RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 76.117/1
van 13 mei 2024

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot aanvulling van de lijsten van onrechtmatige bedingen in commerciële samenwerkingsovereenkomsten inzake detailhandel in niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 76.117/1
du 13 mai 2024

sur

un projet d’arrêté royal ‘complétant les listes de clauses abusives pour les accords de partenariat commercial concernant le commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire’

#LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ#

Op 10 april 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Middenstand verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot aanvulling van de lijsten van onrechtmatige bedingen in commerciële samenwerkingsovereenkomsten inzake detailhandel in niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 2 mei 2024. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D'ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tina COEN, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Brecht STEEN, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 mei 2024.

*

Le 10 avril 2024, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre des Classes moyennes à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'complétant les listes de clauses abusives pour les accords de partenariat commercial concernant le commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 2 mai 2024. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Brecht STEEN et Annelies D'ESPALLIER, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Tina COEN, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Brecht STEEN, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 13 mai 2024.

*

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe te bepalen welke bijkomende bedingen in commerciële samenwerkingsovereenkomsten tussen een onderneming en een onderneming inzake detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen als onrechtmatig worden beschouwd. Daartoe worden de artikelen VI.91/4 en VI.91/5 van het Wetboek van economisch recht (hierna: het WER) telkens aangevuld met een nieuw lid.

2.2. Artikel 1 van het ontwerp vult de zgn. zwarte lijst van artikel VI.91/4 van het WER aan met vijf bedingen die steeds worden geacht onrechtmatig te zijn wanneer zij in bovengenoemde overeenkomsten voorkomen. Artikel 2 van het ontwerp vult de zgn. grijze lijst van artikel VI.91/5 van datzelfde wetboek aan met drie bedingen die tot bewijs van het tegendeel worden vermoed onrechtmatig te zijn wanneer zij in bovengenoemde overeenkomsten voorkomen.

De ontworpen regeling treedt luidens artikel 3 van het ontwerp in werking op de eerste dag van de zesde maand na die waarin ze is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* voor commerciële samenwerkingsovereenkomsten die gesloten, hernieuwd of gewijzigd zijn na die datum. Voor de andere commerciële samenwerkingsovereenkomsten treedt zij in werking op de eerste dag van de tiende maand na die waarin ze is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel VI.91/7 van het WER, dat in het eerste lid van de aanhef wordt vermeld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. In het vierde lid van de aanhef dient vanzelfsprekend nog de datum van het advies van de inspecteur van Financiën te worden vermeld, zijnde 27 maart 2024.

Algemene opmerkingen

5. De tekst van het ontwerp van koninklijk besluit, die van reglementaire aard is, wordt ingevoegd in het WER, dat een wetgevende akte is. Tegen de gevolgde werkwijze rijzen als zodanig geen constitutionele bezwaren, maar vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid valt zij in beginsel af te raden omdat hierdoor twijfel kan ontstaan omtrent de rechtskracht van de ontworpen

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

regeling. Doordat de ontworpen bepalingen, die zoals gezegd van reglementaire aard zijn, worden ingevoegd in bepalingen die kracht van wet bezitten, zou immers bij de rechtszoekenden de indruk kunnen ontstaan dat de ingevoegde bepalingen, door de plaats waar zij in de geconsolideerde tekst van het WER terug te vinden zijn, eveneens kracht van wet hebben. De ontworpen bepalingen behouden, ondanks het feit dat zij zijn opgenomen in het WER, evenwel hun reglementair karakter.

Aan de gemachtigde werd gevraagd waarom werd gekozen voor deze werkwijze en waarom de regeling niet het voorwerp zal worden van een autonoom koninklijk besluit. Dienaangaande antwoordde de gemachtigde het volgende:

> "Het gaat effectief om een uitvoeringsbesluit.
>
> Maar aangezien de bevoegdheid aan de Koning krachtens artikel VI.91/7 van het Wetboek van Economisch Recht (hierna WER) enkel betrekking kan hebben op het aanvullen van de artikelen VI.91/4 en VI.91/5, i.e. de zwarte en grijze lijst onrechtmatige bedingen, geldt voor die specifieke sector (de commerciële samenwerkingsovereenkomsten in de zin van artikel I.11, 2°, van dit Wetboek, gesloten tussen een onderneming en een onderneming in detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen) een aanvulling van de lijsten opgenomen in het WER via een tweede lid.
>
> De ontworpen regeling wordt dan ook ingevoegd in het WER en wordt niet opgenomen in een aparte uitvoeringsbesluit omdat dit vereist wordt door de formulering van de delegatie aan de Koning."

In tegenstelling tot wat de gemachtigde voorhoudt, vereist artikel VI.91/7 van het WER niet dat de door de Koning vastgelegde onrechtmatige bedingen moeten worden opgenomen als bepaling in het WER zelf. Gelet hierop en op de hierboven in herinnering gebrachte bezwaren tegen de gekozen werkwijze, verdient het aanbeveling dat de stellers van het ontwerp nagaan of het werkelijk aangewezen is om de ontworpen bepalingen te concipiëren als een wijziging van het WER.

