

Il s'agit d'une atteinte à la liberté d'expression qui est nécessaire dans une société démocratique pour éviter qu'une atteinte soit portée, sans nécessité, à la réputation d'autrui.

Le docteur P. n'explique d'ailleurs pas en quoi l'atteinte ici visée à sa liberté d'expression irait au-delà de cette nécessaire ingérence.

(...)

Par ces motifs:

Nous, Nathalie Bonhomme-Iouck, juge f.f. de présidente du tribunal de l'entreprise de Liège (art. 319 C. jud.), assistée de Céline Closse, greffier,

Statuant contradictoirement,

Recevons les demandes et les disons fondées.

Constatons qu'en:

– envoyant des messages à des médecins ou à des professionnels de la santé, comme notamment ses courriers des 15 et 18 août 2017, 29 septembre 2017 et 20 novembre 2019, qui visent explicitement le docteur N. et la société par actions simplifiée de droit français MI en critiquant leurs produits par les termes « aspect éthique », « publiquement mis en cause », « manque de support scientifique » et « pratiques non étayées par des preuves scientifiques suffisantes », le docteur P. réalise une publicité comparative illicite, dès lors qu'il se réfère aux produits des demandereses de manière trompeuse, sans comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits, et de manière à entraîner le dénigrement de ces produits, en violation des articles VI.17, § 1^{er}, 1^o, 3^o et 5^o et VI.17, § 2, du CDE *jo.* articles VI.104, VI.104/1, 1^o, VI.105, 1^o et 2^o et VI.105/1 du CDE;

– envoyant de tels messages, le docteur P. réalise une prati-

que du marché trompeuse, par laquelle il communique à une autre entreprise des informations de nature à l'induire en erreur et susceptibles de l'amener à prendre une décision qu'elle n'aurait pas prise autrement à l'égard du docteur N. et de la société par actions simplifiée de droit français MI et des produits qu'elles commercialisent, en violation des articles VI.104, VI.104/1, 1^o, VI.105, 1^o et 2^o et VI.105/1 du CDE;

– en envoyant de tels messages, le docteur P. réalise une communication dénigrante, de nature à jeter le discrédit sur le docteur N. et la société par actions simplifiée de droit français MI et les produits qu'elles commercialisent, en violation de l'article VI.104 du CDE.

En conséquence, ordonnons au docteur P. de cesser d'envoyer, notamment à des médecins ou à des professionnels de la santé, par courrier ou par tout autre moyen, écrit ou oral, des messages qui visent explicitement ou implicitement le docteur N. et la société par actions simplifiée de droit français MI et/ou leurs produits et créent ou sont susceptibles de créer, notamment par l'usage des termes « aspect éthique », « publiquement mis en cause », « manque de support scientifique », « pratiques non étayées par des preuves scientifiques suffisantes » ou tout autre terme comparable, une publicité comparative illicite, une pratique du marché trompeuse, une communication dénigrante ou tout autre acte contraire aux pratiques honnêtes du marché.

Condamnons le docteur P. au paiement d'une astreinte de 5.000 EUR par message qui interviendrait en contrariété aux présents ordres de cessation, à compter du lendemain de la signification de la présente décision, quels qu'en soient la forme et le destinataire.

Disons pour droit que le montant total des astreintes ne pourra pas dépasser 50.000 .

(...)

Noot

Het verbod op misleidende en agressieve marktpraktijken in de B2B-verhouding: eerste toepassingen in de rechtspraak

Sofie DE POURCQ¹

INLEIDING

1. Een wet van 4 april 2019 heeft de bescherming in de B2B-verhouding sterk uitgebreid.² De wet bestaat uit drie

luiken. Ze creëert een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid³, een verbod op onrechtmatige

¹. Doctor in de rechten en advocaat bij IP Porta. Ze schreef een doctoraat over oneerlijke handelspraktijken en oneerlijke bedingen in de contractuele B2B-verhouding: S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 777 p.

². Wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen (*BS* 24 mei 2019, p. 50.066).

³. Art. IV.2/1 Wetboek van economisch recht (hierna: WER).

bedingen⁴ en verbiedt ook misleidende⁵ en agressieve⁶ marktpraktijken tussen ondernemingen. De wet werd al veelvuldig becommentarieerd in de rechtsleer.⁷

2. De bepalingen over misleidende en agressieve marktpraktijken zijn in werking getreden sinds 1 september 2019.⁸ Sindsdien wordt de open norm over oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, die is opgenomen in artikel VI.104 Wetboek van economisch recht (hierna: WER), aangevuld door artikel VI.104/1 WER. Die nieuwe bepaling stelt dat misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen in het bijzonder oneerlijk zijn in de zin van artikel VI.104 WER.

Het verbod op misleidende en agressieve marktpraktijken biedt dus een nieuwe grondslag voor geschillen in de B2B-verhouding. Ondertussen zijn (een van?) de eerste toepassingsgevallen bekend. In de herfst van 2020 oordeelde de

voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik in twee uitspraken over de toepassing van het verbod op misleidende marktpraktijken tussen ondernemingen. In de eerste beschikking moest de voorzitter ook nagaan of het verbod op agressieve marktpraktijken was geschonden. Hoewel beide zaken verband houden met de medische sector, zijn de feiten telkens zeer verschillend.

3. Voor een goed begrip lichten we hieronder eerst kort de kern toe van de bepalingen over misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen.⁹ Daarna bespreken we achtereenvolgens beide uitspraken. Aangezien de aard van de beweerd misleidende/agressieve marktpraktijk in beide zaken zo uiteenlopend is, analyseren we de twee beschikkingen afzonderlijk. Ook de regels over vergelijkende reclame en slechtmaking zullen aan bod komen.

I. VERBOD OP MISLEIDENDE EN AGRESSIEVE MARKTPRAKTIJKEN TUSSEN ONDERNEMINGEN

1. Verbod op misleidende marktpraktijken

4. Het verbod op misleidende marktpraktijken¹⁰ tussen ondernemingen is opgenomen in artikel VI.105 WER. De kern van het verbod luidt als volgt¹¹:

*“Als misleidend wordt beschouwd een **marktpraktijk** die **gepaard gaat met onjuiste informatie** en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, een onderneming op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, **bedriegt of kan bedriegen** ten aanzien*

*van een of meer van de volgende elementen, en haar er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een **besluit over een transactie te nemen dat zij anders niet had genomen.**”*

Een marktpraktijk is dus slechts misleidend indien drie voorwaarden zijn vervuld. Volgens Keirsbilck moet de toepassing van dit verbod worden beoordeeld vanuit het standpunt van de “gemiddelde” onderneming en niet de “concrete” onderneming die de bepaling opwerpt.¹²

4. Art. VI.91/1-IV.91/10 WER.

5. Art. VI.104/1, 2°, VI.105, VI.105/1 WER.

6. Art. VI.104/1, 2°, VI.109/1, VI.109/2 WER.

7. C. BINET, “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?”, *TBH* 2019, 838-860; I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, *RW* 2019-20, 323-345; I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2)”, *RW* 2019-20, 363-379; W. DEVROE, E. TERRYEN en B. KEIRSBILCK (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 242 p.; S. GEIREGAT en R. STEENNOT, “Impact van de B2B-wet op de wilsautonomie en de rechtszekerheid: een rechtsvergelijkende analyse”, *TPR* 2019, 973-1053; R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude (Première partie)”, *JT* 2020, 273-285; R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude (Seconde partie)”, *JT* 2020, 302-316; D. PHILIPPE et G. SORREAU, “L’abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises: premiers regards sur la loi du 4 avril 2019”, *DAOR* 2019, 22-51; G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, 3-13; J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, “De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar”, *SEW* 2019, 374-394; T. TANGHE, “Sancties voor onrechtmatige bedingen in ondernemingscontracten in het licht van de b2b-wet van 4 april 2019”, *TBH* 2019, 1194-1210.

