

les membres du personnel nécessaire à l'exploitation de la concession pour le moment où celle-ci se termine... les salaires ne sont incompressibles que pendant la durée du préavis qui doit être octroyé au personnel en droit social; à l'expiration de ces préavis, ces frais deviendraient incompressibles". Ce raisonnement rejoignait presque mot pour mot un arrêt précisément rendu par la cour d'appel de Liège, qui avait estimé que les salaires des travailleurs et leurs accessoires ne pouvaient être des charges incompressibles²³ – arrêt qui avait été critiqué sur ce point par la doctrine²⁴.

La critique a manifestement porté ses fruits, puisque la cour revint en l'espèce sur l'analyse qu'elle avait adoptée précédemment: "[le concessionnaire], pris de court en raison même de l'insuffisance du préavis notifié par [le concédant], n'a eu d'autre choix que de conserver son personnel pour tenter de se relancer... [Par ailleurs, le concessionnaire], dont l'activité s'adresse d'abord à des professionnels, avait tout intérêt à garder à son service un personnel hautement spécialisé pour conserver la confiance de ses cocontractants; si elle avait dès le départ licencié son personnel, elle aurait sans doute perdu une grande partie de sa crédibilité... [Enfin,] l'activité [du concessionnaire] concernait, à concurrence de 33%, l'exploitation d'autres marques. Les membres du personnel [du concessionnaire] n'étaient donc que partiellement affectés à l'exploitation de la concession. La partie de la rémunération des travailleurs correspondant à la part que représentait la concession... dans leur activité est nécessairement incompressible, dans la mesure où le salaire de ces travailleurs ne peut être réduit à concurrence de l'activité perdue".

Thierry Delvaux
Avocat au Barreau de Bruxelles
Collaborateur scientifique de l'Université de Liège

HOF VAN BEROEP LUIK

9 NOVEMBER 2006

EXCLUSIEVE CONCESSIE

Compensatievergoeding

Gaggenau Hausgeräte GmbH/Entreprises Abel Falisse SA
Zet.: R. de Francquen, X. Ghuysen, J.-P. Vlerick, J.-J.

Boussa

Pl.: Mrs. Y. Van Couter, D. Matray

A.R.: 2003/RG/371

²³. Liège 5 mai 1998, R.G. n° 181/96, cité et critiqué par P. KILESTE et P. HOLLANDER, *o.c.*, R.D.C. 2003, n° 89, p. 437.

²⁴. P. KILESTE et P. HOLLANDER, *o.c.*, R.D.C. 2003, n° 89, p. 437. L'arrêt commenté cite expressément cette référence.

In geval van opzegging van de alleenverkoopovereenkomst, rijst de vraag of de personeelskosten bij de berekening van de opzegvergoeding als samendrukbare of niet samendrukbare kosten moeten beschouwd worden. In zijn arrest van 9 november 2006 brengt het hof van beroep te Luik een ommezwaaai in de rechtspraak²⁵ teweeg door te stellen dat het gedeelte van het loon van de werknemers dat overeenstemt met het aandeel dat de concessie vertegenwoordigde in hun activiteit, noodzakelijkerwijs niet-samendrukbaar is, in de mate dat het loon van deze werknemers niet tot de gederfde arbeid kan herleid worden. In casu had de concessionaris er alle belang bij om een hoog gespecialiseerd personeel in dienst te houden teneinde het vertrouwen van zijn medecontractanten te behouden; indien hij van meet af aan zijn personeel had ontslaan, had zijn geloofwaardigheid daar zeker en vast onder geleden.

Thierry Delvaux
Avocat au Barreau de Bruxelles
Collaborateur scientifique de l'Université de Liège

RAAD VOOR DE MEDEDINGING

29 JANUARI 2007

MEDEDINGING

Ondernemingsverenigingen – Geldboetes – Toepassing van artikel 81 EG-Verdrag

MEDE-I/O-04/0072/VZW Fedoba

Zet.: S. Raes, Ch. Huveneers, P. Poma

Zaak nr. 2007-I/O-05

Blaffende honden bijten niet: de federale beslissingen van de Raad van Mededinging

In een beslissing van 29 januari 2007 heeft de Raad voor de Mededinging zich uitgesproken over inbreuken op het Belgisch en het Europees mededingingsrecht door de VZW Fedoba²⁶. Deze ondernemingsvereniging heeft als leden kleine en middelgrote ondernemingen, die overeenkomstig haar statuten, "rechtstreeks of aanverwant in verband staan met doopartikelen, ook in het groot, promotie daaromtrent, verpakking, fabricatie, vertegenwoordiging, uitvoer of invoer, aankoop of verkoop".

