



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 76.469/1
van 6 juni 2024

avis 76.469/1
du 6 juin 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot aanvulling van de
lijsten van oneerlijke
marktpraktijken tussen
ondernemingen in de
landbouw- en
voedselvoorzieningsketen'

un projet d'arrêté royal
'complétant les listes de
pratiques du marché déloyales
dans les relations
interentreprises au sein de la
chaîne d'approvisionnement
agricole et alimentaire'

Op 8 mei 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot aanvulling van de lijsten van oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 mei 2024. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D’ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Ilse ANNÉ, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Sander MEERT, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Annelies D’ESPALLIER, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 6 juni 2024.

*

Le 8 mai 2024, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par le Ministre de l’Économie à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un projet d’arrêté royal ‘complétant les listes de pratiques du marché déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d’approvisionnement agricole et alimentaire’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 30 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 Ilse ANNÉ, greffier.

Le rapport a été présenté par Sander MEERT, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l’avis a été vérifiée sous le contrôle de Annelies D’ESPALLIER, conseiller d’État.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 6 juin 2024.

*

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.

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies wordt gegeven, vestigt de Raad van State de aandacht van de adviesaanvrager erop dat de ontbinding van de Wetgevende Kamers tot gevolg heeft dat de regering sedert die datum en totdat, na de verkiezing van de Kamer van volksvertegenwoordigers, een nieuwe regering is benoemd door de Koning, niet meer over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit vult de artikelen VI.109/5 en VI.109/6, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht (WER) aan. De voormelde artikelen van het WER regelen de marktpraktijken die in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen tussen de afnemers en de leveranciers, als oneerlijk worden beschouwd. Overeenkomstig artikel VI.109/4 van het WER gaat het om leveranciers waarvan de jaarlijkse omzet 350 000 000 euro niet overschrijdt.

Artikel VI.109/5 van het WER bepaalt de marktpraktijken die in elk geval als oneerlijk worden beschouwd (de zogenaamde “zwarte lijst”). In deze bepaling wordt punt 8° aangevuld met een zinsnede die bepaalt dat als verboden commerciële vergeldingsmaatregel wordt beschouwd: “het oneerlijk uit de rekken halen van producten en het uit de rekken halen zonder verantwoording noch voorafgaandelijke schriftelijke mededeling” (artikel 1 van het ontwerp). Daarnaast wordt de zwarte lijst aangevuld met de punten 10°, 11° en 12.

Artikel VI.109/6 van het WER bepaalt de marktpraktijken die in beginsel als oneerlijk worden beschouwd, tenzij zij eerder op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn overeengekomen tussen de leverancier en de afnemer (de zogenaamde “grijze lijst”). Deze bepaling wordt verder aangevuld met de punten 7° en 8° door artikel 2 van het ontwerp.

Artikel 3, eerste lid, van het ontwerp bepaalt dat leveringsovereenkomsten die voor de datum van bekendmaking van het aan te nemen besluit zijn gesloten, binnen zes maanden na deze datum in overeenstemming moeten worden gebracht met dit besluit. Artikel 3, tweede lid, van het ontwerp bepaalt dat het aan te nemen besluit in werking treedt op de eerste dag van de derde maand na die waarin het besluit is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* voor de leveringsovereenkomsten gesloten, hernieuwd of gewijzigd na deze datum.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. De artikelen 1 en 2 van het ontwerp van koninklijk besluit, dat van reglementaire aard is, worden ingevoegd in respectievelijk de artikelen VI.109/5 en VI.109/6 van 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 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.

De onduidelijkheid die dreigt te ontstaan is des te groter nu het ontwerp van koninklijk besluit in artikel 1, a), rechtstreeks een zinsdeel invoegt in een bestaande zin van een dergelijke bepaling met kracht van wet. Het verdient derhalve aanbeveling om de betreffende zinsnede op te nemen in een nieuwe, tweede zin bij punt 8°.

5. Het ontworpen artikel VI.109/5, 10°, 11° en 12°, van het WER (artikel 1, b), van het ontwerp) heeft betrekking op respectievelijk de automatische aanrekening van schadevergoedingen en interesten, de eenzijdige schuldvergelijking hiervan en de eenzijdige schuldvergelijking van boetes zonder vergoedend karakter.

Het verslag aan de Koning kan twijfel doen ontstaan over de vraag of deze bepaling enkel van toepassing is indien er een leveringsovereenkomst is gesloten waarin een (al dan niet louter vergoedend) schadebeding is opgenomen. Ook rijst de vraag of deze bepaling enkel betrekking heeft op schadevergoedingen en interesten die worden aangerekend door de afnemer in het geval van een tekortkoming door de leverancier aan een leveringsovereenkomst voor landbouw- en voedingsproducten.

De gemachtigde heeft met betrekking tot de genoemde punten 10°, 11° en 12° verduidelijkt dat de stellers van het ontwerp een ruim toepassingsgebied beogen, dat in ieder geval ruimer is dan de in de overeenkomst opgenomen schadebedingen. De ontworpen punten 10°, 11° en 12°, beogen meer algemeen de niet-nakoming van verbintenissen uit een dergelijke overeenkomst, alsook de niet-nakoming van verbintenissen uit andere overeenkomsten tussen leverancier en afnemer, en verbintenissen uit onrechtmatige daad.

