

La modification du Code de droit économique par la loi du 4 avril 2019, évolution ou révolution en matière de propriété intellectuelle ?

Auteur : Ledain, Laura

Promoteur(s) : Vanbrabant, Bernard

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/9284>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La modification du Code de droit économique par la loi du 4 avril 2019, évolution ou révolution en matière de propriété intellectuelle ?

Laura LEDAIN

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2019-2020

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Bernard VANBRABANT

Professeur ordinaire

RESUME

La diversité des relations se nouant entre les hommes a poussé le législateur à mobiliser le droit afin de protéger les parties économiquement faibles et à rétablir un certain équilibre. C'est notamment ce qui explique le développement d'un arsenal de règles strictes, souvent de source européenne, assurant la protection des consommateurs.

Dans l'objectif de lutter contre « certaines pratiques qui résultent de comportements prédateurs abusant des rapports de force entre entreprises¹ », tant préjudiciables aux parties qui en sont victimes qu'à la concurrence libre et effective, le législateur a introduit au sein du Code de droit économique, par une loi du 4 avril 2019, la prohibition des clauses abusives, de l'abus de dépendance économique et des pratiques de marché déloyales, trompeuses et agressives dans les relations entre entreprises.

La loi n'étant que partiellement entrée en vigueur, l'analyse de la portée de ces dispositions ne peut être menée qu'en faisant preuve de réserve.

Les contrats de propriété intellectuelle, souvent caractérisés par un fort déséquilibre entre les parties, seront assurément touchés par cette modification législative.

La présente contribution a pour objet de fournir une présentation des dispositions nouvelles et d'esquisser les défis et potentiels conflits liés à l'articulation entre la protection de la propriété intellectuelle et le système de lutte contre les déséquilibres dans les rapports B2B tel qu'introduit par la loi du 4 avril 2019.

¹ *Doc. parl.*, Chambre, 2018- 2019, n° 54-1451/003, p. 2.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à l'ensemble des personnes sans qui la réalisation de ce travail de fin d'études n'aurait pas été possible.

J'adresse particulièrement mes remerciements à mon promoteur, Monsieur Van Brabant qui a accepté de m'encadrer pour ce travail. Je le remercie pour sa disponibilité malgré les circonstances particulièrement exceptionnelles dans lesquelles se sont déroulés les derniers mois de l'année académique, mais surtout pour ses judicieux conseils qui ont contribué à alimenter ma réflexion.

Mes remerciements vont également à l'ensemble du corps académique de la faculté de droit de l'Université de Liège pour la qualité de notre formation. Durant cinq années, les professeurs ont veillé à nous fournir un enseignement d'excellence et nous ont transmis avec passion leurs savoirs. L'écoute, l'adaptabilité et la compréhension dont ils ont fait preuve durant la crise sanitaire du covid-19 sont particulièrement remarquables.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	8
Partie I : La modification du Code de droit économique.....	11
I. Inefficacité des instruments antérieurs	11
I.1. Les règles de concurrence	11
I. 2. Les autres règles	12
II. La loi nouvelle	13
II.1. L’abus de dépendance économique	13
II.1.1. Définition	13
II.1.1.1. La dépendance économique	13
II.1.1.2. L’abus.....	14
II.1.1.3. L’affectation de la concurrence.....	15
II.1.2. Sanctions	16
II.2. Les clauses abusives.....	17
II.2.1. Définition générale.....	17
II.2.2. Liste noire	19
II.2.3. Liste grise	19
II.2.4. Sanctions	20
II. 3. Les pratiques de marché déloyales.....	21
II.3.1. Pratiques interdites	21
II.3.2. Sanctions	23
II.4. Entrée en vigueur	23
III. Le système français.....	23
III.1. L’abus de dépendance économique	24
III.2. Les pratiques de marché déloyales	26
III.3. Les clauses abusives	27
Partie 2 : Réception de la réglementation nouvelle et potentiels défis	28
I. De manière générale	28
I.1. Quant à l’interdiction de l’abus de dépendance économique.....	28
I.2. Quant à l’interdiction des clauses abusives	29
I.3. La problématique du « fear factor »	32
II. Le droit de la propriété intellectuelle.....	33
II.1. Le refus de concéder une licence peut-il être considéré comme un abus de dépendance économique ?	33
II.2. Les particularités du secteur pharmaceutique	37
II.3. Les contrats conclus avec les « <i>Patent Assertion Entities</i> ».....	39
II.4. Les licences « FRAND ».....	41
II.5. Les contrats d’édition.....	44
Conclusion	49
Bibliographie	50

INTRODUCTION

L'inégalité entre cocontractants a pendant longtemps été occultée par la théorie de l'autonomie des volontés. Un régime de protection des consommateurs a été mis en place par le législateur, conscient qu'en cas de déséquilibre entre les forces en présence, l'application pleine et entière du principe de liberté contractuelle était source de grandes inégalités. Jusqu'il y a peu, les contrats conclus entre entreprises échappaient néanmoins, à quelques exceptions près, à toute forme de réglementation².

Par une loi du 4 avril 2019, le Code de droit économique s'est vu greffer trois ensembles de règles nouvelles. Ces dernières introduisent au sein de notre système juridique les notions de clauses contractuelles abusives entre entreprises, d'abus de dépendance économique d'une entreprise et de pratiques du marché déloyales, agressives et trompeuses entre entreprises. A travers cette réforme, le législateur belge entend lutter contre les déséquilibres dans les rapports entre professionnels.

Dans les limites du présent travail, il n'était pas possible de procéder à une analyse détaillée des dispositions nouvellement entrées en vigueur. Néanmoins, nous tenterons de mettre en avant les grands axes de la réforme.

Nos voisins français ont, depuis quelques années, adopté un schéma assez proche de celui prévu par notre Code de droit économique³. Un exercice de droit comparé permettra dès lors d'identifier les similitudes et les disparités entre le système belge et le système français.

Le nombre croissant, depuis quelques années, de marques et de brevets déposés et la protection accrue de la propriété intellectuelle ont fait émerger de nouveaux conflits liés à la confrontation entre les spécificités propres au droit de la propriété intellectuelle et les principes de droit de la concurrence⁴. L'articulation de ces deux branches semble donner lieu à un débat éternel. De plus, comme le souligne M. Bictin, auteur français, « la propriété intellectuelle est un terreau fertile pour le droit des contrats »⁵. Se pose dès lors la question de l'impact de la réforme dans ce champ du droit. Faute de recul nécessaire, la présente contribution ne prétend pas offrir un aperçu exhaustif des potentiels défis relatifs à l'articulation des dispositions nouvelles avec le droit de la propriété intellectuelle. Nous tenterons néanmoins d'en offrir au lecteur un premier aperçu. Cette réforme sera-t-elle à l'origine d'un véritable bouleversement des habitudes

² D. PHILIPPE, « Les clauses abusives dans les relations B2B », *D.A.O.R.*, 2019/3, n°131, p. 2.

³ W. CHAIEHLOUDJ, « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle », *R.T.D. com.*, 2017, p. 527.

⁴ H. ULTRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limite de contrôle », in *Revue internationale de droit économique*, 2009/4, t. XXIII, 4, De Boeck Supérieur, Paris, 2009, p. 400.

⁵ N. BINCTIN, « Droit de la propriété intellectuelle », *L.G.D.J.*, 4^{ème} éd., Paris, 2016, n° 998.

propres au domaine de la propriété intellectuelle? C'est la question à laquelle nous nous efforcerons de répondre.

PARTIE I : LA MODIFICATION DU CODE DE DROIT ECONOMIQUE

Les relations entre entreprises ne sont pas immunisées contre les déséquilibres. Le droit européen n'offre cependant pas toujours de réponse à cette problématique et les instruments jusqu'alors mis à disposition par notre droit national se sont souvent avérés inefficaces⁶. Suivant l'exemple de plusieurs États membres, le législateur belge a récemment pris l'initiative de réglementer, dans une certaine mesure, les relations B2B.

Une modification du droit national était attendue et, à notre sens, nécessaire. En effet, les pratiques de certaines entreprises à l'égard de leurs partenaires professionnels sont parfois imprégnées d'injustices et peuvent porter atteinte à la concurrence sur le marché.

Les modifications apportées au Code de droit économique se scindent en deux volets. La réglementation nouvelle est, d'une part, dédiée aux pratiques restrictives de concurrence ; elle se borne à assurer une concurrence libre et effective sur le marché en érigeant l'abus de dépendance économique en infraction de la concurrence. D'autre part, une protection accrue est accordée aux opérateurs économiques à travers l'interdiction des clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises et le renforcement du contrôle des pratiques de marché déloyales dans les rapports B2B.

I. Inefficacité des instruments antérieurs

I.1. Les règles de concurrence

Certaines pratiques émanant d'opérateurs économiques privés sont de nature à inhiber la libre concurrence et à l'empêcher de produire les effets bénéfiques que la science économique lui attache⁷. Les articles IV.2 du Code de droit économique et 102 du TFUE (en cas d'affectation du commerce entre États membres), sont voués à lutter contre les pratiques unilatérales des entreprises portant atteinte à une concurrence libre et effective sur le marché. Ces dispositions interdisent à une entreprise d'abuser de sa position dominante sur le marché belge concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci. La détermination de la position dominante est, en toute logique, un préliminaire essentiel à la constatation d'un abus. Cette notion est définie de manière horizontale en ce qu'elle implique d'établir que l'opérateur économique en cause est en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents, de ses fournisseurs, de ses clients et des

⁶ 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? », *R.D.C.*, 2019, n°7, p. 840.

⁷ J. TIROLE, « Politique de concurrence et politique industrielle », *L'Économie du bien commun*, Paris, PUF, 2016, p. 475.

consommateurs⁸. L'importance de la part de marché détenue par l'entreprise concernée est un indice significatif⁹.

Dans ce cadre, la situation de dépendance économique doit être appréhendée comme une conséquence de la position dominante d'une entreprise à l'égard d'une autre et pas comme un critère en soit qui justifie la mobilisation des règles de concurrence¹⁰. Or, l'abus d'une situation de dépendance économique est susceptible d'affecter la concurrence libre et effective sur le marché. Néanmoins, jusqu'alors, lorsqu'un abus de position dominante ne pouvait être constaté, les règles de la concurrence étaient inefficaces. La prohibition de l'abus de dépendance économique comble ainsi un certain vide juridique.

I. 2. Les autres règles

La directive n° 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005¹¹ a été transposée en droit belge par les articles VI.92 à VI.103 du Code de droit économique. Ces dispositions interdisent les pratiques commerciales trompeuses ou agressives à l'égard des consommateurs. Elles visent uniquement les pratiques déloyales qui sont susceptibles de porter atteinte aux consommateurs en influençant leurs décisions commerciales à l'égard de produits¹². Ainsi, cette réglementation ne peut être mobilisée dans les cas de déséquilibres dans les rapports B2B.

Les articles VI.104 à VI.108 CDE visent également les pratiques de marché déloyales, cette fois néanmoins, à l'égard d'autres opérateurs que des consommateurs. Selon l'article VI.104 du Code de droit économique « est interdit tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises ». Il est principalement fait usage de cette norme générale de loyauté dans le cadre de relations horizontales entre entreprises concurrentes¹³. Une série de pratiques ont été identifiées comme déloyales par la jurisprudence. Citons le parasitisme¹⁴,

⁸ Commission européenne, Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O.*, C.45, 24 février 2009, p. 7, pt. 10

⁹ *Ibid.*, pt. 14.

¹⁰ 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? », *op. cit.*, p. 846.

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

¹² *Ibid.*, considérants 7 et 8.

¹³ *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2885/001, p. 6.

¹⁴ Cass., 29 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 359, p. 1374.

l'usage du nom commercial ou d'un signe distinctif d'une entreprise par une autre¹⁵, le dénigrement¹⁶ mais aussi le débauchage de personnel¹⁷. Dans cette perspective, l'article VI. 104 est inefficace face aux abus perpétrés par des entreprises dominantes dans les rapports verticaux qu'elles entretiennent avec d'autres professionnels.

II. La loi nouvelle

II.1. L'abus de dépendance économique

II.1.1. Définition

Au sein des règles du Code de droit économique relatives aux pratiques restrictives de concurrence a été inséré un nouvel article IV.2/1. Cette disposition s'ajoute à la réglementation sanctionnant les ententes entre entreprises¹⁸ et les abus de position dominante¹⁹ et prohibe les pratiques tendant à abuser d'une position de dépendance économique dans les relations B2B. Trois conditions doivent être réunies pour constater un tel abus : l'existence d'une position de dépendance économique, une exploitation abusive de cette position, et une affectation de la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci.

II.1.1.1. La dépendance économique

L'article I.6 du Code de droit économique a été complété par l'article 2 de la loi du 4 avril 2019. La notion de dépendance économique y est définie comme « la position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises, caractérisée par l'absence d'alternative raisonnable, équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, permettant à celle-ci ou à chacune de celles-ci d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché ».

Le législateur retient comme critère principal l'« absence d'alternative », plaçant un opérateur économique en situation de dépendance par rapport à un autre. La seconde partie de la définition concerne le fait pour une entreprise d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient être obtenues dans des circonstances normales de marché. Il ne s'agit en réalité que de la conséquence de la position de domination d'une entreprise vis-vis de l'autre²⁰.

Le critère de l'« absence d'alternative équivalente » est essentiel. Néanmoins, d'autres éléments peuvent constituer des indices menant au constat d'une situation de dépendance économique.

¹⁵ Anvers, 6 mai 1991, *Ing.-Cons.*, 1991, p. 313.

¹⁶ Bruxelles, 20 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 226; Anvers, 8 février 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999, p. 492.

¹⁷ Anvers, 30 mai 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002, p. 480.

¹⁸ Article IV.1 du Code de droit économique.

¹⁹ Article IV.2 du Code de droit économique.

²⁰ C. BINET, *op. cit.*, p. 846.

Les travaux préparatoires évoquent notamment la part que représente l'autre entreprise dans le chiffre d'affaires de l'opérateur potentiellement dépendant, la technologie ou le savoir-faire détenu par cette autre entreprise, la notoriété forte d'une marque, la rareté d'un produit, la nature périssable d'un produit, la loyauté d'achat des consommateurs et l'octroi régulier de conditions préférentielles qui ne sont pas accordées à d'autres entreprises²¹.