6.1. Ongeacht de plaats waar de ontworpen bepalingen worden opgenomen, blijven deze van reglementaire aard en zijn zij in beginsel hiërarchisch ondergeschikt aan de andere bepalingen van het WER en, meer in het algemeen, aan andere (formele) wetsbepalingen die kracht van wet hebben. Een en ander houdt in dat de bepalingen die sommige bedingen als onrechtmatige bedingen aanmerken in overeenstemming moeten zijn met andere (formele) wetsbepalingen tenzij er een wettelijke machtiging voorhanden is om van die wetskrachtige normen af te wijken. De vraag rijst of de ontworpen bepalingen wel altijd in overeenstemming zijn met andere (formele) wetsbepalingen.

6.2.1. Zo is het niet duidelijk hoe het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, 4°, van het WER, luidens hetwelk het verboden is om in de overeenkomst een beding op te nemen waardoor de persoon die het recht verkrijgt, verplicht is zijn geschil enkel voor een bepaalde arbitrage-instantie voor te leggen, zich precies verhoudt tot artikel 1676, §§ 1, 2 en 4, van het Gerechtelijk Wetboek. Luidens laatstgenoemde bepaling kan ieder geschil van vermogensrechtelijke aard het voorwerp van een arbitrage uitmaken en kan eenieder die bekwaam is om een dading aan te gaan een arbitrageovereenkomst sluiten, behoudens waar de wet anders voorziet.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Gevraagd naar de precieze verhouding met artikel 1676, §§ 1, 2 en 4, Ger.W. verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "Partijen kunnen inderdaad altijd overeenkomen om geschillen via arbitrage op te lossen. Dit Koninklijk Besluit wijkt daar geenszins van af, en er is uitdrukkelijk gezegd in het Verslag aan de Koning (p. 19) dat arbitrage in veel gevallen een aan te moedigen conflictbeslechtingsmodel is bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten.
>
> Maar het is eveneens een algemeen aanvaard principe dat partijen niet via algemene voorwaarden een **bepaalde** arbitrage-instantie vóór het ontstaan van een geschil mogen aanduiden als instantie die eventuele geschillen zal beslechten. Er is dan immers een reële kans dat de sterkere partij een arbitrage-instantie zal opdringen aan diegene die het recht verkrijgt. De beide partijen moeten ermee akkoord gaan om hun geschil aan een **bepaalde** arbitrage-instantie voor te leggen, en dit *op het moment dat er een geschil is*. Arbitrage is immers een 'vrijwillig' aan te gaan geschillenoplossingsmogelijkheid (Principe van vrijheid), en vooraf opgemaakte contractvoorwaarden mogen die vrijheid, vooral in opdat de rechten van de zwakkere partij om zich adequaat te kunnen verdedigen, niet belemmerd worden.
>
> Er kan bijkomend opgemerkt worden dat dergelijke arbitragebedingen ook reeds verboden worden krachtens de (Gewestelijke) regels inzake handelshuur. In veel commerciële samenwerkingsovereenkomsten, waar diegene die het recht verkrijgt een pand huurt van diegene die het recht verleent, zal een dergelijk beding al reeds verboden zijn krachtens de geldende bepalingen inzake handelshuur. In veel gevallen gaat het dus niet om een nieuw verbod.
>
> Er is dan ook geen tegenstrijdigheid tussen de ontworpen regeling en artikel 1676 van het Gerechtelijk Wetboek."

6.2.2. De stelling van de gemachtigde overtuigt echter niet. Weliswaar vloeit uit artikel 1676, § 4, Ger.W. voort dat ieder geschil van vermogensrechtelijke aard het voorwerp van een arbitrage kan uitmaken en dat eenieder die bekwaam is om een dading aan te gaan een arbitrageovereenkomst kan sluiten, "behoudens waar de wet anders voorziet", maar het is onduidelijk of met het begrip "wet" in die bepaling formele dan wel materiële wetsbepalingen worden bedoeld. In elk geval zijn de bepalingen in het vigerende recht die het sluiten van een arbitrageovereenkomst beperken, met inbegrip van de door de gemachtigde vermelde bepalingen inzake handelshuurregelgeving, opgenomen in bepalingen met kracht van wet waarvan duidelijk is dat ze vermogen af te wijken van artikel 1167, §§ 1 en 2, Ger.W..[1]

Bovendien ligt het niet voor de hand dat de machtiging in artikel VI.91/7, eerste lid, van het WER kan worden beschouwd als een uitdrukkelijke machtiging om het toepassingsgebied van artikel 1167, §§ 1 en 2, Ger.W. te beperken.

