

Noot

De eerste toepassing van het nieuwe verbod op misbruik van economische afhankelijkheid is een feit. Een beoordeling*Stefanie COLAERS¹*

INLEIDING

1. Recentelijk heeft de Belgische wetgever nieuwe regels ingevoerd die er in wezen op gericht zijn om ondernemingen in de contractuele B2B-verhouding te beschermen. Een van die regels betreft het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, dat is ingevoegd in Boek IV (“Bescherming van de mededinging”) van het Wetboek van economisch recht. Het trad in werking op 22 augustus 2020.

2. Volgens het stakingsvonnis van 28 oktober 2020 maakt The Woody Group BV misbruik van de economische afhankelijkheid van een afnemer van haar kinderkledij, door

eenzijdig en zonder aankondiging de lopende samenwerking met die afnemer, een kleinhandelszaak, per onmiddellijk stop te zetten, met inbegrip van het niet leveren van reeds lang bevestigde orders voor de wintercollectie van 2020 net voor aanvang van het seizoen. Hoewel over de invoering van het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid al veel theoretische inkt is gevloeid door de wetgever, lijkt dit stakingsvonnis te bevestigen dat de afdwinging ervan in de rechtbanken en hoven nog lang voer voor discussie zal opleveren.

SAMENVATTING FEITEN EN VONNIS

3. In januari 2020 plaatst een kleinhandelszaak verscheidene orders van kinderkledij voor de wintercollectie 20/21 bij The Woody Group BV. Deze orders worden schriftelijk door deze laatste bevestigd. Er wordt telkens een betalings termijn van 60 dagen afgesproken. In de loop van de maand juli 2020 ontvangt de kleinhandelszaak al het benodigde promotiemateriaal (waaronder een catalogus) voor de wintercollectie 20/21 van The Woody Group BV. Een moeilijke betalingshistoriek zet The Woody Group BV ertoe aan om op 22 september 2020, d.i. enkele dagen voor de geplande levering van de bevestigde orders, de kleinhandelszaak schriftelijk op de hoogte te brengen dat de lopende samenwerking per onmiddellijk wordt beëindigd en de bevestigde orders niet worden geleverd. De kleinhandelszaak stelt bijgevolg een stakingsvordering in. Nochtans zijn er op dat ogenblik geen achterstallen meer.

4. De stakingsrechter meent dat The Woody Group BV er zich van bewust was dat de kleinhandelszaak niet langer in de mogelijkheid was om op korte termijn een alternatieve leverancier te vinden voor de wintercollectie van 20/21, die, zoals algemeen bekend in de modesector, ruim op voorhand moet worden besteld. Daarenboven betuigde het van kwade trouw dat The Woody Group BV reeds maanden op voorhand het promotiemateriaal met betrekking tot de nieuwe wintercollectie had geleverd aan de kleinhandelszaak, waardoor het de indruk wekte zijn contractuele leveringsverplichtingen te zullen naleven. De kleinhandelszaak verkocht

uitsluitend kinderkledij van het merk Woody en was aldus commercieel volledig afhankelijk van The Woody Group BV. De leveringen van de wintercollectie waren volgens de stakingsrechter broodnodig om de kleinhandelszaak commercieel verder te zetten.

5. Voor het overige acht de stakingsrechter de twijfelachtige solvabiliteit van de kleinhandelszaak een drogreden waarvan The Woody Group BV reeds geruime tijd op de hoogte was. De stakingsrechter meent dat de stopzetting en leveringsweigering daarentegen kaderde in een bredere strategie om de kleinhandelszaak uit de markt te duwen zonder zelf schade te lijden en het betrokken cliënteel te verwerven.

6. In zijn vonnis houdt de stakingsrechter geen rekening met de contractuele waarborgen vervat in de algemene voorwaarden, waarop The Woody Group BV zich baseerde om de bevestigde orders van de wintercollectie 2020 niet te leveren en de samenwerking per onmiddellijk te beëindigen.

7. Volgens de stakingsrechter moet daarentegen worden onderzocht of dergelijke gedragingen een schending uitmaken van de eerlijke marktpraktijken. Hij oordeelt dat dat het geval is. Concreet vormen de onmiddellijke stopzetting van de samenwerking en de daaraan gekoppelde (willekeurige) leveringsweigering volgens de stakingsrechter een inbreuk op het nieuwe verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, dat is vervat in artikel IV.2/1 van het Wetboek

¹. Advocaat contrast, balie van Brussel.

economisch recht (hierna: WER), en zijn ze in ieder geval minstens strijdig met het bestaande verbod op oneerlijke marktpraktijken op grond van artikel VI.104 WER.

8. Hij beveelt de staking van de leveringsweigering en legt een dwangsom op aan The Woody Group BV van 5.000 EUR voor elke dag vertraging dat de betrokken orders niet worden uitgeleverd.

WETTELIJK KADER

9. Het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid is een onderdeel van een nieuw wetgevend drieluik dat is ingelast in het WER en de verticale relaties tussen ondernemingen (B2B) regelt.² Het eerste luik betreft het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid dat, gelet op de inlassing ervan in Boek IV, een mededingingsrechtelijke invalshoek heeft en een aanvulling vormt op het misbruik van machtspositie. De inwerkingtreding van het nieuwe verbod was voorzien op 1 juni 2020. Middels een wet tot wijziging van de wet van 4 april 2019³ en het koninklijk besluit van 31 juli 2020⁴ werd de inwerkingtreding uitgesteld naar 22 augustus 2020.

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

11. Het tweede luik betreft verbodsbepalingen inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen, waaronder een algemeen verbod en een reeks bijzondere verboden bedingen. Het derde luik betreft verbodsbepalingen inzake oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen. Deze twee luiken vinden hun plaats in Boek VI van het WER.

12. Deze nieuwe B2B-regels zijn bij hun publicatie en inwerkingtreding reeds uitvoerig becommentarieerd en geanalyseerd in rechtsleer.⁵ Niettemin was het wachten op de eerste toepassing ervan in de rechtspraak, die met het stakingsvonnis van 28 oktober 2020 een feit is. Deze noot spitst zich hoofdzakelijk toe op de toepassing van het eerste luik B2B-regels (misbruik van economische afhankelijkheid) waarop de stakingsrechter zich heeft gebaseerd in zijn vonnis, evenals het derde luik (oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen) dat – al is het slechts zijdelings – aan bod komt.