Comme énoncé précédemment, l'interdiction de l'abus de dépendance économique agit en complément de la prohibition de l'abus de position dominante. Ces deux notions renvoient à des réalités économiques distinctes mais qui peuvent néanmoins se recouper. Auparavant, les droits belge et européen de la concurrence n'intervenaient que lorsqu'une entreprise détenait un pouvoir de marché absolu par rapport à une autre, pas si ce pouvoir de marché était relatif. Les pratiques abusives d'une entreprise en position dominante relative sont donc désormais appréhendées à l'échelle nationale.

Il nous semble également opportun de préciser qu'une entreprise peut tout à fait exercer un pouvoir de domination sur une autre, tout en se trouvant elle-même dans une situation de dépendance économique à l'égard de certains de ses partenaires commerciaux. Dans cette hypothèse, elle sera tenue de ne pas abuser de sa position dans le premier cas tout en étant elle-même en mesure d'invoquer l'article IV. 2/1 dans le second²².

II.1.1.2. L'abus

Le nouvel article IV.2/1 du Code de droit économique n'interdit pas la position de dépendance économique en soit mais la pratique consistant, pour une entreprise, à abuser d'une telle position. La loi du 4 avril 2019 introduit une norme générale et ouverte et laisse ainsi une large marge de manœuvre à la jurisprudence dans l'appréciation de la notion d'abus. Les cours et tribunaux auront tout le loisir de s'inspirer, dans le traitement de cas concrets, des solutions adoptées chez nos voisins.

La disposition prévoit également une liste non exhaustive d'exemples de comportements considérés comme abusifs. L'article IV.2/1 stipule que doivent être considérées comme des pratiques abusives :

« 1° le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction ;

2° l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;

²¹ *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1451/003, p. 4.

²² C. BINET, *op. cit.*, p. 847.

3° la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs ;

4° le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

5° le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Les travaux préparatoires précisent qu'à travers la notion d'abus, la loi vise « tout comportement qu'une entreprise peut mettre en œuvre grâce au fait qu'elle tient précisément son partenaire sous sa dépendance économique »²³.

II.1.1.3. L'affectation de la concurrence

Enfin, le comportement abusif doit être susceptible d'affecter la concurrence sur le marché. Avec cette exigence, le législateur entend défendre l'intérêt économique général en garantissant une concurrence libre et effective²⁴. C'est plutôt paradoxal car il admet lui-même que l'interdiction de l'abus de dépendance économique a pour objectif principal de protéger les entités « faibles », les petites et moyennes entreprises.

Notons l'importance du terme « susceptible » qui permet de sanctionner les abus de dépendance économique qui entraînent une affectation potentielle de la concurrence. Si le législateur avait fait le choix de conditionner l'application de l'article IV.2/1 CDE à une affectation réelle de la concurrence, il se serait exposé au risque que la loi reste lettre morte. En effet, les chances sont minces qu'une pratique abusive isolée, touchant généralement des petites structures dont le poids économique est fort réduit, affecte réellement la concurrence sur le marché belge ou une partie substantielle de celui-ci²⁵. La prohibition de l'abus de dépendance économique est applicable en cas d'affectation réelle mais également en cas d'affectation potentielle de la concurrence²⁶. En considérant qu'« il suffit en réalité qu'il soit possible sur base d'éléments de droit et de fait et selon un degré de probabilité suffisant que l'abus exerce une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur la concurrence »²⁷, le législateur se prémunit contre ce type de risque.

²³ *Doc. parl.*, Ch., n° 54-1451/003, p. 12.

²⁴ *Ibid.*, p. 9.

²⁵ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 27.

²⁶ J. LEONARD et E. PIETERS, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence, aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019, n°1, p. 15.

²⁷ *Doc. Parl.* Ch., 2018-2019, n° 54 1451/003, p. 13.

II.1.2. Sanctions

En droit de la concurrence, l'article IV.41 CDE, offre la possibilité à l'Autorité belge de la Concurrence, d'office²⁸ ou à la suite d'une plainte d'une personne physique ou morale, d'une requête ou d'une injonction du ministre de l'Économie ou encore sur demande du ministre des Classes moyennes ou d'un régulateur économique, de mener une instruction et de faire usage d'un large éventail de moyens aux fins d'instruire le dossier et de recueillir des preuves²⁹. Diverses procédures pourront également être mises en œuvre, dont la procédure de clémence, de transaction ou encore de protection des informations confidentielles³⁰.

Lorsqu'un abus est constaté et que celui-ci perdure, le Collège de la Concurrence de l'Autorité belge de la Concurrence peut en ordonner la cessation. Une amende ne pouvant dépasser 2 % du chiffre d'affaires des entreprises concernées peut également être infligée ainsi qu'une astreinte n'excédant pas 2 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard à compter de la date qu'il aura fixée, si la décision n'est pas respectée. Le chiffre d'affaires en question est le chiffre d'affaires total réalisé sur le marché national et à l'exportation au cours de l'exercice social précédent³¹.

Notons que les montants des amendes sanctionnant un éventuel abus de dépendance économique diffèrent de ceux pouvant être prononcés dans le cadre d'un abus de position dominante ou d'une entente entre entreprises. Se pose dès lors la question de la sanction qui doit être prononcée en cas de concours d'infractions³².

En vertu de l'article XVII.7 CDE, le président du tribunal de l'entreprise peut être saisi, notamment par toute personne intéressée, par le ministre compétent ainsi que par une autorité professionnelle ou un groupement professionnel, aux fins de faire constater l'existence et ordonner la cessation d'une infraction au droit de la concurrence³³. Cette action en cessation est formée et instruite selon les formes du référé³⁴.

Toute personne physique ou morale ayant subi un dommage à la suite d'un abus de dépendance économique peut se prévaloir de l'article XVII.71 CDE pour introduire une action en dommages et intérêts. Soulignons que dans les cas où l'action en réparation fait suite à une décision de l'ABC constatant une infraction à l'article VI.2/1, alors l'abus de dépendance

²⁸ *Doc. Parl. Ch.*, 2018-2019, n° 54 1451/003, p. 10.

²⁹ Article IV. 41, §§ 2 à 4 du Code de droit économique.

³⁰ Articles. IV.41, §§ 6 à 9, et IV.51 à 57 du Code de droit économique.

³¹ *Doc. Parl. Ch.*, 2018-2019, n° 54 1451/003, p. 20.

³² J. LEONARD et E. PIETERS, *op. cit.*, p. 19.

³³ Article XVII. 1^{er} du Code de droit économique.

³⁴ Article XVII.6 du Code de droit économique.

économique sera présumé établi de manière irréfragable aux fins de l'action en dommages et intérêts³⁵.

II.2. Les clauses abusives

Outre l'interdiction de l'abus de dépendance économique, sanctionné sous l'angle du droit de la concurrence, le législateur a également inséré au sein du Code de droit économique la prohibition des clauses abusives dans les relations B2B.

Les dispositions du nouveau titre 3/1 inséré dans le livre VI du Code de droit économique tendent à lutter contre les déséquilibres entre les droits et obligations des entreprises parties à un contrat. La réglementation transpose dans les relations B2B de nombreux principes qui étaient jusque-là en vigueur en droit de la consommation. La protection du consommateur dans ses rapports avec les acteurs professionnels se justifie par le fait que celui-ci « se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information ; situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci³⁶ ». Ce raisonnement a été transposé aux relations entre entreprises, le législateur belge considérant que « certaines entreprises n'ont souvent pas d'autres choix que d'accepter les conditions contractuelles de leurs cocontractants, sans possibilité réelle de négociation » et que « bon nombre des arguments avancés [pour protéger les consommateurs] s'appliquent également aux autres contrats, particulièrement entre les petits commerçants et leurs fournisseurs³⁷ ». La loi a donc pour objectif de prémunir les petites entreprises contre le risque de se voir imposer de la part de certains grands, et parfois tout puissants acteurs économiques, des clauses contractuelles disproportionnées.

II.2.1. Définition générale

L'article VI.91/2 CDE introduit tout d'abord une exigence de transparence en prévoyant que, à l'instar du droit de la consommation, les clauses du contrat doivent être libellées de manière claire et compréhensible.

Ensuite, les clauses abusives entre entreprises sont interdites de manière générale à l'article VI.91/3 :

³⁵ Article XVII.82 du Code de droit économique ; C. BINET, *op. cit.*, p. 848.

³⁶ C.J.U.E., 26 mars 2019, C-70/17, *Abanca Corporación Bancaria*, ECLI:EU:C:2019:250, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>. pt. 49.

³⁷ *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-1451/003, p. 24.

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

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

Soulignons d'emblée que le législateur impose que la clause crée un déséquilibre manifeste³⁸. Ainsi, le juge exerce un contrôle marginal, entre personnes raisonnables ; aucun doute ne peut subsister³⁹.

La mise en œuvre de ces dispositions nécessite qu'un contrat soit conclu entre des opérateurs professionnels. Les engagements unilatéraux n'entrent dès lors pas dans le champ d'application de la disposition. La notion d'entreprise telle qu'applicable au livre VI du Code de droit économique est définie à l'article I.8, 39° CDE. Il s'agit de « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Les documents parlementaires précisent que « (...) l'appréciation du caractère déséquilibré du contrat ne dépend pas de la taille de l'entreprise mais de la situation de fait⁴⁰ ». Notons enfin que les marchés publics et les contrats en découlant, de même que les contrats portant sur les services financiers, sont exclus du champ d'application *ratione materiae* de la loi⁴¹.

Vu la complexité caractérisant souvent les contrats conclus entre professionnels, il est essentiel, comme le prescrit le texte⁴², de prendre en considération les usages et pratiques propres à chaque secteur, l'économie générale et l'ensemble des clauses du contrat, afin d'apprécier le caractère éventuellement abusif de l'une d'entre elles. Comme le stipulent les travaux préparatoires, les circonstances concrètes, la nature des biens et des services de même que le contexte global dans lequel s'inscrit la convention sont d'une importance considérable⁴³.

³⁸ R. STEENOOT, « Onrechtmatige bedingen », *T.P.R.*, 2015, p. 1523.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 32.

⁴¹ Article VI.91/1 du Code de droit économique.

⁴² Article VI.91/3 du Code de droit économique.

⁴³ *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 36.

Les dispositions essentielles du contrat, telles que le prix ou l'objet en matière de vente, ne sont pas visées par l'interdiction. Néanmoins, celles-ci peuvent intervenir dans l'examen de l'équilibre contractuel global et dans l'appréciation du caractère abusif des autres clauses de la convention⁴⁴.

II.2.2. Liste noire

A côté de cette norme générale, le législateur a introduit deux listes de clauses présumées abusives qui pourront être contestées plus aisément par les entreprises.

La première, la liste noire, contient quatre clauses interdites devant être automatiquement déclarées nulles et non avenues dans les cas où celles-ci seraient insérées au sein d'un contrat. Ces clauses doivent être interprétées strictement⁴⁵. Le législateur interdit les clauses excluant l'accès au juge, autrement dit les clauses de « propre droit »⁴⁶.

Ainsi, les clauses visées sont celles ayant pour objet de :

- « 1° prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;
- 2° conférer à l'entreprise le droit unilatéral d'interpréter une quelconque clause du contrat ;
- 3° en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise ;
- 4° constater de manière irréfragable la connaissance ou l'adhésion de l'autre partie à des clauses dont elle n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat »⁴⁷.

Le caractère abusif des clauses reprises au sein de la liste noire est présumé de manière irréfragable. Au-delà de la discussion relative à la qualification même de la clause, l'entreprise se prévalant de celle-ci ne dispose d'aucun moyen de la maintenir au sein du contrat⁴⁸.

II.2.3. Liste grise

Le régime applicable à la seconde liste, la grise, est moins sévère. Ces clauses sont en effet présumées abusives, sauf preuve du contraire.

Les travaux préparatoires prévoient que la présomption peut être renversée dans les cas où les parties conviendraient expressément et en connaissance de cause d'un régime relevant, en

⁴⁴ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁵ *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 37.

⁴⁶ *Ibid.* p. 37.

⁴⁷ Article VI.91/4 du Code de droit économique.

⁴⁸ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 42.

principe, d'une clause de la liste grise. Il s'agit d'une application du principe de liberté contractuelle⁴⁹.

L'article VI.91/5 du Code de droit économique cite les clauses ayant pour objet de :

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

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

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

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

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

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

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

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

En créant de telles listes, le législateur entend alléger sensiblement la charge de la preuve reposant sur l'entreprise victime d'une clause abusive. Celle-ci est en mesure de contester la légalité de la clause lui portant préjudice sans pour autant devoir prouver un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au contrat et une affectation potentielle de la concurrence⁵⁰.

II.2.4. Sanctions

Dans les cas où une clause contractuelle serait qualifiée d'abusives, elle serait frappée de nullité. Cette sanction ne touche que la clause préjudiciable, pas le contrat dans sa totalité, à l'exception

⁴⁹ *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 40.

⁵⁰ C. BINET, *op. cit.*, p. 850.

des cas dans lesquels la clause est à ce point essentielle pour les parties que le contrat ne peut subsister en l'absence de celle-ci⁵¹.

A cet effet, les clauses essentielles ne pouvant en principe être qualifiées d'abusives, seules les « modalités » du contrat étant visées, la nullité d'une telle clause ne devrait, en principe, pas être de nature à porter atteinte à la « substance-même » de la convention⁵².

La nullité est relative, la partie préjudiciée pourra dès lors y renoncer une fois la contestation née⁵³.