Het verdient aanbeveling het verslag aan de Koning aan te passen zodat dit overeenkomt met het toepassingsgebied zoals dat blijkt uit het ruim geformuleerde ontworpen artikel VI.109/5, 10°, 11°, en 12°, van het WER.

6.1. In het verslag aan de Koning wordt, met betrekking tot de schadebedingen zoals opgenomen in het ontworpen artikel VI.109/5, 10°, 11° en 12°, van het WER, verwezen naar artikel 5.88 van het Burgerlijk Wetboek en artikel VI.91/5, 8°, van het WER. Deze verwijzing geeft blijk van de bedoeling om niet af te wijken van voormelde bepalingen. De tekst van het ontworpen artikel VI.109/5, 10° en 11° laat hierover minstens onduidelijkheid bestaan. De bepalingen voorzien er immers in dat respectievelijk de automatische aanrekening en eenzijdige schuldvergelijking van schadevergoedingen en interesten een verboden marktpraktijk uitmaken, indien deze niet gepaard gaat met een voorafgaande schriftelijke rechtvaardiging van de inbreuk en de schade die het gevorderde bedrag rechtvaardigt. Artikel 5.88, § 1, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt daarentegen dat de partijen vooraf kunnen overeenkomen dat in geval van toerekenbare niet-nakoming, de schuldenaar als vergoeding gehouden is tot de betaling van een forfaitair bedrag of tot het leveren van een bepaalde prestatie.

6.2. Het is in ieder geval moeilijk aanneembaar dat de machtiging vervat in artikel VI.109/7, eerste lid van de WER, om de betreffende bepalingen uit het WER te wijzigen of aan te vullen, zou kunnen worden gelezen als een machtiging om af te wijken van het gemeen recht.

6.3. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het de bedoeling is om af te wijken van artikel 5.88, § 1, van het Burgerlijk Wetboek indien er in de leveringsovereenkomst een dergelijk schadebeding is opgenomen. Hierop antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Het is niet de bedoeling om af te wijken van artikel 5.88, § 1 van het Burgerlijk Wetboek.

Er is inderdaad sprake van een schadebeding wanneer men op voorhand de potentiële schade raamt die uit de niet-uitvoering van de overeenkomst zou kunnen voortvloeien, zodat geen bewijs nodig is van de geleden schade.

Het artikel in ontwerp is ook gelinkt aan artikel 5.231 van het Burgerlijk wetboek waaruit voortvloeit dat aan iedere sanctie wegens niet-nakoming een ingebrekestelling moet voorafgaan.

Het is verder een principe van openbare orde dat schadebedingen een vergoedend karakter moeten hebben, en dat het niet om strafbedingen mag gaan (zie artikel 5.88, § 2 B.W.). Door deze voorafgaande verplichting tot rechtvaardiging van de schade wordt een soort controle op dit vergoedend karakter ingevoerd, wat dan eerder een bevestiging van artikel 5.88. inhoudt.

Het schadebeding is dan wel bepaalbaar, maar moet altijd concreet berekend worden in functie van de tekortkoming en bijvoorbeeld de termijn van niet-tijdige levering.”

6.4. Ter wille van de rechtszekerheid zou in het ontworpen artikel VI.109/5, 10° en 11° best opgenomen worden dat deze bepalingen gelden onverminderd de toepassing van artikel 5.88, § 1, van het Burgerlijke Wetboek.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

7.1. Aan de gemachtigde werd gevraagd wat de draagwijdte is van de woorden “het uit de rekken halen” in het ontworpen artikel VI.109/5, 8°, van het WER en of hiermee alle gevallen worden beoogd waarin een afnemer producten van een leverancier niet langer te koop aanbiedt, dan wel enkel de gevallen waarin de afnemer er contractueel toe gehouden is om de door de leverancier geleverde producten te koop aan te bieden. De gemachtigde antwoordde:

“Het gaat om alle ‘marktpraktijken’ waarbij een afnemer producten geleverd door een leverancier niet langer te koop aanbiedt. Het begrip ‘marktpraktijken’ doelt op iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken en is dus ruimer dan de gedraging in het kader van een contractuele relatie. Met andere woorden zijn beoogd alle gevallen waarin een afnemer producten geleverd door een leverancier niet langer te koop aanbiedt.”

Ter wille van de rechtszekerheid zou deze verduidelijking het best in het verslag aan de Koning worden opgenomen.

7.2. Het verslag aan de Koning vermeldt een aantal gevallen die niet vallen onder “het oneerlijk uit de rekken halen van zijn producten” zoals opgenomen in het ontworpen artikel VI.109/5, 8°, van het WER. Aan de gemachtigde werd gevraagd te verduidelijken wanneer een gedraging dan wel onder de beschrijving valt. De gemachtigde antwoordde:

“Zoals in het Verslag aan de Koning is verduidelijkt, mag het uit de rekken halen niet gebruikt worden als drukkingsmiddel tegen de leverancier wanneer deze zijn contractuele of wettelijke rechten wenst uit te oefenen. In dit geval zou immers het uit de rekken halen oneerlijk zijn.

