

RECHTSLEER

DOCTRINE

MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGLERDE SECTOREN / DROIT DE LA CONCURRENCE ET
SECTEURS RÉGULÉS

Interdiction des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales: vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B?

Chloé Binet¹

Introduction	839
I. Les raisons ayant mené à l'adoption de la loi	840
A. <i>Limites des règles de concurrence</i>	840
B. <i>Limites des autres règles</i>	841
II. Actions entreprises au niveau d'autres Etats membres: les exemples de la France et de l'Allemagne	842
A. <i>France</i>	843
B. <i>Allemagne</i>	844
III. La nouvelle législation belge	845
A. <i>Pratiques restrictives de concurrence: interdiction des abus de dépendance économique</i>	846
1. <i>Les pratiques interdites</i>	846
2. <i>Actions et sanctions possibles</i>	847
– Actions et sanctions devant l'ABC	847
– Actions et sanctions devant les tribunaux	848
B. <i>Clauses abusives (B2B)</i>	848
1. <i>Pratiques interdites</i>	848
2. <i>Actions et sanctions possibles</i>	850
C. <i>Pratiques de marché déloyales</i>	850
1. <i>Pratiques interdites</i>	850
2. <i>Actions et sanctions possibles</i>	851
IV. La mise en œuvre et les défis de la nouvelle législation	851
A. <i>Abus de dépendance économique: les obstacles (surmontables) à une mise en œuvre effective</i>	852
– Preuve de la situation de dépendance économique	852
– Preuve de l'abus	853
– Affectation de la concurrence	854
B. <i>Clauses abusives et pratiques déloyales: un arsenal législatif sans doute plus effectif mais moins dissuasif</i>	856
C. <i>Articulation avec les textes européens</i>	858
Conclusion	859

RÉSUMÉ

Les relations commerciales entre entreprises peuvent donner lieu à des pratiques abusives ou déloyales qui résultent d'un déséquilibre dans le rapport de force entre les parties. Suivant le pas d'autres Etats membres, le législateur belge est intervenu afin de remédier à des pratiques jugées préjudiciables, tant aux entreprises qui en sont victimes que, dans

¹ Docteur en sciences juridiques, Avocat au barreau de Bruxelles.

certain cas, à une concurrence libre et effective. La loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, adoptée par la Chambre le 4 avril 2019, contient deux volets. Le premier enrichit les règles de concurrence en érigeant les abus de dépendance économique en infractions de la concurrence. Le second introduit une interdiction des clauses abusives dans les relations entre entreprises et renforce les règles relatives aux pratiques déloyales afin de donner aux opérateurs économiques davantage de moyens pour se protéger dans leurs relations commerciales. Bien que cette initiative du législateur était attendue et souhaitable, sa mise en œuvre ne sera pas dépourvue d'obstacles dans la mesure où, notamment, les conditions d'application de ces nouvelles règles pourraient s'avérer difficiles à établir et/ou certains opérateurs économiques pourraient renoncer à agir contre les pratiques visées par crainte de représailles. Sans une intervention énergique des autorités compétentes, la loi risque de rester lettre morte.

SAMENVATTING

Handelsbetrekkingen tussen ondernemingen kunnen aanleiding geven tot onrechtmatige of oneerlijke praktijken als gevolg van een onevenwicht in de onderhandelingsmacht tussen de partijen. Zoals enkele andere lidstaten is de Belgische wetgever opgetreden om dit onevenwicht enigszins te verhelpen en de meest schadelijke praktijken te verbieden. Dat is in ieder geval het opzet van de wet houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen. Deze wet door de Kamer aangenomen op 4 april 2019 bestaat uit twee delen. Het eerste deel breidt de mededingingsregels uit tot (het nieuwe begrip van) misbruiken van economische afhankelijkheid. Het tweede deel introduceert een verbod op onrechtmatige bedingen in relaties tussen ondernemingen en versterkt de regels inzake oneerlijke praktijken om markdeelnemers meer middelen te geven om zichzelf te beschermen in hun handelsbetrekkingen. Hoewel dit initiatief van de wetgever verwacht en wenselijk was, zal de uitvoering ervan niet eenvoudig zijn aangezien de toepassingsvoorwaarden van deze nieuwe regels relatief moeilijk te bewijzen zullen zijn. Bovendien zullen veel ondernemingen niet durven opkomen tegen de verboden praktijken, uit angst voor represailles. Zonder een efficiënte tussenkomst van de bevoegde overheid dreigt de wet een slag in het water te worden.

INTRODUCTION

1. La question des relations entre entreprises (relations B2B), et en particulier du déséquilibre qui peut exister dans le cadre de ces relations conduisant parfois à des pratiques abusives ou déloyales, a souvent mené à un constat fataliste. Aucune voie légale ne semblait en effet permettre d'agir efficacement contre de telles pratiques pourtant préjudiciables, tant aux parties qui en sont victimes, que potentiellement à la concurrence qui doit rester libre et effective. Le secteur de la grande distribution illustre bien cette problématique dans la mesure où les grands distributeurs sont généralement en position de force, leur permettant d'exercer une pression significative sur la plupart de leurs fournisseurs qui, étant économiquement dépendants de ces clients, se retrouvent forcés d'accepter des conditions auxquelles ils ne se seraient jamais soumis si le rapport de force avait été plus équilibré.

2. A défaut de réponse donnée au niveau européen, plusieurs Etats membres avaient déjà pris l'initiative de réglementer dans une certaine mesure les relations B2B dans leur droit national. La Belgique a suivi récemment le pas en adoptant une loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre

entreprises (ci-après la « loi »)². Cette loi contient deux volets distincts. L'un est dédié aux pratiques restrictives de concurrence et vise à protéger une concurrence effective sur les marchés en érigeant les abus de dépendance économique en infractions de la concurrence. L'autre vise à protéger davantage les opérateurs économiques en interdisant les clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises, d'une part, et en précisant et étoffant les dispositions relatives aux pratiques déloyales dans les relations B2B, d'autre part.

3. Avant d'examiner en détail les dispositions prévues dans le cadre de ces deux volets, on reviendra d'abord sur les raisons qui ont conduit à l'adoption de la loi ainsi que sur la législation de deux Etats membres dont s'est inspiré le législateur belge. Seront ensuite décrites les pratiques interdites par la loi ainsi que les actions et les sanctions qu'il sera possible de mettre en œuvre à l'encontre des auteurs de telles pratiques. Nous proposerons enfin une analyse critique des difficultés qui pourraient se présenter dans le cadre de la mise en œuvre des nouvelles règles et compromettre leur application effective.

² Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises (*M.B.*, 24 mai 2019).

I. LES RAISONS AYANT MENÉ À L'ADOPTION DE LA LOI

4. Les pratiques mises en œuvre par certaines entreprises dans le cadre de leurs relations avec leurs fournisseurs ou leurs clients professionnels peuvent susciter un certain sentiment d'injustice voire poser question quant à leur impact potentiel sur le marché et la concurrence. C'est le cas notamment dans le secteur de la grande distribution alimentaire où les grands distributeurs jouissent généralement d'un pouvoir de marché significatif à l'égard de la plupart de leurs fournisseurs³ et sont dès lors en mesure de leur imposer des conditions qu'ils n'auraient pu obtenir dans le cadre d'une relation commerciale plus équilibrée⁴.

5. Ce pouvoir de marché vertical, en ce sens qu'il est exercé dans le cadre d'une relation verticale, ou, plus précisément, cette puissance d'achat lorsqu'il s'agit du pouvoir exercé par un acheteur à l'égard de ses fournisseurs, pouvait jusqu'à présent être exploité relativement librement malgré les effets négatifs qu'il est susceptible d'engendrer tant sur la partie « faible » de la relation en cause que, dans certains cas, sur la libre concurrence. Il apparaît en effet que ni les règles de concurrence ni les autres règles prévues dans le Code de droit économique (CDE) ne sont libellées ou interprétées de manière appropriée pour répondre à la problématique du déséquilibre dans les relations entre entreprises et remédier aux effets néfastes qui peuvent en découler.

A. Limites des règles de concurrence

6. En matière de concurrence, les pratiques unilatérales des entreprises sont examinées dans le cadre de l'article IV.2 CDE et, le cas échéant, de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) si la pratique en cause est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Ces dispositions interdisent l'exploitation abusive d'une position dominante.

7. Avant l'examen du caractère abusif d'une pratique ou de l'impact que cette pratique pourrait avoir sur la concurrence, ces dispositions requièrent d'établir l'existence d'une position dominante sur le marché pertinent. Cette notion est définie de manière horizontale (ou absolue) en ce qu'elle implique d'établir que l'entreprise en cause est en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents, de ses clients, de ses fournisseurs et, finalement, des consommateurs⁵. Parmi les différents critères pris en considération pour déterminer si une entreprise détient ou non une position dominante sur le marché pertinent, celui relatif à la part de marché, sans être déterminant, revêt néanmoins une importance significative. Ainsi, si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40% du marché en cause, il est peu probable que cette entreprise soit considérée comme se trouvant en position dominante⁶, ce qui suffira pour exclure l'application de l'article IV.2 du CDE.

8. La situation de dépendance économique d'opérateurs à l'égard d'une entreprise n'est donc pas un critère susceptible de justifier l'application des règles de concurrence. Une telle situation de dépendance est plutôt considérée comme étant la conséquence de l'existence d'une position dominante détenue par une entreprise, laquelle aura été appréciée au regard principalement de la part de marché de cette entreprise⁷. Toutefois, il n'est pas exclu que l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique par une entreprise ne se trouvant pas en position dominante, au sens de l'article IV.2 du CDE ou de l'article 102 TFUE, puisse entraîner des effets néfastes sur la concurrence, allant donc au-delà de la relation entre cette entreprise et ses clients ou fournisseurs.

9. Les critères utilisés dans le cadre de la définition d'une position dominante peuvent ainsi se révéler inadéquats pour appréhender certaines pratiques restrictives de concurrence. C'est selon nous en particulier le cas lorsque les pratiques

³ Cette position de force des grands distributeurs peut toutefois se trouver amoindrie lorsque les fournisseurs détiennent des marques incontournables (*must-carry brands*) que tout distributeur se doit de proposer dans les rayons de ses magasins. Dans un tel cas en effet, le distributeur en question sera davantage en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché des distributeurs.

⁴ Voy. C. NICHOLSON et B. YOUNG, « The relationship between supermarkets and suppliers: What are the implications for consumers? », Technical Report, Consumers International, *Europe Economics*, July 2012; voy. égal. P.W. DOBSON, *Retailer buyer power in European markets: lessons from grocery supply*, Occasional Paper, 2002:1, Loughborough University.

⁵ Voy. Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.*, C. 45, 24 février 2009, p. 7, pt. 10.

⁶ *Ibid.*, pt. 14.

⁷ Il y a lieu de souligner que, dans l'affaire *ABG / Oil*, s'agissant de l'art. 102 TFUE, la Commission a exceptionnellement conclu à l'existence d'une position dominante détenue par BP en raison de la situation de dépendance de ses clients, malgré que la part de marché de cette entreprise n'était que de 26%. Cette conclusion s'explique toutefois par des circonstances exceptionnelles liées à la crise pétrolière au début des années 70 et à la pénurie de pétrole qui s'en est suivie qui a mis les clients dans une situation de forte dépendance économique vis-à-vis des compagnies pétrolières. Voy. Déc. de la Commission du 19 avril 1977, *ABG / Oil companies operating in the Netherlands*, affaire N° IV/28.841. La question de la situation de dépendance économique de certains partenaires commerciaux a également eu une importance particulière dans l'affaire *British Airways* où il a été considéré que la position dominante de cette compagnie aérienne résultait de sa position de force sur le marché pertinent mais également de la situation de dépendance économique des agences de voyage à l'égard de cette entreprise qui constituait un partenaire commercial indispensable. Il y a lieu toutefois de relever que, bien que cette notion de dépendance économique ait été prise en compte dans cette affaire, la part de marché de British Airways restait néanmoins non négligeable sur le marché pertinent (39,70%). Voy. arrêt du 17 décembre 2003, T-219/99, *British Airways / Commission*, EU:T:2003:343, pts. 215-217.

prises en œuvre sont l'expression d'une puissance d'achat exercée par une entreprise à l'égard de ses fournisseurs⁸. Si l'on prend l'exemple de la grande distribution, il peut être constaté que, bien qu'aucun des plus grands distributeurs ne dispose d'une part de marché de 40%, ceux-ci sont néanmoins susceptibles d'exercer un pouvoir considérable à l'égard de certains de leurs fournisseurs⁹. Ce pouvoir résulte principalement du fait que les grandes chaînes de distribution sont des partenaires commerciaux indispensables pour accéder aux consommateurs et joue ainsi un rôle de *gatekeeper*. Il est par conséquent essentiel pour un fournisseur de s'assurer une place dans les rayons de ces distributeurs pour vendre ses produits dès lors qu'il ne saurait trouver d'alternatives équivalentes. Ces distributeurs représentent par ailleurs souvent une part significative dans le chiffre d'affaires de leurs fournisseurs de sorte que, pour ces derniers, la perte d'un tel client pourrait compromettre leur viabilité économique (« *risk rate* » ou « *threat rate* »¹⁰).