COMMENTAAR

13. Het stakingsvonnis van 28 oktober 2020 vormt wellicht de eerste toepassing van het nieuwe wettelijke kader inzake misbruik van economische afhankelijkheid. Het is daarom bijzonder leerrijk om te analyseren hoe de stakingsrechter de wettelijke voorwaarden concreet toepast in onderhavig geschil en hij tot zijn eindoordeel komt.

14. In wat volgt zal de toepassing van elk van de wettelijke voorwaarden kritisch worden beoordeeld en zal worden nagegaan of deze wettelijke grond de meest doeltreffende juridische basis vormt voor de beslechting van dit B2B-geschil.

1. Positie van economische afhankelijkheid

15. Een positie van economische afhankelijkheid geldt als eerste toepassingsvoorwaarde voor het verbod op misbruik van een positie van economische afhankelijkheid.

16. Artikel I.6, 4° WER definieert dit begrip als volgt: *“een positie van onderworpenheid van een onderneming ten aanzien van één of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze*

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) (hierna: de wet van 4 april 2019).

³ Wet tot wijziging van de wetten 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 en wet van 2 mei 2019 houdende wijzigingen van Boek I “Definities”, van Boek XV “Rechtshandhaving” en vervanging van Boek IV “Bescherming van de mededinging” van het Wetboek van economisch recht (BS 29 mei 2020).

⁴ Koninklijk besluit tot wijziging van de Boeken I en IV van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid (BS 12 augustus 2020).

⁵ 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; G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, 3-13.

ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale markt-omstandigheden”.

17. Volgens Claeys en Tanghe vloeit uit deze wettelijke definitie voort dat er sprake moet zijn van een extreme graad van onderworpenheid die de dominerende onderneming(en) in staat moet(en) stellen om “aan de afhankelijke onderneming iets te kunnen opleggen op een wijze dat deze een speelbal is van de dominerende onderneming”.⁶ Voorts betreft het een onderworpenheid van economische aard die inhoudt dat de afhankelijke onderneming uitsluitend beroep kan doen op de dominerende onderneming(en) om een voor- genomen economische handeling te stellen.

18. De tweeledige test die wordt vooropgesteld in de wettelijke definitie vereist dat (i) de afhankelijke onderneming niet beschikt over een redelijk equivalent alternatief binnen een redelijke termijn en onder redelijke voorwaarden en kosten, en (ii) de dominerende onderneming(en) daardoor prestaties of voorwaarden kan (kunnen) opleggen die in normale marktomstandigheden niet kunnen worden verkregen. Er bestaat aldus een causale link tussen beide testen.⁷

19. De indicatoren die de parlementaire toelichting voorziet opdat het bestaan van een positie van economische afhankelijkheid wordt onderzocht, moeten volgens diezelfde toelichting *in concreto* afzonderlijk of in samenhang worden beoordeeld, en hebben betrekking op: a) de relatieve marktmacht van de andere onderneming; b) een belangrijk aandeel van de andere onderneming in haar omzet, waarbij tevens onder ogen moet worden gehouden dat hoe belangrijker dit aandeel, hoe groter het risico van afhankelijkheid zal zijn; c) de technologie of de knowhow die de andere onderneming bezit; d) de grote bekendheid van een merk, schaarste van het product, de bederfelijke aard van het product of nog loyaal koopgedrag van de consumenten; e) de toegang voor de onderneming tot hulpbronnen of tot essentiële infrastructuur; f) de vrees voor ernstig economisch nadeel, voor represailles of voor het beëindigen van een contractuele relatie; g) de reguliere toekenning aan een onderneming van bijzondere voorwaarden, zoals kortingen, die niet aan andere ondernemingen worden toegekend in vergelijkbare gevallen; h) haar weloverwogen keuze of integendeel haar verplichte keuze om zichzelf in een positie van economische afhankelijkheid te zetten.

20. De stakingsrechter past deze cumulatieve test niet strikt of nauwgezet toe. Integendeel, hij geeft een eerder soepele invulling en interpretatie aan de eerste toepassingsvoorwaarde door eenvoudigweg te verwijzen naar de positie van

de verzoekende partij als “een individuele kleinhandelszaak” die voor haar aanbod aan kinderkledij uitsluitend aangewezen is op de verwerende partij. Bij gebrek aan levering van de wintercollectie (die als “broodnodig” wordt omschreven) zou de verderzetting van de handelszaak praktisch onhoudbaar worden.

21. De stakingsrechter haalt bijgevolg een reeks feitelijke elementen aan die richtinggevend zijn voor de eerste toepassingsvoorwaarde, maar motiveert niettemin nauwelijks waarom de kleinhandelszaak zich daadwerkelijk in een positie van economische afhankelijkheid bevindt.

22. Het eerste luik van de test van het redelijk equivalent alternatief vergt een analyse *in concreto* in de betrokken relevante markt waarin de ondernemingen actief zijn met een beoordeling van de termijn die is vereist om naar een alternatieve commerciële relatie over te schakelen, de daarmee gepaarde kosten, evenals de voorwaarden waaronder dat zou gebeuren. Dit alles is gebonden aan een redelijkheids criterium dat ruimte voor interpretatie laat aan de rechter.

23. De stakingsrechter baseert zijn motivering hoofdzakelijk op dit eerste luik. De doorslaggevende factor voor de stakingsrechter is het tijdstip waarop de feiten zich hebben voorgedaan. De beslissing van The Woody Group BV om pas eind september 2020 de samenwerking te beëindigen met de daaraan gekoppelde leveringsweigering van de wintercollectie 2020, maakte dat de kleinhandelszaak niet langer in de mogelijkheid was om op zoek te gaan naar een alternatieve bevoorradingsbron. Deze laattijdigheid wordt The Woody Group BV zwaar aangewreven en wordt beschouwd als een handeling te kwader trouw, aangezien de leverancier reeds in juli 2020 het promotiemateriaal voor de wintercollectie bezorgde aan de kleinhandelszaak en de beëindiging omwille van chronische betalingsachterstand in september 2020 eerder een drogreden lijkt te zijn (nu die betalingsachterstand luidens het vonnis op dat ogenblik net was wegge- werkt).

