

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

18 juli 2018

WETSVOORSTEL

**tot wijziging van het Wetboek van
economisch recht, wat ondermijnende
innovatie betreft**

(ingediend door de heer Emir Kir c.s.)

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

18 juillet 2018

PROPOSITION DE LOI

**modifiant le Code de droit
économique, relative à l'innovation
prédatrice**

(déposée par M. Emir Kir et consorts)

SAMENVATTING

Dit wetsvoorstel strekt ertoe op te treden tegen ondermijnende innovatie, dat wil zeggen de wijziging van een of meer technische elementen van een product met als enig doel het beperken of elimineren van de concurrentie.

RÉSUMÉ

La présente proposition de loi vise à lutter contre les pratiques d'innovation prédatrice, c'est-à-dire l'altération d'un ou plusieurs éléments techniques d'un produit dont l'unique but est de restreindre ou d'éliminer la concurrence.

N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie
PS	:	Parti Socialiste
MR	:	Mouvement Réformateur
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten
sp.a	:	socialistische partij anders
Ecolo-Groen	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
cdH	:	centre démocrate Humaniste
VB	:	Vlaams Belang
PTB-GO!	:	Parti du Travail de Belgique – Gauche d'Ouverture
DéFI	:	Démocrate Fédéraliste Indépendant
PP	:	Parti Populaire
Vuye&Wouters	:	Vuye&Wouters

Afkortingen bij de nummering van de publicaties:	Abréviations dans la numérotation des publications:
DOC 54 0000/000: Parlementair document van de 54 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer	DOC 54 0000/000: Document parlementaire de la 54 ^e législature, suivi du n° de base et du n° consécutif
QRVA: Schriftelijke Vragen en Antwoorden	QRVA: Questions et Réponses écrites
CRIV: Voorlopige versie van het Integraal Verslag	CRIV: Version Provisoire du Compte Rendu intégral
CRABV: Beknopt Verslag	CRABV: Compte Rendu Analytique
CRIV: Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)	CRIV: Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)
PLEN: Plenum	PLEN: Séance plénière
COM: Commissievergadering	COM: Réunion de commission
MOT: Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)	MOT: Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers	Publications officielles éditées par la Chambre des représentants
Bestellingen: Natieplein 2 1008 Brussel Tel. : 02/ 549 81 60 Fax : 02/549 82 74 www.dekamer.be e-mail : publicaties@dekamer.be	Commandes: Place de la Nation 2 1008 Bruxelles Tél. : 02/ 549 81 60 Fax : 02/549 82 74 www.lachambre.be courriel : publicaties@lachambre.be
De publicaties worden uitsluitend gedrukt op FSC gecertificeerd papier	Les publications sont imprimées exclusivement sur du papier certifié FSC

TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

1. Inleiding

De opkomst van de technologiemarkten gaat gepaard met een toename van het productiepeil, de algehele rijkdom en het welzijn van de consument, maar ook met nieuwe anticoncurrentiepraktijken die een aanpassing van het recht vereisen. Ondernemende innovatie is een praktijk die sneller om zich heen grijpt dan andere, zoals blijkt uit een studie van de OESO¹, alsook uit recentere studies, waaronder die van professor Schrepel². Het effect ervan is dat de ondernemingen hun greep op de markt versterken, ten koste van het algemeen belang.

Ondernemende innovatie kan worden omschreven als de wijziging van een of meer technische elementen van een product om de concurrentie te beperken of uit te schakelen. Als dusdanig omvat het concept alle wijzigingen aan een bestaand product die bedoeld zijn om concurrerende ondernemingen te elimineren, veeleer dan het betrokken product te verbeteren, met dien verstande dat de concurrenten meestal kmo's zijn.

Sancties treffen tegen dit verschijnsel komt er aldus op neer dat men praktijken aanpakt die worden voorgesteld als echte innovaties (= de ontwikkeling van een efficiënter product met als doel de consument objectief nieuwe of verbeterde diensten aan te bieden), zonder dat echter te zijn.