Een voorbeeld van het oneerlijk uit de rekken halen is het geval waarin de afnemer dit doet omdat hij, wegens het feit dat de prijs van een concurrerend product is gedaald, een gelijkaardige daling aan de leverancier vraagt, dit in strijd met eerder gemaakte bindende contractuele afspraken. Anderzijds is het niet oneerlijk en dus toegelaten producten uit de rekken te halen wanneer de afnemer geconfronteerd wordt met prijsverhogingen, opgelegd door een leverancier, maar niet verantwoord door de overeenkomst.

Dit kan, indien wenselijk geacht, gepreciseerd en aangevuld worden in het Verslag aan de Koning.”

De suggestie van de gemachtigde om het verslag aan de Koning op dit punt aan te vullen, kan worden bijgetreden.

8. De Nederlandse tekst van artikel 1, a), van het ontwerp vermeldt “het uit de rekken halen zonder verantwoording noch voorafgaandelijke schriftelijke mededeling”, terwijl de Franse tekst de zinsnede “le déréférencement qui ne serait pas justifié et communiqué par écrit au préalable” bevat. Aan de gemachtigde werd gevraagd om te verduidelijken of het in de ontworpen regeling volstaat dat het uit de rekken halen voorafgaandelijk schriftelijk wordt meegedeeld, dan wel of ook de verantwoording op zulke wijze dient te worden meegedeeld. De gemachtigde antwoordde:

“Het is de bedoeling dat de afnemer voorafgaandelijk verwittigt, en de reden opgeeft, waarom hij overgaat tot het uit de rekken halen van de producten. Bij een dergelijke

eenzijdige handeling tussen handelspartners moet de leverancier immers minstens kunnen reageren.”

Ter wille van de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst, verdient het aanbeveling om in de Nederlandse tekst van artikel 1, a), van het ontwerp te verduidelijken dat ook de verantwoording voorafgaandelijk schriftelijk aan de leverancier moet worden overgemaakt.

9. Artikel 1, b), van het ontwerp voorziet in de invoeging in artikel VI.109/5 van het WER van een bepaling onder punten 11° en 12°, die betrekking hebben op een schuldvergelijking door de afnemer. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het bedoeling is dat deze bepalingen enkel van toepassing zijn op een schuldvergelijking door de afnemer, met schuldvorderingen van de leverancier ontstaan uit een leveringsovereenkomst voor landbouw- en voedingsproducten met de afnemer, dan wel of het ook kan gaan om een schuldvergelijking met andere schuldvorderingen die de leverancier heeft tegenover de afnemer. Hierop antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Het gaat om de praktijk van eenzijdige schuldvergelijking in de relaties tussen enerzijds de afnemers en anderzijds de leveranciers waarvan de jaarlijkse omzet 350 000 000 euro niet overschrijdt in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen, wat dus op zich niet beperkt is tot een leveringsovereenkomst.”

Ter wille van de duidelijkheid en rechtszekerheid, verdient het aanbeveling om het verslag aan de Koning op dit punt aan te vullen.

10. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel VI.109/5, 10° en 11°, van het WER wordt het begrip “inbreuk” gebruikt. Omwille van de coherentie met de Franse tekst verdient het aanbeveling om, zoals de gemachtigde beaamde, het woord “tekortkoming” te hanteren, wat in de Franse tekst overeenkomt met “manquement”.

Artikel 2

11. Artikel 2 van het ontwerp voorziet in de invoeging in artikel VI.109/6, eerste lid, van het WER van een bepaling onder punt 7°, waarin het begrip “productiekosten” wordt vermeld. Aan de gemachtigde werd gevraagd dit begrip te verduidelijken. Deze antwoordde als volgt:

“De uitdrukking ‘productiekost’ duidt op de som van alle nodige uitgaven om producten te produceren en desgevallend om te vormen tot producten die op de markt kunnen worden aangeboden. Daarnaast moeten de betrokken ondernemingen hiermee een normale beroepsactiviteit kunnen verrichten.

De productiekosten omvatten alle kosten die verbonden zijn aan de productie van het betrokken product, zowel variabel (voeding voor de dieren, meststoffen, zaden, ...) als vast (werken door derden, afschrijvingen, salarissen, ...). Ze zouden ook rekening moeten houden met de geïmputeerde kosten (beloning van het familiale werk, van de aarde en van het kapitaal) aangezien het erom gaat de globale rentabiliteit van een landbouwactiviteit te beoordelen.

Zoals uit deze beschrijving naar voor komt, gaat het hierbij zowel om directe als indirecte kosten. De directe kosten betreffen alle kosten die rechtstreeks verband houden met het produceren van het betrokken landbouw- en voedingsproduct. De indirecte kosten omvatten alle algemene werkingskosten die de onderneming moet dragen hiertoe.”

Het antwoord van de gemachtigde doet ervan blijken dat het aangewezen is om het begrip “productiekosten” uitdrukkelijk en op voldoende rechtszekere wijze in de ontworpen regeling te definiëren.