24. Als gevolg van die laattijdigheid oordeelt de stakingsrechter dat er geen redelijk equivalent alternatief voorhanden is, aangezien The Woody Group BV “ten onrechte voorhoudt dat [de distributeur] zich had kunnen voorzien bij andere leveranciers, wanneer het algemeen bekend is dat een collectie voor een bepaald seizoen ruim op voorhand moet vastgelegd worden”. Er volgt geen beoordeling van het (on)redelijke karakter van de voorwaarden en kosten die verbonden zouden zijn aan enig alternatief.

⁶ 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) 366.

⁷ J. STUYCK en B. KEIRSBlick, “De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar”, *SEW* 2019, (374) 383.

25. Voorts neemt de stakingsrechter in hetgeen volgt nauwelijks tot geen enkele van de indicatoren van de parlementaire toelichting in overweging, noch afzonderlijk, noch in samenhang ter beoordeling van de economische afhankelijkheidspositie.

26. Twee indicatoren die bijvoorbeeld in samenhang zouden moeten zijn onderzocht, zijn het aandeel van The Woody Group BV in de omzet van zijn distributeur en de vrijwillige aard van de economische afhankelijkheidspositie. Ondanks dat de omzet van de kleinhandelszaak voortvloeit uit de verkoop van kinderkledij van het merk Woody, is dit evenzeer een rechtstreeks gevolg van de commerciële strategie die de kleinhandelszaak lijkt aan te houden. Er zijn met name geen aanwijzingen voorhanden die wijzen op een exclusieve aankoopverplichting die de kleinhandelszaak verplichtte zich toe te spitsen op het Woody merk. Integendeel, op basis van de bewoordingen van het vonnis (“*nu zij zich had toegespitst op de kinderkledij van verweerster*”) lijkt dit een vrijwillige, commerciële beslissing te zijn vanwege de kleinhandelszaak, die naderhand bezwaarlijk in de schoenen van de leverancier kan worden geschoven. Anders gesteld, de relatieve marktmacht van The Woody Group BV ten aanzien van zijn distributeur (als afzonderlijke, maar meer omvattende indicator) mag niet het gevolg zijn van een eigen commerciële strategie die een distributeur economisch kwetsbaar maakt en waardoor hij zichzelf in een positie van economische afhankelijkheid plaatst.

27. Verder worden ook andere, concrete marktomstandigheden niet in overweging genomen, noch à charge, noch à décharge van de verwerende partij. Ter zake kan immers moeilijk worden gemotiveerd dat het Woody merk kan genieten van een grote merkbekendheid of van de kwalificatie als schaars goed, waardoor *linea recta* een positie van economische afhankelijkheid zou ontstaan. Er is een overaanbod aan bekende merken van kinderkledij op de markt en distributeurs bieden veelal vaak een amalgaam aan merken, waaronder het Woody merk, aan.

28. De vrees voor een ernstig economisch nadeel, repraesailles of het beëindigen van een contractuele relatie zou aan de orde kunnen zijn als criterium in onderhavige zaak. The Woody Group BV beëindigde onaangekondigd de samenwerking en weigerde de bevestigde orders te leveren omwille van de – zogenaamde – wankelende, financiële situatie van de kleinhandelszaak. Dat de vroegtijdige beëindiging en leveringsweigering zich plotsklaps voordeed, toont aan dat er geen voorafgaande vrees voor een nadelige behandeling of een beëindiging bestond. Voor het overige zijn er geen indicatoren voorhanden waaruit blijkt dat The Woody Group BV anderszins druk zette op de handelsrelatie met zijn distributeur op een wijze die gegrond zou doen vrezen voor dergelijke gedragingen. Het bestaan van een positie van economische afhankelijkheid is bijgevolg niet rechtstreeks te lin-

ken aan deze indicator, afzonderlijk of in samenhang met andere indicatoren.

29. Het tweede luik van de test komt al helemaal niet aan bod in het stakingsvonnis. Er wordt niet onderzocht of het gebrek aan een redelijk equivalent alternatief The Woody Group BV de mogelijkheid bood *daardoor* prestaties of voorwaarden op te leggen die in normale marktomstandigheden niet kunnen worden verkregen. De stakingsrechter gaat er enkel vanuit dat The Woody Group BV “*onredelijke voorwaarden inriep die prima facie flagrant in strijd zijn met de termen waaronder de bestelling is geplaatst*” en “*het algemeen bekend is dat een collectie voor een bepaald seizoen ruim op voorhand moet vastgelegd worden*”. Er volgt geen afweging van de concrete marktomstandigheden in de betrokken sector, noch wordt het causale verband tussen beide testen onderzocht.

30. Samengevat heeft de stakingsrechter gebruik gemaakt van zijn ruime beoordelingsbevoegdheid bij de toepassing van de eerste toepassingsvoorwaarde van het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, die overigens niet uitdrukkelijk afzonderlijk wordt behandeld, maar eerder zijdelings aan bod komt bij de bespreking van de tweede toepassingsvoorwaarde van het misbruik. In het bijzonder acht hij het onmogelijk dat de kleinhandelszaak binnen een redelijke termijn kon overschakelen naar een alternatieve bevoorradingsbron voor haar wintercollectie.

31. Gelet op de feiten van het geschil is die conclusie op zich niet *per se* onterecht, maar de onderliggende motivering wel minstens onvolledig gelet op het toepassingsgebied van artikel IV.2/1 WER. Immers, hoewel de kleinhandelszaak *a priori* feitelijk het slachtoffer lijkt te zijn van een bedenkelijk handelen vanwege zijn hoofdleverancier (zie ook de analyse van de tweede en de derde toepassingsvoorwaarden hieronder), met een bijzonder groot nadeel tot gevolg, staat dat juridisch niet meteen gelijk aan de vaststelling dat er sprake is van een positie van economische afhankelijkheid ten opzichte van diezelfde partij.

