

ACTUALITEIT ACTUALITÉ

Rechtspraak/Jurisprudence

HOF VAN BEROEP ANTWERP

21 JUNI 2004 (TUSSENARREST) EN
21 SEPTEMBER 2004 (EINDARREST)

KORT GEDING

Voorlopige maatregelen – Verbod op herstel *in natura* bij beëindiging van overeenkomst van onbepaalde duur – Uitzonderingen – Voorwaarden – Schijn van rechten – Creëren tijdelijke wachttoestand – Voorlopige voortzetting van contractuele relaties

MEDEDINGING

Europees – Artikelen 81-82 EG-Verdrag – Informele troostbrief Europese Commissie niet bindend voor nationale rechter

MEDEDINGING

Europees – Verordening 1/2003 – Werking in tijd – Onmiddellijke toepassing op hangende zaken – Invoering procedureregels – Artikel 3 Ger.W. – Draagwijdte – Voorlopige maatregelen op verzoek particuliere belangen – Exclusieve bevoegdheid van de nationale rechter

*Zet.: P. Renaers, M. Carette en B. Ponet, raadsheren
Pl.: Mrs. J. Verbist, J. Ysewyn, O. Van Causenbroeck,
G. Meersman (voor appellanten) en A. Calewaert en
R. De Wit (voor geïntimeerde)*

The Diamond Trading Company Ltd. en NV Diamond Trading Company (PTY) Ltd/BVBA Diamanhandel A. Spira

1. De feiten die aan de grondslag liggen van het geschil kunnen bondig samengevat worden als volgt:

– een Antwerpse diamanthandelaar koopt ruwe diamanten aan bij het grootste diamantconcern ter wereld, met name de De Beers Groep¹. De betrokken diamanthandelaar genoot

¹ The Diamond Trading Company Ltd. en NV Diamond Trading Company (PTY) Ltd. vertegenwoordigen de De Beers Groep en maken de marketing- en distributietak van deze groep uit.

sinds 1935 het specifiek statuut van “zichthouder” (“sight-holder”)²;

– de De Beers Groep stelt dat zij reeds op 13 juli 2000 alle zichthouders geïnformeerd heeft over een nieuw systeem “Supplier of Choice” (d.i. een systeem van voorkeurleveranciers), waardoor de bestaande contractuele relatie volgens haar werd beëindigd tegen 12 juli 2001;

– de De Beers Groep heeft vervolgens het “Supplier of Choice”-systeem aangemeld bij de Europese Commissie (met het oog op het verkrijgen van een negatieve verklaring of een individuele vrijstelling in de zin van art. 81, lid 3, van het EG-Verdrag). Gezien deze procedure evenwel niet afgerond was op 12 juli 2001 werden de zichthouders door de De Beers Groep bij brief van 21 juni 2001 in kennis gesteld dat de opzeggingstermijn geschorst werd totdat de Europese Commissie een uitspraak zou doen;

– op 16 januari 2003 vaardigt de Europese Commissie een troostbrief uit waarbij zij oordeelt dat het systeem “Supplier of Choice” niet binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, EG-Verdrag valt, noch een inbreuk vormt op artikel 82 EG-Verdrag. De troostbrieftechniek komt aldus neer op een informele ontheffingsmededeling;

– bij aangetekend schrijven d.d. 3 juni 2003 wordt de overeenkomst van zichthouder met de betrokken diamanthandelaar eenzijdig beëindigd, met een opzeggingstermijn van 6 maanden, ingaand op 1 juli 2003 en eindigend op 31 december 2003. Volgens de De Beers Groep was deze opzeg het gevolg van de door haar georganiseerde selectieprocedure “Supplier of Choice”, waar de diamanthandelaar in kwestie als één van de minst presterende kandidaten zou uitgekomen zijn.

2. Op 19 augustus 2003 wordt de kortgedingprocedure ingeleid, met als doel de rechten van de diamanthandelaar onder de litigieuze overeenkomst te vrijwaren totdat over de beslissing ten gronde uitspraak is gedaan op Europees en nationaal niveau. De diamanthandelaar vordert om de De Beers Groep

² Het statuut van “zichthouder” (“sight-holder”) impliceert dat een diamanthandelaar 10 keer per jaar in de lokalen van De Beers Groep loten ruwe diamanten (zgn. “boxes”) kan komen bekijken en aankopen die dan vervolgens aan haar geleverd worden.