12. De berekening of inschatting van de productiekosten, zoals vermeld in het ontworpen artikel VI.109/6, eerste lid, 7°, van het WER, blijkt luidens het verslag aan de Koning berekend of geschat te worden op het ogenblik van het sluiten van de leveringsovereenkomst.

Het strekt tot aanbeveling om, met het oog op de rechtszekerheid, in de tekst van het aan te nemen besluit melding te maken van het tijdstip waarop deze berekening of schatting gebeurt.

13. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 109/6, eerste lid, 7°, van het WER wordt het begrip “erkende sectororganisatie” gebruikt waarmee in de Franse tekst het begrip “une organisation de branche reconnue” overeenstemt.

De gemachtigde bevestigde dat hiermee wordt verwezen naar het begrip “brancheorganisatie” zoals bedoeld in artikel 157 van verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 ‘tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad’.

In de Nederlandse tekst van het ontwerp dient dan ook het begrip “brancheorganisatie” te worden gebruikt. Bovendien verdient het aanbeveling om uitdrukkelijk te vermelden dat het gaat om een erkende brancheorganisatie zoals bedoeld in artikel 157 van voormelde verordening.

14.1. Het ontworpen artikel VI.109/6, eerste lid, 7°, van het WER voorziet erin dat wanneer de verkoop betrekking heeft op een goed waarvoor een index voor productiekosten werd gevalideerd binnen een erkende brancheorganisatie waarbij zowel de afnemer als de verkoper aangesloten zijn, die index als referentie dient om deze productiekosten te bepalen, en dat als er geen index is, de productiekosten op individuele basis worden bepaald. Om nadere toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde hierover het volgende:

“Indien binnen de brancheorganisatie een indice is uitgewerkt, zal de methodologie worden bepaald door de brancheorganisatie voor het betrokken product. Bijvoorbeeld het rundsvlees, waar dit zal hernomen worden in een overeenkomst binnen deze brancheorganisatie. De data kunnen voortkomen uit de gewestelijke boekhoudkundige verzamelde gegevens.

Indien geen indice is uitgewerkt of de landbouwer en zijn afnemer geen lid zijn van een branche-akkoord, zal het aan de landbouwer toekomen om zelf zijn productiekosten vast te stellen, op basis van zijn boekhouding en de bestaande boekhoudkundige methodes. Hierbij kan hij zich inspireren op de werkzaamheden van het Prijzenobservatorium.”

Het verdient aanbeveling om het verslag aan de Koning aan te vullen met bovenstaande toelichting.

14.2. Bovendien dient de laatste zin van het ontworpen artikel VI.109/6, eerste lid, 7°, van het WER te worden aangepast, zodat duidelijker tot uitdrukking komt dat de productiekosten ook op individuele basis worden bepaald indien er weliswaar een index is gevalideerd, maar noch de afnemer, noch de leverancier is aangesloten bij de erkende brancheorganisatie die de index heeft gevalideerd.

15. Artikel 2 van het ontwerp voorziet voorts in de invoeging in artikel VI.109/6, eerste lid, van het WER van een punt 8° waarin de weigering om het contract opnieuw te onderhandelen bij een verandering van de omstandigheden, verbonden met een aantal voorwaarden, als een handelspraktijk van de grijze lijst wordt beschouwd.

Het verslag aan de Koning luidt hierover als volgt:

“Het doel van deze toevoeging is om ervoor te zorgen dat de partijen opnieuw over het contract onderhandelen wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor de toepassing van de theorie van onvoorzienbaarheid, zoals uiteengezet in artikel 5.74 van het Burgerlijk Wetboek. Deze voorwaarden, opgesomd in dit artikel, zijn de volgende:

1° een wijziging in de omstandigheden maakt de uitvoering van de overeenkomst buitensporig bezwarend, zodat zij redelijkerwijs niet kan worden geleverd;

2° de wijziging was bij het sluiten van de overeenkomst niet te voorzien;

3° de wijziging niet te wijten is aan de schuldenaar in de zin van artikel 5.225 van het Burgerlijk Wetboek;

4° de schuldenaar heeft dit risico niet op zich genomen.”

Aan de gemachtigde werd gevraagd of het de bedoeling is om aan te sluiten bij de vereisten bepaald in artikel 5.74, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, dan wel of wordt beoogd om af te wijken van (sommige van) voormelde vereisten. Het antwoord op die vraag luidde:

“De voorwaarden zoals deze voorkomen in het Burgerlijk Wetboek worden hernomen. De bedoeling is gewoon om artikel 5.74 Burgerlijk Wetboek dwingend te maken (punt 5° wordt om die reden weggelaten): indien er een situatie van imprevisie is, moet de andere partij hiermee rekening houden en bereid zijn tot heronderhandelen.”

Ten eerste lijkt de formulering van het ingevoegde artikel VI.109/6, eerste lid, 8°, van het WER, niet te beantwoorden aan de bedoeling van de stellers van het ontwerp zoals die door de gemachtigde werd verwoord. De genoemde regeling is immers opgenomen in de grijze lijst van handelspraktijken, waardoor op dergelijke wijze handelen als oneerlijk beschouwd wordt, tenzij daaromtrent eerder op duidelijke en ondubbelzinnige wijze anders werd overeengekomen tussen de leverancier en afnemer. Het gaat derhalve niet om een dwingende regel.