8. Het gaat over art. 24 t.e.m. 35 en art. 36, a) en c) van de wet van 4 april 2019 (zie art. 39, eerste lid).

9. Dit deel is deels een herwerking van de bijdrage S. DE POURCQ, “De impact van de wet van 4 april 2019 op de contractuele B2B-verhouding” in *Verbintenissenrecht in de onderneming, VPG-studiecyclus 2020*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 41-88.

10. De wetgever houdt vast aan het terminologische onderscheid tussen “marktpraktijken” (B2B) en “handelspraktijken” (B2C). Terwijl het laatstgenoemde begrip wordt gedefinieerd in de wet (art. I.8, 23° WER), ontbreekt een definitie van het begrip “marktpraktijk”. Zie ook B. KEIRSBILCK, “Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak?” in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRYEN (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 165-167, nrs. 38-40 (hierna: “B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRYEN (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*”).

11. Eigen benadrukking.

12. B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRYEN (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 174, nr. 56, 176-177, nr. 60, 178, nr. 62, 182, nr. 70 en 182, nr. 71.

5. (i) Ten eerste moet er sprake zijn van misleiding. Net zoals bij de B2C-verhouding, viseert het verbod niet alleen de situatie waarbij een onderneming *onjuiste* informatie verstrekt over een of meerdere elementen die in de wet zijn vermeld. Ook indien de onderneming *correcte* informatie meedeelt kan er sprake zijn van een misleidende marktpraktijk, voor zover ze de andere onderneming daardoor (potentieel) bedriegt.¹³

(ii) Vervolgens moet de marktpraktijk betrekking hebben op een van de elementen die zijn opgesomd in artikel VI.105 WER.^{14,15} Het betreft bijvoorbeeld het bestaan of de aard van het product en de voornaamste kenmerken ervan, zoals de samenstelling en de hoeveelheid.¹⁶

(iii) Er is echter pas sprake van een verboden misleidende marktpraktijk indien de onderneming daardoor een besluit over een transactie neemt dat zij anders niet had genomen.¹⁷ De wet geeft de volgende definitie van een “besluit over een transactie” in de B2B-context¹⁸:

“Elk besluit van een onderneming over de vraag of, en desgevallend onder welke voorwaarden zij een overeenkomst sluit, verderzet of ervan afziet, geheel of gedeeltelijk betaalt, of een contractueel recht uitoefent in verband met een product, ongeacht of deze al dan niet tot handelen overgaat.”

Niet alleen de aankoopbeslissing van een onderneming, maar ook de verkoopbeslissing valt onder die definitie.¹⁹ Die derde voorwaarde kan overigens worden beschouwd als de concretisering van de schadevereiste van artikel VI.104 WER (“aantasting van de potentiële beroepsbelangen”).²⁰

6. Naar analogie met de bepalingen over de B2C-verhouding, voegt de wetgever daarnaast een bepaling over “misleidende omissie” toe (art. VI.105/1 WER).²¹ In dat geval ontstaat de misleidende marktpraktijk doordat de ene onderneming informatie *verzwijgt* die essentieel is voor de andere onderneming om een geïnformeerd besluit over de transactie te nemen.²²

7. Het verbod op misleidende marktpraktijken tussen ondernemingen, inclusief het verbod op misleidende omissie, is duidelijk geënt op de equivalente bepaling die geldt in de B2C-verhouding. Wegens die gelijkenis, pleit de rechtsleer ervoor om de rechtspraak van het Hof van Justitie over het verbod in de B2C-verhouding en de daarin gebruikte (open) begrippen ook toe te passen in de B2B-verhouding.^{23,24}

2. Verbod op agressieve marktpraktijken

8. De algemene norm over agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen is terug te vinden in artikel VI.109/1 WER. Volgens die bepaling is er sprake van een verboden agressieve marktpraktijk indien een marktpraktijk:

“In haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de onderneming met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor zij ertoe wordt

¹³. Art. VI.105 WER.

¹⁴. “1° het bestaan of de aard van het product; 2° de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procedé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles; 3° de reikwijdte van de verplichtingen van de onderneming, de motieven voor de marktpraktijk en de aard van het verkoopproces, elke verklaring of symbool dat doet geloven dat de onderneming of het product sponsoring of directe of indirecte steun krijgt; 4° de prijs of de wijze waarop de prijs wordt berekend, of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel; 5° de noodzaak van een dienst, onderdeel, vervanging of reparatie; 6° de hoedanigheid, kenmerken en rechten van de onderneming of haar tussenpersoon, zoals haar identiteit, vermogen, kwalificaties, status, erkenning, affiliatie, connecties, industriële, commerciële of intellectuele eigendomsrechten of haar bekroningen en onderscheidingen; 7° de rechten van de andere onderneming, of de risico's die zij eventueel loopt; 8° marketing van een product, onder andere door vergelijkende reclame, op zodanige wijze dat verwarring wordt geschapen met andere producten, handelsmerken, handelsnamen en andere onderscheidende kenmerken van een concurrent; 9° de niet-nakoming door de onderneming van verplichtingen die opgenomen zijn in een sectorale gedragscode waaraan zij zich heeft gebonden, voor zover het niet gaat om een intentieverklaring maar om een verplichting die verifieerbaar is; 10° het mededelen van afbrekende gegevens over een andere onderneming, haar goederen, diensten of activiteit.”

¹⁵. Voor een bespreking, zie B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 177, nr. 61.

¹⁶. Respectievelijk art. VI.105, 1° en art. VI.105, 2° WER.

¹⁷. Art. VI.105 WER.

¹⁸. Art. VI.103/1 WER.

¹⁹. B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 178, nr. 63.

²⁰. *O.c.*, 173, nr. 53.

²¹. Art. VI.105/1 WER.

²². *Ibid.*

²³. R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B”, (273) 275, nr. 2, d); B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 173 – 174, nr. 55.

²⁴. Voor het verbod op onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen is een dergelijke toepassing van de rechtspraak van het Hof van Justitie naar analogie daarentegen niet toegestaan. Dat volgt uit de parlementaire voorbereiding: wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft – amendementen (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/003, 24-25). TERRY pleit echter een genuanceerde visie op dit vlak. Ze stelt dat het “aangewezen [is] om geval per geval te bekijken of er redenen zijn om af te wijken wat de b2b-interpretatie betreft van een parallelle bepaling”: E. TERRY, “Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen” in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (95) 97-98, nr. 7.

*gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat zij anders niet had genomen.”*²⁵

Ook hier onderscheiden we drie voorwaarden. Er moet immers sprake zijn van (i) een vorm van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding die (ii) de keuzevrijheid of vrijheid van handelen van de onderneming ten aanzien van een bepaald goed of dienst aanzienlijk beperkt of kan beperken. Net zoals bij misleidende marktpraktijken, is het bovendien vereist dat (iii) de marktpraktijk een (potentiële) invloed heeft op de beslissing van de onderneming over een bepaalde transactie.²⁶ Opnieuw stelt Keirsbilck dat de “gemiddelde” onderneming als referentie moet worden genomen.²⁷

9. De eerste voorwaarde vereist dus de aanwezigheid van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. Artikel VI.109/2 WER preciseert welke elementen een rol spelen bij de vraag of er sprake is van een van die drie begrippen. Zo zal volgens artikel VI.109/2 WER ook “de contractuele positie van een onderneming ten aanzien van een andere onderneming” relevant zijn bij die beoordeling.²⁸ Dat element zou bijvoorbeeld kunnen verwijzen naar de positie van economische afhankelijkheid van de ene onderneming.²⁹ Zoals vermeld in de inleiding, creëert de wet van 4 april 2019 immers ook het nieuwe concept van “economische afhankelijkheid”.³⁰ Voor de B2C-verhouding zou een dergelijke toevoeging weinig zin hebben. Er wordt immers verondersteld dat de consument de minder sterke contractuele positie heeft.³¹

Het belangrijke begrip “ongepaste beïnvloeding” vormt een “catch all-begrip”, dat bijgevolg op verschillende situaties

kan worden toegepast.³² Het wordt in de wet zelf omschreven als³³:

“Het uitsluiten door een onderneming van een machtspositie ten aanzien van de andere onderneming om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die haar vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt.”

De rechtsleer beklemtoont dat het correcter was geweest om te verwijzen naar de mogelijkheid om een *vrij* besluit te nemen in plaats van een *geïnformeerd* besluit.³⁴ Verder verduidelijkt de parlementaire voorbereiding dat “machtspositie” hier niet moet worden geïnterpreteerd zoals in het mededingingsrecht. Het verwijst louter naar “een situatie van ongelijkheid tussen een sterke en een zwakke partij”.³⁵

Daarnaast geeft de parlementaire voorbereiding de volgende definitie van het begrip “dwang” in deze context³⁶:

“Een actieve gedraging van een professionele actor ten nadele van een andere onderneming, met de bedoeling op die onderneming op ongepaste wijze druk uit te oefenen, ze met alle middelen, ook via fysiek geweld, te verplichten een beslissing te nemen die ze normaal gezien niet zou genomen hebben.”

10. Voor het begrip “transactiebesluit”, verwijzen we naar de toelichting in randnr. 5, onder (iii). Verder meent de rechtsleer ook wat agressieve marktpraktijken betreft dat de rechtspraak van het Hof van Justitie over de gelijkaardige verbodsbepaling in de B2C-verhouding, naar analogie kan worden toegepast.³⁷

II. VOORZ. ORB. LUIK 29 SEPTEMBER 2020

1. Feiten

11. In de beschikking van 29 september 2020 waren de beweerdte oneerlijke marktpraktijken van VZW Groupe Santé CHC (hierna: VZW CHC) aan de orde.

VZW CHC verenigt verschillende zorginstellingen in de provincie Luik, waaronder vier ziekenhuizen en meerdere rusthuizen. Er is dan ook een groot aantal dokters verbonden aan die VZW. Net als elke andere arts, zijn zij deontologisch verplicht om een burgerrechtelijke beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. In 2017 besloot CHC om een

²⁵. Art. VI.109/1, eerste lid WER (eigen benadrukking).

²⁶. Ook hier geldt de definitie van het begrip “besluit over een transactie” van art. VI.103/1 WER.

²⁷. B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 188, nr. 86.

²⁸. Volgens de parlementaire voorbereiding werd dit toegevoegd voor de situaties waarbij een onderneming een vooraf opgestelde overeenkomst gebruikt om druk uit te oefenen op de andere onderneming: *o.c.*, 73.

²⁹. I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019 (Deel 1)”, (363) 377, nr. 31.

³⁰. Art. IV.2/1 WER.

³¹. HvJ 16 april 2015, C C-59/12, -388/13, *Nemzeti / UPC Magyarorszag*, ECLI:EU:C:2015:225, overw. 53; HvJ 3 oktober 2013, *BKK Mobil Oil / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, EU:C:2013:634, overw. 35.

³². *Ibid.*, 70.

³³. Art. VI.109/1, tweede lid WER.

³⁴. I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019 (Deel 2)”, (363) 376, nr. 31; B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 186, nr. 84 en 188, nr. 86.

³⁵. Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van economisch recht, 71.

³⁶. *Ibid.*

³⁷. R. JAFFERALLI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B”, (273) 275, nr. 2, d); B. KEIRSBILCK in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 173 – 174, nr. 55; *supra*, randnr. 7.

collectieve polis te ondertekenen, waarbij elke dokter zich verplicht moet aansluiten. Die verplichting werd opgenomen in het algemene reglement van VZW CHC.

In 2017 had een honderd- à tweehonderdtal dokters van CHC een *individuele* beroepsaansprakelijkheidsverzekering ondertekend bij de verzekeraar AMMA, via de tussenkomst van een groep van verzekeringsmakelaars, RGF Group. Doordat die dokters op een bepaald moment verplicht werden om toe te treden tot de collectieve polis, verviel voor hen de noodzaak om een individuele polis af te sluiten.

12. Om de collectieve polis tot stand te doen komen, liet VZW CHC begin 2018 een openbare aanbesteding voor verzekeringsmakelaars uitschrijven. Om ongekenne redenen, diende verzekeringsmakelaar RGF toen echter geen offerte in.

13. In een omzendbrief van 19 september 2019 informeerde VZW CHC de dokters over de stand van zaken. De verplichting om aan te sluiten tot de collectieve verzekering zou ingaan op 1 januari 2020, ook al was de opdracht op het moment van de omzendbrief nog niet toegewezen. Die timing kwam overeen met de initiële timing. De dokters werden geïnformeerd dat de totale premie voor alle dokters ongeveer 20% lager zou zijn dan het totaalbedrag van alle premies die de dokters in 2019 individueel hadden betaald. Daarnaast werd de dokters meegedeeld dat ze hun individuele polis wel konden behouden, maar dat ze dan “*tweemaal zouden betalen voor hetzelfde*”. Bij de omzendbrief was ook een modelbrief toegevoegd waarmee de dokters, indien gewenst, hun individuele polis konden opzeggen. Volgens de omzendbrief moest de opzeggingsbrief al vóór 30 september 2019 worden verstuurd.

De dokters hadden echter kritiek op de korte termijn waarin ze moesten beslissen om hun individuele polis al dan niet verder te zetten. Op dat moment was er immers nog geen concrete informatie over de premie van de collectieve verzekering en waren de voorwaarden nog niet gekend. Na overleg met de verzekeringsmaatschappijen die hadden deelgenomen aan de aanbesteding, werd de termijn om de individuele verzekering op te zeggen met 2 maanden verlengd, tot 30 november 2019.

Toen nadien bleek dat de aanbesteding niet tijdig kon worden afgerond, besloot de VZW om de verplichte aansluiting tot de collectieve verzekering een jaar uit te stellen, tot 1 januari 2021. VZW CHC informeerde de dokters dan ook in december 2019 dat ze ervoor konden kiezen om hun individuele polis nog verder te zetten in 2020. Voor de dok-

ters die daar niet voor kozen, zou een tijdelijke dekking worden geregeld.