²⁵. Kh. Luik 5 mei 1998, A.R. nr. 181/96, geciteerd en besproken door P. KILESTE en P. HOLLANDER, "Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1997 à 2002)", *T.B.H.* 2003, nrs. 81-85, p. 435-436, spec. nr. 89, p. 437.

²⁶. Zaak MEDE-I/O-04/0072: *VZW Fedoba*, B.S. 22 februari 2007, p. 8696.

Fedoba organiseert tweemaal per jaar een vakbeurs voor doopartikelen, chocolade, suikerwaren en verpakkingen, waar groothandelaars deze producten aanbieden aan kleinhandelaars. Als voorwaarde voor lidmaatschap bepaalde artikel 6 van de statuten van de VZW [tot juni 2005] dat het lid gevestigd of gedomiciëerd diende te zijn in België. Het algemeen beursreglement van Fedoba bepaalde in artikel 2 (eveneens tot juni 2005) dat de kandidaat-deelnemer lid moest zijn van Fedoba en dat het bestuur zich het recht voorbehield op elk ogenblik een kandidatuur te weigeren, zonder gehouden te zijn die beslissing te motiveren. Ingevolge deze beperkingen kon een buitenlandse onderneming niet deelnemen aan de tweejaarlijkse vakbeurs, en kon bovendien elke belangstellende voor deelname aan een beurs zonder meer geweigerd worden.

De Raad besloot: (i) dat Fedoba een inbreuk had gepleegd op artikel 2 van de oude WBEM en op artikel 81 van het EG-Verdrag en dit gedurende de periode van 2 december 1999 tot juni 2005²⁷; (ii) dat er geen geldboete kon worden opgelegd wegens deze inbreuk op grond van artikel 36 § 1 van de oude WBEM, dat bepaalt dat geen geldboeten opgelegd kunnen worden ingeval het gaat om een praktijk waarbij alleen kleine en middelgrote ondernemingen betrokken zijn, hetgeen *in casu* het geval bleek te zijn en (iii) dat er daarenboven geen geldboete diende te worden opgelegd voor de periode mei 2004 tot juni 2005 omdat alle voorheen geldende mededingingsbeperkende bepalingen reeds waren geremedieerd. Daarnaast besloot de Raad ook dat aan Fedoba als ondernemingsvereniging geen geldboete kon worden opgelegd omdat de oude WBEM niet voorzag dat ondernemingsverenigingen konden worden gesanctioneerd.

Commentaar

De beslissing van de Raad is merkwaardig. In de beslissing worden een aantal standpunten ingenomen die voor betwisting vatbaar zijn. Het betreft meer bepaald:

1. De schijnbare onmogelijkheid om aan een ondernemingsvereniging een geldboete op te leggen wegens inbreuken op het mededingingsrecht;

2. De [on]bevoegdheid voor de nationale mededingingsautoriteiten om het Europees mededingingsrecht toe te passen vóór 1 mei 2004 op het ogenblik dat Verordening 1/2003 in werking trad.

²⁷. De inbreuk bestond weliswaar sinds 1985, toen Fedoba werd opgericht en vakbeurzen is beginnen organiseren. Slechts de periode die de datum van het instellen van het onderzoek, 2 december 2004, met vijf jaar voorafgaat, kan in aanmerking worden genomen, aangezien het onderzoek geen betrekking mag hebben op feiten die zich langer geleden voordeden, zoals is bepaald in art. 48 § 1 WBEM. De einddatum van de periode van inbreuk, juni 2005, is deze van de bovvermelde wijziging van de statuten en de vervanging van het algemeen beursreglement door het reglement van orde.

3. De beperking van de gepleegde inbreuken in de tijd

4. Het nuttig effect van het Europees mededingingsrecht.

Ondernemingsverenigingen anders beoordeeld dan ondernemingen: waarom?

De Raad voor de Mededinging besluit dat Fedoba als een ondernemingsvereniging moet worden gekwalificeerd en dat de laakbare handelingen van Fedoba als besluiten van een ondernemingsvereniging moeten worden beschouwd. Er liggen duidelijke inbreuken op artikel 2 van de WBEM en op artikel 81 van het EG-Verdrag voor. Doch op basis van het vroegere artikel 36 van de WBEM wordt besloten dat er geen wettelijke grondslag bestond om aan een ondernemingsvereniging geldboetes op te leggen. Op basis van dit artikel konden enkel “de betrokken ondernemingen” worden gesanctioneerd en niet de ondernemingsvereniging zelf, althans de Raad²⁸. Aangezien de deelnemende ondernemingen zelf konden genieten van een vrijstelling op basis van artikel 5 § 1 van de vroegere WBEM bleven de inbreuken onbestraft.

Nochtans is de Raad voor de Mededinging er in het verleden niet voor teruggedeinsd om geldboetes op te leggen aan ondernemingsverenigingen. Bijvoorbeeld, in een beslissing van 21 december 2005, besliste de Raad dat aan de Association sportive automobile francophone [“ASAF”], als ondernemingsvereniging, een symbolische geldboete van € 1.000 werd opgelegd op basis van artikel 36 van de WBEM²⁹. Bovendien kwam de Raad reeds eerder tot het besluit dat “des associations d’entreprises peuvent elles aussi être considérées comme étant des ‘entreprises’, [...], dans la mesure où elles ont elles-mêmes des activités économiques”³⁰. Ook in de zaak Federauto oordeelde de Raad dat “la jurisprudence constante précise davantage que la notion d’entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. Cette jurisprudence consacre l’application d’un critère fonctionnel pour déterminer si une entité est à considérer comme une entreprise aux fins de l’application du droit de la concurrence.

²⁸. Overeenkomstig het toenmalige art. 36 § 1 eerste lid van de WBEM kon de Raad immers, “in geval van toepassing van artikel 31, 1”, geldboeten opleggen “aan elk van de betrokken ondernemingen”. Art. 31, 1 van de WBEM verleende aan de Raad enkel bevoegdheid vast te stellen dat er een restrictieve mededingingspraktijk bestaat. De ondernemingsvereniging is niet vermeld. Bijgevolg kon geen geldboete worden opgelegd aan een ondernemingsvereniging.

²⁹. Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 21 december 2005, nr. 2005-P/K-57, *SPRL Eric Thiry Entreprises en SPRLU Kilt Carburateurs/ASAF*, B.S. 27 februari 2006, p. 10.498.

³⁰. Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 23 oktober 2003, nr. 2003-P/K-85, *SPRL Eric Thiry Entreprises en SPRLU Kilt Carburateurs/ASAF*, B.S. 6 mei 2004, p. 37.058.

S'agissant de la notion d'entreprise, le PEB, bien que constitué sous la forme d'une asbl, est une entreprise en ce sens qu'il exploite, entretient et met à la disposition de tiers, moyennant le paiement d'un loyer, des halls d'exposition du plateau du Heysel.

S'agissant de la notion d'association d'entreprises, l'asbl Federauto se présente comme la Confédération du Commerce et de la Réparation automobiles et des secteurs connexes regroupant 16 groupements professionnels qui sont actifs dans cinq secteurs différents. Les entreprises s'affilient au groupement qui représente le secteur de leur activité principale. Federauto constitue dès lors une association d'entreprises de par la qualité de ses membres.

*Dès lors que les groupements professionnels regroupent des entreprises exerçant des activités économiques, Federauto constitue également une entreprise au sens de l'article 3 de la LPCE. En effet, la circonstance que Federauto n'est pas, elle-même, un opérateur économique sur le marché(s) concerné(s) et que son intervention procède d'une activité normative à l'égard des activités économiques des entreprises, est indifférente pour l'application de l'article 3 de la LPCE dès lors que Federauto est l'émanation des groupements professionnels et des entreprises y affiliées, et qu'elle agit par conséquent sur ce(s) marché(s) par l'intermédiaire de ses membre.*³¹

Deze laatste stelling is conform de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg dat in het arrest *Piau* oordeelde dat nationale verenigingen [het betrof hier sportverenigingen] ondernemingsverenigingen zijn en wegens de economische activiteiten die zij verrichten tevens ondernemingen³².

Vervolgens kan melding worden gemaakt van de boeterichtsnoeren van de Raad waarin expliciet vermeld wordt dat aan ondernemingsverenigingen één globale geldboete kan worden opgelegd indien het onmogelijk zou blijken om de individuele ondernemingen te beteugelen, bijvoorbeeld omdat er ettelijke duizenden aangesloten ondernemingen zouden zijn³³. De vraag rijst waarom de Raad zijn eerdere beslissingspraktijk en zijn boeterichtlijnen *in casu* niet heeft gevolgd.

Gelet op de beschikkingspraktijk van de Raad en zijn boeterichtlijnen is het dus vreemd dat de Raad heeft geoordeeld dat aan Fedoba, als ondernemingsvereniging, geen geldboete kon worden opgelegd.

³¹. Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 21 december 2005, nr. 2005-P/K-58, *SA G. Deslandes/ASBL Parc des Expositions de Bruxelles en ASBL Federauto*, B.S. 27 februari 2006, p. 10503.

³². H.v.J. 26 januari 2005, T-193/02, *Piau*, *Jur.* 2005, II-00209, r.o. 72.

³³. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van de art. 36 tot 39 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, worden opgelegd, B.S. 30 april 2004, p. 36.261 ["Algemene opmerkingen"].

De [on]bevoegdheid van de Raad om de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen vóór 1 mei 2004

De Raad merkt "terloops" op dat "vóór 1 mei 2004, datum van inwerkingtreding van Verordening 1/2003, waren de nationale mededingingsautoriteiten immers niet eens bevoegd om het communautair mededingingsrecht toe te passen [...]". De vraag stelt zich of het hier gaat om een "slip of the pen". Het staat immers reeds decennia vast dat ook de nationale mededingingsautoriteiten de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag kunnen toepassen. Dergelijke mogelijkheid werd voorzien door Verordening 17/62 [art. 9 lid 3] en ook het Europese Hof van Justitie [en nadien het Gerecht van Eerste Aanleg] hebben dit nadien ettelijke malen bevestigd.

Nochtans leidt de Raad uit deze "slip of the pen" verre gaande gevolgen af voor wat de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag betreft. De Raad meent dat gelet op zijn onbevoegdheid om artikel 81 van het EG-Verdrag toe te passen vóór 1 mei 2004, de inbreuk op artikel 81 van het EG-Verdrag in hoofde van Fedoba enkel na deze datum door de Raad kon worden gesanctioneerd en het hierna besproken probleem van het nuttig effect van het Europees mededingingsrecht enkel na deze periode zou gelden. Dit is vanzelfsprekend niet het geval aangezien ook vóór 1 mei 2004 artikel 81 van het EG-Verdrag kon toegepast worden.

Omdat het in het voorliggende geval om een zeer beperkte periode gaat [1 mei 2004 tot juni 2005], besluit de Raad dat er in ieder geval geen geldboete diende te worden opgelegd, ook al omdat Fedoba de inbreuken onmiddellijk had beëindigd. Ook deze beslissing is vreemd. Immers, de onmiddellijke beëindiging van de inbreuk kan hoogstens als een verzachtende omstandigheid worden beschouwd maar vormt op zich geen reden om geen geldboete op te leggen.

De beperking van de gepleegde inbreuken in de tijd – een primeur in mineur?

De Raad voor de mededinging was van oordeel dat de inbreuk weliswaar sinds 1985 bestond maar dat slechts de periode die de datum van het instellen van het onderzoek, 2 december 2004, met vijf jaar voorafging, in aanmerking kon worden genomen, aangezien het onderzoek geen betrekking mag hebben op feiten die zich langer geleden voordeden, zoals is bepaald in artikel 48, §1 WBEM gecoördineerd op 1 juli 1999, dus volgens de bepalingen van de oude WBEM.

De vraag die zich hier stelt is of de Raad voor de Mededinging inzake de toerekening van de gepleegde inbreuk niet had moeten teruggaan tot 1985 aangezien het hier gaar om één voortdurende inbreuk.

Er moet volgens de auteur een onderscheid gemaakt worden tussen de verjaring van de gepleegde inbreuken en de verja-

ring inzake de te volgen procedure.

Het lijkt nuttig om vooraf de relevante bepalingen uit de oude WBEM te citeren.

Artikel 48, §1 van de oude WBEM bepaalde dat het onderzoek slechts betrekking mag hebben op feiten die zich niet langer dan vijf jaar geleden voordeden. De termijn wordt berekend vanaf de datum van de beslissing van de Dienst voor de Mededinging om ambtshalve een onderzoek in te stellen of vanaf de datum van het aanhangig maken van de zaak bij de Dienst.

Artikel 48, §2 van de oude WBEM bepaalde dat de verjaringstermijn met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing vijf jaar is te rekenen vanaf de datum bedoeld bij §1. De verjaring wordt slechts gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen de termijn bepaald in het vorige lid; met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen.

Op basis van deze wetsbepalingen besliste de Raad voor de Mededinging in een vrij groot aantal zaken dat het dossier moest worden geseponeerd omdat er gedurende vijf jaar geen onderzoeksdaten werden gesteld.

Over het niet toerekenen van inbreuken die zich meer dan vijf jaar voor het inleiden van het onderzoek voordeden, werd tot op heden nog geen beslissing genomen. Het gaat hier dus om een primeur, zij het één in mineur. Het is principieel onbegrijpelijk en vanuit het standpunt van het Europese mededingingsrecht onaanvaardbaar om de duur van één voortdurende inbreuk te beperken tot vijf jaar. Dit geeft aan ondernemingen een principiële immuniteit voor inbreuken die zich langer dan vijf jaar voor het starten van het onderzoek voordeden. Het is stellig de vraag of dit de bedoeling was van de wetgever.

Het “nuttig effect” van het Europees mededingingsrecht

De Raad gaat ook in op het nuttig effect van het Europees mededingingsrecht. Krachtens artikel 10 tweede lid van het EG-Verdrag dienen de lidstaten zich te onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag in gevaar kunnen brengen. Eén van die doelstellingen is het totstandbrengen van een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst [art. 3 lid 1, g) van het EG-Verdrag]. De vraag rijst dan ook of de onmogelijkheid om een ondernemingsvereniging te beboeten en, in zoverre de inbreuk ook aan de leden van Fedoba toegerekend zou kunnen worden, de immuniteit voor geldboeten van kleine en middelgrote ondernemingen, niet van die aard zijn dat de vermelde doelstelling van het verdrag erdoor in gevaar wordt gebracht.

Volgens de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie zijn de nationale mededingingsautoriteiten verplicht om

nationale wetgeving die artikel 10 van het EG-Verdrag, samengelezen met artikel 3 lid 1, g) van het EG-Verdrag en de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag schendt, buiten toepassing te laten³⁴. In dit geval zou dat betekenen dat artikel 36 § 1 van de oude WBEM buiten toepassing had moet worden gelaten, in zoverre het ondernemersverenigingen vrijstelt van geldboeten.

Volgens de Raad is de voorliggende zaak echter niet de geschikte zaak om in deze kwestie een standpunt in te nemen. De vraag rijst dan vanzelfsprekend wanneer dat wel het geval zou zijn. Immers, de mogelijkheid om zich over dergelijke principes uit te spreken zal zich niet elke dag aandienen.

De discussie omtrent het nuttig effect van het Europees mededingingsrecht had vermeden kunnen worden indien de Raad zich meer pragmatisch had opgesteld en op basis van zijn eerdere beslissingspraktijk en boetrichtlijnen effectief een geldboete had opgelegd.

Besluit

In een kort bericht in *De Tijd* van 1 februari 2007 werd melding gemaakt van het feit dat de Raad voor de Mededinging de federatie doopartikelen op de vingers had getikt. Inderdaad, over meer dan een berisping gaat het hier niet. Indien de Raad naar de toekomst toe geloofwaardig wil overkomen heeft hij er alle belang bij om krachtadiger op te treden en zich niet te verschuilen achter allerlei dubieuze juridische constructies. De Europese Commissie heeft immers aangevoerd dat kartels zeer zwaar moeten worden bestraft. De positie van de Raad staat hiermee in schril contrast.

Geert A. Zonnekeyn

Advocaat, Vlaemminck & Partners en academisch consulent
Europees Instituut Universiteit Gent

CONSEIL DE LA CONCURRENCE 29 JANVIER 2007

CONCURRENCE

Associations d'entreprises – Amendes – Application de l'article 81 Traité CE

MEDE-I/O-04/0072/VZW Fedoba

Siège: S. Raes, Ch. Huveneers, P. Poma

Affaire n° 2007-I/O-05

Dans une décision du 29 janvier 2007, le Conseil de la con-

³⁴ H.v.J. 9 september 2003, C-198/1, *CIF, Jur.* 2003, I-08055.