

---

**HOF VAN BEROEP BRUSSEL 10 OKTOBER 2008**


---

**MEDEDINGING**

**Europees mededingingsrecht – Algemeen – Artikel 81 EG-Verdrag – Openbare orde – Ambtshalve toepassing door de rechter – Voortzetting van de zaak – Absolute nietigheid van de overeenkomst – Ongegrondheid van de vorderingen tot contractuele aansprakelijkheid**

*Wanneer hij met een contractueel geschil wordt geadieerd, kan de rechter ambtshalve de bestaanbaarheid van de overeenkomst met het verbod van restrictieve mededingingspraktijken bevragen.*

*Een overeenkomst die de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden en die de aan- en verkoopprijzen bepaalt, de afzet controleert, de markten verdeelt, is van rechtswege nietig in de zin van artikel 81, lid 1 van het EG-Verdrag.*

*De nietigheid van de overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1 van het EG-Verdrag heeft als gevolg dat geen partij een vordering kan gronden op de beweerde contractuele wanprestaties van de wederpartij.*

**CONCURRENCE**

**Droit européen de la concurrence – Généralités – Article 81 du Traité CE – Ordre public – Application d’office par le juge – Mise en continuation – Nullité absolue du contrat – Non-fondement des actions en responsabilité contractuelle**

*Lorsqu’il est saisi d’un litige contractuel, le juge peut soulever d’office la question de la compatibilité du contrat avec l’interdiction des accords restrictifs de concurrence.*

*Une convention qui peut influencer le commerce entre Etats membres et qui détermine les prix d’achat et de vente, contrôle le chiffre d’affaires et répartit les marchés, est nulle de plein droit au sens de l’article 81, alinéa 1<sup>er</sup> du Traité CE.*

*La nullité du contrat a pour conséquence qu’aucune des parties ne peut fonder une action en responsabilité sur les manquements contractuels allégués de son cocontractant.*

*Bima NV/Sodrepe NV*

*Zet.: P. Blondeel (voorzitter), Ch. Schurmans en K. Moens (raadsheren)*

*Pl.: Mrs. P. Ramquet, M. Cottyn en A.-A. Henderickx*

**Voorwerp van het hoger beroep**

1. De besloten vennootschap naar Nederlands recht Bima (hierna: Bima) heeft bij verzoekschrift dat op 15 november 2002 werd neergelegd ter griffie van het hof, hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 3 augustus 2001, waarbij haar oorspronkelijke vordering tegen de naamloze vennootschap Sodrepe (hierna: Sodrepe) ontvankelijk maar ongegrond werd verklaard, waarbij de oorspronkelijke tegenvordering van Sodrepe ontvankelijk en gegrond werd verklaard en waarbij zij (dit is: Bima) werd veroordeeld tot betaling van sommen, meer interesten en kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

2. Bima vordert om het bestreden vonnis teniet te doen, haar oorspronkelijke vordering gegrond en de oorspronkelijke tegenvordering ongegrond te verklaren, met veroordeling van Sodrepe tot de kosten van beide aanleggen, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen.

3. Ondergeschiedt verzoekt Bima om machtiging tot het bewijs van feiten met alle middelen, inclusief getuigen.

4. Sodrepe besluit tot de ongegrondverklaring van het hoger beroep en de bevestiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van Bima tot de kosten in hoger beroep.

**De ontvankelijkheid van het hoger beroep**

5. Er wordt geen betekening voorgelegd van het bestreden vonnis.

6. Het hoger beroep is naar termijn en vorm regelmatig ingesteld; het is ontvankelijk.

**De rechtspleging in eerste aanleg**

7. Bima heeft op 20 april 1999 Sodrepe gedagvaard voor de rechtbank van koophandel te Brussel.

8. Deze vordering strekte ertoe (1) de overeenkomst tussen partijen van “*mei 1996*” te verbreken ten laste van Sodrepe en (2) Sodrepe te veroordelen om aan Bima 650.396 NLG te betalen meer de interesten vanaf de ingebrekestelling en meer de gerechtskosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

9. In deze inleidende dagvaarding werden, samengevat, volgende feiten en gevolgtrekkingen aangedragen:

– Bima is een vennootschap die van brouwerijen afval koopt en deze afval, die draf wordt genoemd, onder de vorm van veevoer verhandelt bij landbouwers.

– Bima sloot op 24 november 1977 een overeenkomst met NV Artois Nederland; op grond van deze overeenkomst beschikte Bima over de exclusiviteit om de draf van brouwe-

rij Dommelen op te halen; deze overeenkomst werd stilzwijgend verlengd op 1 oktober 1987 en op 1 oktober 1997.

– In mei 1996 sloten Bima en Sodrepe een overeenkomst, die een *“overeenkomst van dienstverlening”* wordt genoemd, waarbij Sodrepe zich verbond om voor Bima *“werken van facturering te presteren en ophalingsplannen op te stellen”*; Bima verbond zich tot een jaarlijks *“ereloon”* van 12.000 NLG. Bima en Sodrepe verbonden er zich ook toe om *“samen te werken op het niveau van het beheer en de markuitbreiding van draf in België en Nederland en samen, in gemeen overleg, de handelselementen met betrekking tot deze sector te verhandelen”*.

– In augustus 1997 vernam Bima via een brief van NV Interbrew dat Sodrepe in juni 1997 *“eenzijdige onderhandelingen heeft gevoerd over de marktprijs van draf in Nederland, volkomen in strijd met de bepalingen van de overeenkomst gesloten in mei 1996”*. Sodrepe heeft *“valse inlichtingen”* verspreid, onder meer met betrekking tot de activiteiten van Bima.

– Omwille van deze *“contractuele overtredingen”* besloot Bima de facturen die waren uitgeschreven door Sodrepe niet meer te betalen.

– Sodrepe stuurde op 27 oktober 1997 een herinnering ter betaling van de facturen die waren uitgeschreven op 31 maart 1997, 30 juni 1997 en 30 september 1997, met de mededeling dat zij *“de vroegere toegestane maandelijkse betalingsvoorwaarden niet meer wenste toe te kennen”* maar dat zij toch haar wil betoonde om de uitvoering verder te zetten van de overeenkomst die in mei 1996 gesloten werd.

– In de overtuiging dat *“alles weer in orde was”* betaalde Bima in maart 1998 de factuur die NV Interbrew voor Bommelen had uitgeschreven op 20 februari 1998.

– Op een vergadering op 12 maart 1998 erkende Sodrepe dat zij alleen onderhandeld had met NV Interbrew in *“1977”* (uit de context blijkt dat 1997 wordt bedoeld) en dat zij sedert 1 januari 1998 de overeenkomst met betrekking tot brouwerij Dommelen *“uitsluitend ten haren bate overgenomen had”*. Deze erkenningen kunnen met getuigen bewezen worden.

– Nadien ontving Bima een creditnota en terugbetaling van de factuur die was uitgeschreven door NV Interbrew.

– De handelwijze van Sodrepe heeft schade berokkend aan Bima, en deze wordt geraamd op 650.396 NLG, dit is de bruto winstderving over acht jaar, *“geschat”* op basis van de acht voorbije jaren. De dagvaarding vermeldt het bedrag van de brutowinst voor 1990 tot en met 1997.

– De overeenkomst van *“mei 1996”* moet onmiddellijk verbroken worden omwille van de ernstige tekortkomingen van Sodrepe, in toepassing van artikel 6.3. van die overeenkomst.

– Sodrepe moet ook veroordeeld worden tot betaling van 650.396 NLG, vermits geen gevolg werd gegeven aan de ingebrekestelling die werd verstuurd op 22 december 1998 noch aan alle minnelijke pogingen.

10. In haar conclusie van 3 januari 2000 expliciteerde Bima het voorwerp van de overeenkomst met Sodrepe als een samenwerking op het gebied van het beheer en de ontwikkeling van hun activiteiten in België en Nederland en om *“gemeenschappelijk te onderhandelen over de modaliteiten van hun commerciële activiteiten (prijs, volume van de draf, leveringsmodaliteiten, enz.)”*. Zij verduidelijkte ook, met verwijzing naar de preambule van de overeenkomst en naar artikelen 4.1. en 5.1. van de overeenkomst, dat, volgens haar, Sodrepe er zich toe verbond om geen eenzijdige onderhandelingen te voeren met betrekking tot de markt van de draf. Zij kwalificeerde de verbintenissen opgelegd aan partijen als *“niet het gemeenschappelijk onderhandelen door concrete stappen te zetten, maar wel om niet eenzijdig te onderhandelen”*.

11. In dezelfde conclusie gaf Bima ook verdere invulling aan de contractuele wanprestaties van Sodrepe, namelijk (1) eenzijdig te hebben onderhandeld in strijd met de aangegane resultaatsverbintenis, (2) de overeenkomst niet te goeder trouw te hebben uitgevoerd door te handelen tegen de geest van de overeenkomst in, en (3) het verstrekken van valse informatie betreffende de stopzetting van de activiteiten van Bima. Deze fouten hebben volgens haar de schade veroorzaakt die gelijk is aan het verlies van de brutowinst over een periode van acht jaar, berekend op basis van de laatste acht verlopen jaren.

12. Sodrepe argumenteerde bij conclusie van 15 november 1999 (1) dat het haar niet verboden was, noch op grond van de preambule noch op grond van de overeenkomst, om besprekingen over de prijs van draf te voeren, (2) dat Bima op de hoogte was van de besprekingen, (3) dat zij geen valse inlichtingen heeft verspreid, (4) dat zij het voeren van eenzijdige onderhandelingen niet heeft erkend tijdens een vergadering, (5) dat er geen causaal verband is vermits de schade die Bima beweert geleden te hebben, en die betwist wordt, niet het gevolg is van de overeenkomst tussen Bima en Sodrepe, maar wel het gevolg is van het feit dat Interbrew besliste de overeenkomst met Bima niet verder te zetten.

13. In dezelfde conclusie stelde Sodrepe een tegenvordering in, met als voorwerp (1) betaling van de uitgeschreven facturen *ad* 12.000 NLG meer interesten, met vermelding dat deze facturen nooit ten gepaste tijde werden geprotesteerd (doch enkel voor het eerst in de dagvaarding), en (2) betaling van een conventionele opzegvergoeding (art. 6.2. van de overeenkomst van *“mei 1996”*) *ad* 6.000 NLG meer interesten, (3) betaling van de gerechtskosten met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

14. Bij vonnis van 3 augustus 2001 overwoog de rechtbank van koophandel te Brussel dat Bima in gebreke blijft te

bewijzen dat Sodrepe valse informatie verspreid heeft of dat Sodrepe onderhandelingen heeft gevoerd met NV Interbrew zonder dat Bima hierover door Sodrepe werd ingelicht. De eerste rechter leidde deze tweede overweging af uit het feit dat Bima in het bezit moet zijn geweest van de brief van NV Interbrew van 4 augustus 1997, omdat zij deze brief overlegt als bewijs; Bima weerlegt, volgens de eerste rechter, ook de bewering van Sodrepe niet dat deze laatste haar de brief overmaakte, namelijk door niet te bewijzen dat zij (dit is Bima) op een andere wijze in het bezit kwam van die brief.

15. De eerste rechter overwoog ook dat Bima niet bewees dat er een oorzakelijk verband bestond tussen, enerzijds, de onderhandelingen tussen Sodrepe en NV Interbrew, en, anderzijds, het niet vernieuwen van de overeenkomst tussen Bima en NV Artois Nederland. Het niet hernieuwen van de overeenkomst kan, nog steeds volgens de eerste rechter, *“heel andere redenen gehad hebben dan de onderhandelingen die (Sodrepe) met de NV Interbrew gevoerd heeft in de loop van 1997 m.b.t. de prijs van de draf”*, zoals de financiële problemen van Bima in 1996 die worden afgeleid uit het feit dat Bima aan Sodrepe vroeg om faciliteiten toe te kennen met het oog op de betaling van de facturen van Sodrepe en uit het feit dat de facturen van Sodrepe in 1997 helemaal niet meer betaald werden.

16. De vordering van Bima werd ongegrond verklaard.

17. Over de tegenvordering van Sodrepe overwoog de eerste rechter dat de facturen laattijdig en voor het eerst in de loop van de procedure werden betwist, zodat zij als aanvaard moeten worden beschouwd.

18. Vermits, volgens de eerste rechter, de overeenkomst van *“mei 1996”* een overeenkomst is van onbepaalde duur die kan opgezegd worden met een opzegtermijn van zes maanden, elke partij conventioneel het recht heeft om onmiddellijk een einde te maken aan de overeenkomst indien één van de partijen ernstig tekort komt aan haar verbintenissen, en de niet-betaling van facturen een ernstige tekortkoming is, is de verbreking van de overeenkomst lastens Bima gerechtvaardigd en dient Bima een opzevergoeding te betalen van zes maanden *“honoraria”*.

19. De tegenvordering van Sodrepe werd gegrond verklaard.

### De rechtspleging in hoger beroep

20. Nadat partijen conclusies hadden uitgewisseld, werd de zaak voor pleidooien vastgesteld op de zitting van 3 oktober 2007. Die zitting werd afgelast en de zaak werd toegewezen aan een andere kamer, alwaar zij werd vastgesteld op de zitting van 9 oktober 2007. De zaak werd toen gepleit en in voortzetting gezet op de zitting van 4 december 2007, alwaar vastgesteld werd dat nog een aantal bewijsstukken ontbraken (die vermeld werden op het proces-verbaal van de terechtzitting) waarna de zaak ten verzoeken van de partijen in voortzetting werd gesteld naar de zitting van 4 februari 2008. Ten verzoeken van de raadsman van Sodrepe werd zij

uitgesteld naar de zitting van 12 februari 2008. Op die zitting werd zij, ten verzoeken van de partijen, verdaagd naar de zitting van 15 april 2008. Wegens afwezigheid van de raadsman van Bima werd de zaak uitgesteld naar de zitting van 22 april 2008. Op die zitting werd de zaak gepleit en met toepassing van artikel 769 van het Gerechtelijk Wetboek in voortzetting gezet op de zitting van 29 april 2008 om Bima toe te laten stukken over te maken en neer te leggen ter griffie.

### De ambtshalve bevraging van partijen door het hof

21. Ter gelegenheid van de debatten werden partijen door het hof ambtshalve bevraagd nopens de bestaanbaarheid van hun onderlinge verhouding met het Europees en/of het Belgisch mededingingsrecht, en met name met respectievelijk artikel 81, lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen (hierna: EG-Verdrag) en met artikel 2 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna: WEM) (voorheen: art. 2 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, nadien gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999), op grond waarvan zogenaamde restrictieve mededingingspraktijken verboden zijn en van rechtswege nietig.

22. Deze ambtshalve bevraging steunt op:

– de bevoegdheid van het hof om artikel 81 van het EG-Verdrag toe te passen (art. 6, *verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag* – hierna: *verordening 1/2003*);

– de rechtstreekse werking van de mededingingsrechtelijke bepalingen die vervat zijn in artikel 81 van het EG-Verdrag;

– de openbare orde die ten grondslag ligt zowel aan de Europese als aan de Belgische mededingingsrechtelijke bepalingen.

23. De aanleiding tot de ambtshalve bevraging was de intentie van de partijen, zoals die uitgedrukt werd in de zogenaamde preambule (die integraal geciteerd wordt onder randnr. 29), waaruit kan worden afgeleid dat het de bedoeling was van de partijen om in gemeen overleg de drafmarkt in België en Nederland te beheren en te ontwikkelen, door samen overleg te plegen met betrekking tot de prijs van het draf, de productievolumes van de verschillende brouwerijen die draf leveren, de soorten leveringen en de leveringstermijnen aan gemeenschappelijke klanten, en door in besprekingen tot bepaling van de aankooprij van draf uit één mond te spreken.

24. Artikel 2 van de WEM is rechtstreeks geïnspireerd door het Europees recht (zoals blijkt uit de grotendeels gelijklopende formulering) en moet worden toegepast in het licht van het Europees recht (Cass. 9 juni 2000, *Brussels Interna-*

*tional Trade Mart/S.C. Barlow en Amadeus BVBA, T.B.H.* 2000, 493).

25. Het was de bedoeling van de Belgische wetgever om de Belgische mededingingsrechtelijke bepalingen zo nauw mogelijk te doen aansluiten bij de wetgeving en de rechtspraak die het Europees mededingingsrecht beheersen (D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, p. 24, nr. 2-01).

26. Zo moet ook acht geslagen worden op de richtsnoeren van de Europese Commissie voor de toepassing van het Europees mededingingsrecht (Cass. 10 oktober 2002, *Makro/Beauté Prestige International e.a.*, *Pas.* 2002, afl. 9-10, 1904).

27. Daartoe behoren de *Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap* (PB. EG 22 december 2001, C. 368/13 e.v. – hierna: *de minimis*-bekendmaking) en de *Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag* (PB. EG 27 april 2004, C 101/81 e.v. – hierna: richtsnoeren beïnvloeding van de handel).

28. Het hof beschikt over geen andere gegevens dan over de al vermelde (en onder randnr. 30 integraal geciteerde) preambule, aangevuld met twee notities die namens Sodrepe werden neergelegd op de zittingen van 9 oktober 2007 en 22 april 2008, waarvan de inhoud niet wordt betwist door Bima, en met drie stukken die door Bima werden neergelegd op de zitting van 29 april 2008.

29. De preambule luidt als volgt (in de vertaling uit de oorspronkelijke Franse tekst, die eraan gegeven wordt door partijen):

*“De hierbij ingesloten overeenkomst van dienstverlening is het akkoord tussen de NV Sodrepe en de BV Bima. De inhoud van dit akkoord gaat verder dan een eenvoudig contract van dienstverlening tussen beide ondernemingen. De volgende elementen zijn overeengekomen door Dhr. Reinald Van Rijckevoersel en de familie Doret.*

*1. De ondernemingen Sodrepe en Bima hebben besloten om gemeenschappelijk de markt van de draf in België en Nederland te beheren en te ontwikkelen.*

*2. Beide ondernemingen hebben besloten om gezamenlijk de volgende commerciële elementen te bespreken: de prijs van het draf, het productievolume van de diverse leverende brouwerijen, wijze en termijnen van levering aan gemeenschappelijke klanten.*

*3. De beide ondernemingen hebben ook beslist om gemeenschappelijk onderhandelingen te voeren betreffende de vaststelling van de aankooprijzen van het draf.*

*Iedere zelfgevoerde onderhandeling betreffende een belangrijke hoeveelheid draf moet gebeuren met volledige kennis*

*van zaken door de andere partij.”*

30. Uit de notities die zijn neergelegd namens Sodrepe – en waarvan de inhoud niet betwist wordt door Bima – blijkt dat Bima en Sodrepe bedrijvig zijn op de markt van het draf of de bostel, wat een afvalproduct is tijdens het brouwproces en dat brouwerijen verkopen aan ondernemingen zoals Bima en Sodrepe die het ophalen bij de brouwerijen en op hun beurt verkopen aan landbouwbedrijven als veevoeder.

31. Verder blijkt uit die notities dat Bima actief is in Nederland en aldaar een niet nader in de tijd gesitueerd marktaandeel (dat overigens ook niet nader wordt omschreven) heeft of had van 2 tot 3%, terwijl Sodrepe actief is in België en aldaar een evenmin nader in de tijd gesitueerd of omschreven marktaandeel heeft of had van ongeveer 14 tot 15% met dien verstande dat Sodrepe mededinging ondervindt of ondervond bij brouwerij Interbrew van twee andere handelaren, bij Alken Maes van een Nederlandse handelaar en bij brouwerijen Moortgat en Alken Maes van één handelaar (brouwerij Hoegaarden werd gecontroleerd door één handelaar).

32. Uit de drie stukken die werden neergelegd door Bima – en waarvan de inhoud niet betwist wordt door Sodrepe – blijkt dat de bostelprijs in Nederland periodiek bepaald werd door een vereniging van brouwerijen (het zogenaamde C.B.K.) en dat, op basis van die prijs, de contractuele prijs werd bepaald tussen Interbrew en Bima.

33. Het hof werd niet ingelicht nopens het maatschappelijk doel van Bima en Sodrepe, nopens het juiste aandeelhouderchap, nopens de overeenkomsten tussen partijen en/of derden (met uitsluiting van de geciteerde preambule en de zogenaamde beheersovereenkomst van mei 1996 tussen Bima en Sodrepe), nopens de tussen partijen en/of derden gevoerde briefwisseling, nopens de facturatie tussen partijen en/of derden (behoudens de facturatie door Interbrew aan Bima in de periode december 1995 tot november 1997, en de facturatie door Sodrepe aan Bima ter uitvoering van de overeenkomst van mei 1996 die niets anders inhoudt dan de facturering van het conventioneel bepaalde forfaitaire ereloon), nopens de verhoudingen tussen Artois/Interbrew/Dommelen en hun vestigingsplaatsen,...

34. Uit de feiten die zijn opgesomd onder randnummers 30 tot en met 33, evenals uit de invulling die met name Bima heeft gegeven aan de overeenkomst met Sodrepe in de loop van de procedure blijkt (zie randnrs. 9 en 10), dat een Belgische vennootschap met een marktaandeel van 15% (Sodrepe) en een Nederlandse vennootschap met een marktaandeel van 2-3% (Bima) op de markt van het aankopen van draf bij brouwerijen met het oog op de verderverkoop ervan als veevoeder, twee overeenkomsten met elkaar hebben gesloten in mei 1996 die als één geheel moeten worden beschouwd – vermits de beheersovereenkomst kadert in de ruimere overeenkomst die blijkt uit de preambule – en waarin zij overeenkwamen om samen te werken op de Bel-

gische en Nederlandse markt, en met name overeenkwamen om (1) de facturatie van hun verkopen te laten geschieden via Sodrepe, (2) Sodrepe te gelasten met het opstellen van de planning met betrekking tot het ophalen van de draf bij de brouwerijen, (3) samen te werken met betrekking tot het beheer, de markuitbreiding en het verhandelen van draf, (4) samen uit één mond te spreken met betrekking tot het bepalen van de aankooprijzen van draf.

35. De overeenkomst tussen Bima en Sodrepe – die zowel de zogenaamde preambule als de zogenaamde beheersovereenkomst omvat – is een overeenkomst die de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name een overeenkomst die de aan- en verkoopprijzen bepaalt, de afzet controleert, de markten verdeelt, en bijgevolg een verboden en van rechtswege nietige overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1 van het EG-Verdrag.

36. Immers, de overeenkomst slaat op de handel tussen twee lidstaten – België en Nederland – doordat aan Sodrepe het beheer wordt overgelaten van onder meer de planning van ophaling en distributie van draf in België en Nederland, dit is een grensoverschrijdende economische activiteit (zie randnrs. 19 t.e.m. 22, en in het bijzonder randnr. 19, van de richtsnoeren beïnvloeding van de handel). Bovendien is het mogelijk op basis van de voorhanden zijnde feitelijke elementen dat de overeenkomst al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen de lidstaten kan beïnvloeden, doordat het voldoende waarschijnlijk is dat, met de planning van ophaling en distributie, de import of export kunnen beïnvloed worden (zie de randnrs. 23 t.e.m. 43 van de richtsnoeren beïnvloeding van de handel). Ten slotte is de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten België en Nederland merkbaar, doordat de door Bima en Sodrepe zelf aangedragen marktaandeelen binnen de Gemeenschap waarop de overeenkomst van invloed is, meer bedragen dan 5% (zie de randnrs. 44 t.e.m. 57, en in het bijzonder randnr. 52, van de richtsnoeren beïnvloeding van de handel).

37. De overeenkomst kan verder geen aanspraak maken op de zogenaamde *de minimis*-regeling: het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst, die minstens potentiële concurrenten zijn, is groter dan 10% (zie randnr. 7 van de *de minimis*-bekendmaking). Ten overvloede kan hieraan worden toegevoegd dat uit randnr. 7 van de bekendmaking blijkt dat de *de minimis*-regeling niet toepasselijk kan zijn omdat de overeenkomst minstens tot doel heeft klanten toe te wijzen, dit wil zeggen een zogenaamde hard-core-restrictie bevat (zie randnr. 11.1. van de *de minimis*-bekendmaking).

38. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de overeenkomst tussen Bima en Sodrepe, die zowel de preambule als de beheersovereenkomst omvat, verboden en van rechtswege nietig is.

39. Deze nietigheid heeft als gevolg dat Bima geen aanspraken kan gronden op de beweerde contractuele wanprestaties van Sodrepe (en met name, enerzijds, de verbreking van de overeenkomst ten laste van Sodrepe en, anderzijds, de vergoeding ten laste van Sodrepe wegens onrechtmatige beëindiging van de overeenkomst) en dat Sodrepe evenmin aanspraken kan gronden op de beweerde contractuele wanprestaties van Bima (en met name, enerzijds, betaling van openstaande, gefactureerde erelonen en, anderzijds, betaling van een conventionele opzeggingsvergoeding).

### De gerechtskosten

40. Bima vordert (zie de nota die namens haar is neergelegd ter zitting van 22 april 2008) betaling door Sodrepe van de kosten die in eerste aanleg begroot worden op 230,12 EUR (dagvaarding en rolzetting) en 312,34 EUR (rechtsplegingsvergoeding, en in hoger beroep op 139 EUR (rolrecht) en 7.000 EUR (rechtsplegingsvergoeding).

41. Sodrepe vordert (zie haar aanvullende en synthesebesluiten die namens haar zijn neergelegd ter griffie op 31 juli 2006) betaling door Bima van de rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg (312,34 EUR) en in hoger beroep (475,97 EUR).

42. De eerste rechter veroordeelde Bima tot de kosten en begrootte deze, voor Bima, op 22.183 BEF (dit is thans 549,90 EUR) en, voor Sodrepe, op 12.600 BEF (dit is thans 312,35 EUR).

43. Luidens artikel 1017, vierde lid van het Gerechtelijk Wetboek kunnen de kosten worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt en met name indien (onder meer) de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld.

44. Gelet op de hoger vastgestelde nietigheid van de overeenkomst tussen Bima en Sodrepe en de daaruit volgende ongegrondheid van hun respectieve vorderingen, slaat het hof de kosten om.

Om deze redenen,

Het hof,

In acht genomen artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken,

Beslist na tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk.

Vernietigt het bestreden vonnis en, doende wat de eerste rechter had moeten doen, stelt de nietigheid vast van de overeenkomst in de zin die eraan gegeven wordt in onderhavig arrest, en verklaart de respectieve vorderingen van de partijen bij het geschil ongegrond.

Slaat de kosten om.

(...)

## Note

*L'office du juge et la nullité en droit de la concurrence*Xavier Taton<sup>1</sup>

1. L'arrêt annoté, prononcé le 10 octobre 2008 par la cour d'appel de Bruxelles, constitue une illustration intéressante de l'office du juge en droit de la concurrence. Dans cette espèce, la cour d'appel était saisie d'un litige contractuel, au sein duquel chacune des parties invoquait la responsabilité de l'autre pour cause de manquement au contrat<sup>2</sup>. À l'occasion des débats, la cour a soulevé d'office la question de la compatibilité du contrat litigieux avec l'interdiction des accords restrictifs de concurrence<sup>3</sup>. La cour n'a pas soulevé ce moyen d'office dans un arrêt de réouverture des débats<sup>4</sup> mais au cours des audiences auxquelles l'affaire avait été fixée ou mise en continuation<sup>5</sup>. Après avoir considéré que le contrat litigieux constituait un cartel prohibé<sup>6</sup>, la cour en a prononcé la nullité de plein droit et a rejeté, par voie de conséquence, tant la demande principale que la demande reconventionnelle<sup>7</sup>.

À ma connaissance, aucun pourvoi en cassation n'a été déposé contre cet arrêt, qui pose trois questions intéressantes.

2. La cour d'appel pouvait-elle soulever d'office le moyen de nullité pour infraction au droit de la concurrence?

La réponse est certainement affirmative. En effet, il est admis en droit belge qu'il appartient au juge civil de donner aux faits dont il est saisi leur qualification juridique exacte et de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable, quand bien même cette qualification ou cette règle n'aurait pas été formellement invoquée par les parties<sup>8</sup>. Par exception à cette règle, le principe dispositif interdit seulement au juge civil d'élever d'office une contestation si celle-ci ne touche pas à l'ordre public et si les conclusions des parties en ont exclu l'existence<sup>9</sup>. Or, le droit de la concurrence est considéré en Belgique comme touchant à l'ordre public en tant que loi de police de l'économie<sup>10</sup>. En outre, l'arrêt annoté ne constate pas que les conclusions des parties auraient exclu toute contestation relative à l'application du droit de la concurrence<sup>11</sup>. La cour d'appel pouvait donc soulever d'office le moyen de nullité pour infraction au droit de la concurrence.

Vu le contenu du droit belge en la matière, il n'est pas nécessaire de déterminer si le principe d'effectivité du droit communautaire requerrait également que le juge d'appel soulève d'office le moyen pris de la violation de l'article 81 du Traité CE<sup>12</sup>. Cette question ne devient en effet pertinente qu'en pré-

<sup>1</sup> Avocat au barreau de Bruxelles (Linklaters LLP) et chercheur au Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles (Unités de droit judiciaire et de droit économique).

<sup>2</sup> Arrêt annoté, nos 7 à 13.

<sup>3</sup> Arrêt annoté, n° 21.

<sup>4</sup> Sur pied de l'art. 774, al. 1<sup>er</sup> du Code judiciaire.

<sup>5</sup> Arrêt annoté, n° 20.

<sup>6</sup> Arrêt annoté, nos 23 à 37.

<sup>7</sup> Arrêt annoté, nos 38 et 39.

<sup>8</sup> Cass. 14 avril 2005, *J.L.M.B.* 2005, p. 856 et les observations de G. DE LEVAL; Cass. 18 novembre 2004, *J.T.* 2005, p. 160 et les observations de J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La théorie de la cause en voie de dénouement", pp. 161 et s.; Cass. 22 octobre 1982, *Pas.* 1983, I, 256; Cass. 2 octobre 1968, *Pas.* 1969, I, 132. Voy. dans le même sens: G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 38 et 39, n° 21; H. BOULARBAH, "La cause. Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige", in X., *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil. De respectievelijke rol van rechter en partijen in het burgerlijk geding*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 91 et s., spéc. p. 144, n° 56; E. FAYE, *La Cour de cassation*, Paris, Éd. A. Chevalier-Marescq et Cie, 1903, p. 143, n° 126.

La doctrine traduit souvent ce principe par l'adage "*iura novit curia*" (à ce sujet, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 339 à 351, nos 358 à 369).

<sup>9</sup> Cass. 17 juin 2002, R.G. S.99.0144.F; Cass. 11 mars 2002, R.G. C.01.0308.F; Cass. 1<sup>er</sup> mars 1999, *Bull. Cass.*, n° 122; Cass. 19 juin 1998, *Bull. Cass.*, n° 326; G. DE LEVAL, *Éléments...*, o.c., p. 40, n° 21.

<sup>10</sup> J. STEENLANT, A. VANDERELST et F. WIJCKMANS, "De gewijzigde wet op de mededinging: een tweede kans?", *T.P.R.* 2001, pp. 703 et s., spéc. p. 794, n° 132; S. MAQUET et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, observations sous Liège 14 avril 1995, *Rev. prat. soc.* 1996, n° 6.702, pp. 332 et s., spéc. p. 341, n° 7.

<sup>11</sup> Il n'y a exclusion de contestation qu'en cas de conclusion par les parties d'un accord procédural tendant à exclure l'application d'une règle de droit par le juge saisi (J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, o.c., pp. 773 à 777, nos 1018 à 1023; H. BOULARBAH, "La cause...", o.c., p. 144, n° 56). La jurisprudence récente de la Cour de cassation applique cette condition d'accord procédural de manière très stricte. En effet, il résulte d'un arrêt du 9 mai 2008 qu'un tel accord doit être explicite et qu'il ne peut notamment résulter uniquement d'une concordance des conclusions des parties sur une qualification contractuelle, même lorsque cette concordance est confirmée oralement par un des conseils à l'audience (Cass. 9 mai 2008, R.G. C.06.0641.F).

<sup>12</sup> Tout au plus y aurait-il lieu à application du principe d'équivalence avec les règles nationales d'ordre public. À ce sujet, voy. C.J.C.E. 14 décembre 1995, C-430/93 et C-431/93, *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, Rec.*, I, p. 4.705, nos 13 à 15.

sence d'une règle nationale qui interdirait au juge d'appel de soulever un tel moyen d'office et dont il conviendrait éventuellement d'écarter l'application en vue d'assurer une application effective du droit communautaire<sup>13</sup>.

En l'espèce, l'arrêt annoté me semble avoir suivi le même raisonnement, puisqu'il fonde exclusivement son moyen d'office sur la compétence de la cour d'appel pour appliquer l'article 81 du Traité CE<sup>14</sup>, sur l'applicabilité directe de cette disposition aux litiges entre particuliers, et sur le caractère d'ordre public du droit de la concurrence, qu'il soit belge ou communautaire<sup>15</sup>.

3. À titre de comparaison, le droit néerlandais ne considère pas que ses règles nationales de concurrence relèveraient de l'ordre public<sup>16</sup>. Par rapport à ce droit national, se pose dès lors la question de savoir si le principe d'effectivité du droit communautaire imposerait de considérer que l'article 81 du Traité CE relève de l'ordre public, de sorte que son application peut être soulevée d'office par le juge néerlandais.

La question n'est pas évidente, car le respect du principe d'effectivité doit être analysé tant au regard de l'ensemble de

la procédure nationale<sup>17</sup> que de l'importance de la disposition communautaire pour l'ordre juridique communautaire<sup>18</sup>. Toutefois, il me semble résulter de la jurisprudence communautaire que l'article 81 du Traité CE est une disposition d'une telle importance qu'elle relève de l'ordre public communautaire<sup>19</sup>. Elle peut dès lors être appliquée d'office par le juge néerlandais, sans que celui-ci ne doive pour autant se fonder sur d'autres faits et circonstances que ceux invoqués par les parties<sup>20</sup>, étendre l'objet de la demande<sup>21</sup> ou méconnaître l'autorité de chose jugée d'une décision précédente<sup>22</sup>.

4. La cour d'appel pouvait-elle soulever d'office le moyen de violation du droit de la concurrence, sans prononcer un arrêt de réouverture des débats?

Cette pratique est admise depuis de nombreuses années par la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>23</sup>. Elle est aujourd'hui consacrée par l'article 756ter du Code judiciaire<sup>24</sup>, qui permet au juge de soumettre des questions aux plaideurs lors de l'audience de plaidoiries. Ce "débat interactif" avec le juge peut être l'occasion pour celui-ci d'évoquer d'office des moyens qui n'ont pas été soulevés par les

13. Dans l'affaire *Peterbroeck*, la Cour de justice a considéré que la cour d'appel de Bruxelles devait être autorisée à soulever d'office la question de la violation du droit communautaire, malgré l'expiration du délai imparti au justiciable pour invoquer un grief nouveau tiré de ce droit. La Cour a notamment fondé sa décision sur le fait que la cour d'appel était saisie d'un recours contre une décision de l'administration fiscale et qu'elle constituait dès lors, dans ce contexte procédural, la première juridiction susceptible de poser une question préjudicielle à la Cour de justice (C.J.C.E. 14 décembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS/État belge*, *Rec.*, I, p. 4.599, nos 15 à 21). Ces circonstances diffèrent de celles du cas d'espèce, où la cour d'appel de Bruxelles était saisie d'un appel contre un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles.

14. En vertu de l'art. 6 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité, *J.O. L.* 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

15. Arrêt annoté, n° 22.

16. Voy. T. BAUMÉ et S. JANSSEN, "The Supreme Court of the Netherlands declares that the national provision equivalent to Art. 81 EC is not a provision of public policy and, as a consequence, may not be applied ex officio by Dutch courts (*De gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*)", *e-Competitions* février 2009-II, n° 24.292.

17. En effet, "chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales" (C.J.C.E. 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, précité, n° 14).

18. C.J.C.E. 7 juin 2007, C-222/05 à C-225/05, *J. van der Weerd et autres/Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, *Rec.*, I, p. 4.233, n° 41.

19. Cette qualification a été expressément retenue par la Cour de justice dans son arrêt *Manfredi* (C.J.C.E. 13 juillet 2006, C-295/04 à C-298/04, *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, *Rec.*, I, p. 6.619, n° 31). En outre, elle avait déjà été implicitement annoncée dans des arrêts précédents, selon lesquels "l'article [81] constitue une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur" (C.J.C.E. 20 septembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd/Bernard Crehan*, *Rec.*, I, p. 6.297, n° 20). Dans le même sens, voy. également C.J.C.E. 1<sup>er</sup> juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, *Rec.*, I, p. 3.055, nos 36 à 41; T.P.I.C.E. 27 octobre 1994, T-34/92, *Fiatagri UK Ltd et New Holland Ford Ltd/Commission*, *Rec.*, II, p. 905, n° 39.

Cette qualification de l'art. 81 du Traité CE comme disposition d'ordre public, n'est cependant pas unanimement admise. Elle a notamment été contestée par l'avocat général auprès du Hoge Raad néerlandais (voy. T. BAUMÉ et S. JANSSEN, "The Supreme Court...", *o.c.*, *e-Competitions* février 2009-II, n° 24.292).

20. C.J.C.E. 14 décembre 1995, *van Schijndel*, précité, nos 20 à 22.

21. C.J.C.E. 7 juin 2007, *van der Weerd*, précité, n° 38. En l'espèce, la Cour de justice a confirmé que le droit communautaire n'imposait pas au juge national saisi d'un recours objectif, de procéder à un contrôle d'office de la légalité de l'acte administratif attaqué au regard d'une directive européenne. Bien que la disposition communautaire en cause diffère de l'art. 81 du Traité CE, le principe énoncé par cet arrêt me paraît transposable.

22. C.J.C.E. 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco Swiss*, précité, nos 43 à 48.

23. Cass. 22 décembre 1986, *Pas.* 1987, I, 500; Cass. 6 septembre 1979, *Pas.* 1980, I, 13. Sur cette pratique, voy. également les observations de X. MALENGREAU, "À propos des usages dans les tribunaux. Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile", *J.T.* 2000, pp. 673 et s.

24. Il n'est pas certain que cette disposition, insérée par la loi du 26 avril 2007 (*M.B.* 12 juin 2007, p. 31.626) et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007, était applicable en l'espèce. En effet, il est probable que cette affaire faisait déjà l'objet d'une fixation accordée pour plaidoiries au 1<sup>er</sup> septembre 2007, et que de simples remises ou mises en continuation ne suffisent pas à rendre les nouvelles dispositions applicables (voy. H. BOULARBAH, "Le procès civil accéléré? Entre discours et réalités. Présentation générale et application dans le temps de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire", in X., *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 9 et s., spéc. pp. 32 et 35, nos 50, 52 et 62).

parties<sup>25</sup>, sauf si ces moyens sont exclus par application du principe dispositif<sup>26</sup>.

Si une décision de réouverture des débats n'est pas indispensable pour soulever un moyen d'office, le juge doit toutefois se conformer aux exigences du principe du contradictoire<sup>27</sup>. Il doit dès lors non seulement accorder une remise aux plaideurs, mais également leur permettre de déposer de nouvelles conclusions<sup>28</sup> sur le moyen soulevé d'office<sup>29</sup>. Par analogie, le juge pourrait appliquer le régime de l'article 756bis, alinéa 2 du Code judiciaire, qui permet à une partie de déposer des conclusions en réponse lorsque son adversaire souève de nouveaux moyens lors de l'audience de plaidoiries<sup>30</sup>.

En l'espèce, l'examen de l'arrêt annoté ne permet pas de déterminer si la cour d'appel a respecté le principe du contradictoire. En effet, il semble ressortir de la description de la procédure en degré d'appel, que l'affaire a uniquement été plaidée aux audiences des 9 octobre 2007 et 22 avril 2008, quand bien même elle a également été fixée ou mise en continuation à d'autres audiences<sup>31</sup>. L'arrêt ne constate ni la date de l'audience où le moyen d'office a été soulevé, ni le dépôt éventuel de conclusions sur ce moyen par les parties. Les

constatations de l'arrêt ne permettent donc pas de vérifier si le principe du contradictoire a été respecté dans cette affaire.

5. La cour d'appel pouvait-elle rejeter tant la demande principale que la demande reconventionnelle, et renvoyer ainsi les parties dos à dos?

Là encore, la réponse est affirmative. En effet, la qualification de cartel entraîne de plein droit la nullité absolue du contrat en vertu de l'article 81 § 2 du Traité CE<sup>32</sup>. Or, chacune des parties réclamait exclusivement la réparation du dommage causé par le manquement contractuel de l'autre. Leurs demandes respectives devaient dès lors être rejetées, par application de l'article 1131 du Code civil et de l'adage "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*"<sup>33</sup>.

La cause aurait été plus délicate si l'une des parties avait demandé, fut-ce à titre subsidiaire, la remise des choses dans leur pristin état. Dans ce cas, la cour aurait dû effectuer des appréciations plus subtiles liées à l'application facultative de l'adage "*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*"<sup>34</sup> et à la nullité des contrats à prestations successives<sup>35</sup>. Ces règles me paraissent conformes au droit communautaire. En effet, la

25. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le nouveau droit judiciaire, en principes", in X., *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2007, pp. 325 et s., spéc. p. 428, n° 94.