32. Een dergelijke positie van economische afhankelijkheid bestaat slechts van zodra een onderneming bij gebrek aan enig redelijk equivalent alternatief in staat is om oneerlijke voorwaarden op te leggen. De laattijdige weigering van de bevestigde orders na levering van het promotiemateriaal getuigt van een oneerlijke professionele houding, maar zijn geen voorliggende feiten die beantwoorden aan die tweeledige test. In het tegenovergestelde geval zou overigens het toepassingsgebied van artikel IV.2/1 WER worden verruimd op een wijze die de Belgische wetgever niet had voorzien, hetgeen potentieel de deur openzet voor verregaande inperkingen op de principes van de contractuele vrijheid en de vrije mededinging.

2. Misbruik

33. Een positie van economische afhankelijkheid is slechts problematisch van zodra de dominerende onderneming misbruik maakt van deze positie.

34. Het tweede luik van de test onder de eerste toepassingsvoorwaarde, met name het opleggen van voorwaarden en prestaties die niet tot de normale marktomstandigheden behoren, vormt de brug tussen de economische afhankelijkheidspositie als eerste toepassingsvoorwaarde en het misbruik als tweede toepassingsvoorwaarde.⁸ Voor de vaststelling van een abusieve gedraging moet bijgevolg in principe worden nagegaan of de dominerende onderneming in staat is geweest om voorwaarden en prestaties op te leggen die niet tot een normaal marktscenario behoren.

35. Artikel IV.2/1, tweede lid WER bevat een niet-exhaustieve opsomming⁹ van voorbeelden die een misbruik kunnen uitmaken, die volledig overeenstemt met de voorbeelden van misbruik van machtspositie vermeld in artikel IV.2 WER, behalve de verkoopweigering.

36. De invulling van die tweede toepassingsvoorwaarde verschilt naar gelang het concrete voorbeeld dat zich voordoet in de praktijk. In het geval van een verkoop- of leveringsweigering betreft het een situatie waarbij het misbruik ligt in de weigering van een dominerende onderneming om een transactie uit te voeren voor een onderneming die daar economisch afhankelijk van is, terwijl deze weigering in normale marktomstandigheden niet zou kunnen plaatsvinden.

37. De leveringsweigering op grond van artikel IV.2/1 WER vormt aldus een nieuwe juridische basis voor een onderneming om een geweigerde transactie te protesteren, naast onder meer het verbod op misbruik van machtspositie, het verbod op oneerlijke marktpraktijken en het verbod op rechtsmisbruik.¹⁰ De stakingsrechter beroept zich voor de tweede toepassingsvoorwaarde op de nieuwe invulling van deze rechtsfiguur, wanneer hij stelt dat The Woody Group BV “misbruik heeft gemaakt van haar positie om eenzijdig en zonder aankondiging leveringen van kledij in de collectie van de winter 2020 onmiddellijk stop te zetten”.

38. In tegenstelling tot artikel IV.2 WER, dat betrekking heeft op misbruik van machtspositie, vereist artikel IV.2/1

overigens niet dat de dominerende onderneming beschikt over een machtspositie, noch dat de goederen die worden geweigerd essentieel of onmisbaar zijn voor de economische afhankelijke onderneming. Nochtans benadrukt het vonnis dat de leveringen “broodnodig” waren om het “commerciële hoofd boven water te houden, en bij gebrek waaraan de verderzetting van haar handelszaak zo goed als onhoudbaar werd”.

39. Het valt op te merken dat de stakingsrechter zich voor de concrete invulling van de individuele leveringsweigering (die hij onder dezelfde noemer plaatst als de onaangekondigde beëindiging van de samenwerking) als een vorm van misbruik op grond van artikel IV.2/1 WER lijkt te baseren op een voorbeeld dat wordt aangehaald in het proefschrift van D. Mertens.¹¹

40. D. Mertens kwalificeert de volgende situatie, die uitgaat van een langdurige handelsrelatie tussen de betrokken ondernemingen, als een vorm van misbruik van een economische afhankelijkheidspositie: “waarin een leverancier zijn klant-onderneming doet geloven dat er na het verstrijken van een bevoorradingsovereenkomst van bepaalde duur een nieuwe overeenkomst onder vergelijkbare voorwaarden zal worden gesloten, maar zijn klant bewust ‘aan het lijntje houdt’ en in extremis alsnog van de hernieuwing afziet. Zelfs wanneer deze leverancier geen dominante positie op de markt heeft, kan het voor de klant moeilijk zijn om (tijdig) een alternatieve bron van bevoorrading te vinden. Precies daarom zal men een (exclusieve) bevoorradingsovereenkomst hebben gesloten. Dit kan met name zo zijn wanneer het verwerken van dit ‘andere’ product een zekere opleiding vereist, aangepaste machines en dergelijke meer. Mogelijk dreigt de klant-onderneming hierdoor de markt niet (tijdig) te kunnen bevoorraden en zo klanten en marktaandeel te verliezen. Mogelijk speculeert vermelde leverancier hier ook op, hetzij om betere contractvoorwaarden af te dwingen, hetzij om de betrokken klant ‘met korting’ te kunnen overnemen, hetzij om een concurrent uit te schakelen terwijl men zelf (of via een aanverwante onderneming) de betrokken markt betreedt”.¹²

41. Zoals vastgesteld door Straetmans geniet het de voorkeur dat dergelijk misbruik strikt wordt geïnterpreteerd en toegepast. Ter zake werd klaarblijkelijk aan de stakingsrechter aannemelijk gemaakt dat er “een motief van strategische poli-

⁸ 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) 368.

⁹ Zo is er sprake van misbruik bij: “(1) het weigeren van een verkoop, een aankoop of van andere transactievoorwaarden; (2) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden; (3) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers; (4) het toepassen ten opzichte van economische partners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige partners, hen daarmede nadeel berokkend bij de mededinging; (5) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de economische partners van bijkomende prestaties, die naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.”

¹⁰ 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) 369.

¹¹ Zoals naar verwezen in G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, (3) 7-8.

¹² D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 219-220.

tiel ten grondslag ligt aan de beslissing tot stopzetting die de zuiver contractuele verhouding overstijgt” en dat de twijfelachtige solvabiliteit van de kleinhandelszaak slechts een drogreden vormde “*die kadert in een bredere strategie om de handelszaak (...) die jarenlang een regelmatig afnemer van [The Woody Group BV] was, uit de markt te duwen zonder zelf schade te lijden en er integendeel voordeel uit te puren*”.