Les critères dégagés par la jurisprudence européenne à propos des clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs peuvent être une source d'inspiration pour l'appréciation du caractère abusif des clauses insérées dans les contrats conclus entre entreprises⁵⁴. La Cour de justice de l'Union européenne est allée jusqu'à considérer que le juge, lorsqu'il établit le caractère abusif d'une clause, est contraint d'écarter entièrement son application et n'a pas la possibilité de réviser le contenu de celle-ci. Toutefois, les travaux préparatoires prévoient expressément la non applicabilité de cette jurisprudence dans les relations entre professionnels⁵⁵. Si le juge semble disposer de la faculté de modifier certaines clauses afin de rétablir l'équilibre au sein du contrat, les décisions à venir permettront certainement de préciser l'étendue de ses pouvoirs. Le rôle de juge pourrait consister en la réduction à son usage « normal » du droit à la liberté contractuelle, par analogie à ce qui a été récemment décidé en matière d'abus de droit par la Cour de cassation⁵⁶.

Une action en cessation peut être intentée à la fois par toute entreprise intéressée mais aussi par les ministres de l'Economie et des Classes moyennes⁵⁷. Cette disposition permet de lutter contre le *fear factor* imprégnant indéniablement les relations entre professionnels et sur lequel nous reviendrons ultérieurement.

II. 3. Les pratiques de marché déloyales

II.3.1. Pratiques interdites

Les dispositions relatives aux pratiques de marché déloyales entre entreprises ont été étoffées. A la norme générale d'interdiction des pratiques contraires aux usages honnêtes du marché⁵⁸,

⁵¹ Article 91/6 du Code de droit économique.

⁵² *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-1451/003, p. 45.

⁵³ S. GEIREGAT, « Nietigheid een meest gunstige interpretatie: de remedies bij onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie », *T.P.R.*, 2016, p. 97.

⁵⁴ *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 25.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁶ Cass., 19 octobre 2018, C.15.0086.N, disponible sur <[http/ www.juridat.be](http://www.juridat.be)> ; C. BINET, *op. cit.*, p. 850.

⁵⁷ Article XVII.7, al. 1^{er}, 2^o/1 du Code de droit économique.

⁵⁸ Article VI. 104 du Code de droit économique.

le législateur a ajouté à l'article VI.104/1 CDE deux formes spécifiques de pratiques déloyales: les pratiques de marché trompeuses et les pratiques agressives.

Pour ce qui est des pratiques trompeuses, l'ancien article VI.105 du Code de droit économique interdisait la publicité trompeuse à l'égard d'une entreprise. Cette disposition transposait en droit belge la directive européenne 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. La réglementation nouvelle étend la portée de l'interdiction en visant de manière générale les pratiques trompeuses (en ce compris les omissions trompeuses prévues à l'article 105/1 CDE)⁵⁹.

L'article 105 CDE vise plus spécifiquement les pratiques de marché qui induisent ou sont susceptibles d'induire en erreur l'entreprise cocontractante. Ces actes trompent l'autre partie à propos de l'existence ou de la nature du produit, des caractéristiques principales du produit, de l'étendue des engagements de l'entreprise, du prix ou du mode de calcul du prix, des droits de l'autre entreprise ou des risques qu'elle peut encourir. Sont également visées toutes les activités de marketing créant la confusion avec un autre produit.

Il s'agit d'une quasi transposition des articles VI.97 et VI.99 CDE, prohibant les pratiques de marché trompeuses à l'égard des consommateurs.

Concernant les pratiques de marché agressives, le nouvel article VI.109/1 CDE sanctionne toute pratique qui « altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite de l'entreprise à l'égard du produit et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision relative à la transaction qu'elle n'aurait pas prise autrement ». Le contexte factuel dans lequel s'inscrit la pratique revêtira une grande importance⁶⁰.

La notion d'« influence injustifiée » est définie comme « l'utilisation par une entreprise d'une position de force vis-à-vis d'une autre entreprise, de manière à faire pression sur celle-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative »⁶¹.

Soulignons que l'entreprise se situant dans une position de faiblesse vis-à-vis de son partenaire économique ne doit pas nécessairement se trouver dans une position de dépendance économique, telle que prévue par la nouvelle réglementation de la concurrence. La

⁵⁹ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰ Article VI. 109/2 du Code de droit économique.

⁶¹ Article VI.109/1 du Code de droit économique.

détermination d'un rapport inégalitaire est suffisante, ce qui allège fortement la charge de la preuve dans le chef de l'entreprise victime⁶².

II.3.2. Sanctions

Une action en cessation peut être introduite par toute entreprise intéressée de même que par les ministres qui ont l'Economie et les Classes moyennes dans leurs attributions, conjointement, si elle concerne une pratique trompeuse ou agressive⁶³.

Ces pratiques sont également sanctionnées pénalement. Toute entreprise se rendant coupable de pratiques trompeuses et/ou agressives vis-à-vis de ses partenaires professionnels s'expose à une amende de 26 à 10. 000 euros⁶⁴.

II.4. Entrée en vigueur

La loi entre en vigueur de manière différée selon les dispositions concernées⁶⁵.

Les dispositions relatives aux pratiques de marché déloyales entre entreprises sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2019.

Les articles concernant l'abus de dépendance économique seront en vigueur le 1^{er} juin 2020.

Quant aux règles relatives aux clauses contractuelles abusives, elles seront en vigueur le 1^{er} décembre 2020. Soulignons que ces dernières ne seront applicables qu'aux contrats conclus, renouvelés ou modifiés après leur entrée en vigueur.

III. Le système français

A défaut d'intervention européenne, certains États membres ont pris l'initiative d'adopter une réglementation luttant contre les abus et les pratiques déloyales ou restrictives de concurrence entre entreprises.

Les réponses nationales à cette problématique ont pris diverses formes. Le législateur belge a suivi l'exemple d'autres États membres en insérant la notion d'abus de dépendance économique au sein des dispositions relatives aux restrictions de concurrence et en introduisant de nouvelles règles traitant des pratiques de marché déloyales⁶⁶. A cet égard, un exercice de droit comparé

⁶² C. BINET, *op. cit.*, p. 851.

⁶³ Article XVII.7, 2^o/1 et 2^o/2 du Code de droit économique.

⁶⁴ Article. XV.83, 13^o/1 du Code de droit économique.

⁶⁵ Article 39 de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

⁶⁶ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 27.

est de nature à fournir des éléments utiles en termes de mise en œuvre et d'interprétation de la loi nouvelle.

L'Allemagne fut l'un des premiers États membres à agir en la matière. Le rôle qu'elle joua fut prédominant ; de nombreux législateurs nationaux européens lui emboîtèrent le pas. Lors de la crise pétrolière, l'intervention législative allemande se justifia par la nécessité de protéger les petits exploitants de stations d'essence indépendantes face aux grosses compagnies pétrolières⁶⁷.

Néanmoins, nous ne nous attarderons pas sur la réglementation allemande, nous nous focaliserons davantage sur le système mis en place par d'autres de nos voisins, les Français. Le législateur belge a fait le choix de suivre principalement le modèle français. Malgré quelques divergences, les similitudes entre les deux systèmes sont nombreuses⁶⁸.

III.1. L'abus de dépendance économique

Par une ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Code de commerce français s'est vu greffer un article L.420-2 introduisant la notion d'abus de dépendance économique au titre des pratiques anticoncurrentielles.

Le second paragraphe de la disposition stipule ainsi qu'« est [...] prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur »⁶⁹.

L'introduction de cette disposition fut essentiellement motivée par l'objectif de lutter contre les pratiques abusives des grandes chaînes de distribution alimentaire dans leurs rapports avec leurs fournisseurs⁷⁰.

Concernant la notion même de dépendance économique, quatre critères cumulatifs ont été dégagés par la jurisprudence⁷¹. Les relations entre fournisseurs et distributeurs sont souvent la

⁶⁷ J. LEONARD et E. PIETERS, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁸ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹ Article L 420-2, §2 du Code de commerce français.

⁷⁰ C. BINET, *op. cit.*, p. 843.

⁷¹ Conseil de la concurrence, Décision n° 02-D-77 du 27 décembre 2002, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//02d77.pdf>> ; Conseil de la Concurrence, Décision n° 01-D-49 du 31 août 2001, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/01_16/a0160006.htm> ; Conseil de la Consurrence, Décision n° 04-D-26 du 30 juin 2004, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//04d26.pdf>> ; Cass., Fr. (com.), 3 mars 2004, n° 02-14529, *Rev. trim. dr. com.*, 2004, p. 463, obs., E. CLAUDEL ; Cass., Fr. (com.), 16 décembre 2008, n° 08-13423, *Rev. trim. dr. com.*, 2009.

scène de tels abus. Dans ce cadre, la dépendance économique du premier s'apprécie en ayant égard à la notoriété du distributeur, à l'importance de la part de marché de celui-ci, au poids de la part du revendeur dans le chiffre d'affaires du fournisseur et au degré de difficulté pour le fournisseur de trouver des alternatives équivalentes pour vendre ses produits⁷². A l'inverse du dernier critère, les trois premiers varient et doivent être adaptés aux spécificités de chaque situation⁷³. La dernière exigence est interprétée de manière extrêmement rigide par les autorités de contrôle et par la jurisprudence qui a eu l'occasion de rappeler que cette condition implique qu'il soit impossible pour l'entreprise en cause de « disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations commerciales qu'elle a nouées »⁷⁴. Seul le constat quasi absolu d'impossibilité pour l'entreprises de trouver une autre solution ou d'autres fournisseurs peut conduire l'Autorité de la Concurrence à établir la dépendance économique⁷⁵.

Quant à la définition de l'abus, l'article L.420-2 du Code de commerce français fournit, tout comme le Code de droit économique belge, une liste non limitative de cas pouvant constituer des pratiques abusives. Il s'agit notamment du refus de vente, des ventes liées, des accords de gammes et des pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 du Code.

A l'origine, l'article L.420-2 stipulait, par référence à l'article L.420-1 (relatif à l'abus de position dominante), que l'abus de dépendance économique devait avoir pour effet « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ». Cette condition fut revue et assouplie en 2001. Aujourd'hui, il suffit, comme en droit belge, qu'une affectation potentielle de la concurrence soit constatée, que la pratique soit susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence⁷⁶. Malgré cette intervention législative, ce critère demeure un obstacle à la mise en œuvre de la réglementation⁷⁷ ; les juges en donnent une interprétation stricte, limitant ainsi les constats de dépendance économique⁷⁸.

En raison des conditions légales strictes encadrant la notion de dépendance économique et de la jurisprudence étouffante en la matière, la loi peine à atteindre l'objectif pour lequel elle a été

⁷² Conseil de la concurrence, rapport d'activité pour l'année 1989, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/ra1989.pdf>>, p. 35 ; Conseil de la concurrence, Décision n° 90-D-23 du 3 juillet 1990, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/90d23.pdf>> ; Cass., Fr. (com.), 9 avril 2002, n° 00-13921.

⁷³ F. MARTY et P. REIS, « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *R.I.D.E.*, 2013/4, p. 583.

⁷⁴ Conseil de la concurrence, Décision n° 01-D-49 du 31 août 2001, *op.cit.*, p. 43. ; Cass. Fr. (com.), 3 mars 2004, *op. cit.*, p. 463, obs., E. CLAUDEL.

⁷⁵ L. BOY, « Abus de dépendance économique: reculer pour mieux sauter? », *Lamy Concurrence*, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2010, n°23, p. 93.

⁷⁶ J. LEONARD et E. PIETERS, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 843.

⁷⁸ E. CLAUDEL, « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? », *Rev. trim. dr. com.*, 2016/3, p. 468.

adoptée. L'inefficacité de la réglementation s'illustre notamment à travers le faible taux de plaintes déposées par les entreprises⁷⁹. L'absence de mise en œuvre effective de cette règle pousse les entreprises victimes d'abus à se tourner vers d'autres dispositions du Code de commerce.

Notons qu'en France, le droit commun des obligations offre également un instrument de lutte contre les abus de dépendance économique. L'article 1143 du Code civil prévoit qu'il « y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Il sanctionne ainsi l'abus de dépendance économique au titre de vice de consentement⁸⁰. Trois conditions doivent être réunies. Un état de dépendance (qui ne se limite pas à une dépendance purement économique⁸¹) doit être constaté. C'est l'abus de cet état de dépendance qui doit avoir poussé une des parties à souscrire un engagement et enfin, la partie dominante doit tirer de la situation un avantage manifestement excessif. Le contrat vicié peut être sanctionné par la nullité⁸² et des dommages et intérêts peuvent être octroyés sur base de l'article 1240 du Code civil. Le droit commun belge des obligations n'intègre quant à lui pas, au titre de vice de consentement, la violence économique⁸³.

III.2. Les pratiques de marché déloyales

La lutte contre les abus de dépendance économique dans les relations commerciales peut également être menée à travers les articles L.442-1 et suivants du Code de commerce. Ces dispositions se situent dans le champ des pratiques déloyales ; elles tendent à assurer un équilibre dans les relations entre entreprises. Leur mise en œuvre n'est pas conditionnée à la constatation d'une affectation de la concurrence, ce qui accroît considérablement leur efficacité⁸⁴. L'article L.442-4 du Code de commerce permet notamment au ministre de l'Économie et au ministère public d'intenter, sans consentement de l'entreprise lésée, une action en lieu et place de celle-ci⁸⁵. De plus, les dispositions relatives aux pratiques déloyales stipulent que toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction civile ou commerciale compétente d'ordonner la cessation des pratiques en cause ainsi que la réparation du préjudice subi.

Le *fear factor* est un élément récurrent dans les relations entre professionnels. Il dissuade trop souvent les entreprises victimes d'abus d'intenter une action en justice, de peur de subir les

⁷⁹ C. BINET, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁰ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p.30.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Article 1131 du Code civil français.

⁸³ Articles 1111 à 1115 du Code civil belge.

⁸⁴ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁵ C. BINET., *op. cit.*, p. 30.

lourdes conséquences de représailles économiques. Le législateur français a tenté d'y remédier, ce qui constitue un élément essentiel de la réglementation. Cet exemple a d'ailleurs été suivi en droit belge.

III.3. Les clauses abusives

L'article L442-1 est également mobilisé lorsque des clauses abusives sont insérées dans les contrats B2B⁸⁶. A l'occasion de la réforme du droit des contrats français de 2016, l'article 1171 du Code civil est venu se greffer à cet outil préexistant. Dans des termes quasi identiques à ceux employés par le législateur belge, cette disposition permet de réputer non écrite, dans les contrats d'adhésion, la clause qui « crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » et précise que « l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Néanmoins, suite à l'extension aux rapports entre professionnels du champ d'application de l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce en 2019, le droit commun des contrats n'est plus mobilisé que dans le cadre des contrats d'adhésion conclus entre particuliers⁸⁷.