2. Ondernemende innovatie: wordt almaar vaker toegepast

Kenmerkend voor de technologiemarkten is meer bepaald dat de ondernemingen hun al in omloop gebrachte producten kunnen aanpassen, waardoor ze *de facto* vele kansen creëren om de concurrentie te beperken. Via de (soms automatische) bijwerking van gecommmercialiseerde producten kan een dominante onderneming de consument immers *updates* opleggen en aldus de compatibiliteit met producten van de concurrenten zonder reden beperken. Een onderneming kan op die manier evenveel ondernemende strategieën uitwerken als ze *updates* voor haar producten ontwikkelt. Bovendien zorgt de digitalisering van de markten

¹ OESO, *Les pratiques d'éviction*, oktober 2004.

² Thibault Schrepel, *L'innovation prédatrice de la concurrence*, Larcier (2018); Thibault Schrepel, *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*, SMU Sci. & Tech. L. Rev (2018); Thibault Schrepel, *The "Enhanced No Economic Sense Test": Experimenting With Predatory Innovation*, N.Y.U. Journal of Intell. Prop. & Ent. Law (2018).

DÉVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

1. Introduction

Si l'essor des marchés technologiques s'accompagne d'une hausse du niveau de production, de la richesse globale ainsi que du bien-être du consommateur, il s'accompagne également de nouvelles pratiques anti-concurrentielles qui nécessitent que le droit soit adapté. "L'innovation prédatrice" est une pratique qui tend à se développer plus que les autres, ce que révèlent notamment l'OCDE¹ ainsi que de récentes études dont celles récemment conduites par le professeur Schrepel². Les effets sont une augmentation du pouvoir de marché des entreprises au détriment de l'intérêt général.

Défini comme étant l'altération d'un ou plusieurs éléments techniques d'un produit afin de restreindre ou d'éliminer la concurrence, le concept d'innovation prédatrice recoupe toutes les modifications qui sont faites sur un produit existant afin d'éliminer les entreprises concurrentes plutôt que d'améliorer le produit en question, étant entendu que ces concurrents sont généralement des PME.

Sanctionner l'innovation prédatrice conduit ainsi à condamner les pratiques qui se présentent comme une véritable innovation (définie comme étant la mise au point d'un produit plus performant dans le but de fournir au consommateur des services objectivement nouveaux ou améliorés) sans en être une pour autant.

2. De la prolifération de l'innovation prédatrice

Les marchés technologiques se caractérisent notamment par la possibilité pour les entreprises de modifier leurs produits qui sont déjà en circulation créant, de fait, de multiples opportunités de réduire la concurrence. Les systèmes de mise à jour (parfois automatiques) des produits en circulation peuvent en effet permettre à une entreprise dominante d'imposer des mises à jour qui réduisent sans raison la compatibilité avec les produits des concurrents. Une entreprise peut ainsi créer autant de stratégies prédatrices qu'elle élabore de mises à jour de ses produits. De plus, la numérisation des marchés cause une internationalisation de ces

¹ OCDE, *Les pratiques d'éviction*, Octobre 2004.

² Thibault Schrepel, *L'innovation prédatrice de la concurrence*, ed. Larcier (2018); Thibault Schrepel, *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*, SMU Sci. & Tech. L. Rev (2018); Thibault Schrepel, *The "Enhanced No Economic Sense Test": Experimenting With Predatory Innovation*, (N.Y.U. Journal of Intell. Prop. & Ent. Law (2018).

voor een internationalisering van die strategieën, die zo uitgroeien tot een vaak gemonialiseerde concurrentie-beperkende praktijk die tegelijkertijd in verscheidene delen van de wereld plaatsvindt.