Daarenboven wordt verwezen naar wat opgemerkt werd onder randnummer 6.2 omtrent de machtiging aan de Koning waaruit bezwaarlijk kan worden afgeleid dat bij het vaststellen van de ontworpen regeling zou kunnen worden afgeweken van het gemeen recht.

Zowel de ontworpen bepaling als het verslag aan de Koning zouden aan een nieuw onderzoek moeten worden onderworpen en met elkaar in overeenstemming worden gebracht teneinde elke twijfel omtrent de precieze rechtsgevolgen van de ontworpen regeling op dat punt te bannen.

Artikel 3

16. Artikel 3 van het ontwerp regelt zowel het overgangsrecht als de inwerkingtreding van de regeling.

Het verdient aanbeveling om de twee onderdelen in twee onderscheiden artikelen onder te brengen.¹ In een nieuw artikel 3 kan in dat geval bepaald worden dat de vroegere regeling van toepassing blijft op de leveringsovereenkomsten gesloten, hernieuwd of gewijzigd voor de datum van inwerkingtreding, gedurende zes maanden na de bekendmaking van de ontworpen regeling, waarbij vermeld kan worden dat de leveringsovereenkomsten binnen deze termijn in overeenstemming dienen te worden gebracht met het ontworpen koninklijk besluit. In het nieuwe artikel 4 kan dan de inwerkingtreding worden opgenomen, met name op de eerste dag van de derde maand na die waarin het besluit is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.

*

¹ Zie: *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbevelingen nrs. 143 en 146, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, 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.

*

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention du demandeur de l'avis sur le fait que la dissolution des Chambres législatives emporte que, depuis cette date et jusqu'à ce que, à la suite de l'élection des membres de la Chambre des représentants, le Roi nomme un nouveau gouvernement, le gouvernement ne dispose plus de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis complète les articles VI.109/5 et VI.109/6, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique (CDE). Les articles précités du CDE règlent les pratiques du marché qui, dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire entre les acheteurs et les fournisseurs, sont considérées comme déloyales. Conformément à l'article VI.109/4 du CDE, il s'agit des fournisseurs dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 350 000 000 euros.

L'article VI.109/5 du CDE détermine les pratiques du marché qui sont en tout cas considérées comme déloyales (la liste dite « noire »). Le 8^o de cette disposition est complété par un segment de phrase qui prévoit que sont considérés comme actions de représailles commerciales interdites : « le déréférencement déloyal de (...) produits et le déréférencement qui ne serait pas justifié et communiqué par écrit au préalable » (article 1^{er} du projet). Par ailleurs, la liste noire est complétée par les 10^o, 11^o et 12^o.

L'article VI.109/6 du CDE détermine les pratiques du marché qui sont en principe considérées comme déloyales, à moins qu'elles n'aient été préalablement convenues en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté entre le fournisseur et l'acheteur (la liste dite « grise »). L'article 2 du projet complète cette disposition par les 7^o et 8^o.

L'article 3, alinéa 1^{er}, du projet prévoit que les accords de fourniture conclus avant la date d'entrée en vigueur de l'arrêté envisagé doivent être mis en conformité avec cet arrêté dans un délai de six mois à compter de cette date. L'article 3, alinéa 2, du projet dispose que l'arrêté envisagé entre en vigueur le premier jour du troisième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge* pour les accords de fourniture conclus, renouvelés ou modifiés après cette date.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Les articles 1^{er} et 2 du projet d'arrêté royal, qui est de nature réglementaire, sont insérés respectivement dans les articles VI.109/5 et VI.109/6 du 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 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.

Le risque d'ambiguïté est d'autant plus grand qu'à l'article 1^{er}, a), le projet d'arrêté royal insère directement un segment de phrase dans une phrase existante d'une telle disposition ayant force de loi. Il est par conséquent recommandé d'inscrire le segment de phrase concerné dans une nouvelle deuxième phrase du 8°.

5. L'article VI.109/5, 10°, 11° et 12°, en projet, du CDE (article 1^{er}, b), du projet) porte sur, respectivement, l'imputation automatique de dommages et intérêts, la compensation unilatérale de ceux-ci et la compensation unilatérale de pénalités non indemnitaires.

Le rapport au Roi peut semer le doute quant à la question de savoir si cette disposition s'applique uniquement si un accord de fourniture comprenant une clause indemnitaire (ayant ou non un caractère purement indemnitaire) a été conclu. La question se pose aussi de savoir si cette disposition concerne uniquement les dommages et intérêts qui sont imputés par l'acheteur en cas de manquement de la part du fournisseur à un accord de fourniture de produits agricoles et alimentaires.

Concernant les 10°, 11° et 12° précités, le délégué a précisé que les auteurs du projet visent un champ d'application étendu, qui est en tout état de cause plus étendu que celui des clauses indemnitaires prévues dans l'accord. Les 10°, 11° et 12° en projet visent plus généralement le non-respect d'engagements découlant d'un tel accord, ainsi que le non-respect d'engagements découlant d'autres accords entre fournisseur et acheteur, et d'obligations dérivant d'un fait dommageable.