2. Juridische beoordeling

14. In april 2020 stelde verzekeringsmakelaar RGF een vordering tot staking in bij de voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik. De vordering was gericht tegen de verplichting die VZW CHC haar dokters oplegde om toe te treden tot de collectieve verzekering. Veel dokters van VZW CHC hadden vóór die beslissing van VZW CHC immers een individuele verzekering afgesloten via RGF. *De facto* wou de verzekeringsmakelaar op die manier ontsnappen aan de gevolgen van haar keuze om niet deel te nemen aan de openbare aanbesteding. Die poging bleek echter tevergeefs.

RGF beriep zich op het verbod op misleidende marktpraktijken, het verbod op agressieve marktpraktijken en het verbod op kartelafspraken. Vooraleer we de toepassing van die grondslagen in deze zaak bespreken, is het nuttig om kort stil te staan bij de partijen die hierbij zijn betrokken.

(i) Partijen: belanghebbende versus VZW-onderneming

15. Het verbod op misleidende marktpraktijken en het verbod op agressieve marktpraktijken wordt hier niet opgeworpen door de rechtstreeks betrokken onderneming die zou zijn misleid of zou zijn getroffen door een agressieve marktpraktijk. De eisende partij, RGF, is immers niet een van de artsen van CHC. Bijgevolg kan RGF de vordering tot staking enkel instellen indien ze als belanghebbende kan worden beschouwd in de zin van artikel XVII.7, 1° WER. Daartoe is vereist dat ze een rechtstreeks en persoonlijk belang bezit in de zin van artikelen 17 en 18 Ger.W.³⁸ Dat belang kan RGF aantonen aan de hand van artikel VI.104 WER³⁹, aangezien de betwiste praktijken haar beroepsbelangen zouden (kunnen) aantasten. In de beschikking wordt het belang van RGF echter niet onderzocht.

16. De vordering tot staking richt zich tegen de beweerdte oneerlijke praktijken van een VZW. De VZW CHC verenigt meer bepaald verschillende zorginstellingen, waaronder 4 ziekenhuizen en meerdere rusthuizen.

Zowel het verbod op misleidende marktpraktijken als het verbod op agressieve marktpraktijken is van toepassing op de verhouding tussen ondernemingen. Dat blijkt duidelijk uit artikel VI.104/1 WER.⁴⁰ Volgens de definitie in artikel I.8, 39° WER is een onderneming “*iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel*

^{38.} Brussel 28 juni 2019, *Jb.Markt.* 2019, 432; Bergen 18 april 2016, *Jaarboek Marktpraktijken 2016*, 619; B. KEIRSBILCK, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014). Deel oneerlijke praktijken en vordering tot staken”, *TPR* 2016, 351, nr. 163.

^{39.} Bergen 18 april 2016, *Jb.Markt.* 2016, 619; B. KEIRSBILCK, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014). Deel oneerlijke praktijken en vordering tot staken”, *TPR* 2016, 351, nr. 164.

^{40.} “Zijn in het bijzonder oneerlijk in de zin van artikel VI.104, de marktpraktijken van ondernemingen jegens andere ondernemingen die: 1° misleidend zijn in de zin van artikelen. VI.105 tot VI.109; 2° agressief zijn in de zin van de artikelen. VI.109/1 tot VI.109/3 (...)” (eigen benadrukking).

nastreeft, alsmede zijn verenigingen”.⁴¹ VZW CHC valt onder die definitie. Dat werd in 2014 zelfs al expliciet bevestigd door het hof van beroep van Luik in een zaak waarbij CHC een vordering tot staking had ingesteld tegen RGF.⁴² Ook ziekenhuizen zijn ondernemingen in de zin van artikel I.8, 39° WER.⁴³

(ii) Geen misleidende marktpraktijk

17. Ten eerste meende RGF dat VZW CHC een misleidende marktpraktijk had begaan door de omzendbrief van 19 september 2019 te versturen. RGF moest dus in de eerste plaats aantonen dat de brief misleidende informatie bevatte. Volgens de voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik bewijst RGF echter op geen enkele manier dat de informatie in de omzendbrief misleidend was op het moment waarop ze werd geschreven. Bovendien toonde RGF niet aan dat de beweerde misleidende omzendbrief een impact had gehad op het transactiebesluit van de dokters. Bijgevolg oordeelde de voorzitter dat VZW CHC zich niet schuldig had gemaakt aan een misleidende marktpraktijk.

18. De vordering van RGF over de beweerde schending van het verbod op misleidende marktpraktijken blijkt in ieder geval onvoldoende te zijn uitgewerkt. RGF blijkt gewoon te hebben gesteld dat de voorwaarden van dat verbod waren vervuld, zonder dat *in concreto* te staven. Zoals blijkt uit de korte bespreking van het verbod op misleidende marktpraktijken in randnr. 4 en 5, kan het verbod echter pas van toepassing zijn indien de drie voorwaarden zijn vervuld. Het is dan ook begrijpelijk dat de rechter de vordering heeft afgewezen.

Wellicht meende RGF dat de omzendbrief van 19 september 2019 misleidend was doordat ze vermeldde dat de verplichting zou ingaan op 1 januari 2020. Toen nadien bleek dat de aanbesteding niet tijdig kon worden afgerond, werd die verplichting uiteindelijk uitgesteld tot 1 januari 2021. De dokters konden dus toch nog hun individuele verzekering verderzetten in 2020. Het is denkbaar dat bepaalde dokters op dat moment echter al, op basis van de omzendbrief van 19 september 2019, hadden beslist om die verzekering te beëindigen.

Het feit dat de verplichting om aan te sluiten bij de collectieve verzekering uiteindelijk werd uitgesteld, zorgt er echter niet voor dat de mededeling van de oorspronkelijke datum

als misleidend moet worden beschouwd. De voorzitter oordeelde dan ook terecht dat er geen misleiding was aangehouden.

(iii) Geen agressieve marktpraktijk

19. Ten tweede beweerde verzekeringsmakelaar RGF dat VZW CHC een agressieve marktpraktijk had begaan. Die bestond volgens RGF in de verplichting om de collectieve verzekering te ondertekenen. Zoals vermeld, was die verplichting vastgelegd in het algemene reglement van VZW CHC.