[1] Voor een overzicht, zie G. DE BUYZER, *Arbitrage – Art. 1676 Ger.*W, in X., *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer,* VI, Wolters Kluwer, Mechelen, [1998], p. 49-55.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Door een beding tot het sluiten van welbepaalde arbitrageovereenkomsten als onrechtmatig te bestempelen en dus onrechtstreeks het sluiten van bepaalde arbitrageovereenkomsten te verbieden, staat het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, 4°, van het WER op gespannen voet met artikel 1167, §§ 1, 2 en 4, Ger.W. en met artikel 108 van de Grondwet dat de Koning opdraagt de wetten uit te voeren "zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen".

Aldus lijkt het ontworpen artikel VI.94/1, tweede lid, 4°, van het WER, slechts doorgang te kunnen vinden, mits de Koning daartoe uitdrukkelijk wordt gemachtigd.

6.3. Het is aan de stellers van het ontwerp om zich ervan te vergewissen dat geen van de andere ontworpen onrechtmatige bedingen vergelijkbare problemen stelt. De artikelsgewijze bespreking gebeurt onder dat voorbehoud.

Artikel 1

7.1. De omschrijving van het toepassingsgebied van het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, van het WER komt niet overeen in beide taalversies. In de Nederlandse versie is sprake van "commerciële samenwerkingsovereenkomsten in de zin van artikel I.11, 2°, gesloten tussen een onderneming en een onderneming in detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- *en genotmiddelen* overheersen", terwijl de Franse versie spreekt over "accords de partenariat commercial, au sens de l'article 1.11, 2°, conclus entre une entreprise et une entreprise de commerce de détail en magasin non spécialisé *à prédominance alimentaire*".

Volgens het verslag aan de Koning stemt de omschrijving van het toepassingsgebied overeen met de wijze waarop NACE-code 47.11 is omschreven, waarbij de afdeling Wetgeving vaststelt dat de Nederlandse[2] en Franse omschrijving van die code hetzelfde taalkundig verschil bevatten. Aangezien de NACE-codes bij Europese verordening zijn vastgesteld[3], valt dit verschil moeilijk door de Koning weg te werken. Een elegante oplossing zou er in kunnen bestaan om in het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, van het WER de zinsnede "in detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen" te vervangen door de zinsnede "waarvan de activiteit onder de NACE-code 47.11 valt".

7.2. Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt met betrekking tot de inleidende zin van het bij artikel 2 van het ontwerp ingevoegde artikel VI.91/5, tweede lid, van het WER.

[2] Evenals de Duitse taalversie. De Engelse, Italiaanse, Spaanse en Zweedse taalversies vermelden "tabak".

[3] Bijlage I bij verordening (EG) nr. 1893/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 'tot vaststelling van de statistische classificatie van economische activiteiten NACE Rev. 2 en tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 3037/90 en enkele EG-verordeningen op specifieke statistische gebieden'.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

8. Luidens het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, 2°, van het WER wordt een beding als onrechtmatig beschouwd indien het ertoe strekt de persoon die het recht verkrijgt te verbieden om voorbereidingen te treffen of onderhandelingen aan te vatten met het oog op het ontwikkelen van een nieuwe activiteit tijdens de opzegtermijn of de termijn van een niet concurrentiebeding "onder voorbehoud van het vrijwaren van het bedrijfsgeheim verbonden aan de overeenkomst".

Bevraagd over de precieze draagwijdte van de aangehaalde zinsnede, verklaarde de gemachtigde het volgende:

> "Degene die het recht verkrijgt mag dan wel het recht hebben om voorbereidingen te treffen of onderhandelingen aan te vatten met het oog op het ontwikkelen van een nieuwe activiteit tijdens de opzegtermijn of de termijn van het niet-concurrentiebeding, maar hij moet er daarentegen wel over waken dat hij geen gevoelige informatie of bedrijfsgeheimen van zijn huidige medecontractant, bijvoorbeeld specifieke formules eigen aan de commerciële samenwerkingsovereenkomst, know how, afgesproken verkoopprijzen tussen diegene die het recht verleent en diegene die het recht verkrijgt, enz., aan derden overmaakt.
>
> Ter info: Bedrijfsgeheimen worden uitdrukkelijk geregeld in Richtlijn (Eu) 2016/943 van het Europees Parlement en De Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (*Publ.-bl. EU* nr. L 157/1 van 15 juni 2016), zoals omgezet door de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van bedrijfsgeheimen, *B.S.* 14 augustus 2018."

Zoals het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, 2°, van het WER thans is geformuleerd en door de gemachtigde is toegelicht, wekt het de indruk dat bedrijfsgeheimen die in het kader van de uitvoering van een commerciële samenwerkingsovereenkomst tussen ondernemingen worden uitgewisseld, te allen tijde beschermd zijn.