Soulignons que contrairement au droit belge et au droit de la consommation français, nos voisins n'ont pas établi de listes de clauses interdites ou présumées abusives, ce qui nous paraît regrettable. L'utilisation de telles listes est un gage de prévisibilité et allège la charge de la preuve de la partie « victime ».

⁸⁶ M. LAVENEUR-AZEMAR, « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 165.

⁸⁷ *Ibid.*

PARTIE 2 : RECEPTION DE LA REGLEMENTATION NOUVELLE ET POTENTIELS DEFIS

Il ne fait nul doute que la mise en œuvre effective de la loi du 4 avril 2019 rencontrera des obstacles. Nous tenterons d'en envisager les principaux.

I. De manière générale

I.1. Quant à l'interdiction de l'abus de dépendance économique.

Il ressort d'une étude de la Commission européenne de 2012 que les mesures nationales tendant à protéger les plus petits opérateurs, plus strictes que l'article 102 du TFUE, portent souvent atteinte à la concurrence. Les consommateurs sont les premiers à en subir les conséquences, une augmentation des prix étant généralement constatée⁸⁸. Ainsi, l'interdiction de l'abus de dépendance économique ne risque-t-elle pas de freiner une série de pratiques commerciales qui en réalité sont parfaitement justifiées⁸⁹ ?

Ensuite, l'Autorité de la Concurrence (ci-après ABC) joue un rôle central en matière de lutte contre les abus de dépendance économique. Il est primordial que d'un point de vue budgétaire elle dispose des moyens nécessaires à l'accomplissement de ses nouvelles compétences tout en continuant à exercer les missions qui étaient déjà les siennes. Dans le cas contraire, cette dernière n'investira probablement pas dans la poursuite de ces abus⁹⁰.

De son côté, l'ABC devra rapidement déterminer la politique qu'elle entend mener, se fixer une ligne de conduite afin d'éclairer les praticiens sur la manière d'aborder la réglementation nouvelle.

La difficulté principale pour la mise en œuvre de l'interdiction de l'abus de dépendance économique se situe dans le champ probatoire⁹¹.

Apporter la preuve de la dépendance économique ne nécessite-t-il pas, dans certains cas, une analyse détaillée du marché ? De plus, l'appréciation de ce critère dépend de facteurs propres à chaque cas d'espèce. Il est primordial de prendre en considération les spécificités de chaque relation commerciale. Les entreprises pourraient dès lors ne pas être en mesure de déterminer si elles sont ou non en position de domination, ce qui complique fortement l'appréciation du caractère abusif de leurs actes et cause une grande insécurité juridique peu compatible avec la

⁸⁸ College of Europe, *The impact of national rules on unilateral conduct that diverge from article 102 TFEU. Final Report*, 21 novembre 2012, p. 182.

⁸⁹ J. MARCHANDISE, « La réforme du droit belge de la concurrence de 2019 : principales modifications », *Competitio*, 2019, n°3, p. 221.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ C. BINET, *op. cit.* p. 852.

vie des affaires. Cette incertitude est liée au large pouvoir d'appréciation laissé aux autorités chargées d'appliquer ces dispositions⁹².

La définition de l'abus est également imprégnée d'une forte imprécision. La détermination des contours exacts de cette notion et son adaptation aux différents secteurs économiques est attendue.

C'est certainement le critère relatif à l'affectation de la concurrence qui posera le plus de difficultés. En faisant le choix d'insérer la prohibition de l'abus de dépendance économique au sein du livre IV du Code de droit économique, le législateur n'a-t-il pas porté atteinte à l'effectivité de la règle avant même son entrée en vigueur ? Seule une analyse économique approfondie est susceptible de révéler une atteinte au fonctionnement du marché⁹³. Les autorités devront procéder à des examens au cas par cas. Espérons qu'elles ne soient pas trop réticentes à appliquer le droit de la concurrence à ce type d'abus qui, de prime abord, n'affecte que les intérêts privés des entreprises en cause. L'approche française très restrictive de la notion d'« affectation du marché » réduit à peau de chagrin l'interdiction de l'abus de dépendance économique. L'interprétation de cette condition aura dès lors un impact déterminant sur la réception, en pratique, de la réglementation belge⁹⁴.

L'interdiction de ce type d'abus connaît un succès mitigé dans les États membres ayant mis en place un dispositif comparable. Les cas d'application sont rares. En sera-t-il de même en Belgique ?

Ces potentiels obstacles pousseront certainement les entreprises à se tourner vers d'autres outils tels que l'interdiction des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales. Leur mise en œuvre dans le cadre d'une action en cessation semble en effet plus aisée.

1.2. Quant à l'interdiction des clauses abusives

Outre une définition générale des clauses abusives, le Code de droit économique prévoit deux listes de clauses, les unes devant toujours être qualifiées d'abusives, les autres l'étant présumées. Les termes employés pour rédiger ces listes sont particulièrement imprécis de sorte qu'il est difficile d'en déterminer les contours exacts. Le législateur présume notamment abusives les clauses ayant pour objet de « placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat⁹⁵ » ou d'« exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de

⁹² *Ibid.*, p. 853

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ J. LEONARD et E. PIETERS, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁵ Article VI.91/5, 3° du Code de droit économique.

ses obligations contractuelles »⁹⁶. L'interprétation de ces notions donnera certainement lieu à de longs débats doctrinaux et jurisprudentiels de nature à complexifier la mise en œuvre de la loi⁹⁷.

Certains auteurs⁹⁸ s'interrogent également sur la potentielle atteinte, par le biais de ces listes, à des mécanismes dont il est couramment fait usage dans les affaires.

Le contrat d'option et la promesse unilatérale de contrat ne pourraient-ils voir leur validité remise en cause au regard de l'article 91/4, 1° du Code de droit économique⁹⁹ ?

Comment concilier l'article VI.91/4, 3° CDE avec les clauses d'arbitrage¹⁰⁰, les conditions résolutoires expresses mais aussi les clauses excluant la résolution dans un contrat de transaction¹⁰¹? A propos des clauses d'arbitrage, les travaux préparatoires précisent, assez étonnamment, qu'il s'agit de clauses de « propre droit », excluant l'accès au juge et que dès lors elles sont visées par cette interdiction¹⁰². Ce commentaire est inexplicable : l'arbitrage est défini comme un mode alternatif de règlement des différends, il ne prive pas les parties de l'accès au juge mais prévoit simplement une « autre voie » pour le règlement de leur conflit¹⁰³.

Quid de la compatibilité de la *partijbeslissing* avec l'article 91/5, 1° CDE¹⁰⁴ ? L'avant-projet de réforme du droit des obligations reconnaît le concept de *partijbeslissing*¹⁰⁵. Certains auteurs¹⁰⁶ considèrent, à juste titre nous semble-t-il, que la loi du 4 avril 2019 ne vise que les clauses autorisant les modifications arbitraires du contrat, pas celles permettant les adaptations unilatérales de la convention afin de répondre aux potentielles évolutions du contexte

⁹⁶ Article VI.91/5, 4° du Code de droit économique.

⁹⁷ R. JAFFERALI, « Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B », *RDC-TBH*, 2019, n. 2, p. 156. .

⁹⁸ *Ibid* ; D. PHILIPPE, *op. cit.*, pp. 40-46.

⁹⁹ Article 91/4, 1° du Code de droit économique : « Sont abusives, les clauses qui ont pour objet de : prévoir un engagement irrévocable de l'autre partie, alors que l'exécution des prestations de l'entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ».

¹⁰⁰ *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 37.

¹⁰¹ Article 91/4, 3° du Code de droit économique : « Sont abusives les, les clauses qui ont pour objet de : (...) en cas de conflit, faire renoncer l'autre partie à tout moyen de recours contre l'entreprise ».

¹⁰² *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 37.

¹⁰³ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁴ Article 91/5, 1° du Code de droit économique : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : autoriser l'entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat ».

¹⁰⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3709/001, p. 75.

¹⁰⁶ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 42.

contractuel ou aux besoins fluctuants des parties¹⁰⁷. Dès lors, la *partijbeslissing* ne serait pas visée.

De quelle manière accorder la pratique de la reconduction tacite du contrat avec l'article VI.91/5, 2° CDE¹⁰⁸ ?

Qu'en est-il des clauses d'exonération de responsabilité¹⁰⁹, de celles qui prévoient une responsabilité plafonnée, qui fixent un délai de réclamation ou encore des clauses « as is », au regard de l'article VI.91/5, 4° CDE¹¹⁰ ?

La clause imposant certaines formalités probatoires telles que l'envoi d'un recommandé pourrait-elle être interdite en vertu de l'article VI.91/5, 7° CDE¹¹¹ ?

La clause pénale, dont la réduction peut être prononcée par le juge en vertu de l'article 1231 du Code civil, pourrait-elle être annulée sur base de l'article VI.91/5 8° CDE¹¹² ?

Quid du contrat à durée indéterminée à la lumière de l'article VI.91/5, 5° CDE¹¹³ ? Les travaux préparatoires prévoient qu'un contrat à durée indéterminée doit toujours pouvoir être résilié, et ce en respectant un délai de préavis raisonnable. Si rien n'est prévu dans le contrat, l'absence de telle stipulation doit être sanctionnée de l'octroi d'un délai de résiliation déterminé selon les principes de droit commun¹¹⁴. Le texte ne déroge néanmoins pas formellement à l'article

¹⁰⁷ J.F. GERMAIN, « Fixation unilatérale du prix (*partijbeslissing*) et contrat d'entreprise : un mécanisme à portée générale ? », *J.T.*, 2011, p. 607.

¹⁰⁸ Article 91/5, 2° du Code de droit économique : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : (...) proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation ».

¹⁰⁹ Ces clauses pourraient également être interdites en vertu de l'article VI.91/5, 6° du Code de droit économique : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : (...) libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l'objet du contrat ».

¹¹⁰ Article 91/5, 4° du Code de droit économique : « Sont présumées abusives, sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : (...) exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles ».

¹¹¹ Article 91/5, 7°, du Code de droit économique : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : (...) limiter les moyens de preuve que l'autre partie peut utiliser ».

¹¹² Article 91/5, 8° du Code de droit économique : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : (...) fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'autre partie qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise ».

¹¹³ Article VI.91/5, 5° du Code de droit économique : « Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : (...) sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, engager les parties sans spécification d'un délai raisonnable de résiliation ».

¹¹⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-1451/003, p. 43.

VI.91/6 CDE prévoyant la nullité des clauses jugées abusives¹¹⁵. Et les contrats à durée déterminée ? Ils doivent être exécutés jusqu'à leur terme. Quid dès lors des contrats qui prennent fin de plein droit à la date déterminée par les parties¹¹⁶ ?

A ce stade, il est encore trop difficile de fournir des réponses à ces nombreuses interrogations. Dans son discours préliminaire du Code civil, Portalis confiait à la doctrine et à la jurisprudence la mission de « vrai supplément de la législation ». Le passage de la règle abstraite au cas concret se révèle souvent être une tâche difficile et ici encore, les juges et les auteurs de doctrine joueront un rôle central dans la mise en œuvre de la loi. Une interprétation raisonnable des dispositions sera de nature à empêcher ou à tout le moins limiter les bouleversements fondamentaux¹¹⁷, et éviter ainsi une intervention trop intrusive du législateur dans les rapports entre professionnels. L'importance des usages commerciaux dans l'appréciation du caractère abusif de la clause mènera certainement la jurisprudence à appliquer les règles nouvelles de manière cohérente, sans entrer en conflit avec des pratiques bien établies.

Espérons que la créativité contractuelle, l'innovation commerciale, essentielles au développement du monde des affaires, ne soient pas ralenties par l'adoption de ces nouvelles dispositions¹¹⁸. En effet, certaines clauses, parfois rédigées sur mesure pour les besoins du cas d'espèce, pourraient dans le futur être annulées en raison de leur caractère abusif alors que celles-ci conditionnaient la conclusion de la transaction.

I.3. La problématique du « fear factor »

Le « *fear factor* » est un élément caractéristique des relations entre professionnels. Souvent, la partie faible ne fait pas usage des moyens mis à sa disposition pour faire cesser les abus dont elle est victime, de peur qu'il soit mis fin à la relation commerciale, par crainte de potentielles représailles économiques¹¹⁹. Il est partiellement remédié à cette problématique à travers le nouvel art. XVII.7, al. 1^{er}, 2^o/1 CDE offrant la possibilité aux ministres de l'Economie et des Classes moyennes, dans leurs attributions, conjointement, d'introduire une action en cessation.

La législation belge ne donne toutefois pas la possibilité au juge de sanctionner d'une amende civile l'auteur de clauses abusives ou de pratiques de marché trompeuses ou agressives. L'action en cessation est dirigée contre un comportement précis et ne semble pas de nature à dissuader l'entreprise qui se rend coupable du comportement litigieux de se comporter de la sorte dans le futur ou à l'égard d'autres partenaires commerciaux¹²⁰. Cette dernière sera

¹¹⁵ R. JAFFERALI, « Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B », *RDC-TBH*, 2019, n. 2, p. 156.

¹¹⁶ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁷ R. JAFFARALI, *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁸ D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁹ C. BINET, *op. cit.*, p. 857.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 856.

certainement tentée de prendre le risque qu'une action soit introduite à son encontre, les conséquences pour son portefeuille dans un tel cas étant relativement limitées.

Soulignons à cet égard que le 17 avril 2019, une directive européenne relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations entre entreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire a été adoptée¹²¹. Cette directive devra être transposée en droit belge pour le 1^{er} mai 2021. Son champ d'application est limité. Comme son nom l'indique, seules les pratiques commerciales déloyales mises en œuvre dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire sont visées. Néanmoins, elle pourrait revêtir une importance considérable, en ce sens qu'elle impose aux Etats qu'ils désignent une autorité chargée de la surveillance des interdictions prévues par le texte. Il est probable que l'ensemble des pratiques déloyales et des clauses abusives visées par le Code de droit économique puissent être poursuivies et sanctionnées par cette nouvelle autorité indépendante¹²². Des amendes pourraient alors éventuellement être infligées aux entreprises se rendant coupables de tels actes, ce qui accentuerait le caractère dissuasif des interdictions.