42. In zulke gevallen kan het eenzijdige recht van een niet-dominante onderneming om een economisch afhankelijke distributeur niet langer te beleveren, terecht worden ingeperkt, op voorwaarde dat de mededinging is of kan worden verstoord door deze praktijk. Deze mededingingsrechtelijke nuance is van belang en komt hierna aan bod bij de bespreking van het derde wettelijke toepassingscriterium van het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid dat een minstens potentiële aantasting van de mededinging vereist.

3. Mededingingsverstoring

43. Misbruik van een economische afhankelijkheidspositie is slechts verboden van zodra het een aantasting van de mededinging vormt of kan vormen op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan.¹³ Het verbod is immers ingevoerd in Boek IV WER over de bescherming van de mededinging en betreft aldus een mededingingsregel die pas is geschonden indien de (potentiële) impact op de mededinging wordt aangetoond.

44. De bewoordingen van de wet (“*kan worden aange tast*”) verduidelijken dat een effectieve aantasting van de mededinging niet is vereist. Een potentiële aantasting is voldoende zolang het misbruik “*met een voldoende mate van waarschijnlijkheid*” de mededinging kan beïnvloeden.¹⁴ Evenmin legt de wetgever expliciet een merkbaarheidsvereiste op die een drempel zou vormen voor de afhankelijke onderneming om een (potentiële) aantasting aan te tonen.¹⁵

45. Geografisch spitst het derde toepassingscriterium zich toe op de “*betrokken*” Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan.¹⁶ Deze precisering vereist bijgevolg een analyse van de mededingingseffecten op de markt waarop de economische afhankelijkheidspositie zich manifesteert. Zo maakt de wetgever wellicht een onderscheid met het begrip van de verwante markt dat wordt gehanteerd bij de beoordeling van een misbruik van machtspositie. Bijvoorbeeld in het geval van een onrechtmatige leveringsweigering kan er sprake zijn van een misbruik van machtspositie, hoewel de weigering de mededinging aantast op een verwante markt waarop de dominante onderneming geen machtspositie heeft.¹⁷

46. De derde toepassingsvoorwaarde behoorde oorspronkelijk niet tot het wetgevend kader zoals voorgesteld in 2015.¹⁸ De toevoeging van de voorwaarde in de finale wettekst is een bewuste keuze geweest van de Belgische wetgever om te vermijden dat een (te) ruim toepassingsgebied van het nieuwe verbod zou leiden tot een te grove inperking van de contractvrijheid tussen handelspartners.¹⁹ Die zienswijze kan op bijval rekenen, aangezien bij gebrek aan een mededingingsrechtelijke invalshoek er louter sprake is van een onevenwichtige handelsrelatie die reeds wordt ondervangen door andere wettelijke bepalingen ter bescherming van B2B-verhoudingen (zie ook *infra*).

47. De vraag is of deze derde voorwaarde, deels al naar gelang de wijze waarop deze zal worden geïnterpreteerd en toegepast, de potentiële toepassing (en dus het nut) van de verbodsbepaling niet al te zeer beperkt. De Belgische wetgever heeft zich immers geïnspireerd op het Franse verbod, waar het een gelijkaardige voorwaarde oplegt, die vereist dat het misbruik leidt tot “*een daadwerkelijke of potentiële ongunstige beïnvloeding van de werking of de structuur van de mededinging*”.²⁰ De bestaande Franse rechtspraak toont aan dat een strikte interpretatie van dit mededingingsrechtelijke criterium leidt tot een beperkte toepassing (en dus doeltreffendheid) van de verbodsbepaling in de praktijk.²¹ Nu het

13. Zie uitgebreid: 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; D. PHILIPPE en 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”, *HOR* 2019, nr. 131, 22-51; J. STUYCK en B. KEIRSBLOCK, “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.

14. Wetsvoorstel (R. Gantois *et al.*) tot wijziging van het Wetboek van economisch recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft (*Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, p. 13).

15. Zie in dat verband bv. J. STUYCK en B. KEIRSBLOCK, “De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar”, *SEW* 2019, (374) 384. Zij zijn van oordeel dat alleszins te vrezen valt dat de Belgische Mededingingsautoriteit zal worden overspoeld met zaken van minder belang voor de mededinging.

16. Zie voor verdere precisering bv. 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?”, *RDC*, 2019/7, (838) 843-848.

17. J. FAULL en A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 4.244 *et seq.*

18. Wetsvoorstel (R. Gantois *et al.*) tot wijziging van het Wetboek van economisch recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft (*Parl.St.* Kamer 2015-16, nr. 54-1451/1).

19. Wetsvoorstel (R. Gantois *et al.*) tot wijziging van het Wetboek van economisch recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft (*Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/002, 3): “Dit moet voorkomen dat er al te snel wordt besloten tot misbruik van economische afhankelijkheid. Het resultaat van scherp onderhandelen door een contractpartij mag immers niet van overheidswege worden gesanctioneerd.”

20. Art. L420-2, tweede lid C.comm.; 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?”, *RDC*, 2019/7, (838) 843-844.

21. S. DE POURCQ, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 545, met verwijzing naar de relevante rechtspraak van het Franse hof van beroep in vn. 3307.

verbod ook onderdeel uitmaakt van de Belgische mededingingsregels, werd vrij snel geopperd dat deze trend zich zou voortzetten in de Belgische rechtspraak bij de toepassing van het verbod, dat wellicht een significante impact zal hebben op het eigenlijke nut ervan.²² In de rechtsleer werd daarom reeds de vraag opgeworpen of het mededingingsrecht wel de geschikte rechtstak vormt om de problematiek van de individuele B2B-verhouding aan te pakken.²³

48. Toegepast op het stakingsvonnis vergt deze derde toepassingsvoorwaarde aldus een analyse van de impact van de praktijken van de dominerende onderneming op de mededinging, rekening houdend met de concrete bewoordingen van de voorwaarde.

49. Hoewel de stakingsrechter oordeelt dat het laakbare, arbitraire gedrag van The Woody Group BV strijdig is met het verbod van artikel IV.2/1 WER ontbreekt elk spoor van een dergelijke marktanalyse in het stakingsvonnis.