De vraag rijst of dit wel de bedoeling is van de stellers van het ontwerp, aangezien uit artikel XI.332/4 van het WER immers volgt dat het gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim slechts in welbepaalde gevallen als onrechtmatig wordt aangemerkt. Nog daargelaten de vraag of de Koning wel gemachtigd is om af te wijken van artikel XI.332/4 van het WER (vgl. met opmerkingen 6.2.1 en 6.2.2), verdient het aanbeveling om het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, 2°, van het WER zo te herformuleren dat er geen twijfel kan ontstaan omtrent de precieze draagwijdte ervan. Desgevallend kan de wettelijke regeling inzake bedrijfsgeheimen in herinnering worden gebracht, door in het ontworpen artikel VI.91/4, tweede lid, 2°, van het WER een uitdrukkelijke verwijzing naar artikel XI.332/4 van het WER op te nemen.

9. Luidens het ontworpen artikel VI.94/4, tweede lid, 4°, van het WER wordt als onrechtmatig beschouwd het beding dat er toe strekt de persoon die het recht verkrijgt "te verplichten zijn geschil enkel voor *een bepaalde* arbitrage-instantie voor te leggen". In het verslag aan de Koning wordt bij de bespreking van de ontworpen bepaling evenwel geconcludeerd dat met de ontworpen bepaling "bedingen waarbij de partijen zich op voorhand verbinden tot beslechting via een bepaalde *of niet-bepaalde* arbitrage-instantie verboden [worden]".

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Bevraagd over de discrepantie tussen beide teksten, verklaarde de gemachtigde:

"Wat verboden wordt, is dat de partijen er zich via contractvoorwaarden voorafgaandelijk toe verbinden hun geschillen bij een bepaalde arbitrage-instantie te zullen beslechten. Rekening houdend met de tekst van het KB, worden dus enkel specifieke arbitrage-instanties bedoeld, en niet de algemene verbintenis om geschillen via arbitrage op te lossen. Het Verslag aan de Koning kan in deze zin aangepast worden indien door de Raad van State gevraagd."

Het verdient inderdaad aanbeveling om gelet op de rechtszekerheid de discrepantie tussen de tekst van de ontworpen bepaling en het verslag aan de Koning weg te werken.

Artikel 2

10. Het ontworpen artikel VI.91/5, tweede lid, 2°, van het WER voegt een onrechtmatig beding in ter bescherming van personen die het recht verkrijgen en een onderneming uitbaten die minstens twaalf maanden "structureel verlieslatend" is. Het betreft een uiterst vaag en rekbaar begrip, zo blijkt ook uit het verslag aan de Koning waarin het volgende wordt opgemerkt:

"In de verschillende ontvangen adviezen kwam naar voor dat de term 'structureel verlieslatend' een heel rekbaar en onduidelijk begrip is. De vertegenwoordigers van zij die het recht verlenen wijzen er daarnaast op dat een onderneming omwille van heel verschillende redenen structureel verlieslatend kan zijn. Er kunnen wegenwerken geweest zijn, er kunnen zich externe factoren als covid voordoen, het kan te wijten zijn aan de wijze van bedrijfsvoering van diegene die het recht verkrijgt. In al deze gevallen kan de insolventiewetgeving ingeroepen worden. In onder meer het advies van de HRZKMO wordt dan ook een specifiekere definiëring van dit begrip voorgesteld, bijvoorbeeld 'het verlies van de helft van de netto-activa zonder kans op economisch herstel van de onderneming'. Deze herformulering sluit volgens de HRZKMO een klein tekort uit. Deze omschrijving verwijst naar de zogenaamde 'alarmbelprocedure' in artikel 7:228 van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen. Indien het netto-actief gedaald is tot minder dan de helft van het kapitaal, en het duidelijk is dat er geen kans is op economisch herstel voor de betrokken onderneming, dan kan inderdaad beschouwd worden dat er sprake is van een structureel verlieslatende situatie. Niettemin moet er daarnaast nog ruimte gelaten worden voor een 'case by case'-benadering om na te gaan of een winkel in een uitzichtloze situatie verzeild is geraakt, en is er de voorkeur aan gegeven een ruime omschrijving te bewaren."

Aangaande het begrip "structureel verlieslatend" preciseerde de gemachtigde nog het volgende:

"Een commerciële samenwerkingsovereenkomst betreft een overeenkomst van lange duur waarbij veel investeringen gemoeid zijn, en kan dus niet zomaar mits een korte termijn beëindigd worden. Anderzijds moet vermeden worden dat diegene die het recht verkrijgt gedwongen wordt om een uitbating, die om diverse redenen niet werkt en structureel verlieslatend is, te blijven openhouden.

De uitbater kan daar contractueel toe worden gedwongen, door middel van bedingen die op een te ruime wijze enkele beëindiging aan een lange opzegtermijn verbinden, zoals bijvoorbeeld: 'Indien diegene die het recht verkrijgt de overeenkomst *om welke reden dan ook* eenzijdig beëindigt, is hij gehouden tot het in acht nemen van een opzegtermijn van minstens een jaar'.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Wat de bewoording 'structureel verlieslatend' betreft, wordt deze term -zoals verduidelijkt in het Verslag aan de Koning- bewust ruim gehouden, teneinde aan de rechter de nodige beoordelingsruimte te laten.