II. Le droit de la propriété intellectuelle

II.1. Le refus de concéder une licence peut-il être considéré comme un abus de dépendance économique ?

Droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle poursuivent le même objectif : booster l'innovation et le développement technologique. Leur articulation est néanmoins parfois compliquée. Alors que l'un stimule la rivalité entre entreprises, l'autre écarte toute concurrence en conférant un droit exclusif à son titulaire durant une période donnée. Les droits de propriété intellectuelle doivent être conçus, mis en œuvre et interprétés de façon à trouver un équilibre entre d'une part exclusivité et bon fonctionnement du système de protection, incitant à l'innovation, et d'autre part préservation de la concurrence¹²³.

Dès lors, la confrontation entre l'interdiction de l'abus de dépendance économique et les droits de propriété intellectuelle est-elle susceptible de poser certaines difficultés ?¹²⁴

La Cour de justice, à travers sa jurisprudence, et la Commission européenne, à travers ses lignes directrices, se bornent à établir un juste équilibre entre le droit communautaire de la concurrence

¹²¹ Directive (EU) n° 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, *J.O.*, L. 111, 25 avril 2019, p. 59.

¹²² C. BINET, *op. cit.*, p.859.

¹²³ H. ULTRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limite de contrôle », in *Revue internationale de droit économique*, 2009/4, t. XXIII, 4, Paries, De Boeck Supérieur, 2009, p. 436.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 399.

et le droit de la propriété intellectuelle, matière essentiellement nationale¹²⁵. La réglementation européenne en matière d'abus de position dominante peut, à de nombreux égards, être rapprochée des nouvelles dispositions belges interdisant les abus de dépendance économique. Il est important de garder à l'esprit que malgré les points de convergence entre ces réglementations, certains éléments les distinguent. Néanmoins, l'interprétation donnée au droit de la concurrence européen pourrait, dans certaines hypothèses, servir de ligne directrice au juge national dans la mise en œuvre de la loi nouvelle.

Les articles IV.2 du Code de droit économique et 102 du TFUE interdisent aux entreprises d'abuser de leur position dominante sur le marché belge concerné ou sur une partie substantielle de celui-ci. La notion de position dominante a été définie par la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt *United Brands*¹²⁶. Ainsi, se trouve en position de domination, « l'entreprise qui a la possibilité d'avoir un comportement indépendant, la mettant en mesure d'agir sans tenir compte de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs »¹²⁷.

Dans un arrêt *Magill*¹²⁸, la Cour de justice a considéré que le refus de concéder une licence de droit d'auteur pouvait, dans certaines circonstances, être qualifié d'abus de position dominante en application de l'article 82 du traité (devenu l'article 102 TFUE). Elle détermine les « circonstances exceptionnelles » dans lesquelles ce comportement peut être jugé abusif. Dans cette affaire, trois critères sont dégagés : le produit concerné ne doit disposer d'aucun substitut réel ou potentiel, il doit être indispensable à l'exercice de l'activité du concurrent requérant l'octroi de la licence et il doit faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. Notons que ces conditions ont été assouplies par la jurisprudence ultérieure et notamment dans l'arrêt *Tierce Ladbroke* du T.P.I.C.E de 1997¹²⁹. Les exigences relatives au caractère indispensable du produit et à la création d'un produit nouveau n'étant plus énoncées comme des critères cumulatifs mais alternatifs¹³⁰. Cette jurisprudence va jusqu'à permettre au juge d'imposer indirectement une licence forcée en dehors des hypothèses prévues par les lois et les conventions internationales¹³¹.

L'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique sont tous deux sanctionnés au titre d'infractions du droit de la concurrence. Comme déjà énoncé, malgré les fortes similitudes rapprochant ces deux concepts, certains éléments de leur définition divergent. La

¹²⁵ L. VILCHES ARMESTO, « IMS Health : dernier développement de la C.J.C.E. relatif au refus de licence en droit de propriété intellectuelle », *R.D.T.I.*, 2004/3, p. 65.

¹²⁶ C.J.C.E., 14 février 1978, arrêt *United Brands*, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, *Rec.*, p. 207.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ C.J.C.E., 6 avril 1995, arrêt *RTE et ITP Ltd c. Commission*, 241 et 242/91, ECLI:EU:C:1995:98, *Rec.*, p. 743

¹²⁹ T.P.I.C.E., 12 juin 1997, affaire *Tierce Ladbroke*, T-504/1993, ECLI:EU:T:1997:84, *Rec.* p. 923.

¹³⁰ *Ibid.*, pt. 131

¹³¹ F. POLLAUD-DULIAN, « Abus de position dominante. Droit exclusif. Refus d'octroyer une licence. Bases de données. Infrastructures ou installations essentielles (« essential facilities ») », *R.T.D com*, 2004, p. 491.

notion de dépendance économique est très large, contrairement à l'abus de position dominante ; elle peut être constatée quelle que soit la taille de l'entreprise en situation de « force »¹³². Certains comportements unilatéraux qui ne sauraient être qualifiés d'abus de position dominante pourraient être interdits au titre d'abus de dépendance économique. Dès lors, lorsque la position dominante ne peut être constatée, l'interdiction des abus de dépendance économique serait-elle un remède efficace pour sanctionner certains refus d'octroi de licence ?

Trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait abus de dépendance économique.

Concernant la notion même de dépendance économique, les travaux parlementaires énoncent un double critère : d'une part « l'absence d'alternative plaçant l'une des entreprises dans une position de dépendance » et d'autre part le fait que « l'entreprise dominante puisse imposer à son cocontractant des conditions ou des prestations qui ne sauraient être obtenues dans des circonstances normales de marché »¹³³. Certains auteurs considèrent néanmoins que ce prétendu second critère n'est en réalité que la conséquence de la situation de dépendance économique¹³⁴. Si l'entreprise requérant l'octroi de la licence parvient à démontrer que la poursuite de ses activités ou l'introduction d'un nouveau produit (à l'instar de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Magill*¹³⁵) est subordonnée à l'obtention de la licence en question, il est probable qu'elle soit reconnue comme économiquement dépendante. Soulignons que ce premier élément ne peut être constaté que par seule référence à l'exclusivité conférée par le droit de propriété intellectuelle. Il est essentiel d'identifier le marché pertinent dans lequel se situe l'objet protégé et d'avoir égard à la situation concurrentielle de fait. Néanmoins, l'exercice des prérogatives attachées aux droits de propriété intellectuelle peuvent s'opérer au service de la dépendance économique notamment pour la défendre ou la renforcer¹³⁶.

S'agissant de la condition relative à l'exploitation abusive de la dépendance économique, le Code de droit économique interdit de manière générale les pratiques abusives et produit une liste non exhaustive de comportements jugés abusifs¹³⁷. Ici encore, relevons que les droits de propriété intellectuelle présentent, par essence, un caractère exclusif ; ils perturbent par nature le jeu de la concurrence en conférant une forme de monopole. Leur titulaire obtient à travers ceux-ci une contrepartie de l'investissement personnel et financier qu'il a fourni. Il dispose de la prérogative exclusive d'exploiter son produit intellectuel et de la possibilité de s'opposer aux

¹³² D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 26.

¹³³ *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1451/003, p. 3.

¹³⁴ C. BINET, *op. cit.*, p. 846.

¹³⁵ C.J.C.E., 6 avril 1995, arrêt *RTE et ITP Ltd c. Commission*, *op. cit.*, *Rec.*, p.743.

¹³⁶ H. ULTRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limite de contrôle », *op. cit.*, p. 415. ; T.P.I.C.E., arrêt *Tetra Pak Rausing/Commission*, 10 juill. 1970, T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, *Rec.*, 1990 II 309, n° 37 ; C.J.C.E., arrêt *Kanal 5/STIM*, 11 déc. 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, *Rec.*, 2008 I, n° 26.

¹³⁷ Article IV.2/1 du Code de droit économique.

éventuels empiètements des tiers sur ce droit. Lorsque le titulaire du droit se borne à exercer l'une des prérogatives essentielles attachées à celui-ci, ce comportement n'est pas qualifiable en soi d'abusif¹³⁸. S'il en était autrement, ce droit « ne conférerait plus un monopole au sens précis du mot, c'est-à-dire une exclusivité, mais seulement un droit d'exploitation assorti du droit d'obtenir une redevance pour l'exploitation que tout tiers intéressé serait libre d'en faire »¹³⁹. Néanmoins, le droit intellectuel « joue un rôle dans le cadre de l'exploitation abusive » ou « contribue à une dépendance économique »¹⁴⁰ ; il constitue un indice permettant de déterminer si une entreprise est en position dominante ou de dépendance économique, néanmoins de ce seul fait il n'est pas possible d'y conclure. Gardons également à l'esprit que la propriété intellectuelle ne peut servir de prétexte ou de justification aux entreprises dominantes d'un point de vue économique pour adopter des comportements qui, dans un autre contexte, seraient qualifiés d'abusifs. Ces pratiques peuvent prendre la forme d'un refus qualifié ou absolu de licence. La forte tension entre exploitation légitime du droit et abus poussera probablement le juge à procéder à une évaluation circonstanciée dans chaque cas d'espèce¹⁴¹.

A l'occasion de son arrêt *Magill*, rappelons-le, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif »¹⁴².

Ce raisonnement pourrait être transposé en matière d'abus de dépendance économique. Les circonstances entourant le refus de l'octroi d'une licence d'exploitation seront certainement déterminantes. Subordonner la conclusion du contrat à l'acceptation de prestations supplémentaires pourra sans nul doute être qualifié de pratique abusive¹⁴³. Le refus de licence pourrait éventuellement entrer dans le champ des pratiques limitant la production, les débouchés ou le développement technique de l'entreprise dépendante au sens de l'article IV.2/1 3° CDE.

¹³⁸ B. EDELMAN, « L'arrêt *Magill* : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la C.J.C.E du 6 avril 1995) », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 119, n°15. ; C.J.C.E, arrêt *AB Volvo c. Erik Veng Ltd*, 5 octobre 1988, 238/87, ECLI:EU:C:1988:477, *Rec.* p. 6211, Att. 9 ; C.J.C.E, arrêt *CICRA E.A c. Renault*, 5 octobre 1988, 53/87, 5 octobre 1988, *Rec.* p. 6039, Att. 15.

¹³⁹ G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, 1993, p.186.

¹⁴⁰ C.J.C.E., arrêt *Centrafarm*, 23 mai 1978, 102/77, ECLI:EU:C:1987:283, *Rec.* p. 1139, à propos de l'abus de position dominante.

¹⁴¹ H. ULTRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limite de contrôle », *op. cit.*, p. 416.

¹⁴² C.J.C.E., 6 avril 1995, *op. cit.*, pt. 50.

¹⁴³ Article IV.2/1, §2, 5° du Code de droit économique.

Enfin, la preuve de l'affectation de la concurrence sur le marché ne posera certainement aucun problème. Le raisonnement de la Cour européenne dans l'arrêt *Magill* est à cet effet transposable.

A ce stade, notre raisonnement est fondé sur des interrogations, suppositions, comparaisons. La mise en œuvre de la réglementation par les cours et tribunaux est dès lors très attendue. Seules les réponses données par le juge à des cas concrets seront en mesure de réellement répondre aux incertitudes que nous connaissons aujourd'hui.

II.2. Les particularités du secteur pharmaceutique

Développement, innovation et recherche sont au cœur de l'industrie pharmaceutique. La propriété intellectuelle joue un rôle pilier dans le secteur.

Nous ne nous lancerons pas dans une analyse détaillée de la matière. Néanmoins, il semble intéressant de relever que l'industrie pharmaceutique sera certainement un terrain révélateur de la manière dont s'articuleront propriété intellectuelle et réglementation nouvelle.

Sur ce marché coexistent deux types de produits. D'une part, les médicaments princeps, protégés par des brevets. D'autre part, les médicaments génériques qui attendent l'expiration de la protection offerte aux premiers pour entrer sur le marché¹⁴⁴. Les laboratoires de princeps consacrent une partie considérable de leur budget à la recherche et au développement. La protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle offre une contrepartie intéressante aux dépenses engagées. Les laboratoires génériques quant à eux, limitent fortement les investissements en matière de recherche en produisant des médicaments qui sont de simples copies des princeps. C'est ainsi que s'explique le prix très attractif des médicaments génériques qui a pour effet d'entraîner la chute du prix des médicaments princeps¹⁴⁵.

Alors que le système de la propriété intellectuelle est un vecteur d'innovation et de progrès, certaines stratégies menées par les laboratoires de princeps ont pour effet de limiter le développement de nouveaux médicaments en affectant considérablement la concurrence sur le marché¹⁴⁶. Ces comportements stratégiques portent souvent sur la prise et le maintien de brevets par les entreprises du secteur afin d'assurer la protection de leurs intérêts concurrentiels¹⁴⁷.

¹⁴⁴ L. LEBLOND, *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n°481.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, n°484

¹⁴⁷ H. ULTRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limite de contrôle », *op. cit.*, p. 417.

Dans les rapports entre entreprises de princeps et les laboratoires génériques, ces stratégies visent principalement à l'obtention d'une protection large à travers le droit de la propriété intellectuelle et le maintien aussi long que possible de cette position privilégiée¹⁴⁸.

Citons par exemple la technique des maquis de brevets ou *patent thicket* qui jouent notamment un rôle de barrière à l'entrée sur le marché. Un seul médicament est parfois protégé par des milliers de brevets, chaque composante de celui-ci étant potentiellement brevetée. Tout acteur souhaitant pénétrer le marché devra dès lors obtenir une autorisation du détenteur des brevets pour chacune de ces composantes. Alors que le sérieux de certains de ces brevets peut être remis en cause, le champ couvert par les uns recoupe parfois celui couvert par les autres, ce qui crée des cas de « superposition »¹⁴⁹. Cette stratégie a pour objectif de retarder au maximum l'entrée sur le marché des médicaments génériques¹⁵⁰ en instaurant un « climat d'incertitude ». De plus, acquérir un droit de licence pour chaque composante du produit, chacune disposant d'un prix propre est généralement bien plus onéreux que d'obtenir une licence globale¹⁵¹. Ainsi, les laboratoires de princeps conservent le plus longtemps possible leur monopole d'exploitation¹⁵². Cette stratégie peut également viser la conclusion de contrats de licence à des conditions excessives¹⁵³.

