

RECHTSLEER

DOCTRINE

MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGLAARDE SECTOREN/DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS RÉGULÉS

Chronique de jurisprudence (2004-2010). 1^{ère} partie – Overzicht van rechtspraak (2004-2010). 1^{ste} deel. Les actions civiles pour infraction au droit de la concurrence – Private handhaving van het mededingingsrecht

Xavier Taton¹, Thomas Franchoo², Niels Baeten³ et Isabel Rooms⁴

Introduction	5
1. De toepassing van het mededingingsrecht door de Belgische hoven en rechtbanken	8
<i>1.1. Algemene begrippen</i>	8
<i>1.2. Horizontale overeenkomsten</i>	11
<i>1.3. Besluiten van ondernemingsverenigingen</i>	13
<i>1.4. Verticale overeenkomsten</i>	16
2. Les conséquences civiles des infractions au droit de la concurrence	21
<i>2.1. L'annulation des accords restrictifs de concurrence</i>	21
<i>2.2. L'annulation des décisions d'associations d'entreprises</i>	26
<i>2.3. Les actions en responsabilité</i>	27
<i>2.4. Les procédures d'arbitrage</i>	30

INTRODUCTION

1. *L'objet de la chronique.* A notre connaissance, la présente étude constitue le premier examen de jurisprudence qui est spécifiquement consacré aux actions introduites devant les cours et tribunaux belges pour violation du droit de la concurrence (*private enforcement*)⁵. Cette situation contraste avec celle qui caractérise la jurisprudence développée par l'autorité belge de concurrence (*public enforcement*), laquelle fait l'objet d'une chronique annuelle depuis plus

1. Maître d'enseignement, Université Libre de Bruxelles (ULB); avocat Linklaters LLP, *Litigation & Arbitration*.

2. Avocat Linklaters LLP, *Competition/Antitrust*.

3. Avocat Linklaters LLP, *Competition/Antitrust*.

4. Avocat Linklaters LLP, *Competition/Antitrust*. Les auteurs remercient leurs collaboratrices Olivia Cuyllits, Caroline Goethals et Sarah Jaques pour leur contribution à la préparation et à la rédaction de cette chronique, ainsi que les nombreux magistrats et greffiers des cours et tribunaux et du Conseil de la concurrence, qui ont communiqué des décisions inédites, et qui ont ainsi rendu cette chronique de jurisprudence plus complète que ce qu'elle aurait pu être en l'absence de leur concours. Comme c'est le cas pour tout examen de jurisprudence, celui-ci est rédigé sur la base des décisions dont les auteurs ont pu prendre connaissance. En l'occurrence, nous avons été en mesure de retracer l'évolution de nombreuses affaires, au fil des décisions interlocutoires et définitives qui ont été successivement prononcées en première instance, en degré d'appel, et dans certains cas, par la Cour de cassation. Dans d'autres affaires, plusieurs étapes du litige nous sont restées inconnues, du fait que les décisions y relatives n'ont pas été publiées et que nous n'avons pas pu y avoir accès, ou encore que les parties n'ont pas poursuivi leur litige. Cette connaissance parcellaire des litiges en cours est inévitable.

5. Certes, l'*Annuaire des pratiques du marché, de la propriété intellectuelle et de la concurrence* et la *Revue de la concurrence belge* publient de nombreux jugements et arrêts, et fournissent régulièrement des annotations relatives à l'application du droit de la concurrence par les cours et tribunaux. Toutefois, ces revues ne proposent pas un exposé systématique de la jurisprudence disponible en la matière.

d'une dizaine d'années⁶.

La réalisation de cette analyse a nécessité une délimitation préalable du sujet, en termes d'objet et de période. Sur le plan matériel, la présente chronique analyse la jurisprudence relative aux pratiques restrictives de concurrence⁷, et n'aborde pas la matière des aides d'Etat⁸. Quant à l'aspect temporel, nous avons limité notre examen aux jugements qui ont été prononcés à partir du 1^{er} janvier 2004. Cette année de départ a été choisie pour deux raisons.

Premièrement, elle correspond à la période de publication du rapport du cabinet d'avocats Ashurst, selon lequel un seul jugement d'un tribunal belge avait accordé des dommages-intérêts pour infraction au droit de la concurrence à cette date⁹. Le Livre Vert de la Commission européenne de décembre 2005 s'est fondé sur ce rapport pour soutenir que le domaine des actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence était dans un état de 'total sous-développement' à l'époque¹⁰.

Deuxièmement, l'année 2004 est également celle de l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003¹¹, qui a favorisé

l'application décentralisée du droit européen de la concurrence par les autorités et par les juridictions nationales¹². L'année 2004 apparaît ainsi comme une période charnière entre une ancienne jurisprudence présentée comme sous-développée, et un nouveau régime plus favorable à l'introduction d'actions civiles pour violation du droit de la concurrence.

2. *L'étendue de la jurisprudence disponible.* Si le rapport Ashurst de 2004 a pu constater un nombre aussi faible de décisions de jurisprudence, c'est parce qu'il a limité, de manière drastique, son champ d'analyse aux seules actions en responsabilité extracontractuelle pour ententes ou abus de position dominante. L'article 1382 du Code civil ne constitue toutefois pas le seul fondement de droit belge permettant d'invoquer des infractions au droit de la concurrence devant les cours et tribunaux. Les actions en cessation d'actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale et les moyens de nullité des accords restrictifs de concurrence avaient déjà permis le développement d'une jurisprudence non négligeable à l'époque¹³.

⁶ J. YSEWYN, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2010", *RCB*, 2011/3, pp. 192 et s.; J. YSEWYN et T. FRANCHO, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2009", *RCB*, 2010/3, pp. 3 et s.; J. YSEWYN, T. FRANCHO et M. DE BACKER, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2008", *RCB*, 2009/3, pp. 11 et s.; J. YSEWYN, T. FRANCHO et T. SNELS, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2007", *RCB*, 2008/3, pp. 12 et s.; J. YSEWYN, *Tien jaar Belgisch Mededingingsrecht. Rechtspraakoverzicht*, Gand, Larcier, 2008.

⁷ La chronique fera également état d'une action en référé concernant une affaire de concentration d'entreprises non encore déclarée admissible (voy. la deuxième partie de la chronique à paraître dans un prochain numéro de cette revue).

⁸ En matière d'aides d'Etat, voy. notamment: J. DERENNE et M. SMEETS, "Chronique 'Aides d'Etat'. Application des règles sur les aides d'Etat dans des affaires concernant la Belgique (juridictions belges et européennes, Commission européenne). Années 2009 et 2010", *RCB*, 2011/2, pp. 100 et s.; J. DERENNE, "Juge national et récupération d'aide illégale: enseignements des arrêts 'CELF I & II'" (note sous CJUE 12 février 2008 et 11 mars 2010), *RDC-TBH* 2010, 673 et s.; L. GOOSSENS, "De terugbetaling van bijdragen ter financiering van in strijd met artikel 88 van het EG-Verdrag verleende steun. Ten geleide bij Hof van Cassatie 5 december 2008, AR C.07.0145.N", *RCB*, 2009/2, pp. 73 et s.; J. DERENNE, "L'affaire Fortis: décision de la Commission du 3 décembre 2008 et arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 12 décembre 2008 (aspects relatifs aux aides d'Etat)", *RCB*, 2009/2, pp. 24 et s.

⁹ D. WAELBROECK, K. CHERRETTÉ et A. GERTH, "Belgium" in D. WAELBROECK, D. SLATER et G. EVEN-SHOSHAN, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Ashurst, 31 août 2004, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/belgium_en.pdf, p. 1.

¹⁰ Livre Vert de la Commission européenne du 19 décembre 2005 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM(2005) 672 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:FR:PDF>, p. 4. A la suite de ce document, la Commission européenne a publié un Livre Blanc en 2008 (Livre Blanc du 2 avril 2008 sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM(2008) 165 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:FR:PDF>) et a maintenu son projet d'initiative législative dans le domaine des actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence (Annexe à la Communication de la Commission du 15 novembre 2011 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, "Programme de travail de la Commission pour l'année 2012", COM(2011) 777 final/2, p. 3, http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp2012_annex_fr.pdf).

¹¹ 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, *JOCE* L. 1, 4 janvier 2003, p. 16.

¹² Sur ce règlement entré en vigueur le 1^{er} mai 2004, voy. notamment: D. WAELBROECK, "Le régime des pratiques restrictives de concurrence et le règlement (CE) 1/2003 relatif à l'application des articles 81 et 82 du traité CE" in A. PUTTEMANS (coord.), *Aspects récents du droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 1 et s.; D. SZAFRAN, "Incidences en droit belge du règlement 1/2003 sur le régime des pratiques restrictives de concurrence et du règlement 139/2004 sur le régime des concentrations" in *ibid.*, pp. 101 et s.; L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004; J.S. VENIT, "Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty", *CML Rev.* 2003, pp. 545 et s.; H. NYSENS, "Le règlement 1/2003 CE: vers une décentralisation et privatisation du droit de la concurrence", *RDC-TBH* 2003, pp. 286 et s.; E. PAULIS et C. GAUER, "La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité", *JTDE* 2003, pp. 65 et s.; J.-F. BELLIS, "Les défis de la modernisation du droit européen de la concurrence", *JTDE* 2003, pp. 73 et s.

¹³ Voy. notamment: Bruxelles 4 mai 1998, *JTDE* 1998, p. 161 (abrégé); Bruxelles 23 novembre 1995, *AJT* 1996-97, p. 100, et la note de L. GEELHAND et P. L'ECLUSE, "'Officieel' distributiesysteem en parallelle handel: een gespannen verhouding met wisselende kansen", pp. 107 et s.; Comm. Bruxelles 28 novembre 1995, *JTDE* 1996, p. 138 (abrégé); Prés. Comm. Bruxelles 24 janvier 1995, *D.A. O.R.* 1995, livre 35, p. 65, et la note de J. BILLIET, "De billijke schadevergoeding bij beëindiging van automobielconcessies van bepaalde duur herbekeken vanuit een Europese invalshoek", pp. 69 et s.; Comm. Bruxelles 28 janvier 1994, *JLMB* 1994, p. 1262, et les observations de H. MONET, "L'application de l'article 85 du Traité CE par les juges nationaux en coopération avec la Commission", pp. 1265 et s.; Prés. Comm. Nivelles 4 novembre 1982, *RDC-TBH* 1983, p. 472, et la note de A. SPIRITUS-DASSESE, p. 477.

Cette première édition de la chronique couvre la jurisprudence prononcée pendant une période de sept années, c'est-à-dire de 2004 à 2010. Pendant la période examinée, nous avons recensé plus d'une centaine d'arrêts, de jugements et d'ordonnances qui ont été rendus, selon les cas, dans des procédures ordinaires, comme en référé, en référé, sur requête unilatérale, sur demande d'annulation de sentences arbitrales, ou encore dans le cadre de contentieux particuliers liés aux décisions d'ordres professionnels. Le droit de la concurrence a ainsi investi la pratique judiciaire belge dans un grand nombre d'arrondissements, avec des degrés de pénétration divers selon les juridictions concernées.

3. L'évolution de la législation pendant la période examinée. Deux modifications importantes ont affecté la législation applicable pendant la période examinée.

Au niveau européen, le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 est entré en vigueur en date du 1^{er} décembre 2009¹⁴. Ce changement est toutefois purement formel en ce qui concerne les règles de concurrence. En effet, les dispositions des anciens articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne¹⁵ ont été reprises dans les nouveaux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après 'TFUE/VWEU'). Dans cette chronique, nous utiliserons généralement la nouvelle numérotation, même pour les affaires antérieures à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

Au niveau belge, les lois coordonnées du 1^{er} juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique¹⁶ ont été remplacées, en date du 1^{er} octobre 2006, par une nouvelle loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique¹⁷ (ci-après 'LPCE/WEM'). Si les dispositions substantielles des articles 2 et 3 de la LPCE n'ont pas été modifiées, la structure procédurale du contentieux belge de la concurrence a connu une évolution non négligeable. En effet, l'ancien contentieux préjudiciel obligatoire en application de la LPCE devant la cour d'appel de Bruxelles¹⁸, a été remplacé par un contentieux préjudiciel facultatif en inter-

prétation de la LPCE devant la Cour de cassation¹⁹. Jusqu'en 2006, toutes les affaires dont l'issue dépendait de l'application de la LPCE passaient, en règle, par une phase préjudicielle devant la cour d'appel de Bruxelles. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. L'ancien contentieux préjudiciel a suscité de nombreuses questions de procédure²⁰, qui sont aujourd'hui dépassées et qui ne seront pas examinées dans la présente chronique.

4. La structure générale de la chronique. L'analyse de la jurisprudence disponible est divisée en deux chapitres au sein de la présente chronique.

Le premier chapitre est consacré au droit matériel de la concurrence, et examine les raisonnements suivis par les cours et tribunaux pour décider de l'existence ou de l'absence d'une infraction au droit de la concurrence (voy. ci-dessous, le chapitre 1).

Le deuxième chapitre est consacré à l'application des règles de droit privé et de droit de la procédure aux litiges en matière de concurrence. Elle analyse les décisions disponibles dans lesquelles les cours et tribunaux ont soit rejeté les allégations de pratiques restrictives pour des motifs ne relevant pas du droit de la concurrence (questions de compétence, de procédure, de charge de la preuve, etc.), soit statué sur les conséquences civiles des infractions déclarées établies (voy. ci-dessous, le chapitre 2).

Nous avons choisi cette structure bipartite, car elle permet de proposer une lecture croisée de la jurisprudence des cours et tribunaux belges selon deux optiques différentes, celle du droit matériel de la concurrence d'une part, et celle du droit de la procédure et du droit privé d'autre part²¹.

Comme le droit de la concurrence reste actuellement de la compétence du législateur fédéral²², il nous a semblé opportun de rédiger cette chronique sous le format d'un texte bilingue, de sorte que le premier chapitre propose l'analyse concurrentielle en néerlandais et que le deuxième chapitre examine l'application du droit privé en français.

14. Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *JOUE* C. 306, 17 décembre 2007, p. 1.

15. Dans sa version consolidée issue du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, *JOCE* C. 340, 10 novembre 1997, p. 173.

16. *MB* 1^{er} septembre 1999, p. 32.315.