Teneinde meer concrete houvast hebben voor het begrip 'structureel verlieslatend', wordt in het Verslag aan de Koning, onder meer overgenomen uit het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO's, onder meer gesteld dat de term 'structureel verlieslatend' gezien kan worden als 'het verlies van de helft van de netto-activa zonder kans op economisch herstel van de onderneming'."

Door het begrip "structureel verlieslatend" niet nader te omschrijven rijst de vraag of partijen die een beding formuleren overeenkomstig de ontworpen bepaling, wel artikel VI.91/2, eerste lid, van het WER kunnen naleven naar luid waarvan de bedingen van de overeenkomst die schriftelijk is opgesteld, hetgeen bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten steeds het geval zal zijn, duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.

Het verdient aanbeveling om het begrip "structureel verlieslatend" nauwkeuriger te omschrijven en te overwegen om de definitie die werd voorgesteld door de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de K.M.O. en die ook in het verslag aan de Koning wordt aangehaald alsnog te integreren in het dispositief van de ontworpen bepaling.

*

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2.1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de déterminer quelles clauses supplémentaires d'accords de partenariat commercial entre une entreprise et une entreprise de commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire sont considérées comme abusives. Pour ce faire, les articles VI.91/4 et VI.91/5 du Code de droit économique (ci-après : le CDE) sont chaque fois complétés par un nouvel alinéa.

2.2. L'article 1er du projet complète la « liste noire » de l'article VI.91/4 du CDE par cinq clauses qui sont toujours réputées abusives lorsqu'elles apparaissent dans les accords susmentionnés. L'article 2 du projet complète la « liste grise » de l'article VI.91/5 de ce même code par trois clauses qui, sauf preuve contraire, sont présumées abusives lorsqu'elles apparaissent dans les accords susmentionnés.

Selon l'article 3 du projet, le dispositif en projet entre en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge* pour les accords de partenariat commercial conclus, renouvelés ou modifiés après cette date. Pour les autres accords de partenariat commercial, il entre en vigueur le premier jour du dixième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*.

3. Le projet trouve son fondement juridique dans l'article VI.91/7 du CDE, qui est mentionné au premier alinéa du préambule.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

4. Au quatrième alinéa du préambule, il va de soi qu'on mentionnera encore la date de l'avis de l'inspecteur des Finances, à savoir le 27 mars 2024.

Observations générales

5. Le texte du projet d'arrêté royal, qui est de nature réglementaire, est inséré dans le CDE, qui est un acte législatif. Le procédé suivi ne paraît pas, en tant que tel, soulever d'objections d'ordre constitutionnel, mais il est en principe déconseillé du point de vue de la sécurité juridique dès lors qu'il peut faire naître un doute quant à la force obligatoire du dispositif en projet. En effet, dès lors que les dispositions en projet qui, ainsi qu'il a été dit, sont de nature réglementaire, sont

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

insérées dans des dispositions ayant force de loi, les justiciables pourraient avoir l'impression que les dispositions insérées, par l'endroit où elles se situent dans le texte consolidé du CDE, ont également force de loi. Les dispositions en projet conservent toutefois leur caractère réglementaire, malgré le fait qu'elles soient inscrites dans le CDE.

Il a été demandé au délégué les motifs pour lesquels ce procédé a été retenu et pourquoi le dispositif ne fera pas l'objet d'un arrêté royal autonome. Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

> « Het gaat effectief om een uitvoeringsbesluit.
>
> Maar aangezien de bevoegdheid aan de Koning krachtens artikel VI.91/7 van het Wetboek van Economisch Recht (hierna WER) enkel betrekking kan hebben op het aanvullen van de artikelen VI.91/4 en VI.91/5, i.e. de zwarte en grijze lijst onrechtmatige bedingen, geldt voor die specifieke sector (de commerciële samenwerkingsovereenkomsten in de zin van artikel I.11, 2°, van dit Wetboek, gesloten tussen een onderneming en een onderneming in detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- en genotmiddelen overheersen) een aanvulling van de lijsten opgenomen in het WER via een tweede lid.
>
> De ontworpen regeling wordt dan ook ingevoegd in het WER en wordt niet opgenomen in een aparte uitvoeringsbesluit omdat dit vereist wordt door de formulering van de delegatie aan de Koning ».

Contrairement à ce que soutient le délégué, l'article VI.91/7 du CDE ne requiert pas que les clauses abusives fixées par le Roi soient inscrites sous forme de disposition dans le CDE proprement dit. Compte tenu de ce qui précède et des objections rappelées ci-dessus à l'encontre du procédé choisi, il est recommandé que les auteurs du projet vérifient s'il est réellement indiqué de concevoir les dispositions en projet comme une modification du CDE.