Il est recommandé d'adapter le rapport au Roi afin qu'il corresponde au champ d'application, tel que celui-ci découle de la formulation large de l'article VI.109/5, 10°, 11°, et 12°, en projet, du CDE.

6.1. En ce qui concerne les clauses indemnitaires inscrites à l'article VI.109/5, 10°, 11° et 12°, en projet, du CDE, le rapport au Roi se réfère à l'article 5.88 du Code civil et à l'article VI.91/5, 8°, du CDE. Cette référence témoigne de l'intention de ne pas déroger aux dispositions précitées. Le texte de l'article VI.109/5, 10° et 11°, en projet, laisse à tout le moins subsister une ambiguïté à ce sujet. Les dispositions prévoient en effet que l'imputation automatique et la compensation unilatérale de dommages et intérêts constituent une pratique du marché interdite si elle n'est pas accompagnée d'une justification écrite préalable du manquement et du dommage qui justifie la somme réclamée. L'article 5.88, § 1^{er}, du Code civil, par contre, prévoit que les parties peuvent convenir à l'avance qu'en cas d'inexécution imputable, le débiteur est tenu, à titre de réparation, au paiement d'un montant forfaitaire ou à la fourniture d'une prestation déterminée.

6.2. En tout état de cause, on peut difficilement admettre que l'habilitation à modifier ou à compléter les dispositions concernées du CDE, contenue à l'article VI.109/7, alinéa 1^{er}, du CDE, puisse être interprétée comme une habilitation à déroger au droit commun.

6.3. Il a été demandé au délégué si l'intention est de déroger à l'article 5.88, § 1^{er}, du Code civil lorsqu'une telle clause indemnitaire est inscrite dans l'accord de fourniture. Le délégué a répondu à cette question comme suit :

« Het is niet de bedoeling om af te wijken van artikel 5.88, § 1 van het Burgerlijk Wetboek.

Er is inderdaad sprake van een schadebeding wanneer men op voorhand de potentiële schade raamt die uit de niet-uitvoering van de overeenkomst zou kunnen voortvloeien, zodat geen bewijs nodig is van de geleden schade.

Het artikel in ontwerp is ook gelinkt aan artikel 5.231 van het Burgerlijk wetboek waaruit voortvloeit dat aan iedere sanctie wegens niet-nakoming een ingebrekestelling moet voorafgaan.

Het is verder een principe van openbare orde dat schadebedingen een vergoedend karakter moeten hebben, en dat het niet om strafbedingen mag gaan (zie artikel 5.88, § 2 B.W.). Door deze voorafgaande verplichting tot rechtvaardiging van de schade wordt een soort controle op dit vergoedend karakter ingevoerd, wat dan eerder een bevestiging van artikel 5.88. inhoudt.

Het schadebeding is dan wel bepaalbaar, maar moet altijd concreet berekend worden in functie van de tekortkoming en bijvoorbeeld de termijn van niet-tijdige levering ».

6.4. Dans un souci de sécurité juridique, mieux vaudrait préciser dans l'article VI.109/5, 10° et 11°, en projet, que ces dispositions s'appliquent sans préjudice de l'application de l'article 5.88, § 1^{er}, du Code civil.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

7.1. Il a été demandé au délégué quelle est la portée des mots « le déréférencement » à l'article VI.109/5, 8°, en projet, du CDE et si ce terme vise tous les cas où un acheteur ne propose plus à la vente des produits d'un fournisseur, ou seulement les cas où l'acheteur est contractuellement tenu de proposer à la vente les produits fournis par le fournisseur. Le délégué a répondu en ces termes :

« Het gaat om alle 'marktpraktijken' waarbij een afnemer producten geleverd door een leverancier niet langer te koop aanbiedt. Het begrip 'marktpraktijken' doelt op iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken en is dus ruimer dan de gedraging in het kader van een contractuele relatie. Met andere woorden zijn beoogd alle gevallen waarin een afnemer producten geleverd door een leverancier niet langer te koop aanbiedt ».

Dans un souci de sécurité juridique, mieux vaudrait faire figurer ces précisions dans le rapport au Roi.

7.2. Le rapport au Roi mentionne un certain nombre de cas qui ne s'inscrivent pas dans le cadre du « déréférencement déloyal de ses produits », mentionné à l'article VI.109/5, 8°, en projet, du CDE. Il a été demandé au délégué de préciser dans quelles circonstances un comportement relève alors de la description. Le délégué a répondu en ces termes :

« Zoals in het Verslag aan de Koning is verduidelijkt, mag het uit de rekken halen niet gebruikt worden als drukkingsmiddel tegen de leverancier wanneer deze zijn contractuele of wettelijke rechten wenst uit te oefenen. In dit geval zou immers het uit de rekken halen oneerlijk zijn.

Een voorbeeld van het oneerlijk uit de rekken halen is het geval waarin de afnemer dit doet omdat hij, wegens het feit dat de prijs van een concurrerend product is gedaald, een gelijkaardige daling aan de leverancier vraagt, dit in strijd met eerder gemaakte bindende contractuele afspraken. Anderzijds is het niet oneerlijk en dus toegelaten producten uit de rekken te halen wanneer de afnemer geconfronteerd wordt met prijsverhogingen, opgelegd door een leverancier, maar niet verantwoord door de overeenkomst.

