beperken tot situaties waarin sprake is van een dominante machtspositie in de zin van art. IV.2 WER.³⁶⁴ De wetgever reikt een aantal factoren aan ter beoordeling van de vraag of sprake is van intimidatie, dwang, inclusief lichamelijk geweld, of een ongepaste beïnvloeding, zoals het tijdstip, de plaats, de aard en de persistentie van de praktijk en het gebruik van dreigende of grove taal of gedragingen.³⁶⁵ De bewuste uitbuiting van tegenslagen of omstandigheden die gezien hun ernst het beoordelingsvermogen van de andere onderneming kunnen beperken, om zo het besluit van die onderneming met betrekking tot een product te beïnvloeden, is een uitdrukkelijke situatie die de wetgever evenzeer benoemt. Ook uitdrukkelijk geïndiceerd is de veel voorkomende situatie waarbij het recht om een contract te beëindigen of een ander product of onderneming te kiezen, wordt belemmerd door een hoge kostprijs of bovenmatige niet-contractuele obstakels. De wetgever dacht ook uitdrukkelijk aan dreigementen met maatregelen die wettelijk niet mogen worden genomen. Als laatste criterium dat niet voorkomt bij de factoren in de regeling voor handelspraktijken jegens consumenten,³⁶⁶

³⁶¹ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 58 en 71. Zie ook, wat precontractuele fase betreft, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 28. Zie ook *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 56 (in de precontractuele, contractuele, of postcontractuele fase). Vergelijk bij handelspraktijken jegens consumenten, art. VI.92 WER.

³⁶² *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 71.

³⁶³ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 70.

³⁶⁴ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 71. De term “machtspositie” duidt volgens de parlementaire voorbereiding op de situatie van ongelijkheid tussen een sterke en een zwakke partij.

³⁶⁵ In de parlementaire voorbereiding wordt daarbij als volgt toegelicht: *“In dit kader kan bij wijze van voorbeeld worden gedacht aan bezoeken van vertegenwoordigers, of telefonische verkoop, waardoor de onderneming in sommige gevallen ertoe wordt gebracht een overeenkomst te sluiten waarvan zij de gevolgen niet direct kon inschatten”* (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 73).

³⁶⁶ *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 73.

vermeldt de wetgever ten slotte “*de contractuele positie van een onderneming ten aanzien van de andere onderneming*”.³⁶⁷ Met die factor zal wellicht de economische afhankelijkheid van de afhankelijke onderneming ten aanzien van de dominerende onderneming in aanmerking worden genomen.

103. Daarnaast moet de marktpraktijk door gebruik te maken van intimidatie, dwang, inclusief lichamelijk geweld, of een ongepaste beïnvloeding minstens een aanzienlijke beperking van de keuze- of handelingsvrijheid van een onderneming met betrekking tot het product veroorzaken of kunnen veroorzaken. In de parlementaire voorbereiding behoedt de wetgever wel voor een te ver doorgedreven lezing van het verbod op agressieve marktpraktijken: “*het wezen van de concurrentie dat er op het scherp van de snee wordt onderhandeld, maar de andere partij mag niet voor het blok gezet worden door dwang of ongepaste beïnvloeding*”.³⁶⁸

104. Ten slotte moet de ongepaste druk met zich mee (kunnen) brengen dat de andere onderneming een besluit over een transactie neemt die ze anders niet zou hebben genomen.³⁶⁹

D. Sancties

105. Bij een schending van het verbod van oneerlijke marktpraktijken kan de onderneming wiens beroepsbelangen door een oneerlijke marktpraktijk zijn of kunnen worden aangetast, als belanghebbende een vordering tot staking instellen voor de bevoegde voorzitter van de ondernemingsrechtbank (art. XVII.1 en XVII.7, lid 1, 1° WER), wat bij toekenning ook gepaard kan gaan met maatregelen van openbaarmaking (art. XVII.4 WER). In tegenstelling tot wat het geval is bij oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten, is de directeur-generaal van de algemene directie Economische inspectie van de FOD Economie geen titularis van de vordering tot staking ten aanzien van oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen (XVII.7, lid 1, 2° WER). Wel kunnen voortaan ook de Ministers die Economie en Middenstand tot hun bevoegdheid hebben, gezamenlijk een stakingsvordering instellen, althans ten aanzien van de specifieke categorieën van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen³⁷⁰ (art. XVII.7, lid 1, 2°/2 WER³⁷¹). In die vorderingsbevoegdheid is niet voorzien voor de derde specifieke categorie van marktpraktijken in de zin van art. VI.104/1, 3° WER,³⁷² noch voor de andere oneerlijke marktpraktijken die niet onder één van de drie specifieke categorieën maar onder het algemene verbod van art. VI.104 WER vallen. Die ministeriële vorderingsbevoegdheid beoogt een effectieve bescherming tegen misleidende en agressieve marktpraktijken³⁷³ en is, naar Frans voorbeeld³⁷⁴, vooral bedoeld voor die gevallen waar individuele ondernemingen geen vordering durven in te stellen wegens schrik voor vergeldingsmaatregelen.