Het relatieve gemak waarmee dergelijke praktijken kunnen worden opgezet en de winst die de grote ondernemingen eruit halen, hebben tot gevolg dat men kan gewagen van een heuse epidemie. Ondanks die vaststelling werd er geen enkele specifieke juridische regeling ontworpen om dat probleem aan te pakken. Door die juridische leemte kan maar gedeeltelijk worden opgetreden tegen ondermijnende innovatie. Men moet namelijk terugvallen op verschillende juridische instrumenten, waaronder het verbod op koppelverkoop. Het resultaat is een moeilijk bevattelijke rechtspraak, niet alleen voor de gespecialiseerde advocaten maar *a fortiori* ook voor de kmo's. Een aantal ondermijnende innovatiepraktijken ontsnapt dan weer aan elke vorm van sanctiëring, wat de concurrentie ernstig verstoort en de innovatie afremt.

3. Een juridisch raamwerk ter ondersteuning van de kmo's en de innovatie

In die context moet de nationale wetgever optreden, wat mogelijk wordt gemaakt door het gemeenschapsrecht van de Europese Unie.

Artikel 3, 2., van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag bepaalt immers het volgende: "lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen."

Onze Kamer van volksvertegenwoordigers mag die kans niet laten liggen en moet voorzien in een wet betreffende ondermijnende innovatie. Die wet moet het mogelijk maken alle ondermijnende innovatiepraktijken te bestraffen, met name die inzake de wijziging van een platform en inzake de wijziging van het technisch concept van een product. Het ligt immers in de bedoeling de praktijken op te sporen die worden voorgesteld als een innovatie zonder dat evenwel echt te zijn, opdat de consument louter met de echte innovaties wordt benaderd en er vervolgens zelf voor kiest daar al dan niet in mee te gaan.

Daartoe is slechts één wettigheidstoets vereist, te weten de verbeterde test inzake het ontbreken van een economische rechtvaardiging. Aan de hand van deze test wordt nagegaan of het economisch voordeel dat

stratégies prédatrices; celles-ci constituent ainsi une pratique anti-concurrentielle souvent globalisée qui est simultanément mise en œuvre sur plusieurs continents.

Le gain que les entreprises retirent de telles pratiques, dont la mise en œuvre est relativement facile pour les grandes entreprises, fait qu'elles sont quotidiennes. Malgré ce constat, aucun régime juridique n'a été spécifiquement conçu pour répondre à cette problématique. Pour l'heure, une partie des pratiques d'innovation prédatrice sont condamnées via divers instruments juridiques (dont l'interdiction des ventes liées) à défaut d'un régime juridique dédié. Il en ressort une jurisprudence difficilement compréhensible pour le juriste spécialisé et, *a fortiori*, pour les PME. L'autre partie des pratiques d'innovation prédatrice échappe à toute sanction, ce qui crée de graves distorsions de concurrence et freine l'innovation.

3. Un cadre juridique au soutien des PME et de l'innovation

Dans ce contexte, une intervention du législateur national s'impose. Une telle intervention est possible en vertu du droit communautaire de l'Union européenne.

En effet, aux termes de l'article 3, point 2, du Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité: "Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise."

Notre Chambre des représentants doit saisir cette opportunité et introduire une loi sur l'innovation prédatrice. Une loi doit ainsi permettre la condamnation de toutes les pratiques d'innovation prédatrice: celles qui ont trait à la modification d'une plateforme et celles qui sont relatives à la modification de la conception technique d'un produit. Il s'agit en effet de déceler ces pratiques qui se présentent comme étant une innovation sans en être réellement une, afin que seules de véritables innovations soient proposées aux consommateurs qui feront ensuite le choix de les adopter ou non.

Un seul test de légalité permettra d'assurer cet objectif: le test amélioré de l'absence de justification économique. En application de ce dernier, les modifications d'un produit qui procurent un avantage économique à

een onderneming betreft uit de aanpassingen aan haar product, louter toe te schrijven is aan de uitschakeling of de inperking van de concurrentie. Zo ja, dan komt het de Belgische Mededingingsautoriteit toe een sanctie op te leggen.