10. C'est donc la dépendance économique des fournisseurs à l'égard des grands distributeurs¹¹ qui confère à ces derniers un pouvoir de marché considérable leur permettant d'imposer leurs termes et conditions et pouvant mener à des restrictions de concurrence. En effet, outre l'impact direct que l'exploitation abusive d'une puissance d'achat engendre sur les fournisseurs qui en sont victimes, il n'est pas exclu que certaines pratiques mises en œuvre par les grands distributeurs puissent avoir un impact plus global et affecter le fonctionnement d'une concurrence libre et effective. Sans entrer dans les détails de ces pratiques¹², on peut mentionner à titre d'exemple les conditions d'exclusivité qui peuvent être imposées à un fournisseur sous la menace d'une rupture des relations commerciales, les clauses du client le plus favorisé qui imposent à un fournisseur d'octroyer automatiquement à un distributeur les tarifs et conditions plus avantageux qui seraient offerts à d'autres distributeurs concurrents ou encore l'exigence de fournir certaines informations relatives à un produit qui pourraient être utilisées par un distributeur afin de favoriser la commercialisation de ses propres marques (marques de distributeur ou « *private label* »).

Or, à défaut de position dominante, les distributeurs et leurs pratiques échappent à l'application des règles de concurrence.

B. Limites des autres règles

11. À côté des règles relatives aux restrictions de concurrence, qui, comme exposé ci-dessus, ne sont pas définies pour appréhender une situation de dépendance économique et requièrent par ailleurs d'établir un impact sur la concurrence pour être applicables, le CDE prévoit également des dispositions relatives aux pratiques déloyales. Ainsi, en vertu des articles VI.92 à VI.103, qui transposent en droit belge les dispositions d'une directive européenne¹³, sont considérées comme déloyales et, par conséquent, sont interdites les pratiques commerciales trompeuses ou agressives à l'égard des consommateurs. Par ailleurs, les articles VI.104 à VI.108 interdisent un certain nombre de pratiques de marché déloyales à l'égard de personnes autres que les consommateurs. Bien que ces dispositions n'exigent pas d'établir l'existence d'une position dominante dans le chef de l'entreprise à l'origine d'une pratique déloyale, elles se révèlent toutefois inadéquates pour protéger les opérateurs contre les abus de dépendance économique dans les relations B2B.

12. En effet, d'une part, comme leur nom l'indique, les dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs visent à protéger les intérêts économiques des *consommateurs* contre certaines pratiques des entreprises à leur égard. Bien que l'application de ces dispositions puisse indirectement conduire à protéger les intérêts économiques des entreprises concurrentes, en ce qu'elles permettent d'assurer que l'ensemble des entreprises suivent les mêmes règles du jeu, elles ne sont toutefois pas destinées à protéger les clients professionnels ou les fournisseurs contre les pratiques déloyales d'une entreprise. Seules sont en effet visées les pratiques déloyales qui sont susceptibles de porter atteinte aux consommateurs en influençant leurs décisions commerciales à l'égard de produits¹⁴.

⁸. Sur la question particulière de la puissance d'achat, voy.: P.C. CARSTENSEN, *Competition policy and the control of buyer power*, Edward Elgar Publishing Limited, 2017.

⁹. En Belgique, dans le secteur alimentaire, les quatre plus grands distributeurs, à savoir Colruyt, Delhaize, Carrefour et Aldi, ont ensemble une part de marché de près de 80% mais aucun ne dispose d'une part de marché individuelle excédant 30%.

¹⁰. Le « *risk/threat rate* » (ou « *seuil de menace* ») constitue la part représentée par un client dans le chiffre d'affaires d'un fournisseur au-delà de laquelle l'existence du fournisseur serait menacée s'il venait à perdre un tel client. Voy. P. KELLEZI, « Abuse below the threshold of dominance? market power, market dominance, and abuse of economic dependence », *Abuse of dominant position: New interpretation, new enforcement mechanisms?*, Springer, 2008, p. 70.

¹¹. Cette dépendance économique n'est généralement pas réciproque dans la mesure où la perte d'un fournisseur, même d'une marque considérée comme incontournable (« *must-have brand* »), n'aura qu'un effet limité en termes de perte de chiffre d'affaires pour un grand distributeur.

¹². Sur les pratiques dans la grande distribution susceptibles d'affecter la concurrence, voy. not. R. Inderst et N. MAZZAROTTO, « Buyer power in distribution », *Issues in Competition Law and Policy*, American Bar Association Antitrust Section Handbook, 2008, disponible à www.personal.lse.ac.uk/inderst/buyerpower_in_distribution_chapter.pdf.

¹³. Directive n° 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive n° 84/450/CEE du Conseil et les directives n° 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (*J.O.*, L. 149, 11 juin 2005, p. 22).

¹⁴. Voy. considérants 7 et 8 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

13. D'autre part, les dispositions relatives aux pratiques déloyales à l'égard de personnes autres que les consommateurs se limitent à interdire certaines pratiques en matière de publicité et de prospection. Par ailleurs, s'agissant de la norme générale de loyauté prévue à l'article VI.104, selon laquelle « *est interdit tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de de plusieurs autres entreprises* », bien que susceptible de couvrir une grande diversité de pratiques déloyales, cette norme est principalement appliquée dans le cadre de pratiques entre entreprises se trouvant en situation de concurrence¹⁵. Parmi les pratiques identifiées comme étant déloyales par la jurisprudence, on retrouve notamment le parasitisme¹⁶, qui couvre les actes par lesquels une entreprise tire indûment profit des efforts fournis par une autre entreprise; l'atteinte à la dénomination d'une autre entreprise ou d'un produit d'une autre entreprise par l'usage d'un nom commercial ou d'un signe distinctif créant un risque de confusion

pour le consommateur¹⁷; le dénigrement¹⁸; ou encore le démarchage de personnel d'une autre entreprise dans la mesure où, par exemple, il crée une confusion, déstabilise une entreprise concurrente ou a pour effet une appropriation illégitime de secrets de fabrication ou de commerce¹⁹.

14. Il s'avère ainsi que l'interprétation jurisprudentielle donnée à la notion de loyauté prévue à l'article VI.104 CDE, tout en n'excluant pas l'application de cette notion à des situations où les parties en cause se trouvent dans une relation verticale à des niveaux différents de la chaîne de production ou de distribution, tend plutôt à assurer une protection des entreprises concurrentes contre certaines pratiques jugées déloyales. L'interdiction des pratiques déloyales telle que prévue dans le CDE ne permet donc pas de remédier efficacement aux abus que peut commettre une entreprise en état de domination économique à l'égard de ses partenaires commerciaux.

II. ACTIONS ENTREPRISES AU NIVEAU D'AUTRES ETATS MEMBRES: LES EXEMPLES DE LA FRANCE ET DE L'ALLEMAGNE

15. A défaut d'une action entreprise au niveau de l'Union européenne pour remédier aux abus de dépendance économique, que ce soit dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence ou des pratiques déloyales entre entreprises, différents Etats membres ont pris l'initiative d'adopter des mesures au niveau national afin de répondre aux préoccupations soulevées à cet égard²⁰. Les réponses ainsi données par les autorités nationales ont pris des formes diverses. Certaines ont été adoptées dans le cadre du droit de la concurrence et visent à faciliter l'établissement d'une position dominante, comme par exemple en Autriche ou en Lituanie où une présomption a été introduite selon laquelle une entreprise est présumée être en position dominante si elle détient une part de marché de 30%²¹. D'autres ont pris une forme relativement plus souple, comme par exemple au Royaume-Uni où un code de bonne conduite a été adopté dans le secteur de la grande distribution alimentaire afin de soumettre

les plus grands distributeurs à certaines règles dans le cadre de leurs relations avec leurs fournisseurs et de donner la compétence à une autorité indépendante de sanctionner le non-respect de ces règles²².

16. Le législateur belge a préféré suivre l'exemple d'autres Etats membres dans l'élaboration de la nouvelle loi en optant pour l'introduction de la notion de dépendance économique dans les règles relatives aux restrictions de concurrence et en complétant ces règles par de nouvelles dispositions relatives aux pratiques de marché déloyales. Ce faisant, le législateur belge a adopté un modèle inspiré notamment des législations française et allemande, lesquelles méritent dès lors d'être examinées brièvement, en ce qu'elles pourraient fournir des éléments utiles aux fins de l'interprétation et la future mise en œuvre de la nouvelle loi²³.

15. Voy. proposition de loi modifiant le Code de droit économique, visant à mieux protéger les PME et les petits producteurs dans le cadre des relations interentreprises et à mieux lutter contre certaines pratiques déloyales et certains abus de dépendance économique, *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2885/001, p. 6 et J. LIGOT, F. VANBOSSELE et O. BATTARD, *Les pratiques loyales*, Larcier, 2012.

16. Cass., 29 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 359, p. 1374.

17. Anvers, 6 mai 1991, *Ing.-Cons.*, 1991, p. 313; Liège, 13 janvier 2015, 2014/RG/1313, *inédit*.

18. Bruxelles, 20 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 226; Anvers, 8 février 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 492.

19. Anvers, 30 mai 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 480.

20. Il y a lieu de souligner que le droit de l'Union autorise les Etats membres à adopter et à mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise, telle qu'une réglementation interdisant les abus de dépendance économique. Voy. règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (*J.O.*, L. 1, 4 janvier 2003, p. 1, art. 3, 2.).

21. S'agissant de la Lituanie, cette présomption n'est applicable que dans le secteur de la distribution. Voy. B. SUFRIN, « The notion of dominance in competition law: An overview of EU and national case law », *e-Competitions*, 22 February 2012, N° 43209.

22. Voy. *Groceries Supply Code of Practice*, disponible à : www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supply-code-of-practice.

23. D'autres Etats membres ont également opté pour l'introduction d'une interdiction des abus de dépendance économique dans le cadre des règles de concurrence, à savoir l'Autriche, Chypre, l'Espagne, la Hongrie, l'Italie, le Portugal et la Roumanie.

A. France

17. En 1986, le législateur a élargi l'interdiction d'abus afin que celle-ci recouvre non seulement les abus de position dominante (art. L420-2, par. 1, du Code de commerce) mais également les abus de dépendance économique (art. L420-2, par. 2, du Code de commerce). Cette dernière disposition prévoit ainsi que « *est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* ».

18. L'objectif du législateur français était clairement de lutter contre les pratiques abusives couramment mises en œuvre par les grandes chaînes de distribution alimentaire dans le cadre de leurs relations avec les fournisseurs. Il s'avère toutefois que, dans la pratique, l'interdiction des abus de dépendance économique ne permet pas d'atteindre cet objectif. L'interprétation qui a été faite par la jurisprudence de l'article L420-2, paragraphe 2, du Code de commerce a en effet conduit à rendre sa mise en œuvre extrêmement difficile, notamment lorsqu'il s'agit d'appréhender les pratiques des grands distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs.

19. D'une part, les conditions définies dans la jurisprudence pour établir l'existence d'une situation de dépendance économique sont très strictes. Quatre critères doivent être pris en compte qui, dans le cas d'une analyse de la situation d'un fournisseur par rapport à un client distributeur, sont les suivants: la notoriété du distributeur en cause; l'importance de la part de marché de ce distributeur; l'importance de la part que ce distributeur représente dans le chiffre d'affaires du fournisseur concerné; et la difficulté pour ce fournisseur de trouver des alternatives équivalentes pour vendre ses produits²⁴. C'est souvent cette dernière condition, interprétée de manière très stricte, qui est considérée comme faisant défaut et conduit l'Autorité de la concurrence à conclure à l'absence d'une situation de dépendance économique²⁵.

20. D'autre part, la condition relative à l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence, forcément applicable dès lors que l'article L420-2 constitue une disposition relative au droit de la concurrence, est également interprétée de manière stricte, limitant davantage la mise en œuvre de l'interdiction des abus de dépendance économique. Il y a lieu de souligner que cette condition a déjà mené le législateur français à intervenir afin d'assouplir quelque peu son application. Ainsi, en 2001, le terme « *susceptible* » a été introduit afin de permettre de sanctionner les abus de dépendance économique qui entraînent une affection *potentielle* et non nécessairement réelle de la concurrence²⁶. Toutefois, malgré cette modification, la condition relative à l'affectation de la concurrence constitue encore un obstacle à l'application effective de l'article L420-2, paragraphe 2, du Code de commerce, notamment en raison de l'absence de prise en compte des effets que peuvent avoir certaines pratiques à plus long terme²⁷.

21. Bien qu'introduites spécifiquement pour remédier à certaines pratiques mises en œuvre dans les relations B2B, les dispositions relatives à l'abus de dépendance économique peinent donc à atteindre leur objectif en France. L'absence de mise en œuvre effective de ces dispositions conduisent par conséquent les entreprises à se tourner davantage vers d'autres dispositions du Code de commerce aux fins de faire cesser certaines pratiques, à savoir celles relatives aux pratiques déloyales entre entreprises. Ces dispositions sont prévues aux articles L442-1 et s. du Code de commerce et visent, non pas à protéger la concurrence, mais à restaurer un certain équilibre dans les relations entre entreprises. Elles ne requièrent dès lors pas d'établir une affectation (potentielle) de la concurrence, ni même l'existence d'une situation de dépendance économique, ce qui facilite considérablement leur mise en œuvre.