50. Het staat m.i. voor dat er minstens twee mogelijke redenen bestaan waarom de stakingsrechter de derde toepassingsvereiste niet heeft onderzocht en in zijn stakingsvonnis zelfs niet vermeldt, vooraleer hij tot zijn uiteindelijke eindoordeel komt dat er misbruik van economische afhankelijkheid voorligt.

51. Ten eerste kunnen de praktische moeilijkheden van een marktanalyse om de bescherming van het nieuwe verbod in te roepen, een rol hebben gespeeld. In de rechtsleer werd immers reeds gespeculeerd over de praktische impact van de toepassing van deze derde toepassingsvereiste. Verwijzing werd gemaakt naar het gelijkaardige criterium van het Franse verbod, dat met zijn restrictieve interpretatie veelal een struikelblok vormt voor de toepassing van het verbod in de rechtspraak.²⁴ Een dergelijke striktheid zou *mutatis mutandis* gepaard gaan met een beperkte toepassing ervan in de Belgische rechtspraak, daar waar elders niettemin een toevloed aan nieuwe zaken bij de Belgische Mededingingsautoriteit werd voorspeld bij gebrek aan enige merkbaarheidsvereiste.²⁵

52. Het is vanzelfsprekend niet de bedoeling dat praktische bezwaren *an sich* rechtvaardigen dat niet werd onderzocht of (laat staan vastgesteld dat) één van de constitutieve bestand-

delen van het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid was vervuld, maar ze staan mogelijk wel een brede toepassing ervan in de weg. De reden waarom het Franse verbod een beperkte toepassing in de praktijk kent, is gelieerd aan de doelstelling van het derde wettelijke criterium. Het beoogt de mededinging op een betrokken markt te beschermen die kan zijn aangetast omwille van laakbare gedragingen van een onderneming ten opzichte van een andere, afhankelijke onderneming. De bescherming van een individuele B2B-verhouding wordt bijgevolg gekoppeld aan een norm met een impact op de algehele marktwerking.²⁶ Dat betekent dat de derde voorwaarde slechts vervuld zal zijn indien de dominerende onderneming bijvoorbeeld een abusief distributiebeleid hanteert met een impact op verscheidene, afzonderlijke B2B-verhoudingen. Het spreekt voor zich dat, bij gebrek daaraan, het effectieve nut van het nieuwe verbod in gedrang komt.

53. Het voorliggende praktijkgeval lijkt een schoolvoorbeeld van die problematiek te zijn. Ondanks dat de leveringsweigering onderdeel zou zijn van een “*bredere strategie*” om de kleinhandelszaak uit te sluiten van de betrokken markt, zijn er blijkbaar geen elementen voorhanden die aantonen dat die bredere strategie wordt ingezet bij andere Woody distributeurs en dus dat de mededinging op de markt (die de relatie met de bewuste kleinhandelszaak evident overstijgt) kan worden beïnvloed door het gedrag. Zelfs de stakingsrechter linkt de “*bredere strategie*” enkel aan de bewuste kleinhandelszaak en pretendeert niet dat de feiten een voorbeeld zijn van symptomatisch gedrag van The Woody Group BV. Ondanks dat het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid als mededingingsregel logischerwijze moet peilen naar de mededingingseffecten, vormt dit wel degelijk een praktische beslomming wanneer de individuele, verticale B2B-verhouding bescherming verdient.

54. Ten tweede, doet dat vrijwel onmiddellijk de vraag rijzen waarom de stakingsrechter überhaupt de weg van artikel IV.2/1 WER is ingeslagen om de belangen van de kleinhandelszaak te beschermen en zich niet uitsluitend heeft beroepen op andere (bestaande en nieuwe) B2B-regels die trachten ondernemingen in verticale relaties te beschermen ten opzichte van onrechtmatig handelende handelspartners.

²² S. DE POURCQ, *Onerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 528.

²³ S. DE POURCQ, “Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden”, *TBH*, 2019/5, 655.

²⁴ J. LEONARD en 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, (9) 12; G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, (3) 8.

²⁵ 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; S. DE POURCQ, “Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden”, *TBH* 2019/5, 654 i.v.m. J. STUYCK en B. KEIRSBLOCK, “De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar”, *SEW* 2019, (374) 384; G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, (3) 8.

²⁶ S. DE POURCQ, *Onerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 592-595.

55. Daar waar een louter onevenwichtige onderhandelingspositie niet voldoende is om artikel IV.2/1 WER in te roepen, vereisen artikel VI.104 WER *jo.* artikel VI.109/1 WER immers geen daadwerkelijke of potentiële aantasting van de mededinging op minstens een wezenlijk deel van de Belgische markt. Deze artikelen situeren zich buiten de mededingingsrechtelijke sfeer en maken onderdeel uit van het marktpraktijkenrecht.

56. Artikel IV.104 WER betreft een algemeen verbod van elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden. Het is aanneemelijk dat een misbruik van een economische afhankelijkheidspositie, waaronder een leveringsweigering, kan kwalificeren als een oneerlijke marktpraktijk die de beroepsbelangen van een afhankelijke onderneming schaadt of kan schaden op grond van artikel IV.104 WER.

57. Een nieuwe afdeling van de oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen zijn de agressieve marktpraktijken die met het nieuwe artikel VI.109/1 WER worden gedefinieerd als volgt: *“een marktpraktijk die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de onderneming met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor zij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat zij anders niet had genomen”*. Artikel VI.109/1, tweede lid WER voegt aansluitend toe: *“Voor de toepassing van deze afdeling dient onder ongepaste beïnvloeding te worden verstaan: het uitbuiten door een onderneming van een machtspositie ten aanzien van de andere onderneming om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die haar vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt.”*

58. Op basis van de wettelijke definitie is het overtuigend

te argumenteren dat een misbruik van een economische afhankelijkheidspositie een agressieve marktpraktijk kan uitmaken, indien een onderneming zijn machtspositie uitbuit ten opzichte van een andere onderneming.²⁷ De bewoordingen van artikel VI.109 WER, waarbij een ongepaste beïnvloeding de vrijheid van handelen van een onderneming met betrekking tot een product aanzienlijk beperkt of kan beperken, leunen nagenoeg naadloos aan bij de wettelijke toepassingscriteria van het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid. Volgens de rechtsleer betreft die machtspositie overigens een relatieve machtspositie van een onderneming ten opzichte van een andere onderneming, en geen absolute op grond van artikel IV.2 WER (misbruik van machtspositie).²⁸