te veroordelen de onrechtmatig opgezegde overeenkomst verder in natura te blijven uitvoeren en zulks op de wijze zoals dit in het verleden onder de gedurende 68 jaar contractueel overeengekomen voorwaarden gebeurde, met levering van diamanten in dezelfde kwantiteit en van dezelfde kwaliteit, met behoud van alle rechten als zichthouder, geen enkel recht uitgezonderd, en dit totdat hetzij een definitieve uitspraak ten gronde is bekomen voor de Belgische nationale rechtbanken alsmede een definitieve beslissing op Europees niveau, hetzij, ondergeschikt, gedurende een minimumtermijn van 120 maanden, dit alles onder verbeurte van een dwangsom en tevens welbepaalde en nauwkeurige toepassingsvoorwaarden van deze uitvoering *in natura* vast te stellen. Verder verzoekt hij verbod op te leggen om eender welke handeling te stellen, waaruit rechtstreeks of onrechtstreeks zou blijken of zou kunnen worden afgeleid dat de diamanthandelaar zijn statuut als zichthouder zou hebben verloren. Teneinde een noodzakelijk, onmiddellijk en grondig nazicht van deze verplichtingen te bewerkstelligen, vraagt hij tot slot een expert-sekwester in de persoon van een onafhankelijke derde aan te stellen en een dwangsom op te leggen per vastgestelde overtreding.

3. De diamanthandelaar heeft op 24 september 2003 een klacht ingediend bij de Europese Commissie tegen de implementatie van het Supplier of Choice-systeem, met als doel te horen beslissen dat de handelswijze van de De Beers Groep onverenigbaar is met de regels van het Europees mededingingsrecht. Dit heeft voor gevolg dat de Europese Commissie het onderzoek naar dit distributiesysteem heropend heeft en een onderzoek gestart is. In het kader van het onderzoek naar de klacht tegen De Beers met betrekking tot het systeem Supplier of Choice maakte de Europese Commissie gebruik van haar bevoegdheid op grond van artikel 11 van Verordening 17/62 van 6 februari 1962³ om inlichtingen te vragen. Het onderzoek wordt in dit stadium op vertrouwelijke wijze door de Europese Commissie behandeld.

4. Op 22 oktober 2003 wordt een procedure ten gronde ingeleid voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, met als doel voor recht te horen zeggen dat de eenzijdige beëindiging van de bestaande overeenkomst wederrechtelijk is, minstens dat de opzeggingstermijn manifest onvoldoende is, waarbij de diamanthandelaar zich beroept op de wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van concessieovereenkomsten van onbepaalde duur.

5. Bij beschikking d.d. 17 november 2003 heeft de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, zetlend in kort geding, bevolen aan de De Beers Groep om nog verder diamanten te leveren voor een initiële termijn van 9 maanden met ingang van 1 januari 2004, waarbij de diamanthandelaar op alle vlakken dient behandeld te worden zoals dat totnogtoe het geval was en op gelijke wijze met

andere zichthouders, dit alles onder verbeurte van een dwangsom van 1,5 miljoen EUR per vastgestelde overtreding. De betwisting over de concrete toepassingsvoorwaarden en de aanstelling van een expert-sekwester werd naar de rol verzonden.

De eerste rechter is van oordeel dat de voorzitter in kort geding de bevoegdheid heeft om de wederzijdse belangen van partijen af te wegen en voorlopige maatregelen te nemen indien blijkt dat er tussen hen een onverantwoord onevenwicht is ontstaan dat van aard is om aan één van hen een ernstig, mogelijk zelfs onherstelbaar nadeel toe te brengen.

6. Bij arrest d.d. 21 september 2004 wordt de bestreden beschikking van 17 november 2003 in hoofdlijnen bevestigd, met dien verstande dat de duurtijd van de voorlopige maatregel verlengd wordt tot 18 maanden.

7. Het hof is van oordeel dat de kortgedingrechter uitspraak dient te doen op basis van de ogenschijnlijke rechten van de partijen. Bij dit onderzoek kan de rechter in kort geding die maatregelen tot bewaring van recht beveelt, geen rechtsregels betrekken die de voorlopige maatregel die hij beveelt niet redelijk kunnen schragen.

Dit arrest ligt in de lijn van het cassatiearrest d.d. 6 juni 2003⁴. In tegenstelling tot wat het bestreden vonnis (en bepaalde rechtsleer⁵) voorhoudt, dient de rechter in kortgeding zich dus niet door een loutere belangenafweging te laten leiden.