17. *MB* 29 septembre 2006, p. 50.613. Sur cette nouvelle législation, voy. notamment: A. PUTTEMANS, "Le nouveau droit belge de la concurrence est-il vraiment arrivé?" in A. PUTTEMANS (coord.), *Actualité du droit de la concurrence*, UB³, vol. 13, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1 et s.; J. CAPIAU et K. MARCHAND, "De nieuwe Belgische Mededingingswet. Een eerste commentaar", *NJW* 2006, pp. 822 et s.; F. WIJCKMANS, "De Nieuwe Belgische mededingingswet", *RW* 2006, pp. 622 et s.; G.A. ZONNEKEYN et D. SMEETS, "De hervorming van de Belgische mededingingswet: een nieuwe start of een gemiste kans?", *RDC-TBH* 2006, 902 et s.

18. Art. 42 et 42bis des lois coordonnées du 1^{er} juillet 1999.

19. Art. 72 et 73 de la LPCE. Aucune question préjudicielle n'a été posée à la Cour de cassation dans le cadre d'une procédure civile au cours de la période examinée.

20. Pour un dernier état de ces questions, voy. X. TATON, "Le contentieux préjudiciel interne en droit de la concurrence après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003" (note sous Bruxelles 23 juin 2005), *RDC-TBH* 2006, 648 et s., et les références citées.

21. La présentation implique toutefois un risque inévitable de répétitions, dû au fait que les mêmes affaires sont examinées au sein des deux chapitres de la chronique. Nous avons toutefois tenté d'éviter ces répétitions dans la mesure du possible.

22. Art. 6, § 1^{er}, VI, al. 5, 4^o de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, *Pasin.* 1980, p. 790.

5. *La division de la première édition de la chronique.* L'importance de la jurisprudence commentée nous a obligés à diviser cette première édition de la chronique en deux parties publiées séparément.

La première partie, publiée ci-dessous, examine les actions introduites pour accords restrictifs de concurrence contraires

à l'article 101 du TFUE et/ou à l'article 2 de la LPCE (voy. le chapitre 1), ainsi que la jurisprudence prononcée dans le cadre des procédures ordinaires, à l'exclusion des procédures en référé ou en cessation (voy. le chapitre 2). Les autres aspects seront traités dans une deuxième partie de la chronique, à paraître dans un prochain numéro de cette revue²³.

1. DE TOEPASSING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT DOOR DE BELGISCHE HOVEN EN RECHTBANKEN

6. *Inleiding.* Dit hoofdstuk gaat eerst na hoe de Belgische hoven en rechtbanken een aantal mededingingsrechtelijke sleutelbegrippen interpreteren. Vervolgens bespreken we de Belgische rechtspraak inzake horizontale overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen en verticale overeenkomsten. Waar relevant onderzoeken we eveneens hoe deze uitspraken zich verhouden met het Europees recht ter zake.

1.1. Algemene begrippen

7. *Verhouding tussen de mededingingsregels en de 'eerlijke marktpraktijken'.* In het overgrote deel van de hier besproken zaken beroepen eisers zich zowel op het handelspraktijkenrecht²⁴ als op de WEM. In de Belgische rechtspraak is het niet altijd even duidelijk hoe 'eerlijke marktpraktijken' en 'restrictieve mededingingspraktijken' zich tot elkaar verhouden. Artikel 95 WMP en de artikelen 2 en/of 3 WEM worden vaak gezamenlijk aangevoerd en zonder duidelijk onderscheid behandeld.

Hier speelt de theorie van de 'onwettige mededinging' een belangrijke rol. Volgens vaste cassatierechtspraak is elke schending van een wettelijke of reglementaire bepaling die kadert in de uitoefening van het beroep een met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad²⁵. Op basis van deze theorie kan, in de praktijk vaak middels een stakingsvordering op grond van de WMP, opgetreden worden tegen een schending van het Belgisch of Europees mededingingsrecht²⁶. Het Hof van Cassatie besloot evenwel dat de WEM een beperkende

werking heeft voor wat betreft restrictieve mededingingspraktijken²⁷. Dit houdt in dat een praktijk die geen inbreuk vormt op de mededingingsregels, niet alsnog kan worden gesanctioneerd op basis van de WMP, tenzij de praktijk op basis van een andere grond een oneerlijke marktpraktijk vormt²⁸.

Wij zullen ons in deze bijdrage enkel toespitsen op de mededingingsrechtelijke aspecten van de onderzochte uitspraken.

8. *Merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel.* Naast de toepassing van de WEM is de Belgische rechter op grond van Verordening 1/2003 gehouden de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen²⁹. Deze artikelen zijn toepasselijk wanneer er een merkbare beïnvloeding van de handel tussen de EU-lidstaten mogelijk is. Volgens de relevante richtsnoeren van de Europese Commissie ('Commissie') moeten daarbij drie elementen in rekening worden gebracht: (i) het begrip 'handel tussen de lidstaten'; (ii) het begrip 'kunnen beïnvloeden'; en (iii) het begrip 'merkbare beïnvloeding'³⁰. Indien deze elementen cumulatief aanwezig zijn, zal de rechter de Europese mededingingsregels (naast de Belgische) moeten toepassen. Wanneer dit niet het geval is, kan de rechter zich beperken tot een beoordeling op basis van het Belgisch mededingingsrecht.

Het begrip 'merkbare beïnvloeding' moet worden onderscheiden van de inhoudelijke merkbaarheidsvereiste (zie *infra*, nr. 9). Merkbare beïnvloeding heeft betrekking op de vraag of het Europees recht al dan niet van toepassing is. De merkbaarheidsvereiste betreft een inhoudelijke beoordeling

²³ Comme le critère de répartition n'est pas identique pour les deux chapitres, le premier chapitre traite aussi des aspects de droit matériel de la concurrence concernant certaines affaires en cessation ou en référé, tandis que le deuxième chapitre mentionne des questions de procédure et de droit privé issues d'affaires pour abus de position dominante.

²⁴ Het betreft de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument ('WHPC') (BS 29 augustus 1991, p. 18.712). Deze wet werd recent vervangen door de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming ('WMP') (BS 12 april 2010, p. 20.803).

²⁵ Cass. 31 januari 2002, AR C.01.0201.N, *Arr.Cass.* 2002, 313, *Jb.Hand.Med.* 2002, 414, *RW* 2002-03, 699, concl. G. Dubrulle, noot R. STEENNOT, *RDC-TBH* 2002, 281, noot J. WINTER; Cass. 2 mei 1985, RG 4515, *Arr.Cass.* 1984-85, 1188, *JT* 1986, 438, *Pas.* 1985, I, p. 1081, *RDC-TBH* 1985, 631, noot I. VEROUWSTRAETE.

²⁶ D. MERTENS, "Onrechtelijke mededinging. Artikel 95 WMP" in JURA FALCONIS (ed.), *De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 101-104.

²⁷ Cass. 7 januari 2000, AR C.99.0233.N, *Arr.Cass.* 2000, 40.

²⁸ D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 21-23. Zie verder H. DE BAUW en C. VERDONCK, "Mededingingsrecht als instrument van herstel en verweer in geschillenbeslechting" in Y. MONTANGIE (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 129.

²⁹ Art. 3 Verordening (EG) nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het verdrag ('Verordening 1/2003'), *Pb.L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1.

³⁰ Mededeling van de Europese Commissie van 27 april 2004 inzake "richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de art. 81 en 82 van het verdrag", *Pb.C.* 27 april 2004, afl. 101, 81.

waarbij overeenkomsten tussen ondernemingen die bepaalde marktaandeeldrempels niet overschrijden, geacht worden de mededinging niet merkbaar te beperken en dus geacht worden geen inbreuk uit te maken op het mededingingsrecht. Deze beoordeling is zowel voor het Europees als voor het Belgisch mededingingsrecht belangrijk en staat dus los van de huidige vraag.

Het onderscheid tussen merkbare beïnvloeding en merkbaarheid zorgt soms voor verwarring in de Belgische rechtspraak. In een arrest van 29 september 2004 ging het hof van beroep van Brussel na of het verbod, opgelegd door een ondernemingsvereniging aan haar leden om deel te nemen aan bepaalde beroepsbeurzen, de interstatelijke handel merkbaar beïnvloedde³¹. Het hof stelde dat de intracommunautaire handel was aangetast, maar besloot dat deze aantasting niet merkbaar was ten aanzien van de intracommunautaire mededinging. Op basis van artikel 3 (2) van Verordening 1/2003 concludeerde het hof dat het Belgisch recht dan ook niet van toepassing kon zijn. Het hof verwarde hier echter de begrippen ‘merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten’ en de ‘merkbaarheid van de inbreuk op de mededinging’. De bevinding van het hof dat de tussenstaatse handel was aangetast, kan worden gevolgd. Bijgevolg diende het hof het Europees mededingingsrecht toe te passen. In een volgende stap had het hof moeten oordelen over de merkbaarheid van de inbreuk op de relevante markt, en niet op de ‘intracommunautaire mededinging’ zoals hier gebeurde. In feite stelde het hof door zijn analyse inzake de impact op de ‘intracommunautaire mededinging’ zijn eigen eerder besluit inzake de toepassing van het Europees recht in vraag. Deze redenering leidt in ieder geval tot de verkeerde conclusie. Ofwel was het Europees recht van toepassing, en dan diende het hof de merkbaarheid te toetsen ten aanzien van de relevante markt en niet de ‘intracommunautaire mededinging’. Ofwel was het Europees recht niet van toepassing, en dan was het aan het hof om alsnog het Belgisch recht toe te passen en in dit kader na te gaan of er een merkbare beperking van de mededinging op de relevante markt voorlag.

Na dit arrest, dat in de rechtsleer nogal wat commotie teweeg bracht³², maakte het hof in twee latere arresten wel een cor-

recte analyse, waarbij het vooreerst vaststelde dat de handel tussen de lidstaten op een merkbare wijze werd beïnvloed en vervolgens onderzocht of de mededinging op een merkbare wijze werd beperkt³³.

Toch blijft de verwarring. Nog al te vaak laat de Belgische rechter na te onderzoeken of de handel tussen lidstaten is beïnvloed en beperkt hij zich tot een toetsing van de merkbaarheidsvereiste³⁴. In andere gevallen doet de rechter bij de beoordeling van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel verkeerdelijk een beroep op de regels omtrent de merkbaarheidsvereiste. Aldus maakt de rechter de toepassing van het Europees recht afhankelijk van de merkbaarheidsvereiste en niet, zoals zou moeten, van de vraag of de overeenkomst of gedraging de tussenstaatse handel merkbaar zou kunnen beïnvloeden³⁵. Voor zover de rechter (verkeerdelijk) het Belgisch recht toepast in plaats van het Europees recht, berokkent deze verwarring in de praktijk wellicht geen schade. Wanneer echter, zoals door het hof van beroep te Brussel in 2004, geen van beide regimes wordt toegepast, is er wel een probleem.

9. Merkbaarheidsvereiste. Opdat een aantasting van de mededinging strijdig zou zijn met artikel 2(1) WEM en/of artikel 101(1) VWEU moet de aantasting merkbaar zijn. Verwaarloosbare of onbeduidende effecten vallen dus niet onder het verbod. Of de mededinging merkbaar is beperkt, hangt af van het geheel van de feitelijke en juridische gegevens die eigen zijn aan de uitvoering van de overeenkomst³⁶. De merkbaarheidstoets werd door de Commissie geconcretiseerd in haar *De Minimis* Bekendmaking aan de hand van bepaalde marktaandeeldrempels³⁷. De *De Minimis* Bekendmaking is niet van toepassing op overeenkomsten die ‘harde kern’-beperkingen bevatten (los van de marktaandeeldrempels). In zulke gevallen kan de toepassing van artikel 101(1) VWEU niet worden uitgesloten op basis van de *De Minimis*-regeling³⁸.

De Belgische rechtspraak bevestigt dat aan artikel 2(1) WEM een identieke draagwijdte moet worden gegeven als aan artikel 101(1) VWEU³⁹. Ook het concept ‘merkbare beperking van de mededinging’ moet dus op dezelfde wijze

³¹. Brussel 29 september 2004, *RW* 2004-05, 1627.

³². J. YSEWYN en T. SNELS, “Merkbare beperking van de mededinging, merkbare beïnvloeding van de handel en verdeling van bevoegdheden, Een Babylonische spraakverwarring”, *RW* 2004-05, 1629-1631; G.A. ZONNEKEYN, “Verordening 1/2003 – Merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten”, *RDC-TBH* 2005, 106-108.

³³. Brussel 10 november 2005, *TBM* 2006, afl. 4, 297-306, *Jb.Hand.* 2006, 896-914; Brussel 23 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 760-780.

³⁴. Antwerpen 25 mei 2009, *Jb.Hand.* 2009, 998; Antwerpen 14 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 784-800, *TBM* 2006, afl. 4, 328-329; Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 816-831; Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 789-803; Brussel 23 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 760-780.

³⁵. Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773-783, § 10-18; Gent 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 899, noot H. BUREZ, *RCB* 2008, 2; Gent 3 februari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 850-881, § 2.

³⁶. Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773-783, § 11.

³⁷. Bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81, lid 1 van het EG-Verdrag, *Pb.C.* 22 december 2001, afl. 138, 13 (*De Minimis* Bekendmaking).

³⁸. Het gaat onder meer om overeenkomsten tussen concurrenten waarbij verkoopprijzen worden vastgelegd, de productie of de verkoop wordt beperkt en/of markten of klanten worden toegewezen. Wat betreft overeenkomsten tussen niet-concurrenten (verticale overeenkomsten) gaat het o.m. om het verbieden van passieve verkopen buiten het toegewezen territorium in het kader van een exclusief distributiesysteem (zie randnr. 31) en het vaststellen van de wederverkoopprijs (zie nr. 33). Zie verder punt 11 van de *De Minimis* Bekendmaking.

³⁹. Gent 3 februari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 850-881, § 4; Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773-783, § 19.

worden ingevuld. In de meerderheid van de gevallen past de rechter de drempels bepaald in de *De Minimis* Bekendmaking dan ook gewoon toe⁴⁰. Wel nuanceerde het hof van beroep van Antwerpen dat “*het niet noodzakelijk zo is dat indien de drempels overschreden zijn de mededinging hierdoor merkbaar beïnvloed wordt*”⁴¹.

De merkbaarheidsvereiste was vaak aan de orde in het kader van verticale overeenkomsten, voornamelijk in het kader van brouwerijcontracten met een exclusieve afnameclausule⁴². Daarbij ging de rechter na of parallelle netwerken van overeenkomsten met soortgelijke bepalingen cumulatief tot marktafsluiting leidden. Op basis van de *De Minimis* Bekendmaking werd dan getoetst of (i) het marktaandeel van de betrokken partijen de 5%-drempel overschreed en of (ii) meer dan 30% van de relevante markt werd beheerst door soortgelijke overeenkomsten, met name de grens waaronder een cumulatief afschermingseffect onwaarschijnlijk wordt geacht.