22. Est notamment considérée comme constituant une pratique déloyale, le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie; le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des

²⁴. Voy. Cass., 12 octobre 1993, 91-17.983; Cass., 10 décembre, n° 94-16192; Cass., 3 mars 2004, n° 02-14529.

²⁵. Voy., not., Déc. de l'Autorité française de la concurrence n° 93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora; Déc. de l'Autorité française de la concurrence n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra. Voy. égal. L. BOY, « Abus de dépendance économique: reculer pour mieux sauter? », *Lamy Concurrence*, 2010, n° 93, p. 93.

²⁶. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques.

²⁷. Il y a lieu de préciser qu'une proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale et qui se trouve actuellement en attente au Sénat, vise précisément à introduire une analyse plus prospective dans l'examen des abus de dépendance économique en permettant l'application de l'art. L420-2, paragraphe 2, du Code de commerce lorsque la pratique en cause est susceptible d'affecter la concurrence *à court ou moyen terme*. Cette proposition de loi vise également à assouplir la définition de la situation de dépendance économique. Suivant les recommandations de l'Autorité française de la concurrence, le texte limite la caractérisation d'une situation de dépendance économique à deux critères: la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité; le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement aux dites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre *dans un délai raisonnable*. Par cette deuxième condition, le législateur entend tenir compte de la situation réelle des fournisseurs pour qui la recherche d'alternatives peut certes être possible mais parfois extrêmement difficile. Voy. proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique, n° 207.

parties; ou encore le fait de rompre brutalement une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale (art. L442-1²⁸). Il est également prévu que certaines clauses ou contrats doivent être considérés comme nuls. C'est le cas notamment de clauses permettant à une partie de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ou de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (art. L442-3²⁹).

23. Par ailleurs, le législateur français est allé encore plus loin dans sa lutte contre les pratiques déloyales dans le secteur agricole et alimentaire en adoptant la loi dite « *Egalim* »³⁰. Sans entrer dans les détails de cette loi, celle-ci vise notamment à lutter contre les prix abusivement bas imposés par les distributeurs aux fournisseurs de produits agricoles et de denrées alimentaires.

24. S'agissant de l'application de ces dispositions relatives aux pratiques déloyales, le Code de commerce prévoit que toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction civile ou commerciale compétente d'ordonner la cessation des pratiques en cause ainsi que la réparation du préjudice subi. Par ailleurs, une action peut également être introduite par le ministère public, le ministre chargé de l'économie ainsi que par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique déloyale. L'article L442-4³¹, paragraphe 3, prévoit que le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques déloyales en cause, de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, de demander la restitution des avantages indûment obtenus mais également, et il y a lieu de le souligner, de demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut toutefois excéder le plus élevé des 3 montants suivants: cinq millions d'euros; le triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus; ou 5% du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur desdites pratiques.

25. Le fait d'ouvrir l'action en cessation à des entités tierces indépendantes (notamment au ministre de l'Economie) constituent probablement un aspect essentiel dans la législation française sur les pratiques déloyales en ce que cette possibilité permet de remédier, du moins en partie, au *fear factor*. Ce facteur « peur » est en effet un élément récurrent dans les relations entre entreprises qui conduit les opérateurs vic-

times de pratiques déloyales à ne pas recourir aux instruments légaux mis à leur disposition de peur des représailles de leur cocontractant. Il va de soi que si le cocontractant en question est l'un des plus gros clients ou un fournisseur indispensable de l'opérateur qui est victime de pratiques déloyales, ce dernier, même s'il a conscience d'être soumis à des pratiques prohibées en vertu du Code de commerce, renoncera bien souvent à faire valoir ses droits en justice de peur de perdre ce partenaire commercial. Par ailleurs, la faculté offerte au ministre chargé de l'économie et au ministère public de demander le prononcé d'une amende est également susceptible de dissuader davantage les entreprises à exploiter abusivement le pouvoir qu'elles détiennent à l'égard de leurs cocontractants.

B. Allemagne

26. L'Allemagne a également élargi – et a d'ailleurs été le premier Etat membre à le faire – l'interdiction des pratiques abusives restrictives de concurrence aux abus de dépendance économique. L'article 20 de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) interdit à une entreprise d'abuser de son pouvoir de marché supérieur (ou relatif) à l'égard de petites ou moyennes entreprises qui, en tant que fournisseurs ou acheteurs de certains biens ou services commerciaux, sont dépendantes de cette entreprise de sorte qu'elles ne disposent pas de possibilités suffisantes et raisonnables de se tourner vers d'autres entreprises. Cette disposition prévoit par ailleurs une présomption, applicable uniquement lorsque le pouvoir de marché est entre les mains d'un acheteur (puissance d'achat), en vertu de laquelle un fournisseur est présumé dépendre d'un acheteur si ce fournisseur octroie régulièrement à l'acheteur en question, en sus des ristournes d'usage dans le commerce, des avantages spéciaux qui ne sont pas octroyés aux autres acheteurs similaires.

27. Le critère principal pris en compte dans la législation allemande pour évaluer une situation de dépendance économique a donc trait à l'absence d'alternatives suffisantes et raisonnables pour l'entreprise victime de pratiques abusives. Bien que l'article 20 de la loi allemande contre les restrictions de concurrence n'ait pas été souvent appliqué par l'autorité nationale de la concurrence, une affaire relativement récente dans le secteur de la grande distribution alimentaire, l'affaire *Edeka*, laisse toutefois penser que cette disposition pourrait à l'avenir jouer un rôle plus important dans la politique allemande de la concurrence, à travers une interprétation plus réaliste et souple de la notion de dépendance et d'affectation de concurrence.

²⁸ L'art. L442-1 a été introduit par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Il correspond toutefois en substance aux dispositions prévues à l'ancien art. L442-, I, 1°, 2° et 5°, du Code de commerce.

²⁹ Cette disposition correspond, en substance, à l'ancien art. L442-6, I, 13°, du Code de commerce.

³⁰ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

³¹ Cette disposition correspond, en substance, à l'ancien art. L442-6, III, du Code de commerce.

28. L'affaire *Edeka* mérite d'être brièvement abordée dans la mesure où, bien que similaire à d'autres affaires traitées par l'autorité française de la concurrence dans le secteur de la grande distribution alimentaire, elle a fait l'objet d'une analyse concurrentielle bien différente de la part des autorités allemandes.

29. Les faits de l'affaire sont les suivants. A la suite du rachat d'un distributeur concurrent par la chaîne de supermarché Edeka, cette dernière avait exigé de ses fournisseurs l'octroi de nouvelles conditions ainsi qu'un certain nombre de paiements, communément appelés « *wedding gifts* » dans le secteur. Ces exigences avaient par ailleurs été formulées sous une menace de déréfècement, laquelle avait, dans certains cas, été mise en exécution de sorte que les produits des fournisseurs concernés avaient été supprimés des rayons de l'ensemble des magasins Edeka.

30. S'étant saisie de l'affaire, l'Autorité allemande de la concurrence a considéré que les fournisseurs d'Edeka étaient en situation de dépendance à l'égard de cette dernière et que les pratiques en cause étaient abusives dans la mesure où les paiements et conditions préférentielles exigés avaient un effet rétroactif et ne faisaient l'objet d'aucune compensation ou contrepartie pour les fournisseurs. S'agissant de l'impact sur la concurrence, l'Autorité de la concurrence a estimé que ces pratiques n'avaient pas seulement un effet négatif sur les fournisseurs mais également sur le marché concerné dès lors qu'elles permettaient à Edeka d'augmenter davantage son pouvoir de marché au détriment des plus petits distributeurs. Par ailleurs, il a été considéré que la concurrence se trouvait également affectée dès lors que les pratiques en cause étaient de nature à dissuader les distributeurs d'offrir des conditions préférentielles à des plus petits distributeurs sachant que, en cas d'une éventuelle concentration, ils seraient forcés d'élar-

gir l'octroi de ces conditions à l'ensemble des parties à cette opération de concentration³².

31. Annulée dans un premier temps par la cour d'appel de Dusseldorf³³ – qui a considéré que les pratiques en cause étaient le résultat de négociations et non d'un abus de la part d'Edeka et que le pouvoir de cette dernière était contrebalancé par celui des fournisseurs – la décision de l'Autorité allemande de la concurrence a été par la suite confirmée par la Cour suprême fédérale³⁴. Cette dernière a considéré que les fournisseurs étaient effectivement dépendants d'Edeka au vu de la part importante que représentait ce distributeur dans leur chiffre d'affaires et de l'absence d'alternatives. La Cour a notamment souligné l'existence d'une asymétrie dans le pouvoir détenu par les parties en cause dès lors que, en cas de rupture commerciale, les fournisseurs perdraient entre 10 et 40% de leur chiffre d'affaires tandis que les pertes en termes de ventes pour Edeka seraient minimales. S'agissant ensuite des pratiques en cause, la Cour a estimé que l'exigence d'un avantage sans qu'une compensation proportionnée et objectivement perceptible ne soit accordée à l'autre partie peut être considérée comme une pratique abusive.

32. Si l'affaire *Edeka* peut être perçue aujourd'hui comme un cas relativement isolé dans la pratique allemande relative aux abus de dépendance économique, elle ouvre néanmoins la perspective d'un recours plus récurrent à cette notion de dépendance en vue de faire cesser des pratiques susceptibles d'affecter la concurrence. Par ailleurs, l'approche prospective adoptée par les autorités allemandes dans leur analyse de l'affectation potentielle de la concurrence nous paraît constituer une approche adéquate dont les autorités belges pourraient s'inspirer lors de l'application des nouvelles dispositions en matière de concurrence.

III. LA NOUVELLE LÉGISLATION BELGE

33. Le législateur belge a donc suivi l'exemple d'autres Etats membres et a adopté une loi, ouvertement inspirée des législations française et allemande, afin de remédier aux déséquilibres qui peuvent exister dans les relations entre entreprises lorsque ceux-ci conduisent à des pratiques abusives.

34. Le premier texte visant à modifier le CDE, déposé en novembre 2015³⁵, affichait l'objectif d'améliorer la position de négociation des petits commerçants face aux grandes

entreprises en interdisant l'abus d'une position dominante relative et en conférant à l'autorité de la concurrence le soin de veiller au respect de cette interdiction afin de remédier au *fear factor*. Seul le volet relatif aux règles de concurrence était ainsi initialement prévu dans la proposition de loi.

35. Ce premier texte a ensuite été mis au frigo et semblait être définitivement enterré jusqu'à ce qu'il refasse surface en 2019, quelque peu méconnaissable au vu du nombre considérable d'amendements qui y ont été apportés³⁶. Concrète-

³². Office fédéral de lutte contre les cartels (*Bundeskartellamt*), 3 juillet 2014, n° B 2-58/09.

³³. Dusseldorf, 18 novembre 2015, VI-Kart 6/14 (V).

³⁴. Cour fédérale de justice, 23 janvier 2018, n° KVR 3/17.

³⁵. Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/001.

³⁶. Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003.

ment, ces amendements ont conduit à l'adoption d'un texte qui ne se limite plus à introduire la notion d'abus de dépendance économique dans le Livre IV du CDE relatif aux pratiques restrictives de concurrence mais complète ce volet « concurrence » par un volet relatif aux pratiques de marché, comprenant des dispositions relatives aux clauses abusives et aux pratiques déloyales, insérées dans le Livre VI du CDE³⁷. Étant donné l'objectif des dispositions en matière de concurrence, qui est de protéger le fonctionnement du marché et non de protéger des petites entreprises individuelles, et l'obstacle que peut constituer l'exigence de prouver une atteinte au marché pour rendre ces dispositions applicables, ce second volet paraissait en effet souhaitable aux fins de protéger davantage l'intérêt privé de la partie victime de comportements abusifs, pouvant prendre la forme de clauses contractuelles abusives ou de pratiques de marché déloyales.

36. Seront examinées ci-dessous, pour chaque type de dispositions (pratiques restrictives de concurrence; clauses abusives; pratiques déloyales) les pratiques qui sont interdites ainsi que les actions et les sanctions qui pourront être mises en œuvre aux fins de faire respecter ces interdictions. À noter que ces différentes catégories de dispositions entreront en vigueur de manière différée. Ainsi, les règles relatives aux pratiques déloyales sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2019. Les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence et les règles relatives aux clauses abusives entreront quant à elles en vigueur en 2020, respectivement le 1^{er} juin et le 1^{er} décembre 2020.

A. Pratiques restrictives de concurrence: interdiction des abus de dépendance économique

1. Les pratiques interdites

37. La loi érige l'abus de dépendance économique en pratique restrictive de concurrence, au même titre que les ententes et les abus de position dominante.

38. Le nouvel article IV.2/1 du CDE prévoit ce qui suit³⁸:

« Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position de dépendance économique dans laquelle se trouvent une ou plusieurs entreprises à son ou à leur égard, dès lors que la concurrence est susceptible d'en être affectée sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci.