8. Indien de kortgedingrechter van oordeel is dat er een schijn van rechten bestaat, kan hij een voorlopige maatregel bevelen rekening houdend met de beperking dat hij enerzijds geen maatregelen kan bevelen waardoor de rechten van de partijen op een definitieve en onherroepelijke wijze worden aangetast⁶ en anderzijds hij geen maatregel kan bevelen die de bodemrechter niet zou kunnen opleggen.

Bij een eenzijdige opzegging van een contract van onbepaalde duur, kan de opgezegde overeenkomst in beginsel niet terug in voege worden gebracht.

Door het Hof van Cassatie⁷ werd reeds geoordeeld dat, wanneer de partij die het contract eenzijdig wil beëindigen, bij de opzegging ervan, met de andere partij niets is overeengekomen nopens de in acht te nemen opzeggingstermijn, de rechter, bij wie het geschil wordt aangebracht, niet vermag in te

³ PB. L 21 februari 1962, 13/204.

⁴ Cass. 6 juni 2003, *T.B.H.* 2004, 258-267 met noot J. VERLINDEN.

⁵ M. STORME, "Kort geding omdat het moet", (noot onder Cass. 4 februari 2000), *R.W.* 2000-01, 813-815.

⁶ Cass. 9 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, nr. 28.

⁷ Cass. 6 november 1987, *T.B.H.* 1988, 187-190 (het aan het Hof van Cassatie voorgelegde geval betrof een concessieovereenkomst in de zin van de Wet van 27 juli 1961); in dezelfde zin Cass. 9 maart 1973, *Arr. Cass.* 1973, 671.

grijpen in de uitvoering van de overeenkomst door het opleggen van een termijn of een bijkomende termijn.

In de rechtsleer⁸ wordt voorgehouden dat het verbod op herstel *in natura* bij de beëindiging van een overeenkomst van onbepaalde duur enkel geldt in geval van een eenzijdige opzegging, en niet in geval van een ontbinding omwille van een wanprestatie en of het invoeren van een uitdrukkelijk ontbindend beding. Op dit principieel verbod van de tussenkomst van een kortgedingrechter na een opzegging zonder motivering van een overeenkomst van onbepaalde duur worden in uitzonderlijke omstandigheden beperkingen aanvaard, wanneer de opzegging onregelmatig is of in omstandigheden gebeurde die misbruik van recht vormden. De rechter in kort geding kan slechts een voorlopige maatregel bevelen, indien de beëindiging manifest foutief is of indien er in onregelmatige omstandigheden toe beslist werd en wanneer dit de enige geschikte maatregel blijkt om de opgezede partij te vrijwaren voor onstelbare schade. Ook wanneer de opzegging een rechtsmisbruik uitmaakt, kan een uitzondering op de principiële niet-inmenging van de kortgedingrechter in de eenzijdige opzegging van een overeenkomst van onbepaalde duur gerechtvaardigd worden.

Deze uitzonderlijke mogelijkheid voor de kortgedingrechter om toch tussen te komen in het kader van de eenzijdige beëindiging van overeenkomsten van onbepaalde duur, lijkt het hof niet in strijd te zijn met de arresten van het Hof van Cassatie van 6 november 1987 en 3 maart 1973, voor zover de maatregel enkel een tijdelijke wachttoestand creëert en de mogelijkheid om eenzijdig een einde aan een overeenkomst van onbepaalde duur te stellen als zodanig niet in vraag gesteld wordt. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan de kortgedingrechter derhalve een voorlopige verderzetting van de contractuele relaties bevelen ten titel van wachttoestand en voor zover deze uitzonderlijke situaties ook nauwkeurig worden omschreven⁹.

Het hof is *in casu* van oordeel dat uitzonderlijke omstandigheden aangetoond worden, die het bevelen van een voorlopige maatregel door de kortgedingrechter rechtvaardigen en dit met het oog op het creëren van een wachttoestand tussen partijen. De diamanthandelaar toont aan over een schijn van

rechten te beschikken en maakt het aannemelijk dat de door de De Beers Groep verrichte opzegging onregelmatig geschiedde, in het bijzonder in het kader van de reorganisatie van het Supplier of Choice-systeem waartegen een mededingingsrechtelijk onderzoek wegens schending van de artikelen 81 en/of 82 van het EG-Verdrag door de Europese Commissie is gestart. Door de (her)opening van het onderzoek door de Europese Commissie die oorspronkelijk een – voor de De Beers Groep gunstige – troostbrief¹⁰ afleverde, wordt aangetoond dat de bevindingen van de diamanthandelaar inzake de strijdigheid van het Supplier of Choice-systeem en de implementatie ervan door de De Beers Groep, met de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, *prima facie* gegrond zijn. De door de diamanthandelaar ingeroepen rechten zijn bijgevolg voldoende waarschijnlijk om een voorlopige maatregel te staven. Bovendien is de maatregel tevens vereist om onherstelbaar nadeel in hoofde van de diamanthandelaar te voorkomen nu deze gelet op zijn grote afhankelijkheid van de De Beers Groep, mogelijkerwijze verdwijnt door de abrupte beëindiging van de samenwerking.