Tevens zal de Mededingingsautoriteit indien nodig moeten nagaan of op hetzelfde moment verschillende wijzigingen aan hetzelfde product werden aangebracht. In voorkomend geval bestraft die instantie alleen de praktijken die bedoeld zijn om de betrokken onderneming economisch te bevoordelen omdat zij leiden tot de uitschakeling of de inperking van de concurrentie.

Een dergelijke regeling ter beteugeling van de ondermijnende innovatie zal de kmo's ten goede komen op twee vlakken:

— de kmo's worden beschermd tegen antimedingingspraktijken die momenteel deels aan sancties ontkomen;

— de thans uiteenlopende rechtspraak wordt eenvormig gemaakt, wat de kmo's rechtszekerheid zal bieden.

Dankzij de bestraffing van ondermijnende innovatie zal het beginsel *think small first* kunnen worden verankerd en zal échte innovatie ten voordele van de consument een *boost* krijgen.

l'entreprise propriétaire du produit du seul fait de l'élimination ou de la restriction de la concurrence doivent être sanctionnées. Il reviendra à l'Autorité belge de la Concurrence de sanctionner les pratiques qui satisfont à ce test.

Elle devra également analyser, si nécessaire, si différentes modifications ont été faites sur un même produit au même moment et, le cas échéant, ne sanctionner que celles qui visent à avantager économiquement l'entreprise concernée en raison de leur effet d'élimination ou de restriction de la concurrence.

Consacrer un tel régime pour l'innovation prédatrice aidera les PME à deux titres:

— en les protégeant de pratiques anti-concurrentielles qui échappent aujourd'hui en partie aux sanctions;

— en unifiant une jurisprudence aujourd'hui éclatée, ce qui améliorera leur sécurité juridique.

En d'autres termes, sanctionner l'innovation prédatrice permettra de consacrer le principe du "*think small first*" et favorisera l'innovation réelle au bénéfice du consommateur.

Emir KIR (PS)
Fabienne WINCKEL (PS)
Paul-Olivier DELANNOIS (PS)
Karine LALIEUX (PS)
Jean-Marc DELIZÉE (PS)

WETSVOORSTEL**Artikel 1**

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet.

Art. 2

Artikel IV.2 van het Wetboek van economisch recht, ingevoegd bij de wet van 3 april 2013, wordt aangevuld met het volgende lid:

“Bovendien zijn ondermijnende innovatiepraktijken verboden. Onder ondermijnende innovatie wordt de wijziging verstaan van één of meer technische elementen van een product, met als enige bedoeling de concurrentie in te perken of uit te schakelen. Alle praktijken die erop gericht zijn een product te wijzigen zonder een andere economische reden dan de concurrentie uit te schakelen, zijn verboden. Indien aan eenzelfde product diverse wijzigingen tegelijk worden aangebracht, moet de wettigheid van deze wijzigingen apart worden nagegaan, op voorwaarde dat ze daadwerkelijk los van elkaar kunnen worden beschouwd.”

20 juni 2018

PROPOSITION DE LOI**Article 1^{er}**

La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

Art. 2

L'article IV.2 du Code de droit économique, inséré par la loi du 3 avril 2013, est complété par l'alinéa suivant:

“Est en outre prohibée l'innovation prédatrice qui s'entend comme l'altération d'un ou plusieurs éléments techniques d'un produit dont le seul but est de restreindre ou d'éliminer la concurrence. Toutes les pratiques visant à modifier un produit qui n'ont d'autre raison économique que d'éliminer la concurrence sont interdites. En cas de modifications simultanées sur un même produit, la légalité de ces dernières doit être analysée individuellement dans la mesure où elles sont effectivement dissociables les unes des autres.”

20 juin 2018

Emir KIR (PS)
Fabienne WINCKEL (PS)
Paul-Olivier DELANNOIS (PS)
Karine LALIEUX (PS)
Jean-Marc DELIZÉE (PS)