Le Tribunal de l'Union européenne a considéré que profiter frauduleusement du système de brevet constitue, dans certains cas, un abus de position dominante¹⁵⁴. L'équilibre entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence est ici fondamental. Les laboratoires de princeps doivent pouvoir user du droit exclusif dont ils disposent. Cela implique parfois certains comportements susceptibles de restreindre la concurrence mais s'il leur est reproché de faire un usage abusif de leur position dominante sur le marché, ils devront prouver que leur comportement est justifié¹⁵⁵.

La loi nouvelle pourrait-elle être un outil efficace pour lutter contre ce type de comportements abusifs ?

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 418.

¹⁴⁹ G. VAN OVERWALLE, *Gene Patents and Collaborative Licensing Models*, Cambridge (CUP), 2009, pp. 385-389.

¹⁵⁰ Commission européenne, Communication de la Commission, Rapport final du 8 juillet 2009, Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique, disponible sur https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_fr.pdf, p. 12.

¹⁵¹ H. ULTRICH, « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limite de contrôle », *op. cit.*, p. 417. ; Commission européenne, Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transfert de technologie, *J.O.U.E.*, 2004, C 101, 2, n°214.

¹⁵² A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009, n°489.

¹⁵³ *Ibid.*, n°490.

¹⁵⁴ T.P.I.U.E., arrêt *AstraZeneca c. Commission européenne*, 1^{er} juillet 2010, T321/05, EU:T:2010:266, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>, pt. 356.

¹⁵⁵ A. MASSON, *Les stratégies juridiques des entreprises*, *op. cit.*, n°547.

L'interdiction de l'abus de dépendance économique pourrait éventuellement être invoqué à l'encontre des entreprises pharmaceutiques mettant en œuvre des stratégies détournant le système des brevets. Si la preuve de l'affectation de la concurrence sur le marché ne saurait poser trop de problèmes, la démonstration de la dépendance économique elle-même est plus incertaine. A cet effet, nous renvoyons le lecteur aux développements relatifs au refus d'octroi de licence. Si l'unique critère de l'« absence d'alternative » est retenu, alors, les laboratoires génériques pourraient être reconnus économiquement dépendants des laboratoires princeps. En effet, l'activité des premiers repose sur la commercialisation des médicaments développés par les seconds.

Concernant la notion d'abus, il s'agit d'une question d'appréciation. La détermination de ce qui dépasse ou non l'usage normal du droit de propriété intellectuelle est dans les mains du juge qui, nous ne cessons de le souligner jouera un rôle primordial dans la mise en œuvre des nouvelles dispositions.

Notons enfin que lorsque les laboratoires de princeps font usage de leur position de « force » pour conclure des contrats dont les clauses peuvent être qualifiées d'abusives, la nouvelle réglementation sera certainement d'un secours considérable. L'entreprise lésée pourra invoquer l'annulation des dispositions contractuelles préjudiciables en vertu des articles VI.91/1 et suivants du Code de droit économique.

II.3. Les contrats conclus avec les « *Patent Assertion Entities* »

Notre société connaît depuis pas mal d'années une accélération considérable dans le domaine de l'innovation. De nouveaux acteurs et de nouvelles pratiques font leur entrée en matière de droit de propriété intellectuelle. Ces nouveaux ne sont néanmoins pas toujours en phase avec l'esprit même de ces droits¹⁵⁶. Le juge et le législateur sont ainsi mis à l'épreuve, ils doivent développer ou manier les instruments juridiques afin de lutter contre les abus.

Des stratégies innovantes de valorisation commerciale des brevets se sont développées, essentiellement aux États-Unis mais elles ont rapidement surgi en Europe¹⁵⁷. Il s'agit notamment des *Patent assertion entities* (ci-après PAEs). Celles-ci sont définies par la *Federal Trade Commission*, autorité de concurrence américaine, comme « des entreprises dont le modèle économique se concentre principalement sur l'acquisition et la défense de brevets »¹⁵⁸. Les PAEs sont souvent rattachées à la catégorie des NPE, pour *Non-Practicing Entities*. Ces entreprises ne produisent aucun bien et ne proposent aucun service ; leur activité réside dans la

¹⁵⁶ F. VIOLET, «Chapitre 4 - Nouvelles techniques d'exploitation des brevets: entre limite et abus», *Personne et Patrimoine*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 260.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Federal Trade Commission, *The Evolving IP Marketplace: aligning patent notice and remedies with competitions*, Mars 2011, p. 8.

valorisation de titres de propriété intellectuelle¹⁵⁹. Les PAEs, après avoir acquis des portefeuilles de brevets dont la qualité est parfois douteuse, se lancent généralement à la recherche de potentiels contrefacteurs. Une fois que ceux-ci sont identifiés, elles entament des négociations pour la conclusion de contrats de licence. En cas d'échec ou de refus de négocier, les PAEs menacent d'agir en contrefaçon¹⁶⁰. Certaines d'entre elles envoient parfois des milliers de lettres de menace à des petites entreprises. Ces dernières, fragiles financièrement et mal conseillées, sont fréquemment amenées à conclure des contrats de licence à des conditions particulièrement excessives, les PAEs imposant des redevances souvent déraisonnables et disproportionnées¹⁶¹. Il n'est pas rare de constater que les brevets détenus par les PAEs sont invalides ou que les produits des prétendus contrefacteurs ne violent pas le droit de propriété intellectuelle¹⁶².

Si certains auteurs requièrent la mobilisation du droit européen afin de répondre à cette problématique¹⁶³, les nouvelles dispositions du Code de droit économique pourraient-elles intervenir de manière efficace ?

En vertu de l'article VI.92/3 du Code de droit économique qui interdit de manière générale les clauses abusives, les dispositions contractuelles créant un déséquilibre manifeste entre les parties pourraient être sanctionnées de la nullité. Rappelons que les éléments essentiels du contrat ne sont pas visés par cette interdiction. Les redevances excessives prévues au sein des contrats de licence ne sont dès lors pas concernées. Le second paragraphe de la disposition prévoit que « le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l'économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s'appliquent, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend »¹⁶⁴. Dans les cas où il ne s'agirait pas d'éléments essentiels de la convention, compte tenu du contexte entourant la conclusion du contrat et des pressions et menaces conditionnant souvent l'acceptation de certaines clauses contractuelles, le juge sera certainement poussé à reconnaître leur caractère abusif.

Il paraît raisonnable de considérer que l'insertion de clauses abusives au sein du contrat pourrait être constitutive d'une forme d'abus de dépendance économique. Il faudrait à cet effet que les conditions de dépendance économique et d'affectation de la concurrence soient remplies¹⁶⁵.

¹⁵⁹ F. VIOLET, *op. cit.*, p. 261.

¹⁶⁰ W. CHAIEHLOUDJ, « La lutte contre les déséquilibres dans les contrats de propriété intellectuelle », *R.T.D. Com.*, 2017, p.527.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 528.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ D. Geradin, « Patent Assertion Entities and EU Competition Law », *George Mason University Law and Economics Research Paper*, series n° 16-08, 2016, p.5

¹⁶⁴ Article VI.92/3, §2 du Code de droit économique.

¹⁶⁵ C. BINET, *op. cit.*, p. 854.

Cela semble être le cas en l'espèce. Ce n'est pas tellement le contenu de certaines conditions contractuelles qui serait remis en cause mais la manière dont un opérateur économique profite du pouvoir qu'il possède à l'égard d'un cocontractant pour lui imposer de telles conditions. La prohibition de l'abus de dépendance économique révélerait toute son efficacité par rapport à l'interdiction des clauses abusives dans les cas où les éléments essentiels du contrat seraient concernés.

L'article VI.109/1 du Code de droit économique condamne les pratiques de marché agressives. Pour qu'il soit question de telles pratiques, trois conditions cumulatives doivent être remplies. Tout d'abord, la PAEs doit exercer une pression illicite sur l'entreprise lésée. En l'espèce, les lettres, menaces d'action en contrefaçon et pressions dont ont l'habitude de faire usage les PAEs peuvent être considérées comme une forme d'« influence injustifiée ». Elles font usage de leur position de force dans l'objectif de limiter les capacités de leurs cocontractants à prendre une décision en connaissance de cause¹⁶⁶. Ensuite, la liberté de choix ou de conduite du cocontractant doit être altérée. Les entreprises menacées par les PAEs sont généralement de petites entités, fragiles financièrement et disposant de peu de connaissances en matière de propriété intellectuelle. Elles ont peu d'armes pour se défendre face aux « géants » que constituent les PAEs et les intimidations émanant de ces dernières ne font que réduire davantage leur liberté de choix économique. Enfin, l'entreprise doit être amenée ou susceptible d'être amenée à adopter un comportement économique qu'elle n'aurait pas pris autrement. Ici, il s'agit de la conclusion du contrat de licence ou l'acceptation de termes désavantageux. Une action en cessation pourrait être intentée sur base de l'article XVII.7, 2°/1 et 2°/2 du Code de droit économique. Les pratiques agressives peuvent également être sanctionnées pénalement¹⁶⁷.

II.4. Les licences « FRAND »

La notion de norme peut être définie comme un « référentiel commun et documenté, destiné à harmoniser l'activité d'un secteur et ainsi gagner en efficacité »¹⁶⁸. Les technologies de l'information et de la communication, par exemple, font appel à un grand nombre d'entre elles. Certaines normes nécessitent la mobilisation de technologies parfois protégées par un brevet. Ces brevets essentiels à la mise en œuvre d'une technologie normalisée sont dit « brevets essentiels à une norme »¹⁶⁹ (ci-après BEN).

¹⁶⁶ Article VI.109/1 du Code de droit économique.

¹⁶⁷ Article XV.83, 13°/1 du Code de droit économique.

¹⁶⁸ L. RABIER, « Brevet et normalisation technique : comment concilier concurrence et innovation ? », *Trésor-Eco*, n°193, 2017, p.4.

¹⁶⁹ Commission européenne, Communication de la Commission, Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes, 29 novembre 2011, disponible sur <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/FR/COM-2017-712-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>>.

Le détenteur d'un brevet essentiel à une norme a entre ses mains un pouvoir de marché considérable. Il est en mesure de conclure des contrats de licence prévoyant des redevances très élevées mais aussi d'exclure du marché certains concurrents¹⁷⁰.

Afin de préserver la concurrence et de booster l'innovation, l'exploitation des brevets essentiels à une norme est encadrée par des règles spécifiques, déterminées par les organismes de normalisation¹⁷¹. Les détenteurs de brevets adhèrent à ces règles dès lors qu'ils participent au processus de normalisation. Celles-ci prévoient en général l'obligation de divulguer les brevets détenus et l'encadrement des conditions relatives à l'octroi de licences, à savoir les conditions « FRAND » (*Fair, Reasonable, and Non Discriminatory*). L'utilisateur de la norme se voit ainsi garanti l'accès à la technologie selon des termes de licence raisonnables et non discriminatoires¹⁷². Il est néanmoins fréquent de constater que les titulaires de tels brevets profitent de leur avantage pour imposer aux potentiels preneurs de licence des clauses particulièrement désavantageuses ou des redevances excessives et ne respectent dès lors pas les engagements pris à l'égard des organismes de normalisation¹⁷³.

La Cour de justice de l'Union européenne a, à plusieurs reprises, eu l'occasion d'analyser ces pratiques à la lumière du droit de la concurrence. Dans un arrêt *Huawei contre ZTE* du 16 juillet 2015¹⁷⁴, elle a d'ailleurs rappelé la nécessité de trouver un équilibre entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Il est essentiel de mettre en balance d'une part les moyens dont dispose le titulaire d'un brevet pour se défendre contre les potentielles atteintes à son droit, et d'autre part, les contraintes liées à la détention d'un « BEN »¹⁷⁵. Dans cette affaire, la Cour a considéré que l'action en contrefaçon introduite par le titulaire d'un tel brevet pouvait, dans certaines circonstances, constituer un abus de position dominante¹⁷⁶. Selon la Cour, une action en contrefaçon est valablement introduite (au regard de l'article 102 TFUE) lorsque le titulaire d'un « BEN » a préalablement notifié au tiers l'existence d'une prétendue contrefaçon, lui a proposé de lui délivrer des licences à des conditions « FRAND » et que, nonobstant le respect des deux premières conditions, le présumé contrefacteur continue à

¹⁷⁰ L. RABIER, *op. cit.*, p.4.

¹⁷¹ Au niveau européen, les trois organismes de normalisation sont le Comité européen de normalisation (CEN), le Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC) et l'Institut européen des normes de télécommunication (ETSI).

¹⁷² L. RABIER, *op. cit.*, p.5.

¹⁷³ W. CHAIEHLOUJ, *op. cit.*, p. 530.

¹⁷⁴ C.J.U.E., arrêt *Huawei Technologies c. Ltd contre ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*, 16 juillet 2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, disponible sur <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-07/cp150088fr.pdf>>.

¹⁷⁵ *Ibid.*, pt 52.

¹⁷⁶ J-C. RODA, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2482.

utiliser la technologie brevetée, sans exprimer aucune volonté de conclure une licence « FRAND »¹⁷⁷.

Les problèmes juridiques posés par ces licences pourraient-ils être appréhendés par la nouvelle réglementation belge ?

Quant à l'interdiction de l'abus de dépendance économique, les plaideurs et le juge devront, dans un premier temps, établir une situation de dépendance économique. Se pose dès lors la question d'une éventuelle alternative équivalente à l'obtention du contrat de licence. L'entreprise prétendument victime est-elle en mesure de conclure à des conditions économiquement comparables ? Le preneur de licence ne peut légalement commercialiser son produit sans l'obtention de l'autorisation du titulaire du brevet¹⁷⁸. La technologie brevetée est indispensable une fois la norme adoptée, le recours à une technologie alternative est impossible¹⁷⁹. M. l'Avocat général Melchior Wathelet le souligne dans ses conclusions de l'affaire *Huawei contre ZTE*, « (...) l'incorporation de l'enseignement du brevet litigieux à la norme (...) et la nature indispensable d'une licence qui en découle créent une relation de dépendance entre le titulaire d'un BEN et les entreprises qui produisent des produits et des services conformes à cette norme. Cette dépendance d'ordre technologique entraîne une dépendance économique »¹⁸⁰.