Gezien het hof slechts een wachttermijn toekent aan de diamanthandelaar, zonder diepgaand in de contractuele verhoudingen tussen partijen in te grijpen, dient deze termijn noodzakelijkerwijze beperkt in de tijd te zijn en vermag deze termijn geenszins de omvang te hebben zoals door de diamanthandelaar gevraagd. Anderzijds dient deze termijn voldoende lang te zijn om de diamanthandelaar toe te laten de nodige schikkingen te treffen teneinde zijn handelsactiviteit te reorganiseren. De toegekende voorlopige maatregel wordt door het hof verlengd tot 18 maanden.

9. Het hof beslist verder dat de Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag¹¹ rechtstreeks van toepassing is op hangende procedures.

Naar Europees recht geldt in beginsel, volgens vaste rechtspraak¹², dat procedureregels in het algemeen worden geacht van toepassing te zijn op alle bij hun inwerkingtreding aanhangige gedingen, in tegenstelling tot materiële regels, die doorgaans aldus worden uitgelegd, dat zij niet van toepassing zijn op vóór hun inwerkingtreding bestaande situaties.

⁸ S. STIJNS, “De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kortgeding-)rechter”, *T.B.H.* 1996, 100-167.

⁹ Zie o.a. Brussel 6 oktober 1983, *J.T.* 1984, 134 en *T.B.H.* 1984, 365-375 (een voorlopige voortzetting van het contract werd bevolen); Antwerpen 19 augustus 1987, *R.W.* 1988-89, 753 met noot van R. STUBBE (principiële mogelijkheid van voorlopige voortzetting contract wordt erkend bij rechtsmisbruik, doch *in casu* wordt rechtsmisbruik niet bewezen geacht); *contra*, Antwerpen 4 oktober 1990, *Distributierecht 1987-1992* 1994, 158, noot M. WILLEMART en *Limb. Rechtsl.* 1991, 186-189 (hoewel de eerste rechter de voorlopige voortzetting beval werd dit in beroep hervormd aangezien “artikel 2 van de Wet van 27 juli 1961, die een keuze oplegt (opzegging of vergoeding), impliciet doch zeker uitsluit dat de verplichting tot het geven van een opzegging het voorwerp kan uitmaken van een gedwongen uitvoering *in natura*”).

¹⁰ Het hof oordeelt dat het bestaan van een troostbrief de nationale rechter niet bindt en hem geenszins verhindert om zelf een oordeel over de toepassing van de artt. 81 en/of 82 EG-Verdrag uit te spreken. Dit wordt bevestigd door de inhoud van de troostbrief zelf en de vaststelling van het hof dat er sprake is van gewijzigde omstandigheden sedert de redactie van de informele troostbrief door de Europese Commissie.

¹¹ *P.B.* L 4 januari 2003, 1/1.

¹² Zie H.v.J. 7 september 1999, C-61/98, *De Haan Beheer BV/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen te Rotterdam*, *Jur.* 1999, I, 5029, r.o. 13; H.v.J. 12 november 1981, C-212/217/80, *Salumi e.a.*, *Jur.* 1981, 2735, r.o. 9; H.v.J. 6 juli 1993, C-121/91 en C-122/91, *CT Control (Rotterdam) en JCT Benelux/Commissie*, *Jur.* 1993, I, 3873, r.o. 22.

Naar Belgisch overgangsrecht geldt in beginsel het principe van de onmiddellijke werking ten aanzien van wetten die procedureregels wijzigen, zodat deze op hangende gedingen dienen toegepast te worden. Krachtens artikel 3 Ger.W. zijn wetten op de rechterlijke organisatie, de bevoegdheid en de rechtspleging in principe van toepassing op hangende gedingen¹³.

Het verzoekschrift tot hoger beroep werd in de voorliggende procedure weliswaar neergelegd op 26 november 2003, doch de rechtsdag (waarop de zaak gepleit werd) werd vastgesteld op de terechtzitting van 25 mei 2004, datum waarop Verordening 1/2003 in werking is¹⁴.