Dit kan, indien wenselijk geacht, gepreciseerd en aangevuld worden in het Verslag aan de Koning ».

On peut se rallier à la suggestion du délégué de compléter le rapport au Roi sur ce point.

8. Le texte néerlandais de l'article 1^{er}, a), du projet mentionne « het uit de rekken halen zonder verantwoording noch voorafgaandelijke schriftelijke mededeling », tandis que le texte français contient le segment de phrase « le déréférencement qui ne serait pas justifié et communiqué par écrit au préalable ». Il a été demandé au délégué de préciser si, dans le régime en projet, il suffit de communiquer le déréférencement au préalable par écrit, ou si la justification doit aussi être communiquée de cette manière. Le délégué a donné la réponse suivante :

« Het is de bedoeling dat de afnemer voorafgaandelijk verwittigt, en de reden opgeeft, waarom hij overgaat tot het uit de rekken halen van de producten. Bij een dergelijke

eenzijdige handeling tussen handelspartners moet de leverancier immers minstens kunnen reageren ».

Afin d'assurer la concordance entre les textes français et néerlandais, il est recommandé de préciser, dans le texte néerlandais de l'article 1^{er}, a), du projet, que la justification doit aussi être communiquée par écrit au préalable au fournisseur.

9. L'article 1^{er}, b), du projet insère, dans l'article VI.109/5 du CDE, les dispositions énoncées aux 11° et 12°, relatives à la compensation par l'acheteur. Il a été demandé au délégué si l'intention est d'appliquer ces dispositions uniquement à une compensation faite par l'acheteur avec des créances du fournisseur résultant d'un accord de fourniture de produits agricoles et alimentaires avec l'acheteur, ou s'il peut également s'agir d'une compensation faite avec d'autres créances dont dispose le fournisseur à l'égard de l'acheteur. Le délégué a répondu à cette question comme suit :

« Het gaat om de praktijk van eenzijdige schuldvergelijking in de relaties tussen enerzijds de afnemers en anderzijds de leveranciers waarvan de jaarlijkse omzet 350 000 000 euro niet overschrijdt in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen, wat dus op zich niet beperkt is tot een leveringsovereenkomst ».

Dans un souci de clarté et de sécurité juridique, il est recommandé de compléter le rapport au Roi sur ce point.

10. Le texte néerlandais de l'article VI.109/5, 10° et 11°, en projet, du CDE, utilise la notion de « inbreuk ». Dans un souci de cohérence avec le texte français, il est recommandé, comme en a convenu le délégué, d'utiliser le mot « tekortkoming », qui correspond au terme « manquement » dans le texte français.

Article 2

11. L'article 2 du projet prévoit d'insérer, dans l'article VI.109/6, alinéa 1^{er}, du CDE, un 7°, mentionnant la notion de « coûts de production ». Il a été demandé au délégué de préciser cette notion. Celui-ci a répondu ce qui suit :

« De uitdrukking 'productiekost' duidt op de som van alle nodige uitgaven om producten te produceren en desgevallend om te vormen tot producten die op de markt kunnen worden aangeboden. Daarnaast moeten de betrokken ondernemingen hiermee een normale beroepsactiviteit kunnen verrichten.

De productiekosten omvatten alle kosten die verbonden zijn aan de productie van het betrokken product, zowel variabel (voeding voor de dieren, meststoffen, zaden, ...) als vast (werken door derden, afschrijvingen, salarissen, ...). Ze zouden ook rekening moeten houden met de geïmputeerde kosten (beloning van het familiale werk, van de aarde en van het kapitaal) aangezien het erom gaat de globale rentabiliteit van een landbouwactiviteit te beoordelen.

Zoals uit deze beschrijving naar voor komt, gaat het hierbij zowel om directe als indirecte kosten. De directe kosten betreffen alle kosten die rechtstreeks verband houden met het produceren van het betrokken landbouw- en voedingsproduct. De indirecte kosten omvatten alle algemene werkingskosten die de onderneming moet dragen hiertoe ».

La réponse du délégué fait apparaître qu'il est recommandé de définir la notion de « coûts de production » explicitement et avec suffisamment de sécurité juridique dans le régime en projet.

12. Selon le rapport au Roi, il s'avère que le calcul ou l'estimation des coûts de production, visés à l'article VI.109/6, alinéa 1^{er}, 7^o, en projet, du CDE, intervient au moment de la conclusion de l'accord de fourniture.

Il est recommandé, par souci de sécurité juridique, de faire mention dans le texte de l'arrêté envisagé, du moment auquel ce calcul ou cette estimation a lieu.

13. Le texte néerlandais de l'article 109/6, alinéa 1^{er}, 7^o, en projet, du CDE utilise la notion de « erkende sectororganisatie », qui correspond à la notion d'« organisation de branche reconnue » dans le texte français.

Le délégué a confirmé que l'on entend par là la notion d'« organisation interprofessionnelle » (« brancheorganisatie »), visée à l'article 157 du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 'portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil'.