6.1. Quel que soit l'endroit où les dispositions en projet sont inscrites, celles-ci restent de nature réglementaire et sont en principe hiérarchiquement subordonnées aux autres dispositions du CDE et, d'une manière plus générale, à d'autres dispositions légales (formelles) ayant force de loi. Il s'ensuit que les dispositions qui qualifient certaines clauses d'abusives doivent être conformes à d'autres dispositions légales (formelles) à moins qu'il existe une habilitation légale permettant de déroger à ces normes législatives. La question se pose de savoir si les dispositions en projet sont bien toujours conformes à d'autres dispositions légales (formelles).

6.2.1. Ainsi, on n'aperçoit pas clairement comment l'article VI.91/4, alinéa 2, 4°, en projet, du CDE, selon lequel il est interdit d'inscrire dans l'accord une clause qui oblige la personne qui reçoit le droit à soumettre son litige exclusivement à une instance d'arbitrage déterminée, s'articule précisément avec l'article 1676, §§ 1er, 2 et 4, du Code judiciaire. Selon cette dernière disposition, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage et quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage, sous réserve des exceptions prévues par la loi.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Invité à préciser l'articulation avec l'article 1676, §§ er, 2 et 4, du Code judiciaire, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Partijen kunnen inderdaad altijd overeenkomen om geschillen via arbitrage op te lossen. Dit Koninklijk Besluit wijkt daar geenszins van af, en er is uitdrukkelijk gezegd in het Verslag aan de Koning (p. 19) dat arbitrage in veel gevallen een aan te moedigen conflictbeslechtingsmodel is bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten.
>
> Maar het is eveneens een algemeen aanvaard principe dat partijen niet via algemene voorwaarden een bepaalde arbitrage-instantie vóór het ontstaan van een geschil mogen aanduiden als instantie die eventuele geschillen zal beslechten. Er is dan immers een reële kans dat de sterkere partij een arbitrage-instantie zal opdringen aan diegene die het recht verkrijgt. De beide partijen moeten ermee akkoord gaan om hun geschil aan een bepaalde arbitrage-instantie voor te leggen, en dit *op het moment dat er een geschil is*. Arbitrage is immers een 'vrijwillig' aan te gaan geschillenoplossingsmogelijkheid (Principe van vrijheid), en vooraf opgemaakte contractvoorwaarden mogen die vrijheid, vooral in opdat de rechten van de zwakkere partij om zich adequaat te kunnen verdedigen, niet belemmerd worden.
>
> Er kan bijkomend opgemerkt worden dat dergelijke arbitragebedingen ook reeds verboden worden krachtens de (Gewestelijke) regels inzake handelshuur. In veel commerciële samenwerkingsovereenkomsten, waar diegene die het recht verkrijgt een pand huurt van diegene die het recht verleent, zal een dergelijk beding al reeds verboden zijn krachtens de geldende bepalingen inzake handelshuur. In veel gevallen gaat het dus niet om een nieuw verbod.
>
> Er is dan ook geen tegenstrijdigheid tussen de ontworpen regeling en artikel 1676 van het Gerechtelijk Wetboek ».

6.2.2. Le point de vue du délégué ne convainc toutefois pas. Il résulte certes de l'article 1676, § 4, du Code judiciaire que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage et que quiconque a la capacité de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage, « sous réserve des exceptions prévues par la loi », mais on n'aperçoit pas clairement si la notion de « loi » figurant dans cette disposition vise des dispositions légales formelles ou bien matérielles. En tout état de cause, les dispositions du droit en vigueur qui limitent la conclusion d'une convention d'arbitrage, en ce compris les dispositions concernant la réglementation du bail commercial mentionnées par le délégué, sont inscrites dans des dispositions ayant force de loi dont il est clair qu'elles peuvent déroger à l'article 1167, §§ 1er et 2, du Code judiciaire [1].

En outre, il n'est pas évident que l'habilitation prévue à l'article VI.91/7, alinéa 1er, du CDE puisse être considérée comme une habilitation expresse permettant de limiter le champ d'application de l'article 1167, §§ 1er et 2, du Code judiciaire.

En qualifiant d'abusive une clause visant à conclure des conventions d'arbitrage déterminées et donc en interdisant indirectement la conclusion de certaines conventions d'arbitrage, l'article VI.91/4, alinéa 2, 4°, en projet, du CDE se heurte à l'article 1167, §§ 1er, 2 et 4, du Code judiciaire et à l'article 108 de la Constitution qui charge le Roi d'assurer l'exécution des lois, « sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ».

[1] Pour un aperçu, voir G. DE BUYZER, *Arbitrage – Art. 1676 Ger.W.*, dans X., *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, VI*, Wolters Kluwer, Malines, [1998], pp. 49-55.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Ainsi, l'article VI.94/1, alinéa 2, 4°, en projet, du CDE ne semble pouvoir se concrétiser que si le Roi est expressément habilité à cette fin.