Ensuite, concernant la condition de l'avantage manifestement excessif, les redevances particulièrement excessives obtenues par le titulaire du brevet mais aussi plus généralement l'ensemble des clauses désavantageuses pour le preneur de licence et créant un déséquilibre contractuel pourraient être qualifiées d'abusives. Notons que de nombreux brevets, pourtant catégorisés comme « essentiels à une norme », pourraient en réalité ne pas être valides ou ne pas être « essentiels »¹⁸¹. Les organismes de normalisation sont directement contactés par les brevetés et ne vérifient ni le caractère essentiel du brevet qu'ils intègrent à une norme ni sa validité. Leur titulaire en profite parfois ainsi pour imposer des redevances particulièrement élevées en raison du caractère prétendument essentiel du brevet et ce malgré la qualité douteuse de celui-ci¹⁸². Ce type de comportement est particulièrement abusif.

Enfin, les conditions prévues par le contrat sont de nature à dissuader les potentiels preneurs de licence et affecte ainsi la concurrence sur le marché.

¹⁷⁷ C.J.U.E., arrêt *Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH*, *op. cit.*, pt. 49 et 50.

¹⁷⁸ W. CHAIEHLOUJ, *op. cit.*, p. 531

¹⁷⁹ J-C. RODA, « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2482.

¹⁸⁰ C.J.U.E., arrêt *Huawei c/ ZTE*, *op. cit.*, Conc. av. gén. M. W, § 71.

¹⁸¹ *Ibid.*, § 81.

¹⁸² W. CHAIEHLOUJ, *op. cit.*, p. 531.

Notons qu' aux fins de conclure un nouveau contrat de licence équilibré, le preneur pourrait mobiliser les enseignements de l'arrêt *Huawei contre ZTE* et suivre les différentes étapes qui y sont décrites pour former valablement un tel contrat dans le respect des conditions « FRAND »¹⁸³.

Quant à l'interdiction des clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises, les dispositions contractuelles prévoyant des conditions préjudiciables pour le preneur de licence pourraient être annulées sur base de l'article VI.91/2 du Code de droit économique. Cette disposition interdit de manière générale les clauses abusives. Comme nous l'avons déjà mentionné, les éléments essentiels du contrat ne sont pas visés par l'interdiction ; les redevances particulièrement élevées n'entrent dès lors pas dans le champ d'application de la règle. Le contexte contractuel revêt une grande importance, la position de « force » du titulaire du brevet et le caractère parfois douteux de celui-ci pourraient davantage pousser le juge à qualifier les clauses d'abusives.

De manière plus générale, de nombreux contrats de licence de brevets sont potentiellement concernés par la réforme. A titre d'exemple, il n'est pas rare de rencontrer au sein de ce type de contrat des clauses de non-contestation par lesquelles une partie s'engage à ne pas remettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par son cocontractant. Le titulaire du brevet est ainsi en mesure d'exiger du preneur de licence le paiement de redevances alors même que son droit n'est pas violé ou pire encore, alors même que la validité de son brevet est douteuse. Si le juge établit que la clause est à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, alors celle-ci pourrait se voir rayée du contrat en application de la prohibition des clauses abusives. Il est également fréquent que les titulaires de brevets insèrent, lors de la rédaction du contrat de licence, des clauses de résiliation. Ainsi, ils s'octroient le pouvoir de résilier le contrat dans les cas où le preneur de licence contesterait ses droits de propriété intellectuelle. Ces clauses pourraient être réputées non écrites en raison du déséquilibre qu'elles créent au sein de la convention.

II.5. Les contrats d'édition

Par définition, un contrat est l'œuvre des parties ; il doit être le reflet fidèle de leurs volontés. Dans certains cas néanmoins, son rédacteur profite du pouvoir dont il jouit pour imposer des clauses disproportionnées.

Dans le monde de la propriété intellectuelle, certains contrats sont particulièrement touchés par cette problématique. Un grand nombre de contrats d'exploitation des droits d'auteur et des droits voisins prennent la forme de contrats d'adhésion, « à prendre ou à laisser ». Les auteurs et artistes-interprètes n'ont pas la possibilité d'en négocier le contenu, ils sont rédigés unilatéralement par leur cocontractant. Cela donne lieu à des conventions structurellement

¹⁸³ *Ibid.*

déséquilibrées. C'est notamment le cas du contrat d'édition. Celui-ci est marqué par un déséquilibre important des forces en présence. Les auteurs sont souvent prêts à tout pour donner vie à leurs rêves et conclure un (premier) contrat. Cela donne fréquemment lieu à des abus de la part des maisons d'édition qui profitent de la vulnérabilité de leur cocontractant et usent du pouvoir de la plume pour insérer dans la convention des clauses abusives¹⁸⁴.

La directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique tend à mettre en place un cadre juridique harmonisé dans ce domaine. Assurer un niveau élevé de protection aux titulaires de droits, faciliter l'acquisition de ceux-ci et instaurer un cadre permettant l'exploitation des œuvres et autres objets protégés contribuent au bon fonctionnement du marché intérieur¹⁸⁵. Les articles 18 à 23 de la directive mettent à charge des Etats membres l'obligation d'assurer une certaine protection des auteurs et artistes. L'article 18 consacre le principe de rémunération appropriée et proportionnelle. Cette règle permet de pallier certaines injustices caractérisant parfois ce type de contrat.

La loi du 4 avril 2019 pourrait offrir aux auteurs, artistes et interprètes une protection supplémentaire.

Avant même d'appréhender le caractère abusif d'une clause, de qualifier une pratique d'agressive ou de constater un abus de dépendance économique, il est essentiel de déterminer si les acteurs concernés entrent dans le champ d'application *ratione personae* de la loi. Se pose alors une question fondamentale, à laquelle la jurisprudence sera très probablement amenée à répondre : l'auteur (et cette question peut également être étendue à l'artiste et à l'interprète) doit-il être considéré comme une entreprise telle que visée par les dispositions nouvelles ?

La loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises a introduit une nouvelle définition formelle de l'entreprise. C'est depuis, la forme de l'entité qui est déterminante¹⁸⁶. Il est néanmoins dérogé à cette approche notamment pour le livre IV et une partie du livre VI du Code de droit économique au sein desquels une définition fonctionnelle et matérielle de l'entreprise reste de vigueur. En vertu des articles I.6, 17° et I.8, 39° CDE, une entreprise au sens des livres IV et VI du code doit être définie comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». C'est la nature de l'activité économique de l'entité qui doit être analysée. La forme juridique sous laquelle celle-ci exerce ses activités et sa source de financement n'ont pas d'importance¹⁸⁷. Cette définition est empruntée à

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 532.

¹⁸⁵ Directive (UE) n°2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, *J.O.U.E.*, L 130, 17 mai 2019.

¹⁸⁶ Article I.1, 1° du Code de droit économique.

¹⁸⁷ *Doc. parl.*, Ch., 2009-2010, n°52 2340/01, p. 36.

l'article 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs (ci-après LPMC)¹⁸⁸.

Les travaux préparatoires soulignent que des actes isolés ne peuvent aboutir à la qualification d'entreprise ; l'opérateur doit nécessairement agir avec une certaine organisation¹⁸⁹.

Notons que le législateur belge est le mauvais élève du droit européen ; il refuse de se conformer aux notions européennes d'entreprise et de professionnel¹⁹⁰. Bien que la définition de l'entreprise telle qu'applicable aux livres IV et VI du Code de droit économique ne soit pas tirée du droit européen (et de la directive sur la protection des consommateurs), cette notion doit être interprétée conformément aux directives européennes transposées au sein du livre VI¹⁹¹. Dès lors, une interprétation large doit être favorisée.

A l'origine, les titulaires de professions libérales étaient exclus du champ d'application de la LPMC¹⁹². A deux reprises, cette exclusion a été jugée inconstitutionnelle¹⁹³. Elle fut finalement annulée par la Cour constitutionnelle¹⁹⁴. Le livre VI du Code de droit économique (et *a fortiori* le livre IV) ne consacrent pas cette exclusion. Les titulaires de professions libérales sont ainsi englobés par la notion d'« entreprise » telle que figurant au sein des dispositions de ces livres.

Il nous paraît que l'auteur, l'interprète, l'artiste, sont généralement visés par la notion d'entreprise telle qu'énoncée par les dispositions de la loi du 4 avril 2019.

Tout d'abord, par « activité économique », notion qui ne diffère pas de celle de « but économique », il y a lieu d'entendre « l'offre de biens ou de services sur un marché déterminé

¹⁸⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2836/001, p. 6.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Stuyck, J., « Le droit de la consommation : protection du consommateur à l'encontre de qui ? Quelques réflexions sur la notion d'entreprise/professionnel après la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises à la lumière du droit européen et de la transformation de la société de consommation », *D.C.C.R.*, 2020/1, p. 12 ; Article 2 de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.U.E.*, L 304, 22 novembre 2011.

¹⁹¹ Terryn, E., « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, p 381.

¹⁹² Article 3, § 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010 ; pour la notion de profession libérale, voy. article 2, 2° de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : « Toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce et qui est soumise à un organe disciplinaire créé par la loi ».

¹⁹³ Cour const., 6 avril 2011, n° 55/2011, *R.W.*, 2011-12, p. 903, note D. MERTENS ; Cour const., 15 décembre 2011, n° 191/2011, *R.W.*, 2011-12 ; A. HALLEMANS, « De gevolgen van de ongrondwettelijke uitsluiting van de beoefenaars van vrije beroepen uit de WMPC », *Nieuw Notarieel Kwartaaltijdschrift*, 2011, pp. 3-6.

¹⁹⁴ Cour const., 9 juillet 2013, n° 99/2013, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20130709-6>.

»¹⁹⁵. Les artistes, auteurs et interprètes qui exploitent leurs œuvres offrent effectivement des biens et services artistiques sur un marché déterminé. Dans la plupart des cas, il ne s'agit pas d'actes isolés mais d'une activité continue et organisée. Dans l'hypothèse où les actes artistiques ne constitueraient pas l'activité professionnelle principale de leur auteur, celui-ci ne nous semble pas pouvoir être qualifié d'« entreprise ».

Ensuite, la notion d'entreprise étant entendue largement, cela nous pousse davantage à y englober les artistes, auteurs et interprètes.

De plus, dès lors que la Cour constitutionnelle a jugé que l'exclusion des professions libérales de la définition de l'entreprise telle que consacrée par la LPMC était contraire à la Constitution, son raisonnement pourrait être transposé aux auteurs, artistes et interprètes. Les caractéristiques propres à ces fonctions ne semblent pas justifier une différence de traitement par rapport aux entités entrant dans le champ d'application de la notion d'« entreprise » au sens de la LPMC. Une telle distinction paraît contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Enfin, les travaux préparatoires de la loi du 6 avril 2010, dont rappelons-le est issue la définition de l'entreprise telle qu'applicable au livre IV et VI du Code de droit économique, mentionnent clairement que « les artistes qui exploitent leurs œuvres et les associations d'auteurs se qualifient également comme “entreprise” »¹⁹⁶.

Ayant répondu à cette question fondamentale, penchons-nous davantage sur les nouveaux instruments juridiques offerts par la loi.

L'article VI.91/3 CDE, nous le rappelons, ne permet pas de postuler la nullité des clauses relatives à la rémunération des auteurs, élément essentiel du contrat d'édition. Néanmoins, la disposition pourrait se révéler être un outil efficace pour rayer du contrat les clauses trop défavorables à ceux-ci.

Les pactes de préférence permettent à l'éditeur de se ménager un droit de préférence sur un certain nombre d'œuvres futures de l'auteur. L'auteur s'engage à proposer en priorité à l'éditeur, dans un délai prévu, toute nouvelle œuvre¹⁹⁷. En droit belge (contrairement à ce qui se fait par exemple en droit anglo-saxon ou allemand¹⁹⁸), la cession globale des œuvres futures est interdite. L'article XI.167 §2 CDE stipule que « la cession des droits patrimoniaux relatifs

¹⁹⁵ *Doc. parl.*, Ch., 2009-2010, n°52 2340/01, p. 36 ; C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie*, 16 juin 1987, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283, *Rec.*, 1987, point 7.

¹⁹⁶ *Doc. parl.*, Ch., 2009-2010, n°52 2340/01, p. 37.

¹⁹⁷ J-C, LARDINOIS, « IV - Le contrat d'édition commenté », in *Les contrats commentés de l'industrie de la musique 2.0*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 137.

¹⁹⁸ M. MARKELLOU, « Section 3 - L'existence de l'objet du contrat d'exploitation », in *Le contrat d'exploitation d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 109.

à des œuvres futures n'est valable que pour un temps limité et pour autant que les genres des œuvres sur lesquelles porte la cession soient déterminés ».

Sur base de la nouvelle réglementation, il nous semble qu'une clause de préférence non déterminée quant à sa durée ou quant au genre d'œuvres sur lesquelles elle porte, pourrait être sanctionnée par la nullité.

Aux États-Unis, des clauses de non concurrence particulièrement restrictives sont fréquemment insérées dans les contrats conclus avec des maisons d'édition. Chez nous, il est de plus en plus fréquent de rencontrer des dispositions contractuelles inspirées de ce modèle. A titre d'exemple, certaines maisons d'éditions interdisent aux auteurs de publier, à l'avenir et en collaboration avec un autre éditeur, des œuvres qui seraient susceptibles d'entrer en concurrence avec des parutions qu'elles s'approprient elles-mêmes à commercialiser¹⁹⁹. Selon l'*Authors Guild*, ce type de clause est abusive. Il s'agit d'une « mesure déloyale [...] qui peut empêcher un auteur de poursuivre d'autres opportunités d'écriture »²⁰⁰.