³⁶⁷ Art. VI.109/2, 6° WER, zoals ingevoegd bij art. 34 van de b2b-wet.

³⁶⁸ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 71.

³⁶⁹ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 70.

³⁷⁰ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 5. Zoals ook bij een misleidende of agressieve handelspraktijk jegens consumenten, art. XVII.7, lid 1, 2°/1 WER ingevoerd bij art. 36, b) van de b2b-wet.

³⁷¹ Ingevoerd bij art. 36, c) van de b2b-wet.

³⁷² *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 60-61.

³⁷³ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 75 en 79.

³⁷⁴ *Parl. St.* 2018-19, 54-1451/3, p. 12.

Los daarvan, voorzag wetgever niet in een specifieke adviesinstantie om advies te vragen over de vraag of een marktpraktijk al dan niet als oneerlijk kan worden bestempeld, wat in het kader van onrechtmatige bedingen wel al langer bestaat met de Commissie onrechtmatige bedingen wiens bevoegdheid voortaan niet alleen de onrechtmatige bedingen in consumentencontracten maar ook in ondernemingscontracten omvat (art. VI.86-87 WER).

106. In de mate dat een bepaalde oneerlijke marktpraktijk tevens een fout is die schade veroorzaakt,³⁷⁵ kan de schadelijgende onderneming ook een aansprakelijkheidsvordering tot schadevergoeding instellen.³⁷⁶

107. De overtreding van de bepalingen inzake het verbod van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen wordt strafrechtelijk gesanctioneerd (art. XV.83, lid 1, 13°/1, 1° en 2° WER³⁷⁷), naar het voorbeeld van de afgedwongen aankopen waaraan reeds eerder strafsancties waren verbonden.³⁷⁸ Een inbreuk op het algemeen verbod van VI.104 WER blijft buiten het schot van de strafrechtelijke sancties, zelfs als het gaat om een overtreding te kwader trouw (art. XV.84 WER). De andere reeds bestaande strafbepalingen blijven door de b2b-wet onaangeroerd, zoals wanneer een uitspraak inzake een stakingsvordering niet wordt nageleefd (art. XV.85, 1° WER).

IV. Conclusie

108. De wetgever heeft ervoor gekozen om ondernemingscontracten aan een reeks van nieuwe open normen te onderwerpen, die de ondernemings- en contractvrijheid beperken.³⁷⁹ Voortaan zijn contractuele clausules niet alleen in consumentencontracten maar ook in ondernemingscontracten onrechtmatig en nietig indien ze een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen creëren. Iedere praktijkjurist kan uit zijn of haar ervaring wel een clausule vernoemen, die naar zijn of haar rechtsgevoel duidelijk onrechtvaardig overkomt en daarom niet afdwingbaar zou mogen zijn. Wij denken bijvoorbeeld aan de clausules die een betwisting van een factuur niet meer toelaten bij het verstrijken van 48 uren na de ontvangst (erger nog, na de verzending) ervan. De invoering van een algemeen verbod van kennelijk onrechtmatige bedingen is dan ook geen onverwachte juridische ontwikkeling, toch zeker niet als ze eenzijdig geredigeerde standaardbedingen zijn,³⁸⁰ indien

³⁷⁵ Dat de aansprakelijkheidsvordering van een andere aard is dan de stakingsvordering (die gericht is op de stopzetting van een inbreuk op een subjectief recht) en dat de vaststelling van een oneerlijke marktpraktijk niet per se een fout is, laat staan een schade in causaal verband met een fout zou impliceren, is reeds herhaaldelijk aangetoond, zie T. LÉONARD, *Manuel de droit commercial*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, 502-503, nr. 894.