26. À mon estime, ni la réouverture des débats ni le débat interactif à l'audience de plaidoiries ne permet au juge de soulever d'office des moyens étrangers à l'ordre public qui ont été valablement exclus par les accords procéduraux des parties (voy. J. LINSMEAU et X. TATON, "Le principe dispositif et l'activisme du juge", in X., *Finalité et légitimité du droit judiciaire. Het gerechtelijk recht waarom en waarheen?*, Bruges, la Charte, 2005, pp. 103 et s., spéc. pp. 129 et 130, n°s 57 à 61). La jurisprudence de la Cour de cassation se montre cependant particulièrement souple à cet égard. En effet, dans un arrêt du 3 avril 2006, la Cour a admis qu'un juge "attire l'attention sur l'éventuelle implication de tiers et ordonne la réouverture des débats en vue de permettre aux parties d'appeler ces tiers à la cause" (Cass. 3 avril 2006, C.04.0079.N-C.04.0080.N). Or, l'interdiction pour le juge d'ordonner d'office la mise en cause d'un tiers, constitue un autre aspect du principe dispositif, consacré par l'art. 811 du Code judiciaire. Dans le même sens, voy. également la loi du 22 décembre 2008 (*M.B.* 12 janvier 2009, p. 687) qui permet au juge d'interpeller les parties sur la réduction ou l'augmentation de l'indemnité de procédure.

27. En effet, le droit au procès équitable garanti par l'art. 6 § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme, encadre aussi l'office communautaire du juge national (Y.S. DELICOSTOPOULOS, "L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit", *Justices* 1997, n° 6, pp. 117 et s., spéc. p. 127).

28. En vertu du nouvel art. 748bis du Code judiciaire, ces nouvelles conclusions doivent prendre la forme de conclusions de synthèse, quand bien même les plaideurs ne sont autorisés à introduire de nouveaux arguments qu'au sujet du moyen soulevé d'office par le juge. Sur cette disposition, voy. J. ENGLEBERT, "La mise en état de la cause et l'audience des plaidoiries", in X., *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 73 et s., spéc. pp. 144 à 148, n°s 117 à 127.

29. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le nouveau droit judiciaire...", *o.c.*, p. 429, n° 95 et les arrêts cités de la Cour européenne des droits de l'homme.

30. Sur cette disposition, voy. X. TATON, "Le droit de conclure sur le droit de plaider: une consécration originale qui permet de revenir sur les liens entre conclusions, plaidoiries et droits de la défense" (note sous Cass. 8 novembre 2007), *J.T.* 2008, pp. 233 et s.

31. Arrêt annoté, n° 20.

32. Sur cette cause de nullité, voy. X. TATON, "Le contentieux préjudiciel interne en droit de la concurrence après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003" (note sous Liège 9 septembre 2004 et Bruxelles 23 juin 2005), *R.D.C.* 2006, pp. 648 et s., spéc. p. 657, n°s 23 et 24.

33. Cass. 24 septembre 1976, *Pas.* 1977, I, 101; L. CORNELIS et H. GILLIAMS, "Private parties' entitlement to damages on account of infringements of the competition rules: Belgian law as an example of the 'civil law' approach", in X., *Modernisation of European competition law. The Commission's proposal for a new regulation implementing Articles 81 and 82 EC*, Anvers, Intersentia, 2001, pp. 153 et s., spéc. pp. 166 à 168.

34. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, cet adage est d'application facultative, de sorte qu'en cas de nullité absolue du contrat pour cause illicite, le juge peut refuser d'ordonner les restitutions s'il considère que l'avantage tiré de la nullité pour l'un des cocontractants compromettrait le rôle préventif de la sanction ou quand l'intérêt social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé (Cass. (aud. plén.) 8 décembre 1966, *Pas.* 1967, I, 434 et les conclusions conformes de R. Hayoit de Termicourt; L. CORNELIS et H. GILLIAMS, "Private parties...", *ibid.*, pp. 170 et 171).

35. Pour ces contrats, la résolution n'opère que pour l'avenir si les prestations effectuées ne sont pas susceptibles d'être restituées (S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1958-1995)", *J.T.* 1996, pp. 689 et s., spéc. pp. 744 et 745, n°s 156 et 157). Pour les contrats de fourniture, L. CORNELIS et H. GILLIAMS semblent considérer que les prestations effectuées seraient toujours restituables, à concurrence de la différence entre le prix d'achat des fournitures, d'une part, et la valeur de marché de celles-ci, soit le prix de leur revente à des détaillants ou à des consommateurs, d'autre part (L. CORNELIS et H. GILLIAMS, "Private parties...", *ibid.*, pp. 169 et 170). Cette conception abstraite me paraît trop catégorique. En effet, elle méconnaît le fait que la valeur de marché des fournitures pour l'exploitant peut résulter partiellement d'éléments étrangers au contrat de fourniture, et que cette valeur de marché ne correspond donc pas nécessairement à la valeur de la prestation contractuelle de livraison par le fournisseur. Il me semble que le juge doit privilégier une approche plus concrète, dans laquelle il examine, au regard de l'ensemble des circonstances de fait, s'il est en mesure d'évaluer les prestations contractuelles respectives des parties au moment de leur exécution. Ce n'est que dans cette hypothèse que le juge pourra, à mon sens, ordonner des restitutions réciproques.



Cour de justice a considéré que si une partie est en droit de se prévaloir en justice de la nullité du contrat qu'elle a conclu pour violation de l'article 81 du Traité CE, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le droit national refuse à cette partie le droit d'obtenir des dommages et intérêts de

son cocontractant si elle porte une responsabilité significative dans la distorsion de la concurrence<sup>36</sup>.

La cour d'appel n'était cependant pas saisie d'une telle demande de restitution dans le cas d'espèce.

---

<sup>36</sup> C.J.C.E. 20 septembre 2001, *Courage, précité*, n<sup>os</sup> 24, 28 et 31.