L'article VI.91/2 du Code de droit économique pourrait également venir au secours des auteurs dans les cas où les clauses de leur contrat ne sont pas rédigées de manière claire et compréhensible.

L'interdiction de l'abus de dépendance économique²⁰¹ dont les conditions d'application ont déjà été évoquées à plusieurs reprises et qui semblent être rencontrées en l'espèce, pourrait également servir de secours aux auteurs, artistes et interprètes victimes d'abus. La rémunération des artistes, élément essentiel du contrat qui n'est pas visé par la prohibition des clauses abusives pourrait ainsi être remise en cause.

¹⁹⁹ W. CHAIEHLOUJ, *op. cit.*, p. 533.

²⁰⁰ Authors Guild, Delete the Non-Compete, August 27, 2015, disponible sur <https://www.authorsguild.org/industry-advocacy/delete-the-non-compete/>.

²⁰¹ Article IV.2/1 du Code de droit économique.

CONCLUSION

La compartimentation du droit, sa subdivision a pour conséquence que ses différentes branches se recoupent, se complètent, interagissent et parfois se confrontent. Chaque discipline a développé sa propre logique afin d'atteindre ses objectifs, protéger certains intérêts. Tout comme les autres matières, le droit de la propriété intellectuelle ne peut s'envisager indépendamment des autres branches. L'étude de la loi du 4 avril 2019 permet de mettre en avant certaines intersections entre la protection de la propriété intellectuelle et la prohibition des clauses abusives, de l'abus de dépendance économique et des pratiques de marché trompeuses et agressives entre entreprises. Les rapports liant le droit de la propriété intellectuelle au droit de la concurrence et au droit des contrats notamment sont complexes ; les règles propres à chaque matière peuvent parfois être mobilisées pour une situation unique et aboutir à des résultats différents. L'articulation de la nouvelle réglementation avec la protection de ces droits sera certainement source de débats doctrinaux et jurisprudentiels.

La présentation qui vient d'être faite ne prétend pas couvrir l'ensemble des conflits et difficultés susceptibles d'émerger. A notre sens, l'application des dispositions nouvelles de lutte contre les déséquilibres dans les rapports B2B devra quelque peu être « adaptée », « aménagée » afin de prendre en considération les particularités de l'existence et de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle.

De manière plus générale, espérons que l'objectif louable poursuivi par le législateur avec l'adoption de cette loi soit atteint lors de sa mise en œuvre. Les acteurs juridiques seront chargés d'éclaircir les contours de cette réglementation afin de guider les opérateurs économiques dans sa mise en pratique. A l'heure actuelle, beaucoup de questions restent sans réponses. La législation sera-t-elle en mesure d'apporter des solutions efficaces aux dysfonctionnements et déséquilibres caractérisant le monde des affaires ? Connaîtra-t-elle le succès escompté ? Comment les juges parviendront-ils à articuler cette réglementation avec les principes de droit de la propriété intellectuelle ?

Pour terminer, ne devrait-on pas tirer du succès limité des législations nationales comparables, la nécessité d'une approche européenne de la matière, vu le caractère transnational des relations commerciales²⁰² ?

²⁰² T. BAES, « Oneerlijke marktpraktijken in een B2B-context: hebben we echt nood aan 'consumentenbescherming' voor ondernemingen », *Annuaire pratiques de marché*, 2013, p. 225.

BIBLIOGRAPHIE

DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch., 2009-2010, n°52 2340/01.

Projet de loi portant insertion du Titre 1^{er} « Définitions générales » dans le Livre I^{er} « Définitions » du Code de droit économique du 27 mai 2013, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2836/001.

Projet de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *Doc. Parl. Ch.*, 2018-2019, n°54-1451/003.

Proposition de loi modifiant le Code de droit économique, visant à mieux protéger les PME et les petits producteurs dans le cadre des relations interentreprises et à mieux lutter contre certaines pratiques déloyales et certains abus de dépendance économique, *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2885/ 001.

Proposition de loi portant insertion du livre 5 "Les obligations" dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3709/001.

JURISPRUDENCE

Cass., 29 mai 2009, *Pas.*, 2009.

Cass., 19 octobre 2018, C.15.0086.N, disponible sur <[http/ www.juridat.be](http://www.juridat.be)>.

Anvers, 6 mai 1991, *Ing.-Cons.*, 1991..

Anvers, 8 février 1999, *Ann. prat. comm.*, 1999.

Anvers, 30 mai 2002, *Ann. prat. comm.*, 2002.

Bruxelles, 20 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 226.

Cour const., 6 avril 2011, n° 55/2011, *R.W.*, 2011-12, note D. MERTENS.

Cour const., 15 décembre 2011, n° 191/2011, *R.W.* 2011-2012.

Cour const., 9 juillet 2013, n° 99/2013, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20130709-6>.

Cass. Fr. (com.), 9 avril 2002, n° 00-13921. *Rev. trim. dr. com.*, 2002.

Cass. Fr. (com.), 3 mars 2004, n° 02-14529, *Rev. trim. dr. com.*, 2004, p. 463, obs., E. CLAUDEL.

Cass. Fr. (com.), 16 décembre 2008, n° 08-13423, *Rev. trim. dr. com.*, 2009.

C.J.C.E., arrêt *Centrafarm*, 23 mai 1978, 102/77, ECLI:EU:C:1987:283, *Rec.* p. 1139.

C.J.C.E., arrêt *United Brands*, 14 février 1979, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, *Rec.*, 1978, p. 207.

C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie*, 16 juin 1987, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, *Rec.* 1987, p. 2599

C.J.C.E., arrêt *CICRA E.A c. Renault*, 5 octobre 1988, 53/87, 5 octobre 1988, *Rec.*, 1988, p. 6039.

C.J.C.E., arrêt *AB Volvo c. Erik Veng Ltd*, 238/87, 5 octobre 1988, ECLI:EU:C:1988:477, *Rec.*, 1988, p. 6211.

C.J.C.E., arrêt *RTE et ITP Ltd c. Commission*, 6 avril 1995, C-241 et 242/91, ECLI:EU:C:1995:98, *Rec.*, 1995, p.743.

C.J.U.E., arrêt *Kanal 5 c. STIM*, 11 décembre 2008, C-52/07, ECLI:EU:C:2008:703, *Rec.* 2008, I, p. 9275.

C.J.U.E., arrêt *Huawei Technologies c. Ltd contre ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH*, 16 juillet 2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, disponible sur <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-07/cp150088fr.pdf>>.

C.J.U.E. arrêt *Abanca Corporación Bancaria*, 26 mars 2019, C-70/17, ECLI:EU:C:2019:250, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>.

T.P.I.C.E., affaire *Tetra Pak Rausing/Commission*, 10 juillet 1970, T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, *Rec.* 1990, II, 41.

T.P.I.C.E., affaire *Tierce Ladbroke*, 12 juin 1997, T-504/93, ECLI:EU:T:1997:84, *Rec.*, 1997, II, p. 923.

T.P.I.U.E., affaire *AstraZeneca*, 1^{er} juillet 2010, T-321/05, ECLI :EU:T:2010:266, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris>.

LEGISLATION

Code civil, articles 1111 à 1115.

Code de droit économique, articles I.1, IV.1^{er}, IV.2, IV.2/1, IV. 41, IV.51 à 57, XVII. 1^{er}, VI.91/1, VI.91/3, VI.91/4, VI.91/5, VI.109/1, XV.83, XVII.6, XVII.82,

Code de commerce français, article L 420-2.

Code civil français, article 1131.

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

Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

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

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.U.E.*, L. 304, 22 novembre 2011.

Directive (UE) n° 2019/633 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, *J.O.U.E.*, L. 111, 25 avril 2019.

Directive (UE) n°2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, *J.O.U.E.*, L. 130, 17 mai 2019.

SITES INTERNET ET AUTRES

Authors Guild, Delete the Non-Compete, August 27, 2015, disponible sur <<https://www.authorsguild.org/industry-advocacy/delete-the-non-compete/>>.

College of Europe, The impact of national rules on unilateral conduct that diverge from article 102 TFEU, Final Report, 21 novembre 2012, p. 182.

Commission européenne, Communication de la Commission, Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes, 29 novembre 2011, disponible sur <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/FR/COM-2017-712-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>>.

Commission européenne, Communication de la Commission, Rapport final du 8 juillet 2009, Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique, disponible sur <https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_fr.pdf>.

Commission européenne, Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *J.O.*, C.45, 24 février 2009.

Commission européenne, Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du Traité CE aux accords de transfert de technologie, *J.O.U.E.*, 2004, C.101, 2, n°214.

Conseil de la Concurrence, Fr., Décision n° 01-D-49, 31 août 2001, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgcrf/boccrf/01_16/a0160006.htm>.

Conseil de la Concurrence, Décision n° 02-D-77, 27 décembre 2002, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//02d77.pdf>>

Conseil de la Concurrence, Décision n° 04-D-26, 30 juin 2004, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//04d26.pdf>>.

Conseil de la concurrence, rapport d'activité pour l'année 1989, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-11/ra1989.pdf>>.

Conseil de la concurrence, Décision n° 90-D-23, 3 juillet 1990, disponible sur <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//90d23.pdf>>.

Federal Trade Commission, The Evolving IP Marketplace: aligning patent notice and remedies with competitions, Mars 2011, p. 8.

DOCTRINE

BAES, T., « Oneerlijke marktpraktijken in een B2B-context: hebben we echt nood aan “consumentenbescherming” voor ondernemingen », *Annuaire pratiques de marché*, 2013, p. 225.

BINCTIN, N., « Droit de la propriété intellectuelle », *L.G.D.J.*, 4^{ème} éd., Paris, 2016, n° 998.

- BINET, C., « 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? », *R.D.C.*, 2019, n°7, pp. 838-860.
- BONET, G., « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *R.J.D.A.*, 1993, p.186.
- BOY, L., « Abus de dépendance économique: reculer pour mieux sauter? », *Lamy Concurrence*, Bruxelles, Wolters Kluwer, 2010, p. 93.
- CHAIHLOUDJ, W., « La lutte contre le déséquilibre dans les contrats de la propriété intellectuelle », *R.T.D. com.*, 2017, pp. 527-533
- CLAUDEL, E., « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? », *Rev. trim. dr. com.*, 2016/3, p. 468.
- EDELMAN, B., « L'arrêt *Magill* : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la C.J.C.E du 6 avril 1995) », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 119.
- GERADIN, D., « Patent Assertion Entities and EU Competition Law », *George Mason University Law and Economics Research Paper*, series n° 16-08, 2016, p.5
- GERMAIN, J.F., « Fixation unilatérale du prix (partijbeslissing) et contrat d'entreprise : un mécanisme à portée générale ? », *J.T.*, 2011, p. 607.
- HALLEMANS, A., « De gevolgen van de ongrondwettelijke uitsluiting van de beoefenaars van vrije beroepen uit de WMPC », *Nieuw Notarieel Kwartaaltijdschrift*, 2011, pp. 3-6
- JAFFERALI, R., « Le droit des obligations existe-t-il ? Propos sur les clauses abusives dans les rapports B2B », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019, n°2, p. 156.
- LARDINOIS, J.-C., « IV - Le contrat d'édition commenté », in *Les contrats commentés de l'industrie de la musique 2.0*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 137.
- LAVENEUR-AZEMAR, M., « Éclairage de droit comparé sur l'interprétation de la réforme du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 165
- LEBLOND, L., *Pratiques anticoncurrentielles et brevets*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n°481.
- LEONARD, J. et PIETERS, E., « 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, n°1, pp. 11-19.

- MARCHANDISE, J., « La réforme du droit belge de la concurrence de 2019 : principales modifications », *Competitio*, 2019, n°3, p. 221.
- MARKELLOU, M., « Section 3 - L'existence de l'objet du contrat d'exploitation », in *Le contrat d'exploitation d'auteur*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 109.
- MARTY, F. et REIS, P., « Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique », *R.I.D.E.*, 2013/4, p. 583.
- MASSON, A., « Les stratégies juridiques des entreprises », *Revue Lamy droit des affaires*, Bruxelles, Larcier, 2009, n°489-547.
- PHILIPPE, D., « Les clauses abusives dans les relations B2B », *D.A.O.R.*, 2019/3, n°131, pp. 2-47
- POLLAUD-DULIAN, F., « Abus de position dominante. Droit exclusif. Refus d'octroyer une licence. Bases de données. Infrastructures ou installations essentielles (« *essential facilities* ») », *R.T.D. com*, 2004, p. 491.
- RABIER, L., « Brevet et normalisation technique : comment concilier concurrence et innovation ? », *Trésor-Eco*, n°193, 2017, p.4-5.
- RODA, J.-C., « Brevets essentiels et abus de position dominante : la Cour de justice fixe les règles », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2482.
- STEENOOT, R., « Onrechtmatige bedingen », *T.P.R.*, 2015, afl. 3-4 p. 1523
- STUICK, J., « Le droit de la consommation : protection du consommateur à l'encontre de qui ? Quelques réflexions sur la notion d'entreprise/professionnel après la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises à la lumière du droit européen et de la transformation de la société de consommation », *D.C.C.R.*, 2020/1, p. 12.
- TERRY, E., « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique – champ d'application personnel et exclusions », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, p 381.
- TIROLE, J., « Politique de concurrence et politique industrielle », *L'Économie du bien commun*, Paris, PUF, 2016, p. 475
- ULTRICH, H., « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation – limites de protection et limite de contrôle », in *Revue internationale de droit économique*, 2009/4, t. XXIII, 4, Paris, De Boeck Supérieur, 2009, pp. 400-436.
- VAN OVERWALLE, G., « Gene Patents and Collaborative Licensing Models », *Cambridge (CUP)*, 2009, pp. 385-389.

VILCHES-ARMESTO, L., « IMS Health : dernier développement de la C.J.C.E. relatif au refus de licence en droit de propriété intellectuelle », *R.D.T.I.*, 2004/3, p. 65.

VIOLET, F., «Chapitre 4 - Nouvelles techniques d'exploitation des brevets: entre limite et abus», in *Personne et Patrimoine* , Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 260-261.