Peut être considérée comme une pratique abusive:

- 1° *le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction;*
- 2° *l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- 3° *la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs;*
- 4° *le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- 5° *le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

39. À l'instar de l'abus de position dominante, trois conditions doivent ainsi être réunies pour qu'il y ait abus de dépendance économique: l'existence d'une position de dépendance économique; une exploitation abusive de cette position; et une affectation de la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

40. S'agissant de la position de dépendance économique, la loi définit celle-ci comme étant une « position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises caractérisée par l'absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, permettant à celle-ci ou à chacune de celles-ci d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché »³⁹. Bien que présentée comme reposant sur deux critères dans les travaux parlementaires⁴⁰, force est de constater que cette définition ne se fonde en réalité que sur un seul critère, à savoir l'absence d'alternative qui met une entreprise en situation de dépendance par rapport à une autre. En effet, le prétendu second critère, à savoir le fait qu'une entreprise puisse imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient être obtenues dans des circonstances normales de marché, n'est qu'une conséquence de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve l'autre entreprise qui, n'ayant pas d'autre alternative équivalente et disponible à des conditions raisonnables, est forcée d'accepter les prestations ou conditions imposées par son cocontractant.

41. Il s'agit donc bien d'établir l'existence d'un pouvoir de marché relatif, et non absolu, dont jouit une entreprise par

³⁷ Pour plus de précision sur le trajet législatif de la loi, voy. J. LEONARD et E. PIETERS, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence. Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019/1, pp. 9 et 10.

³⁸ Art. 4 de la loi.

³⁹ Art. 2 de la loi, complétant par le 4° l'art. I.6 CDE.

⁴⁰ Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003, p. 3.

rapport à une autre. A cet égard, il y a lieu de préciser qu'une entreprise peut être en mesure d'exercer un tel pouvoir à l'égard de certains clients ou fournisseurs, tout en étant elle-même dans une situation de dépendance économique à l'égard d'autres clients ou fournisseurs. Dans un tel cas, elle sera soumise à l'interdiction d'abuser de sa position de force à l'égard des premiers clients ou fournisseurs, tout en pouvant également invoquer le nouvel article IV.2/1 du CDE en sa faveur si elle s'estime victime d'abus de la part des clients ou fournisseurs dont elle est économiquement dépendante. Le législateur n'a en effet pas limité la protection contre les abus de dépendance économique aux PME, considérant que les grandes entreprises pouvaient également être concernées par ce type d'abus⁴¹.

42. S'agissant de la condition relative à l'exploitation abusive d'une position de dépendance économique, le nouvel article IV.2/1 du CDE introduit une norme générale et ouverte interdisant les abus, jugée appropriée pour conserver sa pertinence face aux changements socio-économiques auxquels fait face une société au fil du temps⁴², ainsi qu'une liste, non exhaustive, d'exemples de pratiques considérées comme abusives.

43. Enfin, s'agissant de la dernière condition, relative à l'affectation de la concurrence, les termes de la loi stipulent que l'abus de dépendance économique doit être « susceptible » d'affecter la concurrence. L'utilisation de ce terme signifie que l'article IV.2/1 sera applicable en cas d'affectation réelle mais également en cas d'affectation *potentielle* de la concurrence. Dans l'examen de cet impact sur la concurrence, il convient, comme c'est le cas en matière d'abus de position dominante, de comparer la situation actuelle ou la situation susceptible de prévaloir à l'avenir sur le marché en cause (sous l'effet du comportement de l'entreprise en position de dominance relative) avec un scénario contrefactuel adéquat, comme la simple absence du comportement en question, ou avec un autre scénario réaliste eu égard aux pratiques commerciales établies⁴³.

44. La condition relative à l'affectation de la concurrence rappelle que l'article IV.2/1 du CDE, qui s'inscrit dans le cadre du droit de la concurrence, n'est aucunement destiné à protéger les intérêts particuliers des entreprises, même si son application pourra *de facto* bénéficier aux opérateurs économiques victimes d'abus de dépendance économique, mais vise à protéger l'intérêt économique général en assurant que

les comportements des entreprises ne fassent pas obstacle au maintien d'une concurrence libre et effective sur le marché. Comme il sera développé ci-dessous, c'est probablement cette troisième condition qui constituera le plus grand obstacle pour les entreprises, et en particulier les PME, souhaitant invoquer un abus de dépendance économique.

2. Actions et sanctions possibles

– Actions et sanctions devant l'ABC

45. Dans la mesure où l'abus de dépendance économique constitue une infraction au droit de la concurrence, la loi rend applicable à ce nouveau type d'abus l'ensemble du corps de règles institutionnelles et procédurales prévu par le CDE en matière de concurrence. Ainsi, conformément à l'article IV.41 CDE, d'office ou à la suite d'une plainte d'une personne physique ou morale, d'une requête ou injonction du ministre de l'Economie ou encore sur demande du ministre des Classes moyennes ou d'un régulateur économique, l'Autorité belge de la concurrence (« ABC ») peut mener une instruction dans le cadre de laquelle elle peut faire usage de différents moyens aux fins d'instruire le dossier et de recueillir des preuves (demandes de renseignements, auditions, perquisitions, etc.).

46. Si la procédure suivie par l'ABC dans le cadre d'enquêtes relatives à des éventuels abus de dépendance économique sera identique à celle suivie en matière d'ententes ou d'abus de position dominante, il convient toutefois de souligner qu'une différence apparaît s'agissant de la sanction qui pourra être infligée si, à l'issue de l'enquête, l'ABC constate l'existence d'un abus de dépendance économique au sens de l'article IV.2/1 du CDE. En effet, bien que la méthode utilisée pour calculer l'amende en cas d'abus de dépendance économique est identique à celle utilisée dans le cadre des autres infractions aux règles de concurrence – cette méthode est basée sur la valeur des ventes en relation avec l'infraction ainsi que sur la durée de l'infraction⁴⁴ –, le plafond que pourra atteindre cette amende est toutefois fixé à un seuil inférieur. Par dérogation à la règle en vertu de laquelle les amendes infligées par l'ABC ne peuvent dépasser 10% du chiffre d'affaires des entreprises sanctionnées (art. IV.70 CDE), lorsque la décision concerne un abus de dépendance économique, l'amende ne pourra pas dépasser 2% du chiffre d'affaires des entreprises en cause (nouveau § 2 introduit à l'art. VI.70 CDE)⁴⁵.

41. *Ibid.*, p. 8.

42. Voy. proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/001, p. 6.

43. Voy. Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (*J.O.*, C. 45, 24 février 2009, p. 7, pt. 21).

44. Voy. lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'art. 23, 2., sous a), du règlement (CE) n° 1/2003 (*J.O.*, C. 210, 1 septembre 2006, p. 2).

45. Une dérogation similaire s'appliquera également s'agissant des astreintes pouvant être infligées pour non-respect d'une décision d'infraction, lesquelles ne pourront s'élever qu'à concurrence de 2% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard et non de 5% comme c'est le cas pour les décisions constatant une entente ou un abus de position dominante.

47. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que, lorsque l'infraction concerne un abus de dépendance économique, le chiffre d'affaires à prendre en compte est celui *réalisé sur le marché national*. En effet, bien que, à la suite de l'adoption d'une loi du 2 mai 2019⁴⁶, le chiffre d'affaires à prendre en compte pour calculer le plafond de l'amende en cas d'infractions au droit de la concurrence n'est plus le chiffre d'affaires total réalisé sur le marché national mais le chiffre d'affaires mondial, une dérogation à cette nouvelle règle a été prévue pour les abus de dépendance économique⁴⁷.

48. Si la prise en compte du chiffre d'affaires réalisé sur le marché national et non mondial pourrait se justifier au regard du fait que les abus de dépendance économique ont trait à des pratiques plus locales, la question se pose de savoir si la limite fixée à 2% de ce chiffre d'affaires conduira à l'imposition de sanctions suffisamment dissuasives. Cette différence de traitement entre les abus de position dominante et les abus de dépendance économique nous paraît par ailleurs difficilement justifiable⁴⁸. En effet, bien que la sanction de ces derniers abus puisse être vue comme protégeant davantage les intérêts particuliers d'entreprises, il y a lieu de rappeler que cette sanction n'est susceptible de s'appliquer qu'en cas d'affectation de la concurrence. Partant, dans la mesure où, tant en cas d'abus de position dominante qu'en cas d'abus de dépendance économique, l'intérêt général est affecté, il est difficile de comprendre l'instauration d'un régime de sanctions différent.

– Actions et sanctions devant les tribunaux

49. A côté de l'ABC, les tribunaux ordinaires sont également compétents pour constater l'existence d'un abus de dépendance économique. D'une part, en vertu de l'article XVII.7 CDE, le président du tribunal de l'entreprise peut être saisi, notamment par toute personne intéressée, par le ministre compétent ainsi que par une autorité professionnelle ou un groupement professionnel, aux fins de faire constater l'existence et ordonner la cessation d'une infraction au droit de la concurrence. Cette action en cessation est formée et instruite selon les formes du référé.

50. D'autre part, conformément à l'article XVII.71 CDE, une action en dommages et intérêts peut être introduite devant la juridiction compétente par toute personne physique ou morale qui aurait subi un dommage à la suite d'un abus de dépendance économique. A cet égard, il y a lieu de

relever que l'action en réparation sera grandement facilitée si elle fait suite à une décision de l'ABC constatant une infraction à l'article IV.2/1 du CDE. Dans un tel cas, l'infraction sera en effet réputée établie de manière irréfragable aux fins de l'action en dommages et intérêts (art. XVII.82 CDE), de sorte que la partie demanderesse pourra se contenter d'apporter la preuve de son dommage et du lien causal entre l'infraction et ce dommage.

B. Clauses abusives (B2B)

1. Pratiques interdites

51. De nouvelles dispositions relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises sont introduites dans le CDE (nouveau Titre 3/1 dans le Livre VI⁴⁹), à la suite des dispositions relatives aux contrats de consommation. Ces dispositions visent à éviter qu'une partie ne puisse imposer à son cocontractant des conditions contractuelles qui perturbent l'équilibre juridique entre les droits et les obligations de chacune des parties et s'inspirent pour ce faire des dispositions existantes relatives aux contrats conclus avec les consommateurs.

52. Le nouveau titre relatif aux clauses abusives dans les contrats B2B commence par poser une exigence de transparence en prévoyant que « *lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, elles doivent être rédigées de manière claire et compréhensible. Un contrat peut être interprété notamment en fonction des pratiques de marché en relation directe avec celui-ci* » (art. VI.91/2). Cette exigence vise à s'assurer que l'autre partie au contrat a marqué son accord sur la clause en connaissance de cause.

53. Est ensuite introduite une disposition générale (art. VI.91/3 CDE) définissant la notion de clauses abusives pour les contrats entre entreprises, stipulant que :

« § 1^{er}. Pour l'application du présent titre, toute clause d'un contrat conclu entre entreprises est abusive lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un **déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties**.

§ 2. Le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa

⁴⁶. Loi du 2 mai 2019 portant modifications du Livre I^{er} « Définitions », du Livre XV « Application de la loi » et remplacement du Livre IV « Protection de la concurrence » du Code de droit économique (M.B., 24 mai 2019).

⁴⁷. Nouvel art. IV.84, § 1 et 2, CDE.

⁴⁸. A noter que la proposition de loi de 2015 prévoyait une gradation des sanctions applicables qui devait permettre aux acteurs du marché de se corriger eux-mêmes. Selon cette proposition, l'entreprise enfreignant l'art. IV.2/1 du CDE aurait eu la possibilité de modifier son comportement ou d'y mettre fin dans un certain délai. Ce n'est qu'en cas d'ignorance persistante que l'entreprise aurait été tenue de payer une amende. Voy. proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/001, pp. 8 et 9.

⁴⁹. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux services financiers ni aux marchés publics et aux contrats qui en découlent.

conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. Pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article VI.91/2, alinéa 1^{er}. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les produits à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »⁵⁰.

54. Il y a lieu de constater que les termes utilisés sont inspirés de la législation française qui qualifie de pratique déloyale le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Cette notion de déséquilibre significatif en droit français a déjà été invoquée à de nombreuses reprises devant les cours et tribunaux français, par les entreprises mais également par le ministre de l'Economie, et semble ainsi avoir été considérée par le législateur belge comme un outil efficace en vue de protéger les parties contractantes plus vulnérables⁵¹.

55. Il ressort de cette disposition générale relative aux clauses abusives que le législateur n'a pas entendu porter atteinte au cœur même du principe de la liberté contractuelle. Il a en effet exclu de l'examen du caractère abusif les clauses qui déterminent l'objet du contrat ou le prix à payer pour les produits fournis, pour autant que ces clauses soient formulées de manière claire et compréhensible⁵².

56. Si certaines clauses devront faire l'objet d'une appréciation contextuelle à l'aide de la norme générale prévue à l'article VI.91/3 du CDE en vue de déterminer si elles ont ou non un caractère abusif, d'autres pourront être contestées plus facilement par les entreprises. Le législateur a en effet choisi d'introduire également deux listes de clauses abusives: une liste noire de clauses interdites et une liste grise reprenant des clauses présumées abusives pour lesquelles l'entreprise en cause peut fournir la preuve que, tenant compte des circonstances et caractéristiques du contrat, la clause litigieuse ne crée par un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties⁵³.