59. Ook de stakingsrechter oordeelt dat het arbitraire gedrag van The Woody Group BV *minstens* een inbreuk vormt op artikel VI.104 WER, nadat hij heeft vastgesteld dat het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid is geschonden. Het stakingsvonnis maakt daarentegen geen enkele notie van artikel VI.109/1 WER. In theorie is het als een positieve evolutie op te merken dat de rechtspraak het nieuwe verbod van artikel IV.2/1 WER, dat door de wetgever uitdrukkelijk is voorzien met drie constitutieve bestanddelen, niet omzeilt door zich uitsluitend te beroepen op het algemene verbod op oneerlijke marktpraktijken.²⁹ Een gezamenlijke behandeling (of desgevallend in ondergeschikte orde) vermijdt dat een potentiële impact op de mededinging niet wordt onderzocht en de contractsvrijheid tussen ondernemingen te zeer wordt ingeperkt.³⁰

60. Evenwel ontbreekt nu juist elk spoor van een mededingingsrechtelijke analyse in het stakingsvonnis die een gezamenlijke behandeling zou rechtvaardigen, waardoor de meerwaarde van het inroepen van de nieuwe verbodsbepaling onduidelijk blijft.

61. Het antwoord schuilt mogelijk in de impact die de samenlooptheorie op de vordering tot staking in de verticale B2B-verhouding heeft. Sommige rechtspraak en rechtsleer³¹

^{27.} 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?”, *RDC* 2019/7, (838) 851.

^{28.} Zie bv. G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, (3) 11.

^{29.} Zie bv. G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, (3) 9.

^{30.} Zie ook de opmerking die Straetmans maakt met betrekking tot de reflexwerking van mededingingsrechtelijke verboden op marktpraktijken. G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR* 2020, (3) 12; J. STUYCK en B. KEIRSBlick, “De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar”, *SEW* 2019, (374) 376.

^{31.} Het leerstuk inzake de samenloop kent een belangrijk debat binnen de rechtspraak, waarbinnen twee stromingen kunnen worden onderscheiden: enerzijds de “verdwijningstheorie” en anderzijds de “verfijningstheorie”. De aanhangers van de verfijningstheorie nemen aan dat samenloop mogelijk blijft indien er wordt voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden, namelijk dat de fout niet louter contractueel mag zijn en de schade niet enkel het gevolg kan zijn van een contractuele wanprestatie, terwijl de aanhangers van de verdwijningstheorie de samenloop slechts aanvaarden indien zowel de fout als de schade volledig vreemd zijn aan de contractuele verhouding. De huidige cassatierechtspraak (sedert het arrest van 29 september 2006 (C.0502.N)) luidt daar tussenin dat een contractant door zijn medecontractant in de regel slechts buitencontractueel aansprakelijk gesteld kan worden *“indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis, maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsnorm die op hem rust en indien deze fout andere dan aan de slechte uitvoering te wijten schade heeft veroorzaakt”*. Een uitgebreide analyse van dit leerstuk valt echter buiten het bestek van deze noot. Voor een verdere bespreking van deze twee stromingen in het licht van de veranderde evolutie binnen de rechtspraak van het Hof van Cassatie, zie C. DE KONINCK, “De stakingsvordering”, *Endroi* 2020, nr. 2, p. 168-199 (noot onder Brussel 16 december 2019, nr. 2016/AR/2045).

aanvaarden dat een stakingsbevel op basis van het verbod op oneerlijke marktpraktijken in een contractuele B2B-verhouding slechts mogelijk is indien het onrechtmatige gedrag (de fout) niet louter contractueel is, maar tevens steeds een inbreuk is op de eerlijke marktpraktijken los van de contractuele afspraken.³² Een annulatie van eerder bevestigde orders en een onrechtmatige eenzijdige beëindiging vormen typische voorbeelden van contractuele tekortkomingen die tevens oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen kunnen uitmaken, maar tegelijkertijd niet zouden bestaan bij gebrek aan een overeenkomst tussen partijen.³³ Het betreft handelingen die uitsluitend kunnen worden gesteld door contractpartijen en op zichzelf niet problematisch zijn. Dat betekent dat, volgens deze strekking inzake de samenlooptheorie, een contractpartij in die omstandigheden geen buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering op grond van artikel VI.104 WER kan instellen in plaats van een contractuele aansprakelijkheidsvordering. Bijgevolg wordt een stakingsvordering op deze juridische grondslag in de regel niet aanvaard.

62. De stakingsrechter sluit zich klaarblijkelijk aan bij deze toepassing van de samenlooptheorie wanneer hij stelt dat hij regelmatig gevat is van zodra de “*gedragingen van verweerster naast een zuiver contractueel niet nakomen van de verbintenissen, een inbreuk betekenen op de eerlijke handelsgebruiken die per definitie onzorgvuldig gedrag uitmaken*” (eigen benadrukking). Het komt ons dan ook voor dat de stakingsrechter op verzoek van de eisende partij vervolgens de toepassing van het nieuwe artikel IV.2 WER betreft in de analyse om een negatieve uitkomst van de toets van de samenlooptheorie te vermijden, wanneer hij “*los van de contractuele problematiek [moet] nagaan of dergelijke gedra-*

gingen ook niet tevens een schending uitmaken van eerlijke marktpraktijken, in casu door de bewering van eiseres dat verweerster misbruik zou maken van haar economische dominantie door te weigeren een bestelling uit te leveren met als reden de onmiddellijke stopzetting van de samenwerking”.

63. Zodoende acht de stakingsrechter de toepassing van artikel IV.2/1 WER blijkbaar noodzakelijk om het onrechtmatige gedrag van The Woody Group BV te sanctioneren, bij gebrek waaraan hij lijkt te stellen dat hij zou moeten weigeren om zich uit te spreken over de gevorderde maatregelen.