Opnieuw blijkt de vordering onvoldoende te zijn beargumenteerd. Ten eerste toont RGF niet aan op welke manier VZW CHC een vorm van ongepaste beïnvloeding heeft toegepast. De voorzitter beklemtoont dat de VZW op basis van de wetgeving over de ziekenhuizen verplicht is om een algemeen reglement op te stellen waarin de juridische verhouding met de dokters wordt vastgelegd.⁴⁴ Daaruit leidt de voorzitter af dat de verplichting om zich aan te sluiten bij een collectieve verzekeringspolis, opgenomen in een algemeen reglement, niet als een vorm van ongepaste beïnvloeding kan worden beschouwd. Dat is enigszins een eigenaardige redenering. De wettelijke verplichting om een algemeen reglement op te stellen legitimeert op zich niet het idee om in dat algemene reglement de dokters te verplichten om zich aan te sluiten bij een collectieve verzekering. We volgen de voorzitter wel in die zin dat het gebruik van een algemeen reglement, waarin bepaalde verplichtingen staan, niet kan worden gelijkgesteld met het uitoefenen van ongepaste beïnvloeding. Zo kan het gebruik van algemene voorwaarden evenmin als een uiting van een ongepaste beïnvloeding worden gezien.⁴⁵

Bovendien had RGF een (potentiële) aantasting van het transactiebesluit van de dokters moeten aantonen. Ze had dus moeten bewijzen dat de dokters de collectieve verzekering niet zouden hebben ondertekend indien de toetreding tot die verzekering niet als een verplichting maar slechts als een mogelijkheid was geformuleerd. Concreet had RGF o.i. moeten hardmaken dat de collectieve polis minder voordelig was dan de individuele polissen. Volgens VZW CHC lag de totale premie in ieder geval een stuk lager dan de premies die alle dokters in 2019 hadden betaald voor hun individuele polis. Voor zover die informatie correct was, had RGF de inhoud van de polissen moeten vergelijken om alsnog aan-

⁴¹ Art. I.8, 39° WER. Voor de impact van deze afbakening op onder andere vzw's, zie E. TERRY, "Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen" in W. DEVROE, B. KEIRSILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (95) 102, nr. 15 (hierna: "E. TERRY in W. DEVROE, B. KEIRSILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*").

⁴² CHC beschuldigde RGF ervan dat RGF een slaafse, verwarringstichtende kopie van haar logo had gebruikt en van parasitaire mededinging: Luik 10 juni 2014, *Jb.Markt*. 2014, 602 en *NJW* 2015, 402, noot R. STEENNOT; G. STRAETMANS, "Art. I.8, 39° WER" in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2021, 12, nr. 22.

⁴³ Zie bv. Gent 4 januari 2012, *NJW* 2012, 70, noot R. STEENNOT; Gent 4 maart 2003, *Jb.Hand.Med.* 2003, 298 en *TGR* 2003, 162; J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, "Boek I WER en wet natuurlijke rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht" in B. KEIRSILCK en E. TERRY, *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (5) 33-34, nr. 31.

⁴⁴ Art. 144 gecoördineerde wet van 11 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen (*BS* 7 november 2008, p. 58.624).

⁴⁵ B. KEIRSILCK in W. DEVROE, B. KEIRSILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 187, nr. 85.

nemelijk te maken dat de dokters mogelijk een andere keuze zouden hebben gemaakt.

(iv) *Geen kartelafsprak*

20. Tot slot deed verzekeringsmakelaar RGF ook een beroep op het mededingingsrecht, meer bepaald het verbod op kartelafspraken in artikel IV.1 WER. Volgens RGF

vormde de verplichting die werd opgelegd aan de dokters om aan te sluiten tot de collectieve verzekering, een verboden kartelafpraak. Ook dat verbod is volgens de voorzitter echter niet geschonden. Voor meer details over de analyse door de rechter, verwijzen we naar de beschikking zelf. De focus van deze noot ligt immers op de toepassing van de recent gecreëerde B2B-bepalingen.

III. VOORZ. ORB. LUIK 17 NOVEMBER 2020

1. Feiten

21. Op 17 november 2020 volgde een tweede beschikking van de voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik over het verbod op misleidende marktpraktijken.

De procedure werd ingeleid door de Franse vennootschap MI en haar oprichtster, de gynaecoloog-verloskundige dokter N. Die dokter ontwikkelde een test die kan worden toegepast in het kader van medisch begeleide voortplanting (hierna: MBV). Die test wordt gecommmercialiseerd door MI. MI werkt onder meer samen met een Waals ziekenhuis in de buurt van Luik. Verder heeft dokter N. ook een fonds opgericht ter ondersteuning, onder meer op medisch vlak, van het eiland waarvan ze afkomstig is.

22. De verwerende partij in deze zaak is de Belgische dokter P., eveneens gynaecoloog. Tot 2006 leidde hij de MBV-dienst in het voormelde Waalse ziekenhuis in de buurt van Luik. Nadien, in 2016, startte hij een zelfstandige praktijk op. Hij bleef echter nog steeds actief in de sector van medisch begeleide voortplanting. Bovendien creëerde hij een eigen website, waarop hij een specifieke post-coïtale test promoot die volgens MI en dokter N. een concurrerende test is voor hun test.

23. De juridische discussie heeft betrekking op meerdere brieven die dokter P. heeft gericht aan dokter S., een vroegere collega van de MBV-dienst van het Waalse ziekenhuis.

De eerste drie brieven dateren van 2017 en bevatten vier punten van kritiek op dokter N. en haar vennootschap. Ten eerste betwist dokter P. het ethische, wetenschappelijke en methodologische aspect van de testen die worden uitgevoerd door MI. Ten tweede uit hij zijn twijfels bij het fonds dat dokter N. heeft opgericht. Ten derde meent hij dat het verkrijgen van de octrooien door dokter N. zich “*op de grens van het wetenschappelijk ethische*” bevindt. Tot slot stelt hij dat patiënten 450 EUR zouden besparen door een andere test te gebruiken dan die van dokter N.

Dokter S., de geadresseerde van de brieven, bezorgde ze aan de MBV-dienst van het Waalse ziekenhuis. Het ziekenhuis bezorgde de brieven op haar beurt aan de vennootschap MI

en dokter N. Vervolgens werd dokter P. in gebreke gesteld. Er volgde echter geen reactie op die ingebrekestelling.

Twee jaar later, op 20 november 2019, schreef dokter P. zijn vroegere collega, dokter S., opnieuw aan. Opnieuw betwistte hij de test van dokter N. op ethisch en wetenschappelijk vlak. Om zijn standpunt te ondersteunen, verwees hij hierbij ook naar een lezing van een andere dokter en een wetenschappelijk artikel dat toen net zou zijn verschenen. Dokter P. voegde echter geen van beide teksten toe aan zijn brief.

2. Juridische beoordeling

24. De vennootschap MI en dokter N. steunden hun vordering tot staking op drie grondslagen. Ten eerste meenden ze dat dokter P. zich door de brief van 2019 (en de eerdere brieven) schuldig had gemaakt aan verboden vergelijkende reclame. Daarnaast was er volgens hen sprake van een misleidende marktpraktijk (art. VI.105 WER), misleidende omissie (art. VI.105/1 WER) en slechtmaking (art. VI.104 WER).

De voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik bevestigt dat elk van die grondslagen in deze zaak van toepassing is.

(i) *Verboden vergelijkende reclame*

25. Ten eerste kwalificeert de voorzitter de brieven van dokter P. als verboden vergelijkende reclame in de zin van artikel VI.17 WER. Dat artikel bepaalt de voorwaarden waaronder vergelijkende reclame is toegestaan.

Artikel I.8, 14° definieert “vergelijkende reclame” als volgt:

“Elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd.”

A. Begrip “reclame” in de zin van artikel VI.17 WER jo. artikel I.8, 13° WER

26. Door de brieven van dokter P. als reclame te kwalificeren, bevestigt de voorzitter nogmaals dat een boodschap die slechts tot één persoon is gericht ook reclame kan zijn in de

zin van de wet.⁴⁶ Het volstaat dat de boodschap (in dit geval de brief) er rechtstreeks of onrechtstreeks op gericht is de verkoop van producten te bevorderen.⁴⁷

27. Om meerdere redenen is het echter niet zo evident om de betrokken brieven als reclame te beschouwen. De definitie van reclame in artikel I.8, 13° WER luidt als volgt:

“Iedere mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de verkoop van producten te bevorderen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen.”

Ten eerste is het verkoopbevorderende doel o.i. afwezig bij de betwiste brieven. De brieven lijken namelijk als enig doel te hebben dat de verkoop (aankoop) van de test van dokter N. wordt *stopgezet*. Uit de fragmenten die in het vonnis worden geciteerd, blijkt niet dat dokter P. tegelijkertijd pleit voor het gebruik van een specifieke *andere* test. Het is wel zo dat hij in de eerdere brieven stelt dat consumenten zouden kunnen besparen door een andere test dan die van dokter N. te gebruiken. Ook toen verwezen de brieven echter niet naar een *specifieke* alternatieve test. Dat wordt elders in de beschikking ook bevestigd door de voorzitter.⁴⁸

De brieven bevatten dus een negatieve, ontradende boodschap, maar geen boodschap die aanzet tot de aankoop van een andere test. In 1977 oordeelde de voorzitter van de toenmalige rechtbank van koophandel van Brussel dat er geen sprake is van reclame in het geval van louter negatieve praktijken, die bedoeld zijn om het initiatief van een ander schade toe te brengen.⁴⁹ Los van de vraag of in deze zaak ook een oogmerk om te schaden aanwezig is, kan die redenering o.i. ook hier worden toegepast.

De eisende partijen verwijzen echter naar een test die dokter P. op zijn website “promoot”. Volgens de vennootschap MI en dokter N. is die test concurrerend met de test die door MI wordt geproduceerd. O.i. is die melding op de website van de dokter echter niet relevant om deze brieven, die *niet* naar die andere test verwijzen, te beoordelen.⁵⁰

Er kan ook niet worden gesteld dat de brief *impliciet* reclame maakt voor een bepaalde alternatieve test, louter door het feit dat de brief afkomstig is van dokter P. Die dokter heeft

immers geen eigen test ontwikkeld. De brief gaat dus niet uit van de producent van een alternatieve test (zie ook *infra*, randnr. 28). Volledigheidshalve wijzen we erop dat de brief evenmin kan worden beschouwd als reclame voor de *diensten* die dokter P. zelf aanbiedt op het vlak van MBV. De brief is immers gericht tot een collega-dokter die zelf actief is op een MBV-afdeling; niet tot een potentiële *gebruiker* van de test. Het enige voorwerp van de mededeling is dan ook de test die dokter N. heeft ontwikkeld en die dokter S. mogelijk zou *toepassen* in het kader van haar behandelingen.

Ook de ruime interpretatie van het reclamebegrip door het Hof van Justitie in de zaak *Belgian Electronic Sorting Technology NV* leidt o.i. niet tot een andere besluit. Volgens het Hof volstaat het dat de verkoopbevorderende mededeling het economische gedrag van de consument kan beïnvloeden en dus een negatieve weerslag kan hebben voor de concurrenten.⁵¹ Het verkoopbevorderende karakter blijft echter een voorwaarde. Zoals vermeld, is dat o.i. afwezig. Het is daarentegen wel aannemelijk dat de mededeling een potentiële invloed heeft op de wijze waarop dokter S., aan wie de brief is gericht, haar patiënten zal behandelen.

28. Voor zover de brieven dan al een verkoopbevorderende mededeling zouden vormen, is daarnaast vereist dat de mededeling de verkoop *van eigen te koop aangeboden producten* bevordert.⁵² Ook die voorwaarde is o.i. niet vervuld, aangezien dokter P. geen eigen test heeft ontwikkeld of produceert. Het enige product dat dokter P. aanbiedt, zijn zijn diensten als gynaecoloog. Zoals vermeld, heeft de betrokken mededeling echter geen betrekking op die diensten, maar op een bepaalde test die kan worden gebruikt in het kader van MBV.

B. Begrip “reclame voor geneesmiddelen”

29. De voorzitter vermijdt echter de bovenvermelde discussies over het begrip “reclame”. Hij past in deze zaak immers niet de definitie van artikel I.8, 13° WER toe, maar baseert zich daarentegen op het ruimer geformuleerde begrip “reclame voor geneesmiddelen”. Dat begrip is omschreven

⁴⁶ Zie bv. ook Gent 31 oktober 2011, *NJW* 2012, 647, noot R.S. Het Hof van Justitie heeft die interpretatie ook bevestigd voor het ruimere begrip “handelspraktijken”, waarvan reclame een voorbeeld is. Het betreft het arrest *Nemzeti* (HvJ 16 april 2015, C-388/13, *Nemzeti / UPC Magyarorszag*, ECLI:EU:C:2015:225); G. STRAETMANS, “Reclame, vergelijkende reclame en ongewenste reclame” in R. STEENNOT, G. STRAETMANS, E. TERRY, B. KEIRSBILCK en B. WYSEUR, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) en marktpraktijken (2011-2014)”, *TPR* 2015, (1385) 1385-1387, nr. 58.

⁴⁷ Art. I.8, 13° WER: “reclame: iedere mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de verkoop van producten te bevorderen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen”.

⁴⁸ De vergelijking zou immers betrekking hebben op “de andere beschikbare testen” (“*les autres tests disponibles*”) en “andere testen aangeboden door derden” (“*d’autres offerts par des tiers*”).

⁴⁹ Voorz. Kh. Brussel 6 juni 1977, *JT* 1977, (640) 642; J. STUYCK en B. KEIRSBILCK, *Handels- en economisch recht*, Deel 2, *Mededingingsrecht*, A, *Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2019, 325, nr. 320.

⁵⁰ Uit de beschikking valt af te leiden dat er meerdere alternatieve testen bestaan.

⁵¹ HvJ 11 juli 2013, C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV / Bert Peelaers, Visys NV*, ECLI:EU:C:2013:516, overw. 39; G. STRAETMANS, “Reclame, vergelijkende reclame en ongewenste reclame” in R. STEENNOT, G. STRAETMANS, E. TERRY, B. KEIRSBILCK en B. WYSEUR, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) en marktpraktijken (2011-2014)”, *TPR* 2015, (1385) 1394-1397, nr. 64.

⁵² G. STRAETMANS, “Reclame, vergelijkende reclame en ongewenste reclame” in R. STEENNOT, G. STRAETMANS, E. TERRY, B. KEIRSBILCK en B. WYSEUR, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) en marktpraktijken (2011-2014)”, *TPR* 2015, (1385) 1401, nr. 67.

in artikel 9, § 1 van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen⁵³, die de omzetting vormt van de Europese richtlijn nr. 2001/83/EG over geneesmiddelen.⁵⁴ Volgens artikel 1, 1), a) van die wet valt een test in het kader van MBV inderdaad onder het begrip geneesmiddel. Op basis van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Frede Damgaard*⁵⁵, besluit de voorzitter dat reclame voor geneesmiddelen even goed afkomstig kan zijn van een onafhankelijke derde.

30. De keuze om richtlijn nr. 2001/83/EG in deze zaak toe te passen, kan o.i. echter worden betwist. Die richtlijn bevat weliswaar meerdere bepalingen over reclame, maar stipuleert niets over vergelijkende reclame. De vraag of er sprake is van *vergelijkende reclame* en of die is toegestaan, moet dus worden beoordeeld op basis van de regels *inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame*.⁵⁶ Bijgevolg is er o.i. geen reden om de *definitie* van het begrip “reclame voor geneesmiddelen” in richtlijn nr. 2001/83/EG wél toe te passen in deze zaak.⁵⁷

Bovendien botsen we hier opnieuw op de vaststelling dat er strikt gezien geen concreet alternatief geneesmiddel wordt aangeduid in de desbetreffende brieven. Kan dokter P. dan wel als een “onafhankelijke derde” worden beschouwd ten aanzien van een alternatieve test? Opnieuw rijst de vraag of het feit dat de dokter op zijn website een bepaalde, mogelijk concurrerende test, aanprijst, een rol kan spelen in deze beoordeling.

C. Vergelijkende reclame

31. Volgens de voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik is er in deze zaak bovendien sprake van *vergelijkende reclame*. Ook dat besluit is o.i. niet voor de hand liggend. Zelfs indien we aanvaarden dat er in dit geval sprake is van reclame, als gevolg van de ruimere definitie van “reclame voor geneesmiddelen”, moet hoe dan ook de definitie van *vergelijkende reclame* in artikel I.8, 14° WER worden toegepast.

Vergelijkende reclame vereist dat een *concurrent* of de door hem aangeboden goederen of diensten expliciet of impliciet worden genoemd.⁵⁸ De voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik stelt dat die voorwaarde is vervuld aan gezien dokter P. en dokter N. en/of de vennootschap MI als concurrenten kunnen worden beschouwd.

O.i. is die analyse niet correct. Zoals we al hebben benadrukt, hebben de kwetsieuze brieven immers duidelijk betrekking op de *test* van dokter N. en MI en niet op de diensten van dokter N. als gynaecoloog. De vraag moet dan ook zijn of dokter P. een concurrent is *op het vlak van het produceren en/of verkopen van testen in het kader van medisch begeleide voortplanting*. Die vraag moet negatief worden beantwoord. Op dit punt verwijst de voorzitter expliciet naar de website van dokter P. waarop hij een mogelijk enigszins concurrerende test promoot. Dat heeft echter niet als gevolg dat dokter P. zelf als concurrent moet worden beschouwd.

D. Toepassingsvoorwaarden

32. Volgens artikel VI.17 WER is vergelijkende reclame toegestaan indien ze aan de wettelijk bepaalde voorwaarden voldoet. Zo mag de reclame niet misleidend zijn in de zin van artikel VI.105 tot artikel VI.109 WER⁵⁹ en mag ze evenmin denigrerend⁶⁰ zijn.

Geen van beide brieven beantwoorden volgens de voorzitter aan die voorwaarden van artikel VI.17, § 1 WER. In het bijzonder benadrukt hij dat de brief van 20 november 2019 verwijst naar een lezing en een wetenschappelijk artikel, zonder dat daarvan bewijzen worden toegevoegd aan de brief. Ook tijdens de procedure werden hierover geen stukken voorgelegd. Bovendien bleek het bewuste artikel geen betrekking te hebben op de test van MI en dokter N. Daarnaast ontbrak een objectieve vergelijking van de wezenlijke kenmerken van de bekritiseerde test en de andere mogelijke testen. Op die manier was ook de voorwaarde van artikel VI.17, § 1, 3° WER niet vervuld.

33. Gezien de bovenvermelde kritiek op de kwalificatie van de kwetsieuze brief als vergelijkende reclame en zelfs als reclame “tout court”, menen we echter dat het besluit van de voorzitter kan worden betwist.

(ii) Misleidende marktpraktijk en misleidende omissie

34. Ten tweede oordeelt de voorzitter dat de brief van 20 november 2019 een misleidende marktpraktijk vormt. Zoals vermeld, verwijst dokter P. in de voormelde brief naar een lezing en een wetenschappelijk artikel die zijn kritiek zouden ondersteunen. De vennootschap MI en dokter N.

^{53.} Richtlijn nr. 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*Pb. L.* 311, 67).

^{54.} *BS* 17 april 1964, p. 4.206.

^{55.} HvJ 2 april 2009, C-421/07, strafzaak tegen Frede Damgaard, ECLI:EU:C:2009:222.

^{56.} Richtlijn nr. 2006/114/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame (*Pb. L.* 11 juni 2006, afl. 149, 31).

^{57.} Het arrest *Abcur / Apoteket Farmaci* van het Hof van Justitie doet hieraan geen afbreuk. In dat arrest stelt het Hof dat richtlijn nr. 2001/83/EG prevaleert indien er strijdigheid bestaat tussen de bepalingen van richtlijn nr. 2005/29/EG (over oneerlijke handelspraktijken) en richtlijn nr. 2001/83/EG: HvJ 16 juli 2015, gevoegde zaken C 544/13 en C-545/13, *Abcur / Apoteket Farmaci*, ECLI:EU:C:2015:481.

^{58.} Art. I.8, 14° WER.

^{59.} Art. VI.17, § 1, 1° WER.

^{60.} Art. VI.17, § 1, 2° WER.

tonen echter aan dat het bewuste artikel geen uitspraken doet over hun test. Bijgevolg is de brief misleidend. Bovendien staan er in diezelfde uitgave van het tijdschrift artikels die juist positief zijn over de test van dokter N. en de gegrondheid van die test bevestigen. Daardoor maakt dokter P. zich ook schuldig aan misleidende omissie.

35. Gezien de feiten, wordt de brief terecht als misleidend bestempeld. De vraag rijst echter of er hier sprake is van een marktpraktijk. Het gelijkaardige begrip “handelspraktijk”⁶¹, dat in de B2C-verhouding geldt, wordt gedefinieerd in het WER. Voor het begrip “marktpraktijk”, dat in de B2B-verhouding wordt toegepast, ontbreekt echter een wettelijke definitie. De definitie van *handelspraktijk* verduidelijkt dat er een rechtstreeks verband moet zijn met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product.⁶² De vraag rijst of dat ook een vereiste is voor het begrip “marktpraktijk”. Voor de toepassing van de algemene norm over oneerlijke marktpraktijken, artikel VI.104 WER, wordt een dergelijke vereiste alvast niet gesteld.

Gezien de gelijkenissen tussen het verbod op misleidende *handelspraktijken* (B2C) en het verbod op misleidende *marktpraktijken* (B2B), zou het logisch zijn om het begrip “marktpraktijk” bij het laatstgenoemde verbod ook te koppelen aan een gelijkaardige voorwaarde van verkoopbevordering of aankoopbevordering van de eigen producten.⁶³ In die interpretatie van het begrip “marktpraktijk” is de toepassing van het verbod op misleidende marktpraktijken in deze zaak echter niet zo evident. Zoals hoger vermeld bij de bespreking van het begrip “reclame”⁶⁴, lijkt dat bevorderend effect immers niet aanwezig. In ieder geval blijkt uit deze zaak dat een omschrijving van het begrip marktpraktijk zich opdringt als gevolg van de wet van 4 april 2019.

36. Daarnaast moet worden onderzocht of die misleiding het transactiebesluit van de geadresseerde van de brief, dokter S., kan beïnvloeden. Zoals vermeld onder randnr. 5, wordt een transactiebesluit in de B2B-verhouding als volgt gedefinieerd:

“Elk besluit van een onderneming over de vraag of, en desgevallend onder welke voorwaarden zij een overeenkomst sluit, verderzet of ervan afziet, geheel of gedeeltelijk betaalt, of een contractueel recht uitoefent in verband met een pro-

duct, ongeacht of deze al dan niet tot handelen overgaat.”