³⁷⁶ *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/5, 5. In het PS-wetsvoorstel werd art. VI.104 WER, naar Frans voorbeeld, zelfs vanuit een aansprakelijkheidsoogpunt geredigeerd, *Parl. St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2885/1, 13.

³⁷⁷ Zoals ingevoerd bij art. 35 van de b2b-wet. In de Nederlandse versie van de tekst is een materiële vergissing gebeurd door te verwijzen naar een daad als bedoeld in art. "VI.104/1° en 2°", terwijl de Franse versie spreekt van art. "VI.104/1, 1° et 2°".

³⁷⁸ Art. XV.83, 15° WER, zoals ook gewijzigd bij art. 35 van de b2b-wet (ingevolge de verplaatsing van dat verbod van art. VI.108 naar art. VI.109/3 WER).

³⁷⁹ Met het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid is ook een bijkomende open norm ingevoerd, maar de drempel voor de toepassing ervan ligt wel merkbaar hoger dan de twee andere nieuwe normenreeksen omdat de aantasting van de mededinging van een wezenlijk deel van de Belgische markt moet worden aangetoond.

³⁸⁰ Zie bijv. II.-9:405 DCFR: "A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing".

er althans met voldoende respect voor de ondernemings- en contractvrijheid en de b2b-context mee wordt omgegaan en een blinde analogische toepassing van de vergelijkbare regels inzake consumentencontracten en de rechtspraak terzake uit de weg wordt gegaan. De verduidelijking van wat onder een misleidende of agressieve marktpraktijk jegens ondernemingen is te verstaan, is evenzeer welkom.³⁸¹

De positieve waardering van het algemeen verbod van kennelijk onevenwichtige bedingen (en van de specificering van oneerlijke marktpraktijken) staat evenwel in schril contrast met onze waardering van de zwarte en vooral de grijze lijst van onrechtmatige bedingen. Vooral ten aanzien van de bedingen die in de grijze lijst zijn opgenomen, is sterk te betwijfelen of eenzelfde gevoel van manifeste onrechtvaardigheid heerst. Dat is in het bijzonder het geval met de vermoede onrechtmatigheid van de clause die een risico dat “normaal” op A ligt, zonder enige tegenprestatie, op B legt, alsook van de clause die op “ongepaste wijze” afwijkt van een “wettelijk recht”. Die twee regels doubleren het algemene verbod van kennelijk onevenwichtige bedingen *de facto* in het kwadraat doordat ze uitgaan van de onrechtmatigheid van die bedingen en zo *de facto* twee bijkomende *catch all* regels zijn, bovenop het *catch all* verbod van bedingen die een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen creëren. Die (weliswaar weerlegbare) vermoedens van de grijze lijst van onrechtmatige bedingen steken wel bijzonder gauw de kop op indien het suppletief of aanvullend recht de toetssteen is voor de beoordeling van die normaliteit of van het bestaan van een wettelijk recht (en dus voor de rechtmatigheid van de betreffende clause), zoals de parlementaire voorbereiding zou kunnen laten uitschijnen. Indien die invulling van die twee vermoedens zou worden gevolgd, zouden het concept en de functie van het suppletief recht en daarmee ook de ondernemings- en contractvrijheid als beginsel en grondrecht compleet worden uitgehold. Aanvullend recht houdt immers precies in dat er op grond van de contractvrijheid kan worden van afgeweken. Bij gebrek aan enige richtsnoer in de parlementaire voorbereiding, is het bovendien koffiedik kijken welke betekenis aan bepaalde verbodsbepalingen toekomt en komt de rechtszekerheid in relaties tussen ondernemingen in het gedrang terwijl dat door een andere redactie had kunnen voorkomen. Nog minder heeft de wetgever afdoende aangetoond dat die regels op redelijk verantwoorde wijze de ondernemings- en contractvrijheid beperken. Als oplossing zou er natuurlijk ook kunnen vanuit worden gegaan dat elke clause deel uitmaakt van een groter contractueel geheel (dat is overigens geen vermoeden, maar een werkelijkheid), zodat het vermoeden van onrechtmatigheid van een clause die zonder tegenprestatie een risico elders legt dan wat “normaal” gebeurt, nauwelijks betekenis toekomt, maar dat lijkt dan weer niet geheel te stroken met de bedoeling van de wetgever. Indien de grijze lijst verder ook zou impliceren (zoals sommigen suggereren) dat een overeenkomst van bepaalde duur met een redelijke opzegtermijn moet kunnen worden opgezegd vooraleer de overeengekomen duur is afgelopen, dan is een redelijke verantwoording voor deze beperking van de ondernemings- en contractvrijheid zoek. Beleidsmatig zou de regel ook een enorme (negatieve) impact hebben op de economische waarde(ring) van contracten van bepaalde duur waarvan ondernemingen tot nog toe uitgingen.