64. Desondanks zou de verschijning van artikel IV.2/1 WER als een soort *deus ex machina* niet nodig zijn mocht de stakingsrechter een andere strekking in de rechtsleer hebben gevolgd die de uitsluiting van louter contractuele tekortkomingen bekritiseert en artikel VI.104 WER als een autonome bepaling beschouwt die contractuele én buitencontractuele toepassingen kent.³⁴

65. Indien de stakingsrechter aansluiting zou hebben gevonden bij die andere strekking in de rechtsleer, zou hij een onvolledige toepassing van het nieuwe verbod op misbruik van economische afhankelijkheid zoals die nu voorligt, hebben kunnen vermijden in het bijzonder wat betreft de derde toepassingsvereiste. Dat zou de juridische onderbouwing van het stakingsvonnis ten goede zijn gekomen, in acht genomen dat onderhavige zaak bijval verdient vanuit het oogpunt van de kleinhandelszaak, die onrechtmatig aan de deur werd gezet.

CONCLUSIE

66. De eerste toepassing van het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid in de Belgische rechtspraak is een feit. Deze noot maakte een kritische analyse van elk van de wettelijke toepassingsvoorwaarden van het nieuwe verbod zoals toegepast in het stakingsvonnis.

67. Wat betreft het eerste wettelijke toepassingscriterium, die van het bestaan van een economische afhankelijkheid, is m.i. niet voldoende vastgesteld dat de kleinhandelszaak zich in een positie van economische afhankelijkheid bevindt op grond van artikel IV.2/1 WER. De kleinhandelszaak wordt

bijzonder hard getroffen door de laattijdige annulering van de bevestigde orders en de beëindiging van de handelsrelatie, die het onmogelijk maken om alsnog zich tijdig via een alternatieve leverancier te bevoorraden. Niettemin motiveren deze feiten niet waarom dat gebrek aan een redelijk equivalent alternatief The Woody Group BV in staat zou stellen om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet mogelijk zouden zijn onder normale marktomstandigheden. Heel veel ondernemingen komen in de problemen als hun leverancier van de ene dag op de andere wederrechtelijk de relatie stopzet; dat betekent niet dat die leverancier daardoor ook met-

³² Het hof van beroep te Gent, d.i. de rechtsinstantie die het stakingsvonnis in beroep zou behandelen, houdt deze strekking aan. Zie bv.: Gent 29 mei 2017, 456; Gent 13 februari 2017, 445; Gent 3 februari 2014, *NJW* 2015, 116; Gent 19 april 2010, *TGR* 2010, 333; S. DE POURCQ, *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 372; D. MERTENS, “Commentaar art. VI.104 WER” in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 48; J. STUYCK, *Handelspraktijken en contracten met consumenten*, Mechelen, Kluwer, 297.

³³ DE POURCQ, *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 375.

³⁴ Zie vnl. S. DE POURCQ, *Ooneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 372 *et seq.* In de rechtspraak vindt deze strekking op heden nagenoeg geen navolging.

een onredelijke voorwaarden of prestaties kan opleggen aan zijn afnemers. Voor die analyse moet rekening worden gehouden met de voorziene indicatoren, afzonderlijk of in samenhang te beoordelen, waaronder de weloverwogen of verplichte keuze van een onderneming om zich in een positie van economische afhankelijkheid te plaatsen. Een afweging van de concrete marktomstandigheden in de betrokken sector ontbreekt, noch wordt het causale verband tussen beide testen onderzocht.

68. De tweede toepassingsvoorwaarde, die van het misbruik, vereist een strikte interpretatie. De leveringsweigering op grond van artikel IV.2/1 WER vormt een nieuwe wettelijke basis voor een onderneming om een onrechtmatige weigering aan te vechten. De stakingsrechter heeft daarvan gebruik gemaakt, nu The Woody Group BV *in extremis* de bevestigde orders niet wilde leveren en dit omwille van een reden die luidens het vonnis een drogreden was. Dergelijke situatie kan m.i. inderdaad kwalificeren als een misbruik ten opzichte van een economisch afhankelijke distributeur op voorwaarde dat het misbruik de mededinging aantast of kan aantasten op de betrokken markt.

69. Die mededingingsrechtelijke voorwaarde vormt als derde wettelijk toepassingscriterium het sluitstuk van de juridische analyse van artikel IV.2/1 WER. Hoewel de rechtsleer vermoedde dat de toepassing van de nieuwe verbodsbepaling beperkte toepassing zou kennen in de praktijk door de vereiste van een grondige marktanalyse, beschouwt de stakingsrechter de gedragingen van The Woody Group BV nochtans als een inbreuk op het verbod zonder die analyse uit te voeren. Het gebrek daaraan kan voortvloeien uit de moeilijkheid om de individuele marktpositie van de klein-

handelszaak te beschermen in het licht van de eventuele impact van de (algemene) mededingingseffecten. Toch achtte de stakingsrechter het noodzakelijk om de nieuwe verbodsbepaling als juridische kapstok aan te wenden, wellicht om te vermijden dat hij zich anders omwille van de in de rechtspraak overheersende strekking inzake de samenlooptheorie onbevoegd zou moeten achten om de gevorderde maatregelen toe te kennen. Deze noot oordeelde dat de rechtsleer deze strekking overtuigend bekritiseert en een stakingsbevel wegens schending van artikel VI.104 WER in een contractuele context, niet *per se* zou moeten worden uitgesloten wegens de samenlooptheorie.

70. Samengevat kunnen de voorliggende feiten op sympathie rekenen, nu de kleinhandelszaak op basis van de gekende feiten duidelijk het slachtoffer werd van een onprofessionele beëindiging van de samenwerking met zeer schadelijke gevolgen van dien. Desalniettemin lijken de voorliggende feiten niet verzoenbaar met de wettelijke criteria die op grond van artikel IV.2/1 WER vereist zijn om de nieuwe verbodsbepaling toe te passen. Andere bestaande en nieuwe B2B-regels, die geen mededingingsrechtelijke analyse vergen, hadden mogelijk kunnen worden aangegrepen als (autonome) juridische basis om dit geschil te beslechten.

71. Aangezien er geen beroep is ingesteld tegen het stakingsvonnis, is het wachten op de volgende toepassing in de rechtspraak om de toepassingsvoorwaarden juridisch te analyseren en te beoordelen welke meerwaarde het nieuwe verbod op misbruik van economische afhankelijkheid ten opzichte van de bestaande én nieuwe B2B-regels te bieden heeft in de praktijk.