Net zoals de toepassing van het begrip “marktpraktijk”, is ook de toepassing van het begrip “transactiebesluit” in deze context niet zo evident. De eventuele impact van de misleiding zal zich immers eerder situeren in de *wijze van behandeling* door dokter S. Voor zover die behandelingswijze ook de aankoop van een test inhoudt, kan worden beargumenteerd dat er toch sprake is van een transactiebesluit.

(iii) Slechtmaking

37. Tot slot meent de voorzitter dat dokter P. zich schuldig maakt aan slechtmaking en bijgevolg het algemene verbod op oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen schendt. Slechtmaking is immers een typevoorbeeld van een oneerlijke marktpraktijk in de zin van artikel VI.104 WER.

38. De slechtmaking situeert zich in het bijzonder in de begrippen die de dokter toepast in zijn brief van 20 november 2019. Zo stelt hij dat het ethische aspect van de test al eerder in vraag werd gesteld en dat er wetenschappelijke steun ontbreekt voor de test. De voorzitter houdt ook rekening met de eerdere brieven van dokter P. Zij hebben immers een versterkend effect. Bovendien benadrukt de voorzitter dat slechtmaking nooit kan worden gerechtvaardigd en dus per definitie verboden is. Ook de vrijheid van meningsuiting van dokter P. staat die beoordeling niet in de weg, aangezien die vrijheid niet absoluut is.

39. De beschikking van de voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik sluit op dit punt aan bij de vaststaande rechtspraak over slechtmaking. Er werd al meermaals geoordeeld dat het recht op vrijheid van meningsuiting niet verhindert dat er sprake is van slechtmaking.⁶⁵ Indien een onderneming kritiek wil uiten op een andere onderneming moet ze dat doen op een manier die niet zonder noodzaak de reputatie van die andere onderneming in het gedrang brengt.⁶⁶ Dat er mogelijk een grond van waarheid bestaat voor de bewuste boodschap, verleent de onderneming niet het recht om daarbij lasterlijke en denigrerende bewoordingen te gebruiken.⁶⁷

In de rechtsleer werd echter ook al kritiek geuit op de sterke inmenging in het recht op vrijheid van meningsuiting in het kader van slechtmaking.⁶⁸ Ook in deze zaak zou er kunnen

^{61.} Art. I.8, 23° WER.

^{62.} *Ibid.*

^{63.} KEIRSBILCK pleit ervoor om ook in de B2B-verhouding het begrip “handelspraktijk” toe te passen. De huidige definitie van dat begrip zou kunnen worden aangepast. Hij stelt voor om daarbij te verwijzen naar alle ondernemingsgedragingen die “rechtstreeks verband houden met de (bevordering van) verkoop of aankoop, dienstverlening, levering of afname van producten”: B. KEIRSBILCK, “Een meer uitgebreide controle van misleidende en agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen: een goede zaak?” in W. DEVROE, B. KEIRSBILCK en E. TERRY (eds.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, (149) 167, nr. 40.

^{64.} *Supra*, randnr. 27.

^{65.} Zie bv. Brussel 1 maart 2018, *Jb.Markt*. 2018, 424; Brussel 15 maart 2016, *Jb.Markt*. 2016, 347; Gent 16 maart 2015, *Jb.Markt*. 2015, 293; Voorz. Kh. Antwerpen (afd. Antwerpen) 20 juni 2018, *Jb.Markt*. 2018, 492.

^{66.} Brussel 15 maart 2016, *Jb.Markt*. 2016, (347) 357.

^{67.} Brussel 15 maart 2016, *Jb.Markt*. 2016, (347) 358.

^{68.} D. VOORHOOF, “Slechtmaking van onderneming of vrijheid van kritiek in economische sfeer?” (noot onder Voorz. Kh. Oudenaarde 10 maart 2011), *AM* 2012, (385) 385.

worden beargumenteerd dat de brief een informatieve waarde heeft en betrekking heeft op een thema van maatschappelijk belang.⁶⁹ De brief was echter specifiek gericht aan een persoon die de betwiste test gebruikt in haar behandelingen en beperkt zich niet tot een loutere wetenschappelijke beoordeling van de test. Het doel lijkt dan ook eerder het schaden van de reputatie van de vennootschap MI en dokter N.

Tot slot bevestigt eerdere rechtspraak dat het voor slechtmaking niet is vereist dat de schadelijke aanval afkomstig is van een concurrent.⁷⁰ Wat de kritiek op de test betreft, kan dokter P. immers niet als concurrent worden beschouwd van de vennootschap MI en dokter N (zie *supra*, randnr. 31).

IV. BESLUIT

40. In de herfst van 2020 oordeelde de voorzitter van de ondernemingsrechtbank van Luik in twee beschikkingen over het verbod op misleidende marktpraktijken tussen ondernemingen. Dat verbod werd recentelijk ingevoegd in artikel VI.105 WER. In de zaak van 29 september 2020 kwam ook het recente verbod op agressieve marktpraktijken (art. VI.109/1 WER) aan bod.

In de beschikking van 29 september 2020 wees de voorzitter de vordering gebaseerd op het verbod op misleidende marktpraktijken af. De vordering was gericht tegen het feit dat een VZW die verschillende zorginstellingen verenigt een omzendbrief had verzonden naar de aan haar verbonden artsen. De omzendbrief werd gestuurd naar aanleiding van de omschakeling naar een collectieve beroepsaansprakelijkheidsverzekering en vermeldde de datum waarop die omschakeling zou plaatsvinden. Door omstandigheden moest de VZW die datum uiteindelijk met een jaar opschuiven. De vordering werd ingesteld door een groep van verzekeringsmakelaars. De eisende partij bewees echter niet dat de toepassingsvoorwaarden van het verbod op misleidende

marktpraktijken in de concrete zaak waren vervuld. De zaak biedt dan ook weinig verheldering over het nieuwe verbod, maar toont wel aan dat die bepaling uiteraard niet zomaar ongemotiveerd kan worden opgeworpen. O.i. was er hoe dan ook geen sprake van misleiding, noch van een agressieve marktpraktijk. Wat dat laatste betreft, verduidelijkt de beschikking wel dat het feit dat een verplichting in een algemeen reglement is opgenomen, niet volstaat als een bewijs van ongepaste beïnvloeding.

In de andere zaak (Voorz. Orb. Luik 17 november 2020) had de betrokken onderneming, een dokter, zich wel schuldig gemaakt aan een misleidende marktpraktijk. De misleidende marktpraktijk bestond in het verzenden van een brief aan een collega-dokter, met de bedoeling om die dokter een bepaalde medische test niet meer te laten toepassen in haar behandelingen. De kwalificatie van die betwiste handeling als een marktpraktijk kan o.i. in vraag worden gesteld. Hetzelfde besluit geldt voor de kwalificatie als vergelijkende reclame. De uitspraak toont in elk geval aan dat een wettelijke definitie van het begrip marktpraktijk wenselijk is.

⁶⁹. *O.c.*

⁷⁰. Brussel 15 maart 2016, *Jb.Markt.* 2016, (347) 355.