10. Ondernemingsbegrip: algemeen. Het ondernemingsbegrip in het Belgisch mededingingsrecht sluit nauw aan bij de opvatting die het Hof van Justitie op Europees niveau heeft ontwikkeld.

In een arrest van 25 januari 2005 boog het hof van beroep van Brussel zich over de vraag of een ziekenfonds ook als onderneming in de betekenis van artikel 2(1) WEM dient te worden opgevat⁴³. Het hof stelde vast dat het begrip ‘onderneming’ in het Belgisch mededingingsrecht dezelfde betekenis moet krijgen als in het Europees recht. Vervolgens dringt zich een onderscheid op tussen de economische activiteiten⁴⁴ en de niet-economische activiteiten van ziekenfondsen, waarbij deze laatste gebaseerd zijn op het principe van solidariteit⁴⁵. In casu leidde dit tot de conclusie dat de statutaire dienst ‘tegemoetkoming bij orthodontische behandeling’ van de Christelijke Mutualiteit Antwerpen geen economische activiteit is en dus niet aan de mededingingsregels is onderworpen.

Het Hof van Cassatie, vervolgens, oordeelde op 22 december 2005 dat, in overeenstemming met de rechtspraak van

het Hof van Justitie, advocaten ondernemingen zijn in de zin van artikel 2(1) WEM, en de Orde van Vlaamse Balies dus als ondernemingsvereniging moet worden beschouwd⁴⁶. Deze rechtspraak is een mooie illustratie van de eenheid van het ondernemingsbegrip die bestaat in het Belgisch en Europees mededingingsrecht. Het Hof van Cassatie volgt namelijk exact dezelfde redenering als het Europees Hof van Justitie in het arrest *Wouters* van 19 februari 2002⁴⁷. Eerder kende deze Europese rechtspraak inzake het ondernemingsbegrip en de advocatuur reeds navolging in een arrest van het Hof van Cassatie van 25 september 2003⁴⁸.

Dat brengt ons terug bij het hof van beroep van Brussel dat in een arrest van 31 januari 2006 onderzocht of de Hoge Raad voor de Diamant (‘HRD’) een onderneming was⁴⁹. Het hof stelde vast dat de ‘Diamond office’, een onderdeel van de HRD, een activiteit van openbare orde uitoefent, waardoor deze activiteit niet aan de mededingingsregels is onderworpen. De HRD, met uitzondering van de ‘Diamond Office’, kan echter wel degelijk als onderneming worden beschouwd. In zijn beoordeling verwees het hof naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat eerder al had aangegeven dat het mogelijk is dat eenzelfde entiteit zowel activiteiten kan uitoefenen als onderneming en als overheidsinstantie⁵⁰.

Tot slot beoordeelde de rechtbank van eerste aanleg van Brussel op 1 juni 2010 een beweerde inbreuk op artikel 101 VWEU in het kader van het verlenen van vergunningen voor de platformafhandeling op de luchthaven van Zaventem⁵¹. De vraag rees of BIAC/BAC, dat de wettelijke bevoegdheid heeft deze vergunningen te verlenen, als een onderneming moet worden beschouwd. De rechtbank oordeelde dat BIAC/BAC bij de keuze van de platformafhandelaars enkel handelt in de uitvoering van haar wettelijke opdracht. Daar dit geen economische activiteit omvat, werd geoordeeld dat het mededingingsrecht niet van toepassing was.

11. Fysieke persoon als onderneming. In een arrest van 7 oktober 2008 van het hof van beroep te Brussel is de vraag aan de orde of een fysieke persoon als onderneming kan

⁴⁰. Antwerpen 25 mei 2009, *Jb.Hand.* 2009, 998; Antwerpen 14 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 784-800, *TBM* 2006, afl. 4, 328-329; Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773-783, § 19; Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 816-831; Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 789-803; Brussel 23 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 760-780. Zonder verwijzing naar de *De Minimis* Bekendmaking, maar wel met toetsing of de aantasting merkbaar is: Brussel 10 november 2006, *TBM* 2006, afl. 4, 297-306, *Jb.Hand.* 2006, 896-914.

⁴¹. Antwerpen 14 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 784-800, *TBM* 2006, afl. 4, 328-329.

⁴². Gent 3 februari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 850-881, § 4; Antwerpen 25 mei 2009, *Jb.Hand.* 2009, 998-1028, § 4-5; Antwerpen 14 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 784-800, *TBM* 2006, afl. 4, 328-329; Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773-783, § 21; Brussel 23 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 760-780, § 24. Brussel 25 januari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 743, § 4-9.

⁴³. HvJ, C-67/96, *Albany* [1999], *Jur.*, I, 5751; HvJ, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* [1995], *Jur.*, I, 4013.

⁴⁴. HvJ, C-437/09, *AG2R Prévoyance* [2011], *onuitg.*; HvJ, C-350/07, *Kattner Stahlbau* [2009], *Jur.*, I, 1513; HvJ, C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *AOK Bundesverband* [2004], *Jur.*, I, 2493; HvJ, C-218/00, *Cisal* [2002], *Jur.*, I, 691; HvJ, C-159/91 en C-160/91, *Poucet et Pistre* [1993], *Jur.*, I, 637.

⁴⁵. Cass. 22 december 2005, AR C.04.0434.N, *RDJP* 2006, 137, noot S. VOET.

⁴⁶. HvJ, C-309/99, *Wouters e.a. / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002], *Jur.*, I, 1577.

⁴⁷. Cass. 25 september 2003, AR C.03.0139.N, *Jb.Hand.* 2003, 846.

⁴⁸. Brussel 31 januari 2006, *Jb.Hand.* 2006, 762, § 15-33.

⁴⁹. HvJ, C-82/01 P, *Aéroports de Paris / Commissie* [2002], *Jur.*, I, 9297; HvJ 118/85, *Commissie / Italië* [1987], *Jur.*, 2599.

⁵⁰. Rb. Brussel 1 juni 2010, *TBM* 2010, afl. 4, 61.

worden beschouwd⁵². Het hof besloot dat dit mogelijk is indien en voor zover deze persoon zich op onafhankelijke wijze toelegt op een economische activiteit. Daarvoor baseerde het hof zich op de definitie van een onafhankelijke onderneming zoals gehanteerd in de Europese rechtspraak⁵³. In casu besloot het hof dat een vennoot-zaakvoerder van een cvba geen onafhankelijke onderneming was.

12. Ondernemingsvereniging: algemeen. Het begrip ondernemingsvereniging levert weinig discussie op in de Belgische rechtspraak. Indien vaststaat dat de leden ondernemingen zijn, is de vereniging die de leden groepeerd logischerwijze een ondernemingsvereniging (bv. Orde van Advocaten⁵⁴, Orde van Apothekers⁵⁵, Algemene Pharmaceutische Bond⁵⁶, Associatie van Interieurarchitecten⁵⁷, Beroepsvereniging van Verzekeringsondernemingen ('BVVO')⁵⁸, Belgische Federatie van de Auto- en Tweewielerindustrie ('FEBIAC')⁵⁹, Koninklijke Belgische Duiweliefhebbersbond⁶⁰, VZW Belgische Foto- en Filmpers⁶¹).

13. Beroepsordes. Ook beroepsordes zijn ondernemingsverenigingen. Het arrest van het Hof van Cassatie van 27 april 2007 illustreert dit wat betreft de Orde van Architecten⁶². Het Hof stelde vast dat er een wettelijke verplichting bestaat zich aan te sluiten bij de Orde. Bovendien heeft de overheid de Orde opgedragen een deontologische code op te maken en deze voorschriften te doen naleven. Deze wettelijke opdracht staat er echter niet aan in de weg dat de Orde een ondernemingsvereniging is die moet voldoen aan de bepalingen van de WEM. Een besluit van een orgaan van de Orde dat aan de leden beperkingen oplegt in de uitoefening van hun economische activiteit kan, als besluit van een ondernemingsvereniging, strijdig zijn met het mededingingsrecht.

1.2. Horizontale overeenkomsten

14. Inleiding. De Belgische hoven en rechtbanken hebben zich de voorbije jaren herhaaldelijk uitgesproken over restrictieve praktijken tussen concurrenten. We bespreken hieronder de rechtspraak inzake marktverdelende afspraken (zie nr. 15), niet-concurrentiebedingen in horizontale overeenkomsten (zie nr. 16) en onderling afgestemde feitelijke

gedragingen (zie nr. 17). Besluiten van ondernemingsverenigingen behandelen we afzonderlijk omwille van de veelheid aan rechtspraak (zie deel 1.3.).

15. Marktverdeling. Ons onderzoek identificeerde twee gevallen waarin de Belgische rechters een horizontale overeenkomst met een duidelijke marktverdelende strekking voorgelegd kregen. Niettemin voerden de partijen in geen van beide zaken een inbreuk op het mededingingsrecht aan. De partijen vorderden telkens enkel op privaatrechtelijke gronden wegens contractuele wanprestatie. Het was in beide zaken de rechter die ambtshalve een mogelijke schending van het mededingingsrecht opwierp.

Een eerste zaak betrof een samenwerkingsovereenkomst tussen Cosmos en Uitgeverij Soflash, uitgevers en distributeurs van publiciteitsmagazines in de provincie Limburg. In 2003 sloten zij een samenwerkingsovereenkomst waarin Soflash het alleenrecht werd toebedeeld om in de regio Oost-Limburg en in Nederland publiciteitspagina's te verkopen. Een jaar later ontstond een conflict voor de Hasseltse rechtbank van koophandel. De rechtbank merkte ambtshalve op in haar tussenvonnis dat alles erop wees dat de partijen marktverdelende afspraken hadden gemaakt en stelde een prejudiciële vraag aan het hof van beroep te Brussel omtrent de bestaanbaarheid van deze afspraken met het mededingingsrecht⁶³. Het hof van beroep besliste bij arrest van 23 januari 2007 dat er inderdaad sprake was van een inbreuk op artikel 2(1) WEM. Het hof merkte op dat artikel 2(1) WEM marktverdelende afspraken expliciet vermeldt als verboden gedragingen en deze bovendien een 'harde kern'-restrictie uitmaken, waardoor geen merkbaar effect dient te worden aangetoond (*cf.* nr. 9). Het was vervolgens aan de rechtbank van koophandel om zich uit te spreken over de nietigheidssanctie⁶⁴.

De tweede zaak startte eveneens louter op basis van contractuele wanprestatie. Hier was een overeenkomst tussen Bima en Sodrepe, beiden actief in het opkopen en doorverkopen van draf (afval geproduceerd door brouwerijen), aan de orde. De preambule van deze overeenkomst verdient een volledig citaat:

"De hierbij ingesloten overeenkomst van dienstverlening is het akkoord tussen de nv Sodrepe en de bv Bima. De inhoud

⁵². Brussel 7 oktober 2008, *Jb.Hand.* 2008, 854, § 46.

⁵³. HvJ, 19/61, *Mannesmann / Hoge Autoriteit van de EGKS* [1962], *Jur.*, 705: "elke tot een zelfstandig rechtssubject behorend geheel van persoonlijke, materiële en immateriële factoren, waarmede op duurzame wijze een economisch doel wordt nagestreefd".

⁵⁴. Cass. 22 december 2005, AR C.04.0434.N, *RDJP* 2006, 137, noot S. VOET.

⁵⁵. Voorz. Rb. Mechelen 22 juni 2006, *Jb.Hand.* 2006, 218.

⁵⁶. Rb. Brussel 29 juni 2010, *TBM* 2010, afl. 3, 48.

⁵⁷. Gent 15 februari 2008, *Jb.Hand.* 2008, 814, noot K. BAEKELANDT.

⁵⁸. Brussel 23 oktober 2007, AR 2004/AR/717, *onuitg.*

⁵⁹. Brussel 10 november 2005, *TBM* 2006, afl. 4, 297, noot L. GARZANITI, P. GOFFINET en J. BLOCKX.

⁶⁰. Voorz. Kh. Brussel 18 oktober 2006, *Jb.Hand.* 2006, 1006.

⁶¹. Brussel 25 oktober 2006, *NJW* 2007, 368.

⁶². Cass. 27 april 2007, AR D.06.0010.N, *Res.Jur.Imm.* 2007, afl. 2, 119.

⁶³. Kh. Hasselt 16 maart 2005, *Limb.Rechtsl.* 2007, p. 344.

⁶⁴. Brussel 23 januari 2007, *Limb.Rechtsl.* 2007, 297, noot B. PONET.

van dit akkoord gaat verder dan een eenvoudig contract van dienstverlening tussen beide ondernemingen. De volgende elementen zijn overeengekomen [...]:

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.

Merkwaardig genoeg werd het dossier in eerste aanleg behandeld zonder de minste verwijzing naar de mededingingsrechtelijke problematiek. Het is pas door het hof van beroep te Brussel dat de partijen ambtshalve werden bevraagd omtrent mogelijke mededingingsinbreuken. Het hof oordeelde dat voldaan was aan de vereiste van een mogelijke merkbare impact op de tussenstaatse handel. De overeenkomst moest dus worden getoetst aan artikel 101 VWEU. Vervolgens bracht het hof in herinnering dat marktverdelende afspraken ‘harde kern’-beperkingen zijn waarvoor de inhoudelijke merkbaarheidsstoets niet speelt. Aldus besloot het hof tot de nietigheid van de overeenkomst op basis van artikel 101(1) VWEU⁶⁵.

16. Niet-concurrentiebedingen. Inzake niet-concurrentiebedingen tussen partijen actief op dezelfde markt(en) wordt onder Belgisch recht traditioneel verwezen naar de fundamentele vrijheid van handel en nijverheid zoals opgenomen in het decreet D’Allarde van 2-17 maart 1791. Op die basis wordt aangenomen dat een niet-concurrentiebeding slechts geldig is voor zover nodig voor de bescherming van een contractpartij en beperkt in de tijd, de ruimte en wat betreft de betrokken activiteiten. Het Belgisch recht bevat geen precisering over hoe deze beperkingen kunnen worden opgelegd. In het Europees recht bestaat dergelijke toelichting wel in de richtsnoeren van de Commissie inzake nevenrestricties bij de totstandbrenging van concentraties⁶⁶. Er wordt aangenomen

men dat deze basisregels eveneens als houvast dienen voor de Belgische rechters voor de toepassing van het mededingingsrecht in het kader van overnameovereenkomsten⁶⁷.