6.3. Il appartient aux auteurs du projet de s'assurer qu'aucune des autres clauses abusives en projet ne pose de problèmes comparables. C'est sous cette réserve qu'il est procédé à l'examen des articles.

Article 1er

7.1. La définition du champ d'application de l'article VI.91/4, alinéa 2, en projet, du CDE n'est pas concordante dans les deux versions linguistiques. Dans la version néerlandaise, il est question de « commerciële samenwerkingsovereenkomsten in de zin van artikel I.11, 2°, gesloten tussen een onderneming en een onderneming in detailhandel van niet-gespecialiseerde winkels waarbij voedings- *en genotmiddelen* overheersen », alors que la version française fait mention d'« accords de partenariat commercial, au sens de l'article 1.11, 2°, conclus entre une entreprise et une entreprise de commerce de détail en magasin non spécialisé *à prédominance alimentaire* ».

Selon le rapport au Roi, la définition du champ d'application correspond à la manière dont le code NACE 47.11 est défini, la section de législation constatant que la définition néerlandaise [2] et française de ce code contiennent la même différence linguistique. Dès lors que les codes NACE ont été fixés par règlement européen [3], le Roi peut difficilement éliminer cette différence. Une solution élégante pourrait consister à remplacer, à l'article VI.91/4, alinéa 2, en projet, du CDE, le segment de phrase « de commerce de détail en magasin non spécialisé à prédominance alimentaire » par le segment de phrase « dont l'activité relève du code NACE 47.11 ».

7.2. Une même observation peut être formulée à l'égard de la phrase introductive de l'article VI.91/5, alinéa 2, du CDE, inséré par l'article 2 du projet.

8. Selon l'article VI.91/4, alinéa 2, 2°, en projet, du CDE, une clause est réputée abusive si elle a pour objet d'interdire à la personne qui reçoit le droit de se préparer à ou de commencer des négociations en vue de développer une nouvelle activité pendant le délai de préavis ou au cours du délai couvert par une clause de non-concurrence, « sous réserve du respect du secret d'affaires lié à l'accord ».

[2] Tout comme la version allemande. Les versions anglaise, italienne, espagnole et suédoise mentionnent « tabac ».

[3] Annexe I du règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 'établissant la nomenclature statistique des activités économiques NACE Rév. 2 et modifiant le règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil ainsi que certains règlements (CE) relatifs à des domaines statistiques spécifiques'.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Interrogé quant à la portée précise du segment de phrase cité, le délégué a déclaré ce qui suit :

> « Degene die het recht verkrijgt mag dan wel het recht hebben om voorbereidingen te treffen of onderhandelingen aan te vatten met het oog op het ontwikkelen van een nieuwe activiteit tijdens de opzegtermijn of de termijn van het niet-concurrentiebeding, maar hij moet er daarentegen wel over waken dat hij geen gevoelige informatie of bedrijfsgeheimen van zijn huidige medecontractant, bijvoorbeeld specifieke formules eigen aan de commerciële samenwerkingsovereenkomst, know how, afgesproken verkoopprijzen tussen diegene die het recht verleent en diegene die het recht verkrijgt, enz., aan derden overmaakt.
>
> Ter info: Bedrijfsgeheimen worden uitdrukkelijk geregeld in Richtlijn (Eu) 2016/943 van het Europees Parlement en De Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (*Publ.-bl. EU* nr. L 157/1 van 15 juni 2016), zoals omgezet door de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van bedrijfsgeheimen, *B.S.* 14 augustus 2018 ».

Dans sa formulation actuelle et tel qu'il a été précisé par le délégué, l'article VI.91/4, alinéa 2, 2°, en projet, du CDE donne à penser que les secrets d'affaires échangés dans le cadre de l'exécution d'un accord de partenariat commercial entre entreprises sont protégés en toute circonstance.

La question se pose de savoir si telle est bien l'intention des auteurs du projet, dès lors qu'il résulte en effet de l'article XI.332/4 du CDE que l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires n'est considérée comme illicite que dans certains cas bien précis. Abstraction faite de la question de savoir si le Roi est bien habilité à déroger à l'article XI.332/4 du CDE (comparer avec les observations formulées aux points 6.2.1 et 6.2.2), il est recommandé de reformuler l'article VI.91/4, alinéa 2, 2°, en projet, du CDE de sorte qu'il ne puisse subsister aucun doute quant à sa portée précise. Le cas échéant, on pourrait rappeler le dispositif légal relatif aux secrets d'affaires en inscrivant, à l'article VI.91/4, alinéa 2, 2°, en projet, du CDE, une référence expresse à l'article XI.332/4 du CDE.