Dans le texte néerlandais du projet, on utilisera donc la notion de « brancheorganisatie » et dans le texte français, celle d'« organisation interprofessionnelle ». Il est en outre recommandé de mentionner expressément qu'il s'agit d'une organisation interprofessionnelle reconnue au sens de l'article 157 du règlement précité.

14.1. L'article VI.109/6, alinéa 1^{er}, 7^o, en projet, du CDE prévoit que lorsque la vente porte sur un bien pour lequel un indice de coûts de production a été validé au sein d'une organisation interprofessionnelle reconnue à laquelle l'acheteur et le vendeur sont affiliés, ce dernier sert de référence pour établir ces coûts de production, et qu'à défaut, ces coûts de production sont déterminés sur une base individuelle. Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Indien binnen de brancheorganisatie een indice is uitgewerkt, zal de methodologie worden bepaald door de brancheorganisatie voor het betrokken product. Bijvoorbeeld het rundsvlees, waar dit zal hernomen worden in een overeenkomst binnen deze brancheorganisatie. De data kunnen voortkomen uit de gewestelijke boekhoudkundige verzamelde gegevens.

Indien geen indice is uitgewerkt of de landbouwer en zijn afnemer geen lid zijn van een branche-akkoord, zal het aan de landbouwer toekomen om zelf zijn productiekosten vast te stellen, op basis van zijn boekhouding en de bestaande boekhoudkundige methodes. Hierbij kan hij zich inspireren op de werkzaamheden van het Prijzenobservatorium ».

Il est recommandé de compléter le rapport au Roi par les explications exposées ci-dessus.

14.2. Par ailleurs, la dernière phrase de l'article VI.109/6, alinéa 1^{er}, 7^o, en projet, du CDE doit être adaptée afin d'exprimer plus clairement que les coûts de production sont également déterminés sur une base individuelle si un indice a effectivement été validé, mais que ni l'acheteur, ni le fournisseur n'est affilié à l'organisation interprofessionnelle reconnue qui a validé l'indice.

15. L'article 2 du projet prévoit ensuite l'insertion, dans l'article VI.109/6, alinéa 1^{er}, du CDE, d'un 8^o dans lequel le refus de renégocier le contrat lors d'un changement de circonstances, assorti d'un certain nombre de conditions, est considéré comme une pratique du marché relevant de la liste grise.

À ce propos, le rapport au Roi énonce ce qui suit :

« L'objectif de cet ajout est de s'assurer que les parties renégocient le contrat lorsque les conditions pour l'application de la théorie de l'imprévision, telle que reprise à l'article 5.74 du Code Civil sont réunies. Ces conditions, énumérées par cet article, sont les suivantes :

1^o un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ;

2^o ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ;

3^o ce changement n'est pas imputable au débiteur, au sens de l'article 5.225 du Code civil ;

4^o le débiteur n'a pas assumé ce risque ».

Il a été demandé au délégué si l'intention est de se conformer aux conditions fixées à l'article 5.74, alinéa 2, du Code civil, ou de déroger à (certaines des) conditions précitées. La réponse donnée à cette question est la suivante :

« De voorwaarden zoals deze voorkomen in het Burgerlijk Wetboek worden hernomen. De bedoeling is gewoon om artikel 5.74 Burgerlijk Wetboek dwingend te maken (punt 5^o wordt om die reden weggelaten): indien er een situatie van imprevisie is, moet de andere partij hiermee rekening houden en bereid zijn tot heronderhandelen ».

En premier lieu, la formulation de l'article VI.109/6, alinéa 1^{er}, 8^o, inséré, du CDE, ne semble pas correspondre à l'intention des auteurs du projet, telle qu'elle a été exprimée par le délégué. Le régime en projet figure en effet sur la liste grise des pratiques du marché, et agir de la sorte est dès lors considéré comme déloyal, sauf si le fournisseur et l'acheteur en ont préalablement convenu autrement en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté. Il ne s'agit dès lors pas d'une règle contraignante.

En outre, il est renvoyé à l'observation formulée au point 6.2 concernant l'habilitation au Roi dont on peut difficilement déduire qu'il serait possible de déroger au droit commun lors de l'élaboration du régime en projet.

Tant la disposition en projet que le rapport au Roi devraient faire l'objet d'un nouvel examen et être harmonisés afin de lever tout doute en ce qui concerne les effets juridiques précis du régime en projet sur ce point.

Article 3

16. L'article 3 du projet règle aussi bien le droit transitoire que l'entrée en vigueur du régime.

Il est recommandé de faire figurer les deux aspects dans deux articles distincts ¹. Un nouvel article 3 peut alors prévoir que le régime antérieur reste applicable aux accords de fourniture conclus, renouvelés ou modifiés avant la date d'entrée en vigueur, durant les six mois qui suivent la publication du régime en projet, tout en précisant que les accords de fourniture devront être mis en conformité avec l'arrêté royal en projet dans ce délai. Le nouvel article 4 peut ensuite fixer la date d'entrée en vigueur, à savoir le premier jour du troisième mois qui suit celui de la publication de l'arrêté au *Moniteur belge*.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Ilse ANNÉ

Marnix VAN DAMME

¹ Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandations n^{os} 143 et 146, à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).