Los daarvan, is ook nog af te wachten welke impact het nieuwe verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid in de praktijk zal hebben. Zoals gezegd, zijn de verwachtingen minder hoog gespannen omdat een minstens potentiële impact op de

³⁸¹ Zij het dat de gebruikte bewoordingen wel soms voor kritiek vatbaar zijn (zie *supra*).

mededinging op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel ervan moet worden aangetoond.

Verder impliceert het open karakter van vele van de nieuwe normen een grote rechterlijke beoordelingsvrijheid ten aanzien van de afdwingbaarheid van ondernemingscontracten, ongeacht de grootte van de contracterende ondernemingen en ongeacht of de contracten het voorwerp zijn geweest van onderhandelingen. Wie verwacht dat er in de parlementaire voorbereiding bij de vele open normen en begrippen voldoende verduidelijking, richtsnoeren of voorbeelden is te vinden, komt bedrogen uit. Zowel van de bepalingen uit de zwarte of grijze lijst als van het misbruik van een positie van economische afhankelijkheid worden ofwel geen voorbeelden gegeven, ofwel onbeduidende voorbeelden (afstand van verhaal), ofwel voorbeelden die een jurist perplex achterover laat vallen, zoals de opvatting dat een arbitragebeding – zonder enige nuance – onrechtmatig zou zijn zonder zelfs de mogelijkheid om het tegenbewijs te kunnen leveren, terwijl diezelfde wetgever in het Gerechtelijk Wetboek een gans kader heeft uitgetekend om onder meer arbitrage in België aan te moedigen. Nochtans moet het initiatief van de b2b-wet toch zijn uitgegaan van een aantal concrete te bestrijden mistoestanden, maar verder dan zeggen dat landbouwers, franchisenemers en garagehouders meer bescherming nodig hebben, komt het niet. Een normaal zorgvuldige redacteur van een dergelijke wet moet toch meer concrete voorbeelden aangeven van clausules die onrechtmatig zouden moeten zijn en van situaties waarin een onderneming misbruik maakt van een positie van economische afhankelijkheid. Bij dergelijke wetten wordt doorgaans een studie vooraf opgemaakt, waarvan de resultaten vervolgens bij de redactie van de toelichting worden aangewend ter verantwoording van een wettelijke ingreep. Bij een dergelijke fundamentele wet zou bovendien toch minstens een advies van de Raad van State mogen worden verwacht, maar ook die kritische stem werd gedoofd. Ook in het parlement werd het debat bijzonder beperkt gehouden, zo blijkt uit het niet zo lijvige verslag van de parlementaire discussies in de bevoegde commissie. Daardoor hebben ondernemingen (en hun adviseurs) er het raden naar wat die wet aan concrete gevolgen zal hebben, wat meteen zal betekenen dat het nog decennia zal duren vooraleer enige lijn zal worden getrokken, tenzij de wet strijdig wordt bevonden met de essentiële waarborgen van een rechtsstaat. De rechtsleer zou de rechtsonzekerheid enigszins kunnen indijken door verder rechtsvergelijkend onderzoek naar de concrete toepassingen in buitenlandse rechtspraak (voor zover de buitenlandse normen dan nog voldoende vergelijkbaar zijn met de nieuwe Belgische normen van de b2b-wet) en door empirisch onderzoek naar wat is te verstaan onder begrippen als “normale” risicoverdelingen en “ongepaste” beperkingen van wettelijke rechten, in het algemeen of voor bepaalde activiteiten of sectoren.