57. Les clauses reprises dans la liste noire (art. VI.91/4 CDE), qui doivent être interprétées de manière stricte⁵⁴, sont celles qui ont pour objet de:

« 1° prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;

2° conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat;

3° en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise;

4° constater de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat. »

58. S'agissant de la liste grise, le nouvel article VI.94/5 du CDE prévoit que, sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de:

« 1° autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat;

2° proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation;

3° placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat;

4° exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles;

5° sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, engager les parties sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation;

6° libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat;

7° limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser;

8° fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise ».

⁵⁰. Nous soulignons.

⁵¹. Sur la notion de déséquilibre significatif et son application en droit français, voy. J. VOGEL et L. VOGEL, *Le déséquilibre significatif*, Bruylant, 2017.

⁵². Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003, p. 32.

⁵³. *Ibid.*, p. 40.

⁵⁴. *Ibid.*, p. 37.

59. Les clauses reprises dans ces listes, noire et grise, sont donc réputées ou présumées créer un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties. Il est évident que l'introduction de ces listes est de nature à alléger sensiblement la charge de la preuve de ceux qui en sont victimes dans la mesure où l'inclusion d'une clause réputée ou présumée abusive dans un contrat suffira pour ouvrir le droit à l'entreprise qui en est victime d'en contester la légalité, sans que celle-ci ne doive établir que l'inclusion de la clause en cause résulte d'un rapport de forces déséquilibré entre les parties contractantes et/ou qu'elle est susceptible d'affecter la concurrence.

2. Actions et sanctions possibles

60. La loi prévoit que: « *Toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties s'il peut subsister sans les clauses abusives.* » (nouvel art. VI.91/6). Il a toutefois été souligné dans le cadre des travaux parlementaires que, dans la mesure où les clauses abusives ne concernent, en principe, pas l'objet ni le prix, la nullité d'une clause abusive ne devrait pas affecter la « substance même » du contrat et ne sera donc pas de nature à entraîner la nullité du contrat lui-même⁵⁵.

61. Par ailleurs, il a également été précisé dans le cadre des travaux parlementaires qu'il n'y aura pas lieu d'appliquer par analogie aux contrats entre entreprises l'interprétation stricte qu'a faite la Cour de justice de l'Union européenne s'agissant de la nullité applicable aux clauses abusives dans les contrats de consommation. Il est en effet souligné que les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice s'agissant des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs peuvent certes constituer une source d'inspiration pour l'appréciation du caractère abusif de certaines clauses⁵⁶. Toutefois, s'agissant de la jurisprudence européenne qui ne se contente pas de simplement proposer des critères d'appréciation mais qui impose au juge d'écarter entièrement l'application d'une clause jugée abusive afin qu'elle ne produise aucun effet contraignant à l'égard du consommateur, il est considéré qu'une telle interprétation de la sanction de nullité ne devrait pas être étendue aux dispositions applicables en matière de clauses abusives dans des contrats entre entreprises. Cela impliquerait notamment que, s'agissant d'une clause pénale jugée abusive, con-

trairement à la jurisprudence applicable en matière de contrats de consommation⁵⁷, le juge pourrait octroyer lui-même une indemnisation à l'entreprise lésée sur la base des règles supplétives du droit commun des obligations⁵⁸.

62. Se pose dès lors la question de l'étendue du pouvoir du juge. Dans quelle mesure celui-ci pourra-t-il modifier ou réduire la portée d'une clause jugée abusive afin de la rendre « légale ». A cet égard, il pourrait être considéré que le rôle du juge consistera à réduire le droit à la liberté contractuelle à son exercice « normal », de manière analogue à ce qui a été récemment jugé par la Cour de cassation en matière d'abus de droit⁵⁹. Cette question ne sera toutefois pas exempte de difficultés.

63. Notons enfin qu'une action en cessation peut être introduite par toute entreprise intéressée mais également, et il convient de le souligner, par les ministres qui ont l'économie et les classes moyennes dans leurs attributions, conjointement (nouvel art. XVII.7, al. 1^{er}, 2^o/1, CDE). Cette possibilité offerte à une autorité tierce d'intervenir pour protéger les intérêts des entreprises soumises à des clauses abusives constitue un élément non négligeable de la loi en ce qu'il est de nature à remédier au *fear factor*, qui est sans conteste un problème récurrent dans les relations B2B.

C. Pratiques de marché déloyales

1. Pratiques interdites

64. Les dispositions relatives aux pratiques de marché déloyales entre entreprises ont été considérablement étoffées afin de donner aux entreprises des outils plus efficaces pour lutter contre ces pratiques. La norme générale de l'article VI.104 du CDE, qui interdit les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché, a ainsi été complétée par l'interdiction de pratiques plus détaillées qui doivent être considérées comme déloyales au sens de cette disposition à savoir, d'une part, les pratiques trompeuses, et, d'autre part, les pratiques agressives (art. VI.104/1 CDE).

65. S'agissant des pratiques de marché trompeuses, le législateur a étendu les dispositions visant les publicités trompeuses B2B, déjà applicables à la suite de la transposi-

⁵⁵. *Ibid.*, p. 45.

⁵⁶. A noter que les orientations récemment adoptées par la Commission concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation pourraient dès lors également être utiles pour l'interprétation et l'application des clauses abusives dans les contrats entre entreprises. Voy. Communication de la Commission – Orientations relatives à l'interprétation et à l'application de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, C(2019) 5325 final.

⁵⁷. Voy. not. arrêts du 14 juin 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito, SA / Joaquín Calderón Camino*, EU:C:2012:349, pt. 65 et du 21 janvier 2015, aff. jointes C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, *Unicaja Banco SA contre José Hidalgo Rueda e.a. et Caixabank SA / Manuel María Rueda Ledesma e.a.*, EU:C:2015:21, pt. 28.

⁵⁸. Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003, p. 25.

⁵⁹. Voy. Cass., 19 octobre 2018, C.15.0086.N.

tion en droit belge de la directive n° 2006/114⁶⁰, à l'ensemble des pratiques de marché trompeuses. La loi prévoit ainsi qu'« une pratique du marché est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur une entreprise en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments suivants, même si les informations présentées sont factuellement correctes, et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision relative à une transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement ». En ce concerne les éléments sur lesquels il est interdit de fournir une information trompeuse, la loi mentionne notamment l'existence ou la nature du produit; les caractéristiques principales du produit; l'étendue des engagements de l'entreprise; le prix ou le mode de calcul du prix; les droits de l'autre entreprise ou les risques qu'elle peut encourir; ou encore toute activité de marketing concernant un produit. Par ailleurs, une nouvelle disposition est introduite interdisant les omissions trompeuses, consistant pour une entreprise à omettre une information substantielle dont l'autre entreprise a besoin pour prendre une décision (art. VI.105/1 CDE).

66. S'agissant des pratiques de marché agressives, le nouvel article VI.109/1 du CDE interdit en substance toute pratique de marché (i) qui consiste à exercer une pression inappropriée (harcèlement, contrainte, influence injustifiée), (ii) qui altère la liberté de choix ou la liberté de conduite d'une autre personne et (iii) qui, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision relative à la transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement.

67. La notion d'« influence injustifiée » est définie comme « l'utilisation par une entreprise d'une position de force vis-

à-vis d'une autre entreprise de manière à faire pression sur celle-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative ». Il a toutefois été précisé dans le cadre des travaux parlementaires que la notion de « position de force » ne signifie pas que l'autre partie doit se trouver dans une situation de « dépendance économique » au sens du nouvel article IV.2.1 du CDE mais indique uniquement qu'il y a une situation d'inégalité entre la partie forte et la partie faible. Cette condition sera dès lors plus facile à établir que celle relative à la situation de dépendance économique prévue dans les nouvelles règles de concurrence.

2. Actions et sanctions possibles

68. A l'instar des clauses abusives, les pratiques de marché déloyales peuvent faire l'objet d'une action en cessation, laquelle peut également être introduite par les ministres qui ont l'économie et les classes moyennes dans leurs attributions, conjointement, si elle concerne une pratique trompeuse ou agressive (nouvel art. XVII.7, 2°/1 et 2°/2, CDE). A noter toutefois que, s'agissant de la norme générale prévue à l'article VI.104, qui interdit les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché, une action du ministre compétent pour la matière concernée reste exclue en vertu de l'article XVII.7, 2°, du CDE, cette disposition n'ayant pas été modifiée.

69. Par ailleurs, le législateur a prévu de sanctionner pénalement les pratiques de marché trompeuses et agressives (art. XV.83, 13°/1, CDE). Sont ainsi susceptibles d'être punies d'une amende de 26 à 10.000 EUR les entreprises reconnues coupables de pratiques trompeuses ou agressives.

IV. LA MISE EN ŒUVRE ET LES DÉFIS DE LA NOUVELLE LÉGISLATION

70. L'introduction de la notion d'abus de dépendance économique dans le droit belge de la concurrence doit être vue comme une avancée vers une meilleure protection de la concurrence sur le marché national. Elle vient en effet combler un certain vide juridique qui permettait à des pratiques, pourtant susceptibles d'affecter la concurrence, d'échapper à tout contrôle de l'ABC et des autorités judiciaires en raison du fait que l'auteur de ces pratiques ne détenait pas une position dominante sur le marché concerné au sens de l'article IV.2 du CDE. En effet, en l'absence de position dominante, qui est définie de manière absolue et constitue la première condition à établir dans le cadre de cette disposition, les pratiques en cause n'étaient en tout état de cause pas de nature à tomber dans le champ d'application de l'interdiction des abus, de sorte qu'il

n'y avait même pas lieu d'examiner leur impact potentiel sur le fonctionnement et la structure de la concurrence.

71. Elargir l'interdiction des pratiques abusives aux abus de dépendance économique et donner à une autorité indépendante telle que l'ABC, qui est dotée de pouvoirs d'investigation et de sanctions non négligeables, le soin d'en assurer le respect, constituent donc des mesures adéquates. Ces mesures devraient en effet permettre de sanctionner les entreprises qui, par des pratiques considérées comme restrictives de concurrence, affectent non seulement les intérêts privés de leurs partenaires commerciaux mais également l'intérêt général, ainsi que de dissuader les entreprises de se livrer à de telles pratiques à l'avenir.

⁶⁰. Directive n° 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée) (J.O., L. 376, 27 décembre 2006, p. 21).

72. Si cette initiative du législateur doit être saluée, sa mise en œuvre effective ne sera pas dénuée d'obstacles pour les autorités et les entreprises. Là où certains pourraient craindre que les nouvelles dispositions relatives à l'abus de dépendance économique donnent lieu à une intervention trop intrusive des autorités publiques dans les relations entre opérateurs économiques, il semblerait que, compte tenu de ces obstacles, la crainte inverse, d'un scénario à la française qui conduirait à une absence de mise en œuvre de ces nouvelles règles, soit davantage justifiée.

73. Les différents obstacles auxquels feront face les autorités et les entreprises, que nous examinons ci-dessous, ne doivent cependant pas être vus comme des difficultés insurmontables dans la mesure où des critères et éléments d'appréciation sont disponibles pour déterminer les situations dans lesquelles les nouvelles dispositions relatives à l'abus de dépendance économique sont susceptibles de s'appliquer. Il n'en reste pas moins que ces difficultés, qui seront plus importantes pour les entreprises que pour l'ABC, mèneront probablement les opérateurs économiques à se tourner davantage vers les nouvelles dispositions en matière de clauses abusives et de pratiques déloyales pour tenter de faire cesser les pratiques dont ils sont victimes. Ces dispositions seront en effet plus faciles à mettre en œuvre dans le cadre d'une action en cessation mais ne seront probablement pas de nature à dissuader les entreprises de recourir à des clauses jugées abusives ou des pratiques déloyales.

A. Abus de dépendance économique: les obstacles (surmontables) à une mise en œuvre effective

74. Les difficultés qui se poseront dans l'application de l'article IV.2/1 du CDE relatif à l'abus de dépendance économique portent sur chacune des conditions requises par cette disposition, à savoir l'existence d'une position de dépendance économique, l'exploitation abusive de cette position dans laquelle se trouve une ou plusieurs entreprises et, enfin, une affectation (potentielle) de la concurrence.

– Preuve de la situation de dépendance économique

75. Comme déjà relevé, la loi définit la notion de dépendance économique sur la base d'un critère qui est celui de l'« absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables ». Ce critère est, certes, essentiel en ce sens qu'il ne peut y avoir dépendance économique si un opérateur

est en mesure de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs à des conditions équivalentes ou d'écouler sa marchandise par le biais d'autres clients. Il est par ailleurs défini dans la loi de manière telle qu'il est requis d'effectuer une analyse factuelle approfondie, tenant compte des caractéristiques propres à l'entreprise susceptible de se trouver dans une situation de dépendance économique et tenant compte du caractère réaliste des alternatives qui s'offrent à elle.