9. Selon l'article VI.94/4, alinéa 2, 4°, en projet, du CDE, est réputée abusive la clause qui a pour objet d'obliger la personne qui reçoit le droit « à soumettre son litige exclusivement à une instance d'arbitrage *déterminée* ». Dans le commentaire de la disposition en projet, le rapport au Roi conclut toutefois que cette disposition interdit « les clauses par lesquelles les parties s'engagent à l'avance à recourir à une instance d'arbitrage, particulière *ou non* ».

Interrogé quant à la discordance entre les deux textes, le délégué a déclaré :

> « Wat verboden wordt, is dat de partijen er zich via contractvoorwaarden voorafgaandelijk toe verbinden hun geschillen bij een bepaalde arbitrage-instantie te zullen beslechten. Rekening houdend met de tekst van het KB, worden dus enkel specifieke arbitrage-instanties bedoeld, en niet de algemene verbintenis om geschillen via arbitrage op te lossen. Het Verslag aan de Koning kan in deze zin aangepast worden indien door de Raad van State gevraagd ».

Il est effectivement recommandé, dans un souci de sécurité juridique, d'éliminer la discordance entre le texte de la disposition en projet et le rapport au Roi.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Article 2

10. L'article VI.91/5, alinéa 2, 2°, en projet, du CDE ajoute une clause abusive en vue de la protection des personnes qui reçoivent le droit et exploitent une entreprise « structurellement déficitaire » depuis au moins douze mois. Il s'agit d'une notion particulièrement imprécise et élastique, comme en témoigne également le rapport au Roi qui observe ce qui suit :

> « Dans les différents avis reçus, il est apparu que le terme 'structurellement déficitaire' est une notion très élastique et imprécise. Les représentants des personnes qui octroient le droit soulignent également qu'une entreprise peut être structurellement déficitaire pour des raisons très différentes. Il peut y avoir eu des travaux routiers, des facteurs externes tels que le Covid, cela peut être dû au mode de gestion de la personne qui reçoit le droit. Dans tous ces cas, on peut se prévaloir de la législation sur l'insolvabilité. Dans notamment l'avis du CSIPME, une définition plus précise de cette notion est dès lors proposée, par exemple 'la perte de la moitié de l'actif net sans aucune chance de redressement économique de l'entreprise'. Cette description fait référence à la procédure dite de 'sonnette d'alarme' prévue à l'article 7:228 du Code des sociétés et des associations. Si l'actif net est inférieur à la moitié du capital et qu'il est évident que l'entreprise concernée n'a aucune chance de se redresser économiquement, on peut en effet considérer qu'il s'agit d'une situation structurellement déficitaire. Néanmoins, il faut également laisser la place à une approche au cas par cas pour déterminer si un magasin se trouve dans une situation sans issue. C'est la raison pour laquelle une préférence a été donnée à une définition large ».

En ce qui concerne la notion « structurellement déficitaire », le délégué a encore précisé ce qui suit :

> « Een commerciële samenwerkingsovereenkomst betreft een overeenkomst van lange duur waarbij veel investeringen gemoeid zijn, en kan dus niet zomaar mits een korte termijn beëindigd worden. Anderzijds moet vermeden worden dat diegene die het recht verkrijgt gedwongen wordt om een uitbating, die om diverse redenen niet werkt en structureel verlieslatend is, te blijven openhouden.
>
> De uitbater kan daar contractueel toe worden gedwongen, door middel van bedingen die op een te ruime wijze enkele beëindiging aan een lange opzegtermijn verbinden, zoals bijvoorbeeld: 'Indien diegene die het recht verkrijgt de overeenkomst *om welke reden dan ook* eenzijdig beëindigt, is hij gehouden tot het in acht nemen van een opzegtermijn van minstens een jaar'.
>
> Wat de bewoording 'structureel verlieslatend' betreft, wordt deze term -zoals verduidelijkt in het Verslag aan de Koning- bewust ruim gehouden, teneinde aan de rechter de nodige beoordelingsruimte te laten.
>
> Teneinde meer concrete houvast hebben voor het begrip 'structureel verlieslatend', wordt in het Verslag aan de Koning, onder meer overgenomen uit het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO's, onder meer gesteld dat de term 'structureel verlieslatend' gezien kan worden als 'het verlies van de helft van de netto-activa zonder kans op economisch herstel van de onderneming' ».

La notion « structurellement déficitaire » n'étant pas davantage précisée, la question se pose de savoir si les parties qui formulent une clause conformément à la disposition en projet peuvent effectivement respecter l'article VI.91/2, alinéa 1er, du CDE selon lequel les clauses du contrat qui est écrit, ce qui sera toujours le cas dans les accords de partenariat commercial, sont rédigées de manière claire et compréhensible.

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡

Il est recommandé de définir plus précisément la notion « structurellement déficitaire » et d'envisager encore l'intégration de la définition proposée par le Conseil supérieur des indépendants et des PME, qui est également mentionnée dans le rapport au Roi, dans le dispositif de la disposition en projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

Greet VERBERCKMOES

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Marnix VAN DAMME

‡LW-AGGYPCHAA-HGBBHUQ‡