Bij tussenarrest d.d. 21 juni 2003 werden partijen uitgenodigd om standpunt in te nemen over de werking in de tijd van Verordening 1/2003 en in voorkomend geval over de gevolgen van de eventuele toepasselijkheid van Verordening 1/2003 op het voorliggend geschil en hierbij rekening te houden met de nieuwe Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de samenwerking tussen Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-Lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het verdrag¹⁵ en de draagwijdte van de voorlopige maatregelen die de nationale rechter kan nemen wanneer gelijktijdig de Europese Commissie een klacht onderzoekt en hiertoe onderzoeksdaden heeft gesteld. Partijen zijn het na de heropening van de debatten eens dat de Verordening 1/2003 *ratione temporis* onmiddellijk van toepassing is.

10. De invloed van de Verordening 1/2003 lijkt beperkt aanzien het om de loutere invoering van procedureregels gaat. Toch is haar invloed niet onbelangrijk omdat ze de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de Europese mededingingsregels in grote mate doorgeeft aan de nationale instanties.

Zo is het, sinds de inwerkingtreding van Verordening 1/2003, niet meer mogelijk om voorlopige maatregelen te vorderen vanwege de Europese Commissie. Artikel 8, lid 1, van Verordening 1/2003 bepaalt immers enkel dat de Commissie in dringende gevallen ambtshalve voorlopige maatregelen kan treffen (zonder dat vermeld wordt dat natuurlijke of rechtspersonen hierom kunnen verzoeken). De bevoegdheid van de nationale rechter om voorlopige maatregelen op te leggen op verzoek van particuliere belangen is na de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 thans exclusief geworden. Dit wordt tevens bevestigd in de Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het verdrag¹⁶ waarin bepaald wordt dat de Commissie ambtshalve

voorlopige maatregelen kan treffen wanneer de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad. Natuurlijke of rechtspersonen die een rechtmatig belang hebben om een klacht in te dienen kunnen echter niet om voorlopige maatregelen verzoeken. Punt 80 van deze mededeling stipuleert dat “*verzoeken van ondernemingen om voorlopige maatregelen kunnen bij de rechterlijke instanties van de lidstaten worden ingediend die heel wel in staat zijn om hierover uitspraak te doen*”. Volgens dezelfde mededeling heeft het aanhangig maken van een zaak bij een nationale rechter voor de klager o.m. het voordeel dat de nationale rechters gewoonlijk beter dan de Commissie in staat zijn om voorlopige maatregelen te nemen¹⁷.

De nieuwe verordening brengt een fundamentele hervorming mee van de toepassing en handhaving van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag.

De mededingingsautoriteiten van de Lidstaten kunnen, overeenkomstig artikel 15, lid 3, van de Verordening 1/2003, ambtshalve voor de rechterlijke instanties in hun Lidstaat schriftelijke opmerkingen maken in verband met de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het verdrag¹⁸.

Bovendien krijgen de nationale rechters en de mededingingsautoriteiten van de verschillende Lidstaten sinds de nieuwe verordening ook de bevoegdheid om artikel 81, lid 3 toe te passen. Zowel de nationale rechterlijke instanties als de verschillende nationale mededingingsautoriteiten zullen hierdoor een volwaardige mededingingsrechtelijke analyse kunnen maken van een overeenkomst of mededingingspraktijk¹⁹.

Katrien Blomme

Referendaris bij het Hof van Beroep te Antwerpen

**COUR D'APPEL D' ANVERS 21 JUNI 2004
(ARRÊT INTERLOCUTOIRE) ET
21 SEPTEMBRE 2004 (ARRÊT DÉFINITIF)**

RÉFÉRÉ

Mesures provisoires – Interdiction d’une réparation en nature en cas de cessation d’une convention à durée indéterminée – Exceptions – Conditions – Apparence de droits – Création d’une situation d’attente temporaire – Poursuite provisoire des relations contractuelles

¹³. Zie P. POPELIER, “Toepassing van de wet in de tijd”, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nrs. 110 e.v., p. 72 e.v.

¹⁴. Art. 45 Verordening 1/2003: van toepassing sinds 1 mei 2004.

¹⁵. *P.B.* C 27 april 2004, 101/54.

¹⁶. *P.B.* C 27 april 2004, 101/65.

¹⁷. Punt 16 van de mededeling.

¹⁸. B. PONET, “Jaarverslag 2002 van de Raad van de Mededinging. Enkele beschouwingen”, *NjW* 2004, 263-265.

¹⁹. J. BOCKEN, “Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag”, *T.B.H.* 2003, 549-550.