76. Le critère relatif à l'absence d'alternative équivalente n'est toutefois pas le seul élément susceptible d'être pris en considération dans l'examen d'une situation de dépendance économique. A cet égard, la lecture des travaux préparatoires permet d'identifier d'autres critères, pour beaucoup inspirés de la législation et jurisprudence étrangères, qui pourront être utilisés dans le cadre de cet examen⁶¹. On peut citer notamment: la part que représente l'autre entreprise dans le chiffre d'affaires de l'opérateur potentiellement en situation de dépendance; la technologie ou le savoir-faire détenu par cette autre entreprise; la notoriété forte d'une marque, la rareté d'un produit, la nature périssable d'un produit ou encore la loyauté d'achat des consommateurs; l'octroi régulier de conditions préférentielles qui ne sont pas accordées à d'autres entreprises; ou encore le choix délibéré ou, au contraire, contraint de se placer dans une position de dépendance économique.

77. S'agissant plus particulièrement du critère relatif à la part de marché que représente une entreprise dans le chiffre d'affaires d'un de ses fournisseurs ou clients, certaines décisions de la Commission européenne en matière de concentrations sont susceptibles d'apporter un éclairage intéressant. En effet, bien que, dans le cadre de l'article 102 TFUE, la Commission n'accorde généralement pas d'importance particulière à la relation verticale entre une entreprise et ses partenaires commerciaux et à la situation de dépendance économique de ces derniers pour évaluer l'existence d'une position dominante, elle est susceptible d'adopter une approche différente lorsqu'elle est amenée à examiner la compatibilité d'une concentration avec le marché commun. En effet, dans ce cadre, la Commission a déjà considéré que, bien que la part de marché de l'entité issue de la concentration n'atteindrait pas le seuil de dominance, l'opération risquait d'entraver la concurrence effective sur le marché en cause en raison du pouvoir qu'allait acquérir cette nouvelle entité et qui résultait, notamment, de la situation de dépendance économique de fournisseurs⁶².

78. L'examen de la situation de dépendance économique de certains opérateurs a notamment été opéré par la Commission dans le cadre de décisions relatives à des concentrations

⁶¹. Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003, p. 4.

⁶². Déc. de la Commission du 25 janvier 2000, *Carrefour / Promodes*, COMP/M.1684. Voy. égal.: Déc. de la Commission du 20 novembre 1996, IV/M.784, *Kesko / Tuko* et du 3 février 1999, IV/M.1221, *Rewe / Meinel*.

entre distributeurs. Il s'agissait donc dans ces cas d'examiner si la puissance d'achat qu'allait acquérir les entités issues de l'opération de concentration n'était pas susceptible d'affecter la concurrence effective sur le marché. Dans le cadre de l'analyse de la dépendance économique des fournisseurs à l'égard des distributeurs concernés, la Commission a estimé que, lorsqu'un fournisseur perdait un client qui représentait plus de 22% de son chiffre d'affaires, la perte de ce client représentait une menace pour l'existence même de ce fournisseur (« *seuil de menace* » ou « *threat rate* ») de sorte qu'il pouvait être considéré que celui-ci se trouvait dans une situation de dépendance économique⁶³.

79. Le seuil de menace ainsi défini par la Commission peut donc être un élément à prendre en considération dans l'examen de la situation de dépendance économique au sens du nouvel article IV.2/1 du CDE. Dans le secteur de la grande distribution alimentaire, ce seuil, mais également l'absence d'alternatives équivalentes, le rôle de « *gatekeeper* » des grandes chaînes de distribution, la loyauté des consommateurs qui est généralement plus grande à l'égard de leur supermarché qu'à l'égard d'une marque particulière d'un fournisseur, ou encore la nature périssable de certains produits qui contraignent les fournisseurs à accepter les conditions qui leur sont imposées sous peine de perdre leur marchandise, sont autant d'éléments qui, pris ensemble, sont de nature à conduire au constat d'une situation de dépendance économique.

80. Bien que certains éléments, de nature à établir une situation de dépendance économique, pourraient soulever des difficultés en termes de preuve, en ce sens qu'ils requerraient une analyse approfondie du marché, il y a lieu de constater que d'autres, et notamment ceux relatifs à l'absence d'alternatives et au « *taux de menace* », qui pourraient être déterminants, ont trait à l'entreprise elle-même de sorte que l'établissement d'une position dominante relative au sens de l'article IV.2/1 du CDE pourrait s'avérer plus aisé pour une entreprise que l'établissement d'une position dominante absolue au sens de l'article IV.2 du CDE.

81. Le fait que l'appréciation de l'existence d'une situation de dépendance économique dépend en réalité de facteurs propres à une entreprise pourrait soulever la question de savoir si l'application du nouvel article IV.2/1 du CDE sera suffisamment prévisible pour les entreprises qui disposent d'un certain pouvoir de marché vis-à-vis de leurs partenaires commerciaux. Autrement dit, est-ce qu'une entreprise sera

en mesure d'apprécier correctement la situation de dépendance économique de ses clients ou fournisseurs de sorte que celle-ci puisse agir en connaissance de cause et être consciente que son comportement est susceptible d'être considéré comme un abus au sens des règles de concurrence, avec les conséquences que cela implique.

82. Il y a lieu de relever à cet égard que si, certes, une certaine incertitude pourrait exister pour les entreprises, la situation est comparable s'agissant de l'application de l'article IV.2 du CDE relatif à l'abus de position dominante. En effet, l'existence d'une position dominante dépend en réalité de la définition du marché pertinent. Une entreprise sera davantage susceptible d'être considérée comme étant dominante si le marché sur lequel elle opère est défini étroitement. Or, cette définition du marché pertinent requiert une analyse approfondie de différents facteurs et n'est donc pas toujours aisément réalisable pour les entreprises. Par ailleurs, cette définition est susceptible de changer au vu des développements et évolutions, parfois rapides, de certains marchés. Une telle incertitude est donc selon nous inhérente à l'application de règles de droit qui laissent un certain pouvoir d'appréciation aux autorités chargées de les appliquer.

– Preuve de l'abus

83. Comme en matière d'abus de position dominante, la simple existence d'une situation de dépendance économique n'est pas en elle-même préjudiciable. Seule l'exploitation abusive de cette situation est en effet susceptible d'affecter, non seulement les entreprises, mais également le fonctionnement et la structure de la concurrence⁶⁴. Par analogie aux principes applicables en matière d'abus de position dominante, une entreprise ayant une position dominante relative aura une *responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur*⁶⁵. Cette entreprise ne pourra ainsi adopter des comportements qui ont pour effet de *faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence*⁶⁶.

84. La notion d'abus est en réalité intrinsèquement liée à la question de l'affectation de la concurrence. La norme générale interdisant l'exploitation abusive d'une position de

⁶³. Déc. de la Commission du 25 janvier 2000, COMP/M.1684, *Carrefour / Promodes*, pt. 52. Sur cet indice de taux de menace, voy. égal. L. BENZONI, « Violence économique et dépendance économique et les enjeux de la juste mesure du pouvoir d'achat », *Actualité Juridique Contrat*, octobre 2016, p. 14.

⁶⁴. Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003, p. 8.

⁶⁵. Arrêt du 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark A/S / Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172, pt. 23; arrêt du 6 septembre 2017, C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. / Commission*, EU:C:2017:632, pt. 135.

⁶⁶. Arrêt du 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark A/S / Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172, pt. 24; arrêt du 6 septembre 2017, C-413/14 P, *Intel Corp. Inc. / Commission*, EU:C:2017:632, pt. 136.

dépendance économique implique que toute pratique qui est susceptible d'affecter la concurrence tombe dans le champ d'application de l'interdiction prévue à l'article IV.2/1 CDE. Bien que peu précise, cette norme ouverte, comme celle prévue en matière d'abus de position dominante, présente l'avantage qu'elle ne perdra pas sa pertinence face à l'évolution des différents secteurs économiques, et, notamment, des secteurs du numérique en constante et rapide évolution, et sera ainsi à même de couvrir des pratiques potentiellement anticoncurrentielles qui n'auraient pu être envisagées par le législateur lors de l'adoption de la loi.

85. A côté de cette norme générale, le législateur a toutefois identifié dans la loi un certain nombre de pratiques qui pourraient être considérées comme restrictives de concurrence telles que l'imposition des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes ou encore le fait de subordonner la conclusion de contrat à l'acceptation de prestations supplémentaires qui n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

86. Par ailleurs, il paraît raisonnable de considérer que les clauses abusives et les pratiques de marché déloyales décrites dans le Livre VI du CDE pourraient constituer d'autres exemples de pratiques susceptibles de constituer une exploitation abusive au sens de l'article IV.2/1 du CDE, pour autant que les conditions de dépendance économique et d'affectation de la concurrence soient satisfaites. En effet, d'une part, s'agissant des clauses abusives, leur dénomination même indique qu'elles ne sauraient être considérées comme résultant de pratiques normales dans le secteur concerné. Même si la loi prévoit des dispositions spécifiques quant aux actions et sanctions possibles contre ce type de clauses, l'établissement d'une affectation potentielle de la concurrence qui résulterait de l'introduction de clauses réputées ou présumées abusives dans les contrats entre une entreprise et ses partenaires économiques serait de nature à justifier une application éventuellement conjointe de ces dispositions spécifiques et des règles en matière de concurrence prévue à l'article IV.2/1 du CDE.

87. D'autre part, une pratique considérée comme déloyale au sens de l'article VI.104 du CDE pourrait également se muer en une exploitation abusive au sens de l'article IV.2/1 du CDE si elle est la conséquence d'une situation de dépendance économique et qu'elle est susceptible de restreindre ou de fausser la libre concurrence. A cet égard, on pense en particulier aux pratiques déloyales agressives qui sont susceptibles d'altérer la liberté de choix ou de conduite d'une entreprise et d'amener cette dernière à prendre une décision

relative à une transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement. La jurisprudence qui se sera développée en matière de pratiques de marché déloyales pourra ainsi fournir des indications et orientations (bienvenues) sur ce qui serait susceptible de constituer une pratique abusive au regard de l'article IV.2/1 du CDE. En effet, compte tenu du fait que les dispositions relatives aux pratiques de marché déloyales seront entrées en vigueur 9 mois avant l'entrée en vigueur de l'interdiction des abus de dépendance économique, il est raisonnable de penser qu'une certaine jurisprudence aura déjà pu se développer en matière de pratiques déloyales.

– Affectation de la concurrence

88. Comme déjà souligné, une pratique ne sera considérée comme abusive au sens de l'article IV.2/1 du CDE que si elle est susceptible d'affecter la concurrence. C'est probablement cette troisième condition qui suscitera le plus de difficultés dans la mesure où établir une affectation de la concurrence nécessite le recours à une analyse économique approfondie afin d'évaluer l'impact qu'a, ou pourrait avoir, une pratique sur le marché dans son ensemble⁶⁷. S'agissant d'une pratique mise en œuvre à l'égard d'une ou de plusieurs entreprises en situation de dépendance économique, il y aura donc lieu d'établir que la pratique en cause n'affecte pas uniquement la ou les entités dépendante(s) économiquement mais est susceptible d'entraîner des effets plus larges de nature à restreindre ou à fausser la concurrence, que ce soit sur le marché où cette (ces) entreprises opère(nt) ou sur celui où l'entreprise à l'origine de la pratique litigieuse est active.

89. La condition de l'affectation de la concurrence ne devrait pas selon nous être interprétée trop strictement, sous peine de rendre l'application de la nouvelle disposition ineffective et de laisser certaines pratiques abusives échapper à l'application de cette disposition alors qu'elles pourraient affecter la structure ou le fonctionnement de la concurrence, non pas immédiatement, mais à court ou moyen terme. Une analyse prospective, comme celle qui a été retenue par l'Autorité allemande de la concurrence dans l'affaire *Edeka*, serait donc souhaitée dans le cadre de l'application de l'article IV.2/1 du CDE.

90. Par ailleurs, il est important de rappeler que, bien que les règles de concurrence aient pour objectif final la protection du bien-être des consommateurs, la preuve d'une affectation de la concurrence ne requiert aucunement d'établir que les consommateurs finals sont privés de certains avantages en termes d'approvisionnement ou de prix⁶⁸. En effet, il est considéré que le meilleur moyen d'atteindre cet objectif final de protection des consommateurs est de protéger la

^{67.} Sur le rôle important de l'analyse économique en droit de la concurrence, voy. not. D. HILDEBRAND, *The role of economic analysis in the EU competition law*, 4th ed., Wolters Kluwer, 2016; D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR et N. PETIT, *EU competition law and economics*, Oxford, 2012.

^{68.} Voy. not. arrêts du 4 juin 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, EU:C:2009:343, pts. 38 et 39 et du 6 octobre 2009, aff. jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e.a. / Commission e.a.*, EU:C:2009:610, pt. 63.

structure et le fonctionnement du marché en veillant à ce que la concurrence qui s'y joue puisse être exercée librement et de manière non faussée. Ainsi, toute pratique qui est susceptible d'affecter le processus concurrentiel sur un marché devrait être vue comme portant atteinte à la concurrence au sens de l'article IV.2/1 du CDE. Ce faisant, une vision plus dynamique est intégrée à l'appréciation de la condition relative à l'affectation de la concurrence, laquelle permet d'assurer que le bien-être du consommateur, qui implique pour ce dernier de bénéficier non seulement de prix réduits mais également de produits/services de meilleure qualité et d'un plus grand choix, soit protégé à court et plus long terme⁶⁹.

91. Cette précision s'agissant de ce qu'il y a lieu d'entendre par « affectation de la concurrence » nous paraît particulièrement importante dans le cadre de pratiques abusives entre entreprises dans la mesure où ces pratiques sont moins susceptibles d'entraîner un impact direct sur le consommateur final mais, en affectant le processus concurrentiel, peuvent néanmoins engendrer à plus long terme des effets négatifs pour ce dernier, que ce soit en termes de prix, de qualité ou de choix.

92. Concrètement, s'agissant des pratiques abusives à l'égard d'une entreprise en situation de dépendance économique, certaines nous paraissent être susceptibles par elles-mêmes d'affecter le fonctionnement de la concurrence et pourraient ainsi tomber dans le champ d'application de l'interdiction visée à l'article IV.2/1 du CDE. A titre d'illustration, dans le secteur de la grande distribution, des conditions d'exclusivité imposées à un fournisseur en situation de dépendance économique, interdisant à ce dernier de vendre un produit à des distributeurs concurrents, restreignent forcément la concurrence et ne sauraient être justifiées par des éventuels gains d'efficacité. En effet, aucun investissement spécifique n'est généralement consenti par les distributeurs – en vue par exemple de se doter d'un équipement particulier ou de compétences ciblées visant à offrir un service de conseil aux clients – de sorte qu'une obligation d'exclusivité ne saurait être justifiée en raison d'un risque de parasitisme d'autres distributeurs (*free-riding*)⁷⁰.

93. De même, dans les cas où une entreprise entre également en concurrence sur un marché en aval avec des entités qui sont économiquement dépendantes d'elle sur un marché en amont, toute pratique adoptée à l'égard de ces entités qui est susceptible de renforcer la position de l'entreprise en cause sur le marché en aval concerné ne saurait être vue

comme relevant d'une concurrence normale. A cet égard, nous pensons notamment à la problématique des marques de distributeurs dans le secteur de la grande distribution qui entrent directement en concurrence avec des marques nationales. S'il est établi qu'un distributeur met en œuvre des pratiques à l'égard de fournisseurs de marques nationales qui ont pour effet de donner un avantage concurrentiel aux marques propres de ce distributeur ou de limiter la vente des marques nationales au profit de ces marques de distributeur, l'article IV.2/1 du CDE nous paraît pouvoir s'appliquer aux fins de mettre fin à de telles pratiques.

94. A noter que ces pratiques, au travers desquelles une entreprise utilise son pouvoir sur un marché en vue de renforcer ou de conserver sa position sur un autre marché, peuvent également être observées dans le secteur du numérique. On pense notamment à l'affaire *Google Shopping* dans laquelle Google a été sanctionnée par la Commission pour avoir favorisé son comparateur commercial sur son moteur de recherche⁷¹ ou encore à la récente enquête ouverte par la Commission à l'encontre d'Amazon qui est suspectée d'utiliser des données sensibles fournies par des détaillants indépendants – lesquels vendent des produits directement aux consommateurs par le biais d'une place de marché mise à disposition par Amazon – afin de favoriser ses propres offres lorsqu'elle vend sur son site internet en tant que détaillant⁷².

95. Que ces pratiques soient mises en œuvre par une entreprise en position dominante absolue ou en position dominante relative, elles mènent selon nous à des effets restrictifs de concurrence comparables. Appréhender ces pratiques à l'échelle nationale par l'article IV.2/1 du CDE lorsqu'elles sont mises en œuvre à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes nous semble donc entièrement justifié.

96. Si, s'agissant des pratiques décrites ci-dessus, l'analyse d'une relation particulière entre une entreprise et l'un de ses cocontractants en situation de dépendance économique pourrait s'avérer suffisante pour constater l'existence d'une affectation de la concurrence, d'autres pratiques abusives nécessiteront probablement d'examiner si la pratique en cause est mise en œuvre de manière systématique à l'égard de l'ensemble ou d'un nombre significatif de partenaires commerciaux pour pouvoir éventuellement conclure à une affectation potentielle de la structure ou du fonctionnement de la concurrence. Dans un tel cas, la preuve de la condition de l'affectation de la concurrence risque d'être sensiblement plus difficile à apporter.

⁶⁹ Voy. P. LOWE, « The design of competition policy institutions for the twenty-first century: The experience of the European Commission and the Directorate-General for Competition », *Competition policy in the EU: Fifty years on from the Treaty of Rome*, Oxford University Press, 2009.

⁷⁰ Sur le problème de parasitisme qui peut, dans certains cas, justifier une restriction de concurrence, voy. not. Communication de la Commission – Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles (*J.O.*, C. 138, 28 mai 2010, p. 16, pt. 107).

⁷¹ Déc. de la Commission du 27 juin 2017, AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

⁷² Communiqué de presse de la Commission du 17 juillet 2019.

97. Ainsi, par exemple, s'agissant de clauses abusives ou de pratiques de marché déloyales, qui consisteraient à exiger d'une partie contractante des paiements ou l'exécution de prestations injustifiées, il y aurait lieu d'examiner si, prises ensemble, ces pratiques sont de nature à porter atteinte au processus concurrentiel⁷³. Tel pourrait être notamment le cas s'il était établi que ces pratiques ont pour effet de favoriser ou de renforcer la position d'une entreprise sur un marché particulier – comme par exemple en renforçant la position des marques de distributeur – ou conduisent les fournisseurs en situation de dépendance économique à limiter leurs investissements dans la qualité de leurs produits ou dans l'innovation⁷⁴ ou à offrir des conditions moins avantageuses aux clients dont ils ne seraient pas économiquement dépendants afin de compenser les coûts supportés⁷⁵, ce qui aurait également pour effet de renforcer davantage la position de l'entreprise à l'origine des pratiques abusives vis-à-vis de ses concurrents moins puissants.

98. La preuve d'une affectation de la concurrence dans un tel cas nécessitera donc une analyse économique encore plus approfondie établissant les effets potentiels des pratiques en cause sur la concurrence, sans garantie par ailleurs que l'ABC ou les juridictions suivent le raisonnement exposé. Il convient en effet de relever que la condition de l'affectation de la concurrence sera examinée au cas par cas et que, sans une analyse rigoureuse et convaincante établissant un effet restrictif de concurrence, les autorités seront sans doute frileuses à appliquer le droit de la concurrence afin de sanctionner des abus de dépendance économique qui, à première vue, n'affectent que les intérêts privés des entreprises concernées.

99. Il va donc sans dire que, pour une PME en situation de dépendance économique, agir de manière isolée en vue d'établir que les pratiques abusives dont elle est victime sont restrictives de concurrence risque de s'avérer vain. Une action conjointe entre plusieurs entreprises serait sans doute plus judicieuse et l'action de l'ABC nous paraît également cruciale dans la mise en œuvre de l'article IV.2/1 du CDE.

100. Toutefois, et cela nous amène à aborder une dernière difficulté qui risque d'émerger dans l'application de la nouvelle notion d'abus de dépendance économique, il y a lieu de souligner que l'ABC pourrait ne pas disposer des ressources nécessaires pour appliquer de manière effective l'article IV.2/1 du CDE. En effet, il semble que l'adoption de la loi ne sera pas suivie par l'octroi de ressources additionnelles pour l'ABC alors que cette dernière manque déjà

cruellement d'effectifs pour contrôler le respect des règles applicables en matière de concurrence. Afin d'éviter que la sélection qui doit nécessairement être faite par l'ABC dans le traitement des affaires ne s'opère au détriment des affaires susceptibles d'impliquer des abus de dépendance économique – lesquelles nécessiteront inévitablement davantage de ressources au vu de l'absence de précédents en la matière –, ce qui conduirait à rendre la nouvelle disposition du CDE ineffective, il paraît indispensable d'accompagner l'adoption de la loi de mesures budgétaires visant à donner à l'ABC les moyens adéquats et suffisants en vue d'assurer le respect de l'interdiction des abus de dépendance économique.

B. Clauses abusives et pratiques déloyales: un arsenal législatif sans doute plus effectif mais moins dissuasif

101. Le recours aux dispositions relatives aux clauses abusives et aux pratiques de marché déloyales s'avèrera sans doute plus efficace pour les entreprises victimes de certaines pratiques et souhaitant obtenir rapidement la cessation de celles-ci. L'application de ces dispositions ne requiert en effet pas l'établissement d'une situation de dépendance économique au sens de l'article IV.2/1 du CDE ni d'une affectation de la concurrence.

102. S'agissant des clauses abusives, il y a lieu de souligner que, en listant des clauses réputées ou présumées abusives (listes noire et grise), le législateur facilite grandement les recours contre de telles clauses en ce qu'il suffira d'en établir l'existence pour en obtenir la nullité. Pour les clauses qui ne sont pas reprises dans ces listes, il y aura lieu en revanche d'établir qu'elles créent un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties pour que celles-ci puissent être déclarées nulles.

103. Afin d'apprécier quelles clauses seraient susceptibles d'être jugées comme créant un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties, il nous semble utile de se référer à certaines clauses mentionnées dans le Code de commerce français – telles que les clauses permettant à une partie de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ou de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes (clauses du client le plus favorisé) – mais également à la jurisprudence française concer-

⁷³. Les effets d'éviction que peuvent avoir les différentes redevances payables par les fournisseurs aux distributeurs sont notamment examinés dans le cadre des lignes directrices sur les restrictions verticales. Voy. lignes directrices sur les restrictions verticales (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *J.O.*, C. 130, 19 mai 2010, p. 1, pts. 203 à 206.

⁷⁴. Voy. A. EZRACHI et K. DE JONG, « Buyer power, private labels and the welfare consequences of quality erosion », *European Competition Law Review*, 2012, p. 260.

⁷⁵. Il s'agit de l'effet dit « *waterbed* » qui résulte du fait que les conditions privilégiées concédées à une entreprise sont compensées auprès des entreprises concurrentes moins puissantes. Voy. à cet égard, P.W. DOBSON et R. Inderst, « Differential Buyer Power and the Waterbed Effect: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers? », *European Competition Law Review*, 2007, p. 393 et R. Inderst et T.M. VALLETTI, « Buyer power and the waterbed effect », *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 59, Issue 1, 2011, p. 1.

nant les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties⁷⁶.

104. Il y a toutefois lieu de rappeler que le caractère abusif d'une clause ne pourra résulter d'une éventuelle inadéquation entre le prix et les produits ou services fournis en contrepartie. La loi prévoit en effet que l'appréciation du caractère abusif des clauses ne peut porter sur ces éléments. Il en résulte que, pour autant que les clauses pertinentes satisfassent à l'exigence de transparence et de clarté requise par l'article VI.92/2, l'imposition de prix d'achat ou de vente inéquitable ne pourra être contestée et poursuivie que dans le cadre des règles de concurrence relatives aux abus de dépendance économique, avec les difficultés qui s'en suivent s'agissant de l'application de ces règles. Il y a en effet lieu de rappeler que l'imposition de tels prix inéquitable est reprise à l'article IV.2/1 du CDE dans la liste des pratiques pouvant être considérées comme abusives.

105. S'agissant des pratiques de marché déloyales, il y a lieu de préciser que les nouvelles dispositions du CDE visent non seulement les pratiques qui ont lieu dans la phase pré-contractuelle, mais également celles mises en œuvre dans la phase contractuelle et post-contractuelle. Ainsi, toute pratique de marché considérée comme ne répondant pas aux pratiques honnêtes du marché et, en particulier, les pratiques trompeuses ou agressives, pourront être appréhendées par ce nouvel arsenal législatif.

106. En ce qui concerne plus particulièrement les pratiques agressives, l'entreprise victime de telles pratiques devra établir une situation d'inégalité entre elle et son partenaire commercial, laquelle a permis à ce dernier d'utiliser sa position de force pour imposer des conditions qu'ils n'auraient pu obtenir autrement. Comme déjà souligné, la notion de « position de force » ne signifie pas qu'il doit y avoir une situation de dépendance économique mais uniquement une situation d'inégalité⁷⁷. La charge de la preuve s'en trouve donc allégée pour l'entreprise victime de pratiques de marché déloyales.

107. Si les conditions d'application des dispositions relatives aux clauses abusives et aux pratiques de marché déloyales seront ainsi moins exigeantes que celles exigées par les règles de concurrence, laissant présager que ces dispositions seront davantage appliquées, certains points méritent selon nous d'être soulignés.

108. Tout d'abord, il est peu probable que les entreprises victimes de comportements abusifs, menant à l'imposition de clauses abusives ou de pratiques déloyales, fassent effectivement usage des moyens qui leur sont donnés pour faire cesser ces comportements. En effet, comme déjà souligné, le *fear factor* est un élément récurrent dans les relations commerciales qui dissuade les entreprises de faire valoir leurs droits et de dénoncer les pratiques dont elles sont victimes par crainte des représailles économiques qui s'en suivront de la part de leur partenaire commercial. C'est pourquoi l'intervention des ministres de l'Economie et des Classes moyennes nous paraît être un élément essentiel de la loi. Notons que, en France, l'action du ministre de l'Economie n'est pas négligeable dans la lutte contre les pratiques déloyales, en particulier dans le secteur de la grande distribution⁷⁸.

109. Ensuite, il est peu probable que les actions en cessation introduites par les entreprises ou les ministres de l'Economie et des Classes moyennes soient suffisantes pour dissuader les entreprises de recourir à des clauses abusives ou des pratiques déloyales dans le cadre de leurs relations commerciales B2B. En effet, là où l'application des règles de concurrence conduirait à imposer aux entreprises abusant d'une situation de dépendance économique des amendes non négligeables, il n'est pas certain que l'action en cessation, nécessairement dirigée contre un acte précis, aboutisse à un effet suffisamment dissuasif. Certes, l'ordre de cesser la pratique litigieuse peut être assorti d'une astreinte, et peut éventuellement être suivi d'une action en dommages et intérêts. Ces mesures, visant des actes spécifiques affectant le requérant, ne seront toutefois pas de nature à faire cesser le recours à des clauses abusives ou à des pratiques déloyales mises en œuvre dans le cadre d'autres relations commerciales ou à prévenir le recours à de telles clauses et pratiques dans le futur. On peut donc regretter à cet égard que la loi n'ait pas donné aux ministres compétents la faculté de demander au tribunal l'imposition d'une amende civile en cas de clauses abusives ou de pratiques déloyales, comme cela est prévu dans la législation française⁷⁹.

110. Enfin, s'agissant des dispositions relatives aux clauses abusives, il y a lieu de souligner qu'elles ne s'appliqueront qu'aux contrats conclus, renouvelés ou modifiés après leur entrée en vigueur, à savoir le 1^{er} décembre 2020, et ne s'appliqueront donc pas aux contrats en cours à cette date. Cette différence de traitement paraît difficilement justifiable dans la mesure où les dispositions en question sont décrites

^{76.} A cet égard, voy. p. ex. le Panorama de Jurisprudence sur le déséquilibre significatif (116 décisions commentées) disponible à : www.lettredesre-seaux.com/P-2305-451-A1-desequilibre-significatif-article-442-6-i-2-du-code-de-commerce.html. Voy. égal. : L. VOGEL et J. VOGEL, *Le déséquilibre significatif*, Dossier CDC, 2^e éd., 2016, disponible à : www.law-lex.com/wp-content/uploads/2019/05/Dossier-CDC_D%C3%A9s%C3%A9quilibre-significatif.pdf.

^{77.} Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003, p. 71.

^{78.} La liste des décisions rendues à la suite d'une action du ministre de l'Economie sont reprises sur le site Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, www.economie.gouv.fr/dgcrf/Publications/Sanctions-et-injonctions.

^{79.} A noter que les amendes infligées en France peuvent s'élever à plusieurs dizaines de millions d'euros et, partant, également conduire à dissuader les entreprises de recourir à des pratiques jugées déloyales.

dans les travaux préparatoires comme étant de droit impératif, de sorte que les parties à un contrat ne devraient pouvoir y déroger⁸⁰. Certaines entreprises risquent donc de rester soumises à des clauses jugées abusives malgré l'entrée en vigueur de la loi, sauf si elles parviennent à établir que ces clauses constituent un abus de dépendance économique au sens de l'article IV.2/1 du CDE, ce qui paraît illusoire.

C. Articulation avec les textes européens

111. La problématique des pratiques déloyales résultant d'un déséquilibre dans les relations entre entreprises a, depuis une dizaine d'années, également retenu l'attention des institutions européennes. Différentes initiatives ont été prises au niveau de l'Union européenne afin d'investiguer sur les pratiques mises en œuvre dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et leurs effets sur les producteurs et autres petites entreprises de transformation alimentaire⁸¹. Toutefois, jusqu'à récemment, ces initiatives n'avaient pas été suivies par l'adoption d'actions concrètes et contraignantes par les institutions européennes, conduisant donc les Etats membres à agir au niveau national pour tenter d'endiguer la problématique des pratiques déloyales.

112. C'est finalement en avril 2019, très peu de temps donc après l'adoption de la loi belge, qu'un texte a été adopté au niveau de l'Union européenne sous la forme d'une directive sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire (ci-après la « directive »)⁸².

113. Sans entrer dans les détails de la directive, il y a lieu de souligner que celle-ci vise à instaurer dans tous les Etats membres une norme de protection minimale contre les pratiques commerciales déloyales. Le champ d'application de cette directive est toutefois limité. Ainsi, ne sont visées que les pratiques commerciales déloyales mises en œuvre dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire. Par ailleurs, ne sont protégés que les fournisseurs (producteurs ou entreprises de transformation alimentaire) constitués en PME en ce

qui concerne leurs ventes à des acheteurs considérés comme plus puissants – cette puissance relative étant définie sur la base des chiffres d'affaires respectifs des parties. Il y a lieu également de relever que la directive ne contient par une norme générale d'interdiction mais une liste de pratiques spécifiques, pouvant également prendre la forme de clauses contractuelles, qui doivent être interdites. Sont visées les pratiques couramment mises en œuvre par les grandes chaînes de distribution telles que l'exigence de paiements injustifiés, la modification unilatérale ou rétroactive des modalités du contrat de fourniture ou encore le renvoi ou l'annulation de commandes à brève échéance.

114. Les pratiques visées par la directive entrent déjà probablement dans le champ d'application des dispositions relatives aux clauses abusives ou aux pratiques de marché déloyales adoptées par le législateur belge dans la mesure où elles peuvent être considérées comme créant un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ou ne sauraient être considérées comme étant conformes aux pratiques honnêtes du marché. Toutefois, la transposition de cette directive en droit interne exigera que ces pratiques soient expressément mentionnées dans le CDE, ce qui aura le mérite selon nous de renforcer la sécurité juridique et de faciliter les actions des entreprises à l'encontre de ces pratiques.

115. Outre la précision quant aux pratiques qui doivent être considérées comme déloyales conformément à la directive, la législation belge qui visera à transposer cette directive devra également prévoir des dispositions particulières s'agissant de la mise en œuvre des interdictions énoncées dans le texte européen. La directive exige en effet des Etats membres qu'ils désignent une autorité chargée de l'application des interdictions en question, laquelle devra être en mesure d'agir de sa propre initiative ou sur la base de plaintes déposées par des parties lésées. Cette autorité devra par ailleurs disposer des pouvoirs nécessaires lui permettant de collecter efficacement toute information factuelle au moyen de demandes d'informations, d'ordonner la cessation d'une pratique illicite ou encore d'infliger une sanction pécuniaire.

⁸⁰. Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'abus d'une position dominante significative, amendements, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, Doc. 54-1451/003, pp. 34 et 35. Voy. égal., J. LEONARD et E. PIETERS, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence. Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019/1, p. 20.

⁸¹. Voy. not. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe, COM(2009) 591; Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, COM(2013) 037 final; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, COM(2004) 472 final. Voy. égal. les différentes résolutions adoptées à cet égard par le Parlement européen: résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur les prix des denrées alimentaires en Europe [2008/2175(INI)]; résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur des revenus équitables pour les agriculteurs: une chaîne d'approvisionnement alimentaire plus performante en Europe [2009/2237(INI)]; résolution du Parlement européen du 5 juillet 2011 sur un marché du commerce de détail plus efficace et plus équitable [2010/2109(INI)]; résolution du Parlement européen du 19 janvier 2012 sur les déséquilibres de la chaîne d'approvisionnement alimentaire [2011/2114(INI)]; résolution du Parlement européen du 7 juin 2016 sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire [2015/2065(INI)].

⁸². Directive (EU) n° 2019/633 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire (*J.O.*, L. 111, 25 avril 2019, p. 59). Cette directive devra être transposée en droit belge pour le 1^{er} mai 2021.

116. L'exigence de désigner une autorité publique en vue de faire respecter les interdictions prévues dans la directive soulève de notre part deux observations. La première concerne la portée du contrôle dont sera chargée cette autorité en Belgique. Il serait en effet surprenant que seules les pratiques déloyales visées dans la directive soient soumises à son contrôle. Il est donc probable que l'ensemble des pratiques déloyales prévues par le CDE, mais également les clauses abusives interdites en droit belge, puissent à l'avenir être poursuivies et sanctionnées par l'autorité indépendante qui aura été désignée en application de la directive.

117. La seconde observation porte sur la question de savoir quelle autorité sera investie de la mission de garantir le respect des interdictions relatives aux pratiques déloyales et aux clauses abusives. Il y a lieu en effet de souligner que le légis-

lateur belge ne semble pas vouloir investir l'ABC d'une mission allant au-delà de la protection de la concurrence. Or, les dispositions relatives aux pratiques déloyales ne visent pas à assurer le maintien d'une concurrence effective sur le marché mais à assurer la loyauté et l'équité dans les relations entre entreprises. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles, contrairement à ce qui est prévu dans la législation française dont il s'est inspiré, le législateur a fait le choix de ne pas prévoir la possibilité pour l'ABC d'introduire une action en cessation si cette dernière constatait, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique déloyale. La question reste donc ouverte de savoir quelle autorité sera (créée et) chargée de contrôler l'interdiction des pratiques déloyales pour répondre aux exigences imposées par la directive.

CONCLUSION

118. L'intervention du législateur belge aux fins de réguler les relations entre entreprises lorsque ces dernières s'adonnent à des pratiques abusives ou déloyales était souhaitable et attendue, notamment au sein d'une Union européenne où la tendance va globalement vers davantage de protection offerte par les législations nationales aux opérateurs économiques victimes de telles pratiques. Par ailleurs, les deux volets prévus par la loi – destinés à être complémentaires au vu des finalités différentes qu'ils poursuivent –, ainsi que leur caractère général – en ce qu'ils s'appliquent à tous les secteurs et prévoient des normes générales d'interdiction –, semblent répondre adéquatement aux différentes préoccupations exprimées. En effet, bien que ce soit dans le secteur de la grande distribution que les nouvelles dispositions nous paraissent pouvoir être particulièrement utiles, il est évident que les pratiques abusives et déloyales ne se limitent pas à un secteur en particulier et évoluent constamment.

119. En érigeant les abus de dépendance économique en infractions du droit de la concurrence, la loi permet d'apporter une réponse forte à des pratiques qui portent atteinte à l'intérêt général. En complétant ce volet « concurrence » par des dispositions relatives aux clauses abusives et aux pratiques déloyales, la loi répond en outre à un besoin minimum d'équité dans les relations commerciales qui justifie qu'une certaine limitation soit apportée au principe de la liberté contractuelle.

120. Au vu des difficultés que pourra susciter l'application de l'article IV.2/1 du CDE relatif aux abus de dépendance économique – résultant principalement de l'exigence d'une d'affectation de la concurrence qui sera difficile à établir pour les entreprises mais également du manque de moyens de l'ABC qui pourrait conduire cette dernière à ne pas investir dans la poursuite de tels abus –, le recours à cette disposition pourrait être négligé, ce qui serait regrettable. L'inter-

diction des abus de dépendance économique est en effet essentielle pour assurer une concurrence effective sur le marché, laquelle, comme on l'a vu, est susceptible d'être affectée par une entreprise même si celle-ci ne détient pas une position dominante.

121. Il est dès lors indispensable selon nous de donner à l'ABC les moyens nécessaires pour assurer une application effective des nouvelles règles en matière de concurrence mais également de veiller à ce que la condition de l'affectation de la concurrence ne reçoive pas une interprétation trop restrictive.

122. Les difficultés que pourraient poser l'application du volet « concurrence » conduiront probablement les entreprises à se tourner davantage et prioritairement vers les dispositions relatives aux clauses abusives et aux pratiques déloyales prévues dans le second volet de la loi. Ces dernières dispositions permettront certes de rééquilibrer dans une certaine mesure les relations entre entreprises, pour autant que le *fear factor* soit surmonté et/ou que les ministres de l'Economie et des Classes moyennes s'investissent effectivement et poursuivent les pratiques interdites devant les tribunaux. Toutefois, à défaut de sanctions pouvant être demandées et infligées en cas d'infractions, elles n'auront aucun effet dissuasif pour les entreprises qui continueront à exploiter abusivement leur position de force en misant sur l'absence d'action menée par leurs partenaires commerciaux ou les ministres compétents.

123. L'adoption de la directive sur les pratiques déloyales pourrait à cet égard s'avérer prometteuse. En effet, bien que son champ d'application soit nettement plus limité que celui de la loi, sa transposition en droit belge pourrait conduire le législateur à instaurer un nouveau système de poursuites et de sanctions pour l'ensemble des clauses abusives et prati-

ques déloyales interdites par le CDE. Ce système conférerait à une autorité indépendante, que ce soit l'ABC ou une autre entité, le pouvoir d'imposer des amendes pour sanctionner les clauses abusives ou pratiques déloyales même si celles-ci n'affectent pas la concurrence en tant que telle, ce qui con-

tribuerait probablement davantage à mettre fin, ou du moins à réduire le recours à des clauses jugées abusives ou des pratiques jugées déloyales couramment mises en œuvre dans certains secteurs.