In de praktijk blijkt echter dat de Belgische rechters niet geneigd zijn over te gaan tot een beoordeling van een zogenaamd horizontaal niet-concurrentiebeding op basis van het mededingingsrecht. In een beschikking van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Hasselt baseerde deze zich op de WEM om een vordering in kort geding tot naleving van een niet-concurrentiebeding in de context van een overnameovereenkomst af te wijzen. De redenering was dat een niet-concurrentiebeding dat niet beperkt is in de ruimte en met een tijdsduur van 8 jaar “waarschijnlijk als een inbreuk op de WEM zou worden beschouwd”⁶⁸. In andere uitspraken beoordeelt de rechter het niet-concurrentiebeding echter uitsluitend op basis van niet-mededingingsrechtelijke gronden. Een arrest van het hof van beroep te Gent van 2005 vermeldt dat een niet-concurrentiebeding niet strijdig mag zijn met het beginsel van vrijheid van handel en nijverheid noch met het Belgisch of Europees mededingingsrecht. Vervolgens werd het beding nietig bevonden wegens strijdigheid met de vrijheid van handel en nijverheid, waardoor een onderzoek op basis van de mededingingsregels niet langer vereist was⁶⁹. Een gelijkaardig arrest van het hof van beroep te Luik van 17 maart 2008 rept zelfs met geen woord over de mededingingsregels⁷⁰.

17. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen werd in de voorbije jaren uitgebreid bepleit voor de Belgische hoven en rechtbanken in het kader van de *Oxycure*-zaak. *Oxycure* stond in deze zaak sinds 2004 tegenover een aantal leidende producenten en verdelers van medisch zuurstofgas op de Belgische markt. *Oxycure* verdeelde zuurstofconcentratoren op de Belgische markt en in het kader hiervan wilde *Oxycure* medisch zuurstofgas aankopen. De producenten en verdelers weigerden echter om *Oxycure* te beleveren.

Oxycure legde daarop in 2004 een klacht neer bij de Belgische Raad voor de Mededinging wegens het collectief boycotten van *Oxycure*. De klacht werd uiteindelijk geseponeerd in 2010⁷¹.

De zaak nam een andere wending voor de hoven en rechtbanken. De verzamelde producenten en verdelers van

⁶⁵ Brussel 10 oktober 2008, *RDC-TBH* 2009, 487, noot X. TATON, “L’office du juge et la nullité en droit de la concurrence”, 492.

⁶⁶ Mededeling van de Commissie van 5 maart 2005 betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, *Pb.C.* 5 maart 2005, afl. 56, 24, § 18-26.

⁶⁷ B. BELLEN, “Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten: Europese houvast voor de Belgische praktijk/efficiënte sanctionering”, *TRV* 2011, afl. 111, 4, 300-326.

⁶⁸ Voorz. Kh. Hasselt 16 februari 2004, *RABG* 2004, 685.

⁶⁹ Gent 25 mei 2005, *D.A. O.R.* 2005, 334.

⁷⁰ Luik 17 maart 2008, *JLMB* 2009, 372.

⁷¹ Het auditoraat besloot dat deze collectieve leveringsweigering kon worden gerechtvaardigd en dat het bewijs van onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet was geleverd: beslissing nr. 2010-P/K-45-AUD van 17 november 2010. *Oxycure* ging tegen deze beslissing in beroep maar verzaakte aan dit beroep enige tijd later, wat door de Raad voor de Mededinging werd vastgesteld op 29 april 2011: Beslissing nr. 2011-P/K-14 van 29 april 2011.

medisch zuurstofgas, alsook hun beroepsvereniging, daardoor Oxycure in 2007 wegens inbreuken op de geneesmiddelen- en handelspraktijkenwetgeving. Als tegenvordering haalde Oxycure o.m. aan dat de collectieve leveringsweigering, als onderling afgestemde feitelijke gedraging, een inbreuk uitmaakte op artikel 2 WEM. In eerste aanleg maakte dit argument geen indruk. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Namen stelde dat de beoordeling van eventuele mededingingsinbreuken aan de Raad voor de Mededinging toekomt en dat Oxycure hangende deze procedure geen schending van artikel 2 WEM kon bewijzen⁷². Het hof van beroep te Luik daarentegen oordeelde dat beide procedures onafhankelijk van elkaar doorgang moeten vinden. Het hof concludeerde dat er wel degelijk onderling afgestemde feitelijke gedragingen voorlagen. Immers, quasi alle spelers op de Belgische markt traden op als eiser in deze zaak en werden vertegenwoordigd door dezelfde advocaat. Verder beschreef het hof uitgebreid de opmerkelijke gelijkenissen in de afzonderlijke briefwisseling tussen de individuele eisers en Oxycure. Het hof verwierp ook de argumenten van de eisers ter rechtvaardiging van de leveringsweigering. Op die basis meende het hof dat er wel degelijk sprake was van een inbreuk op artikel 2 WEM. De leveringsweigering werd door het hof gekwalificeerd als een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel⁷³. De bevestiging door het Hof van Cassatie volgde in 2010⁷⁴. Het Hof van Cassatie verwees daarbij naar de vaststaande Europese rechtspraak die stelt dat het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst kan worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.

1.3. Besluiten van ondernemingsverenigingen

18. Inleiding. Hoewel het ook gaat om horizontale afspraken, verdient de toepassing van het mededingingsrecht op besluiten van ondernemingsverenigingen een afzonderlijke bespreking gelet op het relatief groot aantal zaken waarin dit aan de orde was. In casu gaat het vooral om algemene normen of specifieke besluiten uitgevaardigd door beroepsverenigingen die aan het oordeel van de Belgische rechter werden voorgelegd.

19. Normen opgelegd door beroepsordes aan hun leden. In een eerste groep van uitspraken oefenen hoven en rechtban-

ken toezicht uit op beroepsnormen die opgelegd worden door een beroepsvereniging aan haar leden. Deze normen kunnen immers de mededinging tussen de leden van de vereniging beperken. In dit deel gaat het met name om normen opgelegd door een beroepsorde, waarbinnen de leden gebonden zijn aan bepaalde deontologische regels. Een besluit van een dergelijke orde dat beperkingen oplegt aan haar leden in de uitoefening van hun economische activiteit is strijdig met het mededingingsrecht indien deze beperkingen niet vereist zijn om de fundamentele regels van het beroep te handhaven maar in werkelijkheid ertoe strekken de materiële belangen van de leden te begunstigen⁷⁵. We behandelen hieronder eerst een aantal uitspraken met betrekking tot (minimum) erelonen (zie nr. 20) en vervolgens de uitspraken inzake andere beroepsnormen (zie nr. 21).

20. Beroepsnormen met betrekking tot erelonen. Een eerste zaak betreft hier een arrest van 28 september 2004 van het hof van beroep van Brussel, dat middels een prejudiciële vraag gevat werd zich uit te spreken over een deontologische norm aangenomen door de Nationale Raad van de Orde van Architecten betreffende het bepalen van minimum erelonen⁷⁶. De Commissie had vroeger diezelfde norm van de Orde al onverenigbaar verklaard met artikel 101(1) VWEU. Op basis van artikel 16(1) van de Verordening 1/2003 oordeelde het hof dat het Belgisch mededingingsrecht niet kan leiden tot een verschillende conclusie. Een verdere analyse van de feiten was dus niet nodig. De zaak werd teruggestuurd naar de verwijzende rechter met de duidelijke boodschap dat deze de Commissiebeslissing moest respecteren en de norm nietig verklaren.

Het hof van beroep van Gent verwees naar dezelfde beslissing van de Commissie in een arrest van 15 februari 2008 waarbij het zich moest buigen over een gelijkaardige norm inzake erelonen van de Associatie van Interieurarchitecten⁷⁷. Het hof besloot zonder omhaal dat de norm strijdig was met het mededingingsrecht. Het valt op hoe beperkt de analyse van het hof was: het beperkte zich tot een verwijzing naar de Commissiebeslissing zonder de feitelijke omstandigheden van de zaak in overweging te nemen. De Raad voor de Mededinging kwam in een latere beslissing tot hetzelfde besluit, zij het na een grondiger analyse van de feiten⁷⁸.

Ook het Hof van Cassatie heeft zich in een arrest van 27 april 2007 uitgesproken over deze materie. Dit geschil had geen betrekking op minimum erelonen maar wel op deontologische normen inzake de bepaling van erelonen. De Orde van Archi-

⁷². Voorz. Kh. Namen 30 april 2008, AR A/07/1414, *onuitg.*

⁷³. Luik 5 februari 2009, *Jb.Hand.* 2009, 955, *RCB* 2009, 56, noot D. GERARD, "Du juge et de la preuve d'une pratique concertée".

⁷⁴. Cass. 13 december 2010, AR C.09.0264.F-C.09.0428.F, *JLMB* 2011, 1560.

⁷⁵. M.b.t. de Orde van Architecten: Cass. 27 april 2007, AR D.06.0010.N, *Res Jur.Imm.* 2007, afl. 2, 119, § 14; m.b.t. de Orde van Advocaten: Cass. 24 juni 2004, AR D.02.0022.N, *Arr.Cass.* 2004, afl. 6-8, 1206; m.b.t. de Orde van Apothekers: Cass. 2 februari 2006, AR D.04.0020.N, *Pas.* 2006, I, p. 279, 282-283.

⁷⁶. Brussel 28 september 2004, *Jb.Hand.* 2004, 925.

⁷⁷. Gent 15 februari 2008, *Jb.Hand.* 2008, 814, noot K. BAEKELANDT.

⁷⁸. Beslissing nr. 2008-P/K-45 van de Raad voor de Mededinging van 25 juli 2008, *Review bvba / Associatie van Interieurarchitecten van België*.

tecten had een norm uitgevaardigd die het ereloon van een architect vast liet stellen op grond van de omvang en de aard van de opdracht⁷⁹. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de bestreden norm beantwoordde aan de dwingende eisen van het beroep. Het onderscheid met de hierboven besproken arresten inzake erelonen is duidelijk: het vastleggen van minimum barema's beperkt de concurrentie, het vastleggen van objectieve criteria waarop de erelonen moeten zijn gebaseerd doet dat niet. Het mededingingsrecht was dus niet geschonden.

21. Overige beroepsnormen. De Belgische hoven en rechtbanken hebben meermaals de mogelijkheid gekregen zich uit te spreken over de geldigheid van andere normen uitgevaardigd door beroepsordes zoals de Orde van Apothekers⁸⁰, de Orde van de Vlaamse Balies⁸¹ en de Orde van Advocaten⁸². Hierbij werd dezelfde redenering gevolgd als het Hof van Justitie in het arrest *Wouters*⁸³. We belichten in dit kader twee arresten van het Hof van Cassatie.

In een arrest van 22 december 2005⁸⁴ maakte een reglement van de Vlaamse Balies met betrekking tot permanente vorming het voorwerp uit van de discussie. Permanente vorming betreft de deontologische verplichting van advocaten om zich constant bij te scholen, onder meer door het bijwonen van studiedagen. Het Hof van Cassatie stelde vast dat de organisatie van de permanente vorming door de Orde de economische vrijheid van de advocaten belemmert. Het reglement kan dus de mededinging beperken maar dit hoeft niet automatisch zo te zijn. De algehele context van de norm komt daarbij immers in aanmerking. Het Hof gaf aan dat de WEM niet geschonden is indien de beroepsregels evenredig blijven met het nagestreefde en door de openbare overheid opgelegde doel. Dit bleek het geval te zijn met het gecontesteerde reglement: de mededingingsbeperking die eruit voortvloeide was redelijk te verantwoorden. Hierbij baseerde het Hof zich woordelijk op het arrest *Wouters* van het Hof van Justitie⁸⁵.

In een arrest van 2 februari 2006 was een besluit van de Orde van Apothekers aan de beurt⁸⁶. Het Hof van Cassatie moest oordelen of een verbod om de apotheek op zaterdagmiddag open te houden tijdens de wachtdienstregeling, hetgeen de concurrentie belemmert, toch gerechtvaardigd was door de dringende eisen van de regelmatige en normale toediening

van de gezondheidszorgen. Het Hof vond van niet: dergelijke eisen kunnen de apotheker eventueel verplichten de apotheek open te houden maar niet ze te sluiten. Artikel 2(1) WEM was dus geschonden.

22. Standaardvoorwaarden. Een tweede categorie van uitspraken betreft standaardvoorwaarden. Het hof van beroep van Brussel oordeelde in een arrest van 23 oktober 2007 over de geldigheid van een clause in een verzekeringscontract die was overgenomen door de verzekeraar uit de standaardpolisvoorwaarden opgesteld door Assuralia, de Beroepsvereniging van Verzekeringsondernemingen⁸⁷. Deze standaardvoorwaarden moesten volgens de verzekerde worden gekwalificeerd als een met het mededingingsrecht strijdig besluit van een ondernemingsvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging door haar leden. Het hof besloot evenwel dat de desbetreffende bepaling krachtens verordening 3932/92 onder een groepsvrijstelling viel, waardoor artikel 101(1) VWEU buiten toepassing werd geplaatst⁸⁸. Het meende dat de voorwaarden voor deze vrijstelling vervuld waren. Vervolgens stelde het vast dat er ook geen aanwijzing was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging en dus geen inbreuk op het mededingingsrecht.

23. Uitsluiting van (kandidaat-)leden. De derde categorie van uitspraken die we hier bespreken betreft de toetsing van besluiten van ondernemingsverenigingen waarbij bepaalde personen (dreigen te) worden uitgesloten van de uitoefening van hun beroep.

Ons overzicht begint bij een in kort geding uitgesproken arrest van het hof van beroep van Brussel van 26 september 2008⁸⁹. Het ging hier om de uitsluiting van GS1 Hellas uit GS1, de internationale vereniging die de rechten bezit met betrekking tot de befaamde streepjescode. GS1 Hellas, het lid van GS1 in Griekenland, zou bepaalde lidmaatschapsvoorwaarden niet nageleefd hebben en zag zich verboden de merken van GS1 verder te verdelen. Uiteraard betekende zoiets het einde van de activiteiten van GS1 Hellas. GS1 Hellas vocht deze beslissing dan ook aan bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel op grond van een schending van de artikelen 101 en 102 VWEU. In eerste aanleg werd GS1 Hellas in het ongelijk gesteld. Het hof van

⁷⁹. Cass. 27 april 2007, AR D.06.0010.N, *Pas.* 2007, I, p. 806.

⁸⁰. Cass. 2 februari 2006, AR D.04.0020.N, *Pas.* 2006, I, 279; Cass. 7 mei 1999, AR D.98.0013.N, *Arr.Cass.* 1999, 631.

⁸¹. Cass. 25 september 2003, AR C.03.0139.N, *RDC-TBH* 2004, 50; Cass. 22 december 2005, AR C.04.0434.N, *RDJP* 2006, 137.

⁸². Cass. 24 juni 2004, AR D.02.0022.N, *Arr.Cass.* 2004, afl. 6-8, 1206.

⁸³. HvJ, C-309/99, *Wouters e.a. / Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002], *Jur.*, I, 1577.

⁸⁴. Cass. 22 december 2005, AR C.04.0434.N, *RDJP* 2006, 137, noot S. VOET.

⁸⁵. *Ibid.*

⁸⁶. Cass. 2 februari 2006, AR D.04.0020.N, *Pas.* 2006, I, p. 279.

⁸⁷. Brussel 23 oktober 2007, AR 2004/AR/717, *onuitg.*

⁸⁸. Verord.Comm. (EEG) nr. 3932/92 van 21 december 1992 betreffende de toepassing van art. 85, lid 3 van het verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *Pb.L.* 31 december 1992, afl. 398, 7. Deze verordening werd inmiddels vervangen door Verord.Comm. (EU) nr. 267/2010 van 24 maart 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *Pb.L.* 30 maart 2010, afl. 83, 1.

⁸⁹. Brussel 26 september 2008, AR 2008/KR/202, *onuitg.*

beroep stelde echter dat GS1's beslissing *prima facie* wel een inbreuk kon uitmaken, die de nietigheid ervan tot gevolg zou hebben. Het hof sprak zich verder niet uit over de grond van de zaak maar verzocht de Commissie, in uitvoering van artikel 15 van Verordening 1/2003, om haar visie te geven. In tussentijd verwees het hof de zaak terug naar de rol. Het advies van de Commissie in januari 2009 was niet bijster behulpzaam: de Commissie was niet zinnens een formele procedure op te starten tegen GS1 en gaf droogjes aan dat lidmaatschapsvoorwaarden niet noodzakelijk een inbreuk maken op artikel 101 VWEU tenzij deze niet objectief en voldoende helder zijn. De Commissie stuurde het hof dus terug naar af.

Op 3 september 2009 velde het hof van beroep zijn tweede arrest in deze zaak in kort geding en oordeelde dat er geen sprake was van een schending van artikel 101(1) VWEU. Het hof definieerde vooreerst de relevante markten, met name een groothandelsmarkt en een kleinhandelsmarkt voor de GS1-streepjescode. De relevante groothandelsmarkt is deze waarop GS1 (als leverancier) en de GS1-leden (met name de lokale verdelers van de streepjescode, zoals GS1 Hellas) actief zijn. Gelet op de unieke aard van de GS1-streepjescode, meent het hof dat GS1 een monopoliepositie heeft op deze markt. De relevante kleinhandelsmarkt is deze waarop de GS1-leden (en uitzonderlijk ook GS1 zelf) de streepjescode verkopen aan eindgebruikers. Wat betreft de kleinhandelsmarkt concludeerde het hof dat er tussen de leden van GS1 onderling noch een horizontale noch een verticale verhouding bestaat, zodat zij geen onderling afgestemde gedraging kunnen bewerkstelligen die tot oogmerk of gevolg zou hebben om een product of dienst niet te leveren of een hinderlijke concurrent te elimineren⁹⁰. Het hof stelde in dit kader vast dat elk GS1-lid actief is op zijn eigen lokale markt en er in de praktijk geen concurrentie bestaat tussen de verschillende GS1-leden voor het verdelen van de streepjescode. Er zijn ook geen (verticale) leveringsbanden tussen de GS1-leden. Bijgevolg wees het hof de stelling van GS1 Hellas dat de uitsluiting resulteert in een 'collectieve boycot' af. Deze vaststelling neemt niet weg dat de beslissing van GS1 ook als besluit van een ondernemingsvereniging kon worden beoordeeld onder artikel 101 VWEU maar dat gebeurde dus niet⁹¹. In plaats daarvan analyseerde het hof de houding van GS1 vanuit het oogpunt van misbruik van machtspositie. Het uitgangspunt van het hof in deze analyse was de relatie tussen GS1 en GS1 Hellas als een leverancier-klant op de groothandelsmarkt. In casu oordeelde het hof dat GS1 geen misbruik van zijn machtspositie maakte door de contractuele relaties niet verder te zetten met een klant. Dit wordt verder besproken in onze vervolgbijdrage.

Tot slot is een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Brussel van 29 juni 2010 hier vermeldenswaardig⁹². In deze zaak lag een besluit voor waarbij de Algemene Pharmaceutische Bond ('APB') het begrip 'apotheker' exclusief interpreteerde als een natuurlijke persoon. Daartegen werd aangevoerd dat apothekers-rechtspersonen (en dus zaakvoerders van zulke rechtspersonen die zelf geen apotheker zijn) hierdoor uitgesloten worden om de algemene vergadering van APB bij te wonen en dit in strijd met artikel 2(1) WEM. De rechtbank besloot echter dat rechtspersonen niet werden uitgesloten omdat deze zich steeds konden laten vertegenwoordigen door een apotheker. Het feit dat enkel apothekers de algemene vergadering konden bijwonen vormde volgens de rechtbank, gelet op het feit dat het algemeen belang van de volksgezondheid primeert boven economische en financiële belangen, geen beperking van de mededinging.

24. Uitsluiting van handelsbeurzen. De vierde en laatste categorie van uitspraken groepeert besluiten van ondernemingsverenigingen die hun leden verhinderen deel te nemen aan door concurrenten georganiseerde activiteiten.

Een eerste zaak waarin dit aan bod kwam betreft het hoger geciteerde arrest van het hof van beroep van Brussel van 29 september 2004⁹³. De Koninklijke Gilde van Antiquairs ('KGVA') had haar leden verboden om deel te nemen aan beurzen georganiseerd door concurrerende beroepsverenigingen. De eigenaardige conclusie van het hof en de verwarring tussen de merkbaarheidsvereiste en de impact op de 'intracommunautaire mededinging' werd hierboven reeds besproken (zie nr. 8). Hier bespreken we de vaststelling van het hof dat dit besluit mededingingsbeperkende gevolgen kon hebben. Deze beperkingen konden hun uitwerking vinden zowel op de markt waarop de antiquairs zelf actief zijn als op de markt voor het organiseren van antiekbeurzen, waar concurrerende organisatoren worden uitgesloten gelet op het grote aantal antiquairs dat lid is van de KGVA. Een vrijstelling onder artikel 2(3) WEM is in zulk geval enkel mogelijk als het verbod onmisbaar is voor een rationele organisatie van de KGVA-beurs, wat naar het oordeel van het hof niet het geval was.

Ook een arrest van hetzelfde hof van beroep van 10 november 2005 betrof een tentoonstellingsreglement, ditmaal van FEBIAC, waarin een verbod werd opgenomen voor de deelnemers om deel te nemen aan een concurrerende tentoonstelling in België gedurende een periode van 6 maanden voor de opening en tijdens de duur van het FEBIAC-salon⁹⁴. Het hof oordeelde dat dit verbod mededingingsbeperkende gevolgen kon hebben, en dit opnieuw zowel op de markt(en) waarop de deelnemers actief zijn als op de markt voor de

⁹⁰. Brussel 3 september 2009, *Jb.Hand.* 2009, 1052; A. VANDERELST, "De ene (collectieve) boycot is de andere niet" (noot onder Brussel 3 september 2009 en Luik 5 februari 2009), *Jb.Hand.* 2009, 1063-1073.

⁹¹. *Ibid.*

⁹². Rb. Brussel 29 juni 2010, *TBM* 2010, afl. 3, 48-49, noot P. WYTINCK en H. BUREZ.

⁹³. Brussel 29 september 2004, *RW* 2004-05, 1627.

⁹⁴. Brussel 10 november 2005, *TBM* 2006, afl. 4, 297-306, *Jb.Hand.* 2006, 896-914; Brussel 23 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 760-780.

organisatie van beurzen. Dit werd nog versterkt door het feit dat het niet-concurrentiebeding alle producten en diensten omvatte die op het FEBIAC-salon werden tentoongesteld en doordat FEBIAC geen enkele uitzondering voorzag. Het hof besloot na een vrij uitgebreide analyse dat de markten die door het FEBIAC-reglement werden beïnvloed nationale markten zijn. Daarbij verwees het hof naar een beslissing van de Commissie inzake concentratiecontrole. Het hof stelde ook vast dat de meeste exposanten in België zijn gevestigd en dat de markt hier niet enkel vanuit het standpunt van de exposant maar ook uit het standpunt van de eindgebruiker (bezoeker van het salon) moet worden beoordeeld. Concurrentie van salons buiten België kon dus niet in rekening worden gebracht. Uiteindelijk besloot het hof toch dat het verbod geen merkbare impact had op de markt omdat het niet-concurrentiebeding slechts gold voor beperkte duur (met name zes maanden). Artikel 101(1) VWEU vond finaal dus geen toepassing. Vervolgens ging het hof ook na of dezelfde praktijk als een misbruik van machtspositie kon worden gekwalificeerd. Dit wordt in onze vervolgbijdrage besproken.

25. Toezicht op de naleving van het marktpraktijkenrecht. Tot slot nog een woord over het toezicht op de naleving van de WMP (en zijn voorganger: de WHPC) door ondernemingsverenigingen. In een beschikking van 22 juni 2006 van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van Mechelen, voerde verweerster aan dat de Orde van Apothekers een besluit in strijd met artikel 2(1) WEM had genomen door enkel haar en niet de andere apotheken die ook de term ‘adviesapotheek’ gebruikten, te dagvaarden⁹⁵. De voorzitter meende dat er geen sprake kon zijn van een schending van artikel 2(1) WEM aangezien de Orde de verplichting heeft erop toe te zien dat de WHPC wordt nageleefd ter bescherming van de consument en ter bescherming van de belangen van de apothekers. Deze legitieme basis voor het optreden van de Orde wordt niet in het gedrang gebracht omdat niet alle overtreders zouden gedagvaard zijn. In casu werd dan ook geoordeeld dat het besluit gerechtvaardigd was om een goede toepassing van de WHPC te garanderen.

1.4. Verticale overeenkomsten

26. Inleiding. Verticale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die, voor de toepassing van

de overeenkomst, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Het gaat daarbij dus om overeenkomsten met betrekking tot de koop, verkoop of doorverkoop van goederen en diensten.

Aangezien verticale overeenkomsten algemeen als efficiëntiebevorderend worden beschouwd, heeft de Commissie een algemene groepsvrijstellingsverordening uitgevaardigd waarin gedetailleerd wordt uiteengezet onder welke voorwaarden deze overeenkomsten van een vrijstelling kunnen genieten⁹⁶. In het overgrote deel van de uitspraken hieronder vermeld konden de rechters dan ook de Groepsvrijstelling toepassen en volstaan met overwegingen inzake marktdefinitie, het marktaandeel van de partijen en de bewijslast ter zake. Vaak was de conclusie dat de eiser niet had aangetoond dat de overeenkomst niet voldeed aan de voorwaarden van de Groepsvrijstelling⁹⁷. In andere gevallen verwees de rechter naar de *De Minimis* Bekendmaking van de Commissie⁹⁸ om te besluiten dat de overeenkomst in geen geval een merkbaar effect kon hebben op de mededinging en er bijgevolg geen verdere analyse vereist was⁹⁹.

We behandelen in deze afdeling eerst het begrip agentuur (nr. 27). Vervolgens bespreken we achtereenvolgens de vraagstukken die in de rechtspraak aan bod kwamen in verband met selectieve distributie, exclusieve distributie, niet-concurrentiebedingen en het vaststellen van een wederverkoopprijs (nrs. 29-33).

27. Agentuur. In een uitspraak van 2007 lag bij de rechtbank van koophandel te Brussel een overeenkomst voor tussen twee private personen en Press Shop met betrekking tot de uitbating van een boekenwinkel in een station. Naar aanleiding van de verbreking van het contract werd opgeworpen dat het niet-concurrentiebeding in de overeenkomst, op grond waarvan alle magazines exclusief bij Press Shop moesten worden afgenomen, in strijd was met het mededingingsrecht. De rechter wees dit bezwaar af en baseerde zich daarbij impliciet op de regel dat ‘werkelijke’ agentuurovereenkomsten buiten het toepassingsgebied van het mededingingsrecht vallen, aangezien ‘werkelijke’ agenten niet onafhankelijk van de principaal opereren¹⁰⁰. Er is sprake van een ‘werkelijke’ agentuurovereenkomst indien de agent zelf enig financieel of commercieel risico draagt. Enkel indien dit niet zo is, geldt dat de agent en de principaal geen afzonderlijke

⁹⁵. Voorz. Rb. Mechelen 22 juni 2006, *Jb.Hand.* 2006, 219.

⁹⁶. Verord.Comm. (EU) nr. 330/2010 van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.L.* 23 april 2010, afl. 102, 1 (de ‘Groepsvrijstelling’); voordien gold Verord.Comm. (EG) nr. 2790/1999 van 22 december 1999 betreffende de toepassing van art. 81, lid 3 van het EG-Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.L.* 29 december 1999, afl. 336, 21.

⁹⁷. Voorz. Kh. Brussel 14 maart 2005, *Jb.Hand.* 2005, 971; Voorz. Kh. Dendermonde 23 november 2005, *Jb.Hand.* 2007, 899; Gent 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 899.

⁹⁸. *Ibid.*

⁹⁹. Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773; Brussel 7 oktober 2008, *Jb.Hand.* 2008, 854 (in deze zaak ging het in essentie om een geschil rond de geldigheid van een niet-concurrentiebeding onder de handelsagentuurewet); Antwerpen 28 september 2009, *Jb.Hand.* 2009, 979; Gent 3 februari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 850.

¹⁰⁰. Zie o.m. richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, *Pb.C.* 19 mei 2010, afl. 130, 1 (‘verticale richtsnoeren’), § 12-21 en de rechtspraak die daar wordt aangehaald.

ondernemingen zijn en vallen beperkende clausules, zoals een exclusief afnamebeding, niet onder het verbod van artikel 101(1) VWEU of artikel 2(1) WEM. In casu oordeelde de rechtbank dat de uitbaters van de boekenwinkel geen financieel of commercieel risico droegen: de uitbaters ontvingen een percentage van de inkomsten van de winkel, waren geen eigenaar van enig (verkoops)materiaal en handelden onder de instructies van Press Shop¹⁰¹.

28. Selectieve distributie: algemeen. In het kader van selectieve distributiesystemen levert de leverancier slechts aan distributeurs die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en verbinden deze distributeurs zich ertoe om niet aan niet-erkende distributeurs door te verkopen¹⁰².

In de sector van de motorvoertuigen is selectieve distributie het 'voorkeursysteem'. Twee specifieke punten waren aan de orde in de rechtspraak: de mogelijkheid om de doorverkoop aan niet-erkende distributeurs te beperken (zie nr. 29) en de geldigheid van de criteria die de leverancier hanteert bij de selectie van zijn distributeurs (zie nr. 30).

29. Beperking van doorverkoop in selectieve distributiestelsels. De beperking van doorverkoop van motorvoertuigen werd door de rechtbank van koophandel te Bergen bekeken in het kader van een geschil tussen DaimlerChrysler en Lust Automobiles, een onafhankelijke verkoper van wagens. Lust werd geconfronteerd met een weigering om DaimlerChrysler-wagens te leveren, zowel vanwege DaimlerChrysler's erkende verdelers als vanwege andere onafhankelijke distributeurs. Lust beweerde dat deze verkoopweigeringen een schending van artikel 101(1) VWEU uitmaakten aangezien deze neerkwamen op een belemmering van de parallelle handel. Wat betreft de erkende verdelers besliste de rechter, verwijzend naar de relevante Groepsvrijstelling¹⁰³, dat er geen inbreuk was op het mededingingsrecht. Wat betreft de andere onafhankelijke verkopers stelde de rechter dat er geen bewijs was dat hun verkoopweigering het resultaat was van enige tussenkomst van DaimlerChrysler. De vordering van Lust werd op deze punten dus verworpen¹⁰⁴.

De beperking van doorverkoop was eveneens het belangrijkste inhoudelijke mededingingspunt in de procedureslag tussen Citroën Belux en haar distributeur City Motors Groep.

De saga speelde zich af op twee fronten: in kort geding en ten gronde. Interessant is dat de rechter in kort geding (tot op het hoogste niveau) en de bodemrechter heel andere standpunten innamen.

Het kwestieuze beding verplichtte de distributeur om bij de verkoop van voertuigen aan leasingmaatschappijen van hen voorafgaandelijk een verbintenis te bekomen dat de voertuigen wel degelijk zullen verhuurd worden en slechts ten vroegste na zes maanden kunnen worden doorverkocht. Aangezien City Motors Groep dit beding niet had nageleefd, had Citroën Belux besloten de concessie te verbreken. City Motors Groep meende dat dit beding de mededinging beperkte en niet kon vrijgesteld worden onder de Europese groepsvrijstelling die van toepassing is in de motorvoertuigensector.

In kort geding oordeelde de voorzitter dat de motieven om de concessie te verbreken *prima facie* ongegrond bleken, zonder evenwel in te gaan op de specifieke mededingingsaspecten van de vraag¹⁰⁵. Het hof van beroep van Brussel, dat de beslissing in beroep bevestigde, deed dat in zijn arrest van 7 februari 2005 echter wel¹⁰⁶. Het hof verwees expliciet naar de Groepsvrijstelling van de Commissie en zelfs naar de verklarende brochure die de Commissie had vrijgegeven. Niettemin besloot het hof dat de eis van Citroën om minstens zes maanden verhuring te eisen van de leasingmaatschappij niet verenigbaar bleek te zijn met de Groepsvrijstelling. Het Hof van Cassatie zag daar geen graten in en verwierp het cassatieberoep¹⁰⁷.

Ten gronde kwam de bodemrechter echter (terecht) tot het tegenovergestelde besluit. Zowel in eerste aanleg als in beroep luidde het oordeel dat het beding wel in overeenstemming was met de Groepsvrijstelling motorvoertuigen en dus vrijgesteld was van het kartelverbod¹⁰⁸. Daarbij citeerde de bodemrechter expliciet uit de verklarende brochure van de Commissie.

De procedure ten gronde werd bovendien opgehouden door een prejudiciële vraag waarbij het Hof van Justitie zich moest uitspreken over de vraag of een uitdrukkelijk ontbindend beding wel geldig was onder de Groepsvrijstelling motorvoertuigen¹⁰⁹. Het Hof antwoordde bevestigend. Bijgevolg kon Citroën de concessie rechtsgeldig beëindigen nu

¹⁰¹. Kh. Brussel 18 oktober 2007, *TBM* 2008, afl. 1, 47-48, noot P. WYTINGCK.

¹⁰². Art. 1(e) Groepsvrijstelling.

¹⁰³. Verord.Comm. (EG) nr. 1400/2002 van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van art. 81, lid 3 van het verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *Pb.L.* 1 augustus 2008, afl. 203, 30 ('Groepsvrijstelling motorvoertuigen'). Deze verordening is van toepassing tot 31 mei 2013.

¹⁰⁴. Rb. Bergen 23 december 2004, AR A/03/1022, *onuitg.* Lust voerde eveneens aan dat DaimlerChrysler (via haar filialen en via haar concessiehouders) de verkoop aan (gemandateerde) tussenpersonen in de weg stond terwijl dergelijke verkoop (in naam van eindgebruikers) niet verboden kan worden onder de Groepsvrijstelling motorvoertuigen. De rechtbank schreef (onderzoeks)maatregelen voor alvorens zich over de grond uit te spreken.

¹⁰⁵. Voorz. Kh. Brussel 24 juni 2004, R.K. 133/04, *onuitg.*

¹⁰⁶. Brussel 7 februari 2005, AR 2004/KR/260, beschikbaar op www.juridat.be.

¹⁰⁷. Cass. 6 oktober 2006, RG C.05.0266.N.

¹⁰⁸. Kh. Brussel 24 februari 2010, AR 7998/2004, *onuitg.*; Brussel 15 november 2010, AR 2010/AR/751, *onuitg.*

¹⁰⁹. Kh. Brussel 21 november 2005, AR 7998/2004, *onuitg.*; HvJ, C-421/05, *City Motors Groep nv / Citroën Belux nv* [2007], *Jur.*, I, 653.

vaststond dat City Motors Groep het beding had geschonden.

30. Geldigheid van de gehanteerde selectiecriteria. Een reeks andere disputen betrof de geldigheid van selectiecriteria die leveranciers hanteren.

Reeds in een arrest van 6 september 2004 somde het hof van beroep te Bergen de voorwaarden op waaraan een selectief distributiesysteem moet voldoen: (i) het systeem van selectieve distributie moet gerechtvaardigd zijn door de aard van het product in kwestie; (ii) de voorwaarden moeten kwalitatief zijn en zonder discriminatie toegepast worden; (iii) het systeem moet een concurrentiebevorderend resultaat beogen; en (iv) de opgelegde criteria mogen niet verder reiken dan wat noodzakelijk is. Het hof verwijst hierbij naar de rechtspraak van het Gerecht (voordien Gerecht van Eerste Aanleg) in de zaken *Yves Saint Laurent* en *Givenchy*¹¹⁰.

Het hof sprak zich in concreto uit over een selectief distributiestelsel inzake luxeproducten, met name over de vraag of het stelsel opgezet door Chanel in overeenstemming was met het mededingingsrecht. Het hof kon zich beperken tot een verwijzing naar de troostbrief van de Commissie onder het voormalige regime ter verkrijging van individuele ontheffingen op basis van de voorloper van Verordening 1/2003¹¹¹. Het hof bekeek ook specifiek een clause waarin het voeren van enige publiciteit met betrekking tot de contractgoederen afhankelijk wordt gemaakt van de goedkeuring door Chanel. Het hof oordeelde dat dergelijke clause noodzakelijk is om het imago van het luxemerk te beschermen en geen middel is om de verkoopprijzen te controleren of vast te stellen.

Terug dan naar de motorvoertuigensector, met twee zaken waarbij de criteria, die de leverancier hanteerde bij de erkenning van distributeurs, in vraag werden gesteld. In een arrest van 31 januari 2005, in beroep tegen een beslissing in kort geding, besloot het hof van beroep te Brussel dat een voorwaarde betreffende de eerbaarheid van de distributeur niet verenigbaar is met de geest van de Groepsvrijstelling motorvoertuigen¹¹². Concreet verweet de leverancier dat de distributeur tegen hem een geding had aangespannen en dat daarmee het vertrouwen tussen hen was geschaad, maar volgens het hof was dit geen 'kwalitatief' distributiegegeven en was ook gebleken dat de leverancier het criterium niet consequent toepaste.

De tweede zaak betreft een uitspraak van het hof van beroep te Antwerpen van 21 februari 2008¹¹³. Aan de orde was de

voorwaarde dat, in geval van wijziging in de aandeelhoudersstructuur van de concessiehouder, deze de concessiegever daarvan op de hoogte moest brengen. Het hof meende dat die bepaling niet strijdig was met de Groepsvrijstelling motorvoertuigen. De bestreden 'contractweigering' was dus niet onrechtmatig. Interessant is dat het arrest suggereert dat de leverancier op niet-onredelijke manier tot zijn besluit was gekomen en de perken van zijn beslissingsvrijheid niet te buiten was gegaan: hieruit kan men afleiden dat de leverancier dus wel de vier bovenvermelde voorwaarden voor het rechtmatig uitbouwen van een selectief distributiesysteem moet honoreren (in het bijzonder het verbod op discriminatie).

Tot slot vermelden we nog een vonnis van de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Dendermonde van 3 november 2010¹¹⁴ betreffende de beëindiging van een concessie voor motorfietsen. De Groepsvrijstelling motorvoertuigen was niet van toepassing en de voorzitter diende na te gaan of de (algemene) verticale Groepsvrijstelling dat wel was. De voorzitter analyseerde vooreerst de relevante markt en maakte daarbij een onderscheid tussen de markt voor de verkoop en deze voor de herstel van motorfietsen. Ten aanzien van de herstelmarkt rees de vraag of deze markt merkspecifiek was of niet. De voorzitter besloot van wel en het (logische) gevolg was dat de leverancier, Ducati, een marktaandeel had op de markt voor de herstelling van Ducati-motorfietsen dat ruim 30% overschreed. De overeenkomst viel dus buiten de 'safe harbour' van de algemene Groepsvrijstelling en Ducati kon daarop dus geen beroep doen. Vervolgens nam de voorzitter de selectiecriteria onder de loep: met name de verplichting dat de hersteller ook verkoper van nieuwe motorfietsen moest zijn. De voorzitter meende dat dit geen noodzakelijke voorwaarde was – de vierde voorwaarde zoals hierboven vermeld was dus niet vervuld. De conclusie luidde dan ook dat geen individuele vrijstelling kon worden verleend en Ducati dus een inbreuk had gemaakt op artikel 101(1) VWEU/artikel 2(1) WEM¹¹⁵.

31. Exclusieve distributie. Ook exclusieve distributiestelsels kwamen voor het voetlicht van de Belgische rechters. Dit zijn systemen waarbij voor een bepaald territorium of klantenbestand slechts één distributeur wordt aangewezen.

In het kader van de distributie van luxeparfum, oordeelde de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel op 14 maart 2005 of overeenkomsten waarbij aan twee distributeurs het exclusieve recht tot distributie werd verleend in

¹¹⁰. Bergen 6 september 2004, *D.A. O.R.* 2005, 48, met verwijzing naar HvJ, T-19/92, *Leclerc / Commissie* [1996], *Jur.*, II, 1851.

¹¹¹. Verord. Raad (EEG) nr. 17, *Pb.L.* 21 februari 1962, afl. 13, 62.

¹¹². Brussel 31 januari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 750.

¹¹³. Antwerpen 21 februari 2008, *RDC-TBH* 2008, 915, noot L. DU JARDIN, "L'intuitu personae et la sélection des intermédiaires commerciaux", 918.

¹¹⁴. Voorz. Kh. Dendermonde 3 november 2010, *TBM* 2011, afl. 3, 214. Voor een kritische bespreking van het vonnis: H. BUREZ, "Bezint eer gij begint (met de uitbouw van een distributiesysteem)", *TBM* 2011, afl. 3, 223.

¹¹⁵. De voorzitter analyseerde de omstandigheden ook vanuit het oogpunt van art. 102 VWEU en art. 3 WEM. Dit wordt behandeld in onze vervolgbijdrage.

strijd was met artikel 101(1) VWEU¹¹⁶. Immers, de leverancier weigerde eiseres, die het product ook wilde verdelen, te beleveren. Na een analyse van de relevante markt (luxeparfums maar niet merkspecifiek) en het marktaandeel van het desbetreffende parfum (minder dan 30%), concludeerde de voorzitter dat de Groepsvrijstelling van toepassing was. Bovendien stelde de voorzitter ook vast dat de overeenkomsten geen ‘harde kern’-beperkingen bevatte. Geen inbreuk dus op het mededingingsrecht.

In een beslissing van 23 juni 2005 onderzocht de kortgeding-rechter voorts een exclusiviteitsclausule in het kader van een geschil rond voetbaluitzendrechten tussen PayTVCo, BeTV (beide rechtsopvolgers van Canal+) en de Liga Beroepsvoetbal. In het kader van een veiling van het recht om de nationale voetbalwedstrijden voor de drie volgende seizoenen uit te zenden, ontstond een geschil met betrekking tot het zogenaamde ‘matchingrecht’ waarbij de initiële rechtehouder van die rechten (met name Canal+) een concurrerend bod kon ‘matchen’ en vervolgens de voorkeur kreeg om de rechten te behouden. In het onderliggende geschil eiste Canal+ de toepassing van het ‘matchingrecht’ om de toewijzing van de rechten aan Belgacom Skynet TV nietig te zien verklaren. De rechter oordeelde echter dat dit ‘matchingrecht’ *prima facie* strijdig was met het mededingingsrecht, gelet op het feit dat dit neerkwam op een automatische vernieuwing van exclusiviteitsrechten. De vordering werd bijgevolg ongegrond verklaard¹¹⁷.

Tot slot oordeelde het hof van beroep te Antwerpen in een arrest van 29 maart 2010 over een exclusieve distributieovereenkomst die voorzag in een absoluut verbod op verkopen buiten het aan de distributeur toegewezen territorium, dat was vastgesteld op België en Luxemburg¹¹⁸. De overeenkomst stipuleerde dat dergelijke verkopen enkel mogelijk waren mits voorafgaande en schriftelijke toestemming van de fabrikant. Deze clausule werd strijdig bevonden met het verbod om in geval van een exclusieve distributieovereenkomst aan de distributeur niet alleen actieve verkopen maar ook passieve verkopen buiten het vastgestelde territorium te

verbieden. De uitspraak was gebaseerd op artikel 2(2)(c) van de verordening (EEG) nr. 1983/83 van 22 juni 1983, dat vandaag zijn weerslag vindt in artikel 4(b)(i) van de Groepsverordening.

32. Niet-concurrentiebedingen. De geldigheid van niet-concurrentiebedingen in verticale overeenkomsten is het voorwerp geweest van tal van geschillen. De Commissie definieert een niet-concurrentiebeding als “*elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om geen goederen of diensten te produceren, te kopen, te verkopen of door te verkopen die met de contractgoederen of -diensten concurreren, of elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om op de relevante markt meer dan 80% van zijn totale aankopen van de contractgoederen of -diensten en substituten daarvan bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken*”¹¹⁹.

Dergelijke clausules worden vaak standaard opgenomen in brouwerijcontracten waarbij de afnemer er zich toe verbindt om een bepaalde minimumhoeveelheid dranken af te nemen (die in de praktijk vaak overeenstemt met de volledige behoefte van de afnemer), of om eenvoudigweg geen concurrerende dranken aan te bieden. De geschillen hierover betroffen veelal de afdwinging door de brouwerij van een exclusief afnamebeding ten laste van horeca-uitbaters. Als verweer beriepen deze laatsten zich systematisch op het mededingingsrecht om de ongeldigheid van de betrokken clausule, en als het even kon de gehele overeenkomst, te bekomen¹²⁰. Gelijkaardige punten kwamen aan bod bij geschillen met betrekking tot de toepassing van exclusieve afnamebedingen voor ontspanningstoestellen en kansspelen in horecagelegenheden¹²¹ alsook in een aantal andere sectoren¹²². In hun analyse van dergelijke exclusieve afnamebedingen gingen de behandelende rechters eerst na of de overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging kon uitmaken op grond van artikel 101(1) VWEU en/of artikel 2(1) WEM¹²³. In vele gevallen was de conclusie dat de mededinging niet merkbaar werd beperkt (of dat dergelijke merkbare beperking alleszins niet werd bewezen door

¹¹⁶ Voorz. Kh. Brussel 14 maart 2005, *Jb.Hand.* 2005, 971, waar marktdefinitie voor luxeparfums een rol speelde om te bepalen of de Groepsvrijstelling van toepassing kon zijn.

¹¹⁷ Voorz. Rb. Brussel 23 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 983.

¹¹⁸ Antwerpen 29 maart 2010, *TBM* 2010, afl. 2, 138-141. Dit arrest werd vernietigd door het Hof van Cassatie (Cass. 18 juni 2012, C.10.0433.N, http://ec.europa.eu/competition/national_courts/cases). Het cassatieberoep betrof echter uitsluitend de nietigheidssanctie en de schadevergoeding, en liet de inhoudelijke analyse onverlet.

¹¹⁹ Art. 1(d) Groepsverordening.

¹²⁰ Zie o.m. Cass. 15 mei 2009, *Jb.Hand.* 2009, 945, *TBM* 2010/3, 33; Antwerpen 25 mei 2009, *Jb.Hand.* 2009, 998; Antwerpen 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 880; Antwerpen 7 november 2006, *Jb.Hand.* 2006, 863, noot P. WYTINCK en H. BUREZ, *TBM* 2007, afl. 1, 90; Antwerpen 14 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 863; Rb. Tongeren 23 maart 2005, *Jb.Hand.* 2006, 784.

¹²¹ Zie o.m. Antwerpen 28 september 2009, *Jb.Hand.* 2009, 979; Gent 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 899, noot H. BUREZ, *TBM* 2008, afl. 2, 23.

¹²² Zie o.m. Gent 3 februari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 850 (m.b.t. de verdeling van brandstoffen en smeermiddelen voor voertuigen); Brussel 7 oktober 2008, *Jb.Hand.* 2008, 854 (in deze zaak ging het in essentie om een geschil rond de geldigheid van een niet-concurrentiebeding onder de handelsagentuurwet); Brussel 7 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 773.

¹²³ Zie o.m. Antwerpen 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 880; Antwerpen 7 november 2006, *Jb.Hand.* 2006, 863, noot P. WYTINCK en H. BUREZ, *TBM* 2007, afl. 1, 90 (merk op dat in dit geval besloten wordt advies in te winnen bij de Europese Commissie als *amicus curiae* onder art. 15(1) Verordening nr. 1/2003); Antwerpen 14 maart 2006, *Jb.Hand.* 2006, 863 (waarbij de rechter besliste de debatten te heropenen zodat de partijen konden concluderen over de marktaandeeldrempels); Rb. Tongeren 23 maart 2005, *Jb.Hand.* 2006, 784. Vaak ging het hierbij om de toepassing van Groepsvrijstelling 2790/1999, de voorganger van de huidige Groepsvrijstelling 330/2010.

de eiser) en dat het exclusieve afnamebeding bijgevolg geen inbreuk uitmaakte op mededingingsrecht (los van de precieze duur van het beding). Om te beoordelen of al dan niet aan de merkbaarheidsvereiste was voldaan, werd zowel verwezen naar het marktaandeel van de leveranciers op de betrokken markt¹²⁴ als naar de bindingsgraad van de overeenkomsten binnen het netwerk (m.n. het aantal potentiële uitbatingspunten dat maximaal aan de leverancier verbonden zijn, ook wel het ‘gebonden marktaandeel’ genoemd)¹²⁵.

In een dispuut tussen SNF en Cytec werd wel een inhoudelijke analyse gemaakt van het exclusieve afnamebeding door de bevoegde arbitragerechters. Het geschil had betrekking op een leveringsovereenkomst tussen SNF en Cytec waarbij SNF gedurende acht jaar voor één fabriek 100% van haar behoeften bij Cytec diende te betrekken zodra een bepaalde minimumbehoefte werd bereikt. De arbiters oordeelden in deze context dat een dergelijke exclusieve afnameovereenkomst met een duur van acht jaar een schending van het mededingingsrecht uitmaakte. Deze arbitrale bevinding werd vervolgens bekeken door de Belgische rechters in eerste aanleg en in beroep maar daarbij werd niet overgegaan tot een inhoudelijke beoordeling van het exclusieve afnamebeding¹²⁶.

33. Vaststellen van de wederverkooprijks. De richtsnoeren van de Commissie definiëren een clause betreffende een vaste wederverkooprijks als “*een verticale prijsbinding, d.w.z. overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederverkooprijks of een vast of minimumprijsniveau aan de afnemer op te leggen*”. De Commissie erkent dat een vaste wederverkooprijks mededingingsbeperkende gevolgen heeft, maar ook efficiëntieverbeteringen kan opleveren¹²⁷. In tegenstelling tot verticale prijsbinding zijn het vaststellen van adviesprijzen of het opleggen van maximumprijzen niet problematisch op voorwaarde dat dit niet neerkomt op een vaste of minimumwederverkooprijks als gevolg van druk of stimulansen vanwege een van de partijen¹²⁸.

In de Belgische rechtspraak kreeg het hof van beroep van Antwerpen reeds tweemaal de kans zich over deze praktijk uit te spreken.

Het voorwerp van het arrest van 20 september 2004 was een clause tot vaststellen van een vaste wederverkooprijks in

een franchiseovereenkomst¹²⁹. De franchisenemer voerde aan dat deze clause strijdig was met artikel 2 WEM. In eerste aanleg had de rechter geoordeeld dat verticale prijsbinding voor geringe zaken mogelijk is. Opvallend is dat het hof in zijn beoordeling eerst verwees naar de Europese regelgeving als leidraad voor zijn beoordeling, maar er uiteindelijk volledig van afweek. Volgens het Europees mededingingsrecht is het opleggen van een wederverkooprijks immers een ‘harde kern’-beperking. Zoals uiteengezet in nr. 9, wordt een overeenkomst die zulke ‘harde kern’-beperkingen bevat van elke groepsvrijstelling uitgesloten en wordt deze geacht steeds binnen het toepassingsgebied van artikel 101(1) VWEU te vallen. Het hof baseerde zich dus ten onrechte op het gebrek aan bewijs van een beperking van de mededinging op een wezenlijk deel van de betrokken markt om de toepassing van artikel 2(1) WEM uit te sluiten. Het onderscheid dat het hof maakte tussen een merkbare beperking op de mededinging – die logischerwijze moet gebeuren met inachtnaam van de relevante geografische markt – en de beperking van de mededinging op de Belgische markt is onzinnig. Uiteraard kan de onderneming, bij een vaststelling van een inbreuk op artikel 2(1) WEM, nog steeds trachten aan te tonen dat aan de voorwaarden van artikel 2(3) WEM voldaan is, zodat de overeenkomst toch rechtsgeldig is. De bewijslast daarvoor ligt dan bij de onderneming die de beperking oplegt (de franchisegever). Integendeel legde het hof in deze zaak de bewijslast bij de franchisenemer.

Het hof van beroep van Antwerpen herpakte zich in een arrest van 27 oktober 2008 met betrekking tot een clause die een aanbevolen minimum verkooprijks voorzag¹³⁰. De rechter in eerste aanleg had deze clause geïnterpreteerd als een verplichting de minimumprijs te respecteren en bijgevolg, bij niet-naleving van deze verplichting, contractbreuk vastgesteld. Het hof nam een ander standpunt in. Het overwoog dat opgelegde verkooprijks zogenaamde ‘harde kern’-beperkingen zijn die de kern van de mededinging raken en dermate ernstig zijn dat zelfs niet moet worden onderzocht of er sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. Dit is in lijn met de *De Minimis* Bekendmaking¹³¹. Het hof interpreteerde de clause dan ook als een loutere richtprijs (onder de andere interpretatie zou de clause immers nietig zijn) en besloot daarom dat niet de afnemer die de minimumprijs niet respecteerde contractbreuk had gepleegd maar wel de leverancier, die alle leveringen had stopgezet.

¹²⁴. Antwerpen 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 880 (merk op dat het hof hier gekeken heeft naar het marktaandeel van de brouwers op de productiemarkt zonder daarbij het marktaandeel op de distributiemarkt in overweging te nemen dat de leverancier behaalt als verdeler van andere bieren).

¹²⁵. Antwerpen 4 oktober 2010, *Jb.Hand.* 2010, 881; Antwerpen 28 september 2009, *Jb.Hand.* 2009, 979; Antwerpen 5 maart 2007, *Jb.Hand.* 2007, 880.

¹²⁶. Brussel 22 juni 2009, *TBM* 2009, afl. 4, 41, noot P. WYTIJCK en H. BUREZ (de rechter vernietigde daarbij de uitspraak in eerste aanleg, Rb. Brussel 8 maart 2007, *Rev.Arb.* 2007, 303). De arbitrale uitspraken die het exclusieve afnamebeding aan een inhoudelijk beoordeling onderwierpen dateren van 2002 en 2004. Voor meer toelichting met betrekking tot deze uitspraken, zie nrs. 66-68.

¹²⁷. Verticale richtsnoeren, § 223-225.

¹²⁸. Verticale richtsnoeren, § 226.

¹²⁹. Antwerpen 20 september 2004, *Jb.Hand.* 2004, p. 895.

¹³⁰. Antwerpen 27 oktober 2008, *Jb.Hand.* 2008, p. 884.

¹³¹. *De Minimis* Bekendmaking, § 11.

2. LES CONSÉQUENCES CIVILES DES INFRACTIONS AU DROIT DE LA CONCURRENCE

34. *Les généralités.* Sous réserve du contentieux préjudiciel actuellement porté devant la Cour de cassation, le droit belge ne contient pas de disposition légale spécifique qui soit relative aux actions judiciaires pour violations du droit de la concurrence. De même, seuls certains aspects de ces actions, comme la charge de la preuve ou la coopération entre la Commission et les juridictions nationales, sont régis par le règlement (CE) n° 1/2003, en cas d'application des articles 101 et/ou 102 du TFUE.

Bien que ces actions restent globalement soumises aux règles ordinaires du droit privé et du droit de la procédure, elles peuvent donner lieu à des applications particulières en raison de l'objet spécifique des litiges qu'elles concernent. Ce sont ces applications particulières qui ont retenu notre attention dans le cadre de cette chronique, plutôt que les cas de simple transposition de solutions classiques au contentieux de la concurrence.

Outre les actions en référé et en cessation qui seront examinées dans la deuxième partie, les demandes et moyens fondés sur des violations du droit de la concurrence tendent à l'annulation des accords restrictifs de concurrence (voy. *infra*, 2.1.), à l'annulation des décisions d'associations d'entreprises (voy. *infra*, 2.2.), à la réparation du dommage causé par l'infraction (voy. *infra*, 2.3.), ou à l'annulation ou au refus d'exequatur de sentences arbitrales (voy. *infra*, 2.4.).

La jurisprudence est examinée ci-dessous par catégorie de demandes ou de défenses introduites devant les cours et tribunaux. Cette présentation a été choisie en vue de mettre en évidence le corps de règles qui est appliqué par la jurisprudence à chaque catégorie de demandes ou de défenses fondées sur le droit de la concurrence. Elle implique toutefois que certaines questions transversales, comme l'influence des décisions des autorités de concurrence, la charge de la preuve de la violation, ou les mesures d'instruction, sont traitées à plusieurs reprises au regard des décisions prononcées dans chaque catégorie de procédures.

2.1. L'annulation des accords restrictifs de concurrence

35. *Plus souvent une défense qu'une demande.* En vertu des articles 101, § 2 du TFUE et 2, § 2 de la LPCE, les accords restrictifs de concurrence sont nuls de plein droit. La nullité de ces conventions peut soit être demandée à titre principal, soit être invoquée comme moyen de défense à l'encontre d'une action de l'adversaire tendant à l'exécution forcée ou à la résolution du contrat pour inexécution fautive.

Pendant la période examinée, c'est à ce titre d'euro-défense¹³² que la nullité des accords restrictifs de concurrence a été le plus souvent postulée¹³³.

36. *La demande d'annulation n'a plus d'objet en cas de caducité du contrat.* Dans une affaire où la nullité a été demandée à titre principal, le tribunal a constaté que le contrat litigieux, constitutif d'abus de position dominante, était devenu caduc, et que la demande d'annulation était ainsi dépourvue d'objet. En outre, le tribunal a rejeté la demande tendant à interdire la conclusion d'un nouveau contrat, aux motifs qu'une infraction aux règles de la concurrence nécessite une analyse préalable du marché, de sorte que la constatation d'un abus passé ne signifie pas que le même comportement serait également abusif à l'avenir¹³⁴.

37. *L'influence des décisions des autorités de concurrence.* La doctrine est partagée sur la question de savoir si les décisions des autorités nationales de concurrence peuvent être revêtues d'une autorité s'imposant aux cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire¹³⁵. Peu de décisions ont abordé cette question au cours de la période examinée.

Un arrêt de la cour d'appel de Mons a considéré que des décisions de classement de la Commission européenne et du Conseil de la concurrence n'empêchent pas les juridictions nationales d'apprécier différemment les accords concernés. Les opinions des autorités de concurrence constituent toutefois des éléments de fait que les juridictions peuvent prendre en compte¹³⁶.

¹³² L'expression est notamment utilisée par VAN BAEL et BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5^{ème} éd., Pays-Bas, Kluwer Law International, 2010, p. 1214.

¹³³ Outre les décisions examinées ci-dessous, voy. Gand 3 février 2010, *Ann.prat.* 2010, p. 850, *RDC-TBH* 2010, 696 (somm.); Bruxelles 7 octobre 2008, *Ann.prat.* 2008, p. 854; Bruxelles 24 octobre 2007, RG 2004/AR/717, *inédit*; Bruxelles 7 mars 2006, *Ann.prat.* 2006, p. 773; Bruxelles 3 novembre 2005, *Ann.prat.* 2005, p. 883, et le commentaire de K. PLATTEAU, "De prejudiciële procedure voor het hof van beroep te Brussel: eind goed, al goed?", pp. 915 et s., *RCB*, 2006/4, p. 319, et l'article de D. GERARD et M. CHAMMAS, "La politique tarifaire de la SABAM au crible du droit de la concurrence", pp. 322 et s.; Anvers 20 septembre 2004, *Ann.prat.* 2004, p. 895, et le commentaire de Y. MONTANGIE, "De toepassing van mededingingsrecht in nationale gerechtelijke procedures: een taak voor advocaat en magistraat", pp. 905 et s.; Comm. Bruxelles 18 octobre 2007, *RCB*, 2008/1, p. 47 (extrait), et le commentaire de P. WYTINCK, p. 48. Dans plusieurs de ces affaires, la partie défenderesse a invoqué plusieurs exceptions de nullité, dont un moyen pris de la violation du droit de la concurrence.

¹³⁴ Comm. Bruxelles 17 juin 2010, RG A/08/5692-A/09/8901, publié dans ce numéro de la revue, p. 39.

¹³⁵ Voy. F. LEFÈVRE, "Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence. Questions actuelles et perspectives d'évolutions futures", *RCB*, 2009/2, pp. 4 et s., spéc. pp. 12 à 14, n^{os} 29 à 32.

¹³⁶ Mons 6 septembre 2004, *D.A. O.R.* 2005, p. 48.

En matière d'instruction du dossier, le tribunal de commerce de Bruxelles a jugé que la décision du Conseil de la concurrence relative à l'accès du plaignant au dossier de l'instruction n'a pas d'autorité de chose jugée vis-à-vis du tribunal saisi d'une demande de production forcée du contrat dont la nullité est postulée pour violation du droit de la concurrence¹³⁷.

38. La charge de la preuve. Conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003, c'est la partie qui invoque la nullité d'un accord qui supporte la charge de prouver l'infraction au droit de la concurrence. A l'inverse, c'est à la partie qui invoque le bénéfice d'une exemption, de prouver que les conditions d'application d'une telle exemption sont remplies¹³⁸.

Selon les affaires, le standard de preuve requis de la partie qui invoque l'infraction, est défini avec plus ou moins de sévérité. Certaines décisions estiment que c'est à la partie qui soulève la nullité d'une convention de prouver que les parts de marché des parties excèdent les seuils en-dessous desquels aucun effet sensible sur la concurrence ne peut être constaté¹³⁹. D'autres décisions ordonnent la réouverture des débats ou demandent un avis de la Commission européenne¹⁴⁰, au motif qu'il serait impossible pour la partie demanderesse de prouver la part de marché détenue par son cocontractant¹⁴¹.

39. La production forcée du contrat. Lorsqu'un contrat fait l'objet d'une demande d'annulation pour cause d'abus de position dominante, le tribunal peut, avant dire droit, en ordonner la production forcée sur pied de l'article 877 du Code judiciaire. En effet, il est utile que le tribunal prenne connaissance du contrat et de son contenu, tant pour vider sa saisine sur cette demande que pour apprécier le bien-fondé des griefs formulés à l'encontre du contrat litigieux¹⁴².

Le fait que le demandeur soit intervenu devant le Conseil de la concurrence en tant que tiers justifiant d'un intérêt pour être entendu, et qu'il n'ait pas obtenu d'accès au contrat litigieux dans le cadre de cette procédure, ne fait pas obstacle à la demande de production du document¹⁴³.

Alors que le Code judiciaire ne prévoit aucun régime spécifique de protection des informations confidentielles dans le cadre de la production forcée de documents, plusieurs décisions ont développé des solutions pragmatiques visant à empêcher la divulgation de secrets d'affaires dans le cadre de litiges entre concurrents.

Ainsi, lorsqu'il ne peut pas être sérieusement contesté que des secrets d'affaires sont contenus dans le contrat dont la production est demandée, les défendeurs ont été autorisés à produire une version non confidentielle du contrat, pour autant qu'ils justifient le caractère confidentiel de chaque partie de texte retirée de la version originale¹⁴⁴. Si les justifications avancées par les défendeurs font l'objet de contestations, le demandeur peut ramener l'affaire devant le tribunal, sur pied de l'article 19, 2^{ème} alinéa du Code judiciaire, afin qu'il soit statué sur cet incident portant sur une mesure d'instruction. En l'espèce, il a été jugé que les défendeurs ne pouvaient considérer comme confidentielles que les informations relatives à des prix ou à d'autres montants financiers, ainsi que les formules d'application qui y seraient liées ou qui les utiliseraient. A l'inverse, les défendeurs ne pouvaient pas qualifier de confidentielle toute information qu'ils estimeraient non pertinente, ou toute information qui porterait sur les dates du contrat, de ses annexes et de ses avenants¹⁴⁵.

Dans une affaire où le défendeur avait offert de communiquer ses contrats d'exclusivité avec ses détaillants, à l'exception des informations commercialement sensibles, la cour d'appel d'Anvers a demandé la communication d'une version non confidentielle de ces contrats et a ordonné la réouverture des débats¹⁴⁶. La cour s'est ensuite prononcée sur le fond du litige avant d'examiner la demande de production d'une copie intégrale des contrats¹⁴⁷.

Une mauvaise exécution de l'ordre de production du contrat ne peut justifier l'octroi de dommages-intérêts sur pied de l'article 882 du Code judiciaire, lorsque le demandeur n'établit pas de préjudice distinct de ses frais de représentation en justice¹⁴⁸.

Il n'y a pas lieu d'assortir la mesure de production d'une astreinte lorsqu'aucun élément du dossier n'indique que les

¹³⁷. Comm. Bruxelles 14 mai 2009, RG A/08/5692, *inédit*.

¹³⁸. Anvers 4 octobre 2010, *Ann.prat.* 2010, p. 881; Anvers 5 mars 2007, *Ann.prat.* 2007, p. 880.

¹³⁹. Anvers 28 septembre 2009, *Ann.prat.* 2009, p. 979; Comm. Courtrai 10 mars 2008, *RDC-TBH* 2009, p. 917 et la note de O. VANDEN BERGHE, "Indemnité de résiliation ou de résolution?", pp. 907 et s.

¹⁴⁰. Sur le fondement de l'art. 15, § 1^{er} du règlement (CE) n° 1/2003, voy. *infra*, n° 40.

¹⁴¹. Anvers 7 novembre 2006, *Ann.prat.* 2006, p. 863, et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, *RCB*, 2007/1, p. 91; Anvers 14 mars 2006, *Ann.prat.* 2006, p. 784, et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, *RCB*, 2006/4, p. 329. Ces deux arrêts ont été prononcés dans la même affaire. Le premier arrêt du 14 mars 2006 a ordonné la réouverture des débats pour que les parties concluent sur les seuils de parts de marché et sur l'opportunité de demander un avis à la Commission européenne. Le deuxième arrêt du 7 novembre 2006 a demandé l'avis de la Commission européenne.

¹⁴². Comm. Bruxelles 14 mai 2009, RG A/08/5692, *inédit*.

¹⁴³. *Ibid.*

¹⁴⁴. *Ibid.*

¹⁴⁵. Comm. Bruxelles 3 décembre 2009, RG A/08/5692-A/09/8901, *inédit*.

¹⁴⁶. Anvers 10 décembre 2007, RG 2006/AR/3009, *inédit*.

¹⁴⁷. Anvers 25 mai 2009, *Ann.prat.* 2009, p. 998.

¹⁴⁸. Comm. Bruxelles 3 décembre 2009, RG A/08/5692-A/09/8901, *inédit*.

défenderesses n'auraient pas l'intention de se conformer à la décision à intervenir¹⁴⁹.

Enfin, aucune base légale ne permet à un tribunal de statuer *ad futurum* sur l'usage qui pourrait être fait par les parties des pièces produites dans une instance, quel que soit le mode, spontané ou contraint, de cette production¹⁵⁰.

40. *La demande d'avis à la Commission européenne et la question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.* Pendant la période examinée, plusieurs décisions ont fait usage de la possibilité offerte par l'article 15, § 1^{er} du règlement (CE) n° 1/2003, de demander un avis à la Commission européenne sur l'application des articles 101 et 102 du TFUE¹⁵¹.

Le tribunal de commerce de Bruxelles a également posé une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne sur la compatibilité d'une clause résolutoire expresse avec le règlement (CE) n° 1400/2002¹⁵² d'exemption par catégories dans le secteur automobile¹⁵³. L'appel contre cette décision de question préjudicielle a été déclaré irrecevable par la cour d'appel de Bruxelles, au motif que la question à la Cour de justice ne causait en elle-même aucun grief aux parties¹⁵⁴.

41. *La compétence d'appliquer l'article 101, § 3 du TFUE.* En date du 17 juin 2010, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de savoir si le règlement (CE) n° 1/2003 permettait au juge d'appliquer l'article 101, § 3 du TFUE relatif aux exemptions individuelles, à un contrat qui avait été conclu et résilié avant l'entrée en vigueur du règlement.

Dans cette affaire, un distributeur réclamait des dommages-intérêts à la suite de la résiliation de son contrat de distribu-

tion par le producteur en date du 5 juillet 2001. Il postulait simultanément la nullité des contrats d'exclusivité conclus entre ce producteur et ses détaillants. Sur la base des dispositions transitoires du règlement d'exemption par catégories (CE) n° 2790/1999¹⁵⁵, la cour d'appel d'Anvers a considéré que le règlement d'exemption applicable était celui en vigueur au jour de la résiliation. La cour d'appel a prononcé la nullité des clauses fixant la durée des obligations de non-concurrence, pour les deux contrats qui ne respectaient pas les règles transitoires de ce règlement. Pour aboutir à cette décision, la cour a notamment considéré que le producteur aurait dû demander une exemption individuelle auprès de la Commission européenne, et que la cour n'était pas compétente pour accorder une telle exemption, puisque le règlement (CE) n° 1/2003 permettant l'application directe de l'article 101, § 3 du TFUE par les juridictions nationales n'était entré en vigueur que le 1^{er} mai 2004¹⁵⁶.

Sur pourvoi, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2010 a cassé cette décision, au motif qu'en tant que règle de procédure, la compétence des juridictions nationales d'appliquer l'article 101, § 3 du TFUE était d'application immédiate aux litiges en cours au 1^{er} mai 2004. La Cour de cassation en a déduit qu'en refusant d'apprécier si les conditions d'une exemption individuelle étaient réunies, l'arrêt attaqué ne justifiait pas légalement sa décision d'annuler les clauses litigieuses¹⁵⁷.

42. *Le pouvoir du juge de soulever d'office la question de la nullité pour violation du droit de la concurrence.* En raison du caractère d'ordre public du droit de la concurrence, le juge peut soulever d'office la question de la violation des dispositions interdisant les pratiques restrictives de concurrence¹⁵⁸. Dans ce cas, le juge doit toutefois ordonner la réou-

^{149.} *Ibid.*

^{150.} *Ibid.*

^{151.} Anvers 7 novembre 2006, *Ann.prat.* 2006, p. 863 et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, *RCB*, 2007/1, p. 91; Anvers 14 mars 2006, *Ann.prat.* 2006, p. 784 et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, *RCB*, 2006/4, p. 329; Anvers 26 septembre 2005, *Ann.prat.* 2005, p. 878. Au sujet de cette procédure d'assistance, voy. notamment: C. SCHURMANS et P.-Y. ANDRAU, "La Commission comme *amicus curiae*. La coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales après l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE", *RCB*, 2006/4, pp. 236 et s.

^{152.} Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'art. 81, § 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JOCE L.* 203, 1^{er} août 2002, p. 30.

^{153.} Comm. Bruxelles 21 novembre 2005, RG 7998/2004, *inédit*.

^{154.} Bruxelles 11 mars 2008, RG 2005/AR/3409, *inédit*. La Cour de justice a prononcé son arrêt à titre préjudiciel en date du 18 janvier 2007 (CJCE 18 janvier 2007, C-421/05, *City Motors Groep / Citroën Belux*, *Rec.* 2007, p. I-653, et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, *RCB*, 2007/2, p. 65).

^{155.} Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE L.* 336, 29 décembre 1999, p. 21.

^{156.} Anvers 25 mai 2009, *Ann.prat.* 2009, p. 998.

^{157.} Cass. 17 juin 2010, RG C.09.0494.N.

^{158.} Bruxelles 10 octobre 2008, *RDC-TBH* 2009, 487 et la note de X. TATON, "L'office du juge et la nullité en droit de la concurrence", 492 et s.; Comm. Hasselt 16 mars 2005, *Limb.Rechtsl.* 2007, p. 344. Dans cette dernière affaire, le tribunal de commerce a posé une question préjudicielle à la cour d'appel de Bruxelles, conformément à l'art. 42bis de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999. Ayant été saisie avant l'abrogation de ce contentieux préjudiciel en date du 1^{er} octobre 2006, la cour d'appel a répondu aux questions préjudicielles par un arrêt du 23 janvier 2007 (Bruxelles 23 janvier 2007, *Limb.Rechtsl.* 2007, p. 297, note B. PONET, "Marktverdelingsafspraken zijn strijdig met het mededingingsrecht", pp. 303 et s.).

verture des débats¹⁵⁹ ou la mise en continuation de ceux-ci, afin de permettre aux parties de déposer de nouvelles conclusions sur ce moyen soulevé d'office¹⁶⁰.

Selon certains auteurs, un arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2009 remettrait en cause cette solution en ce qui concerne l'article 101, § 3 du TFUE¹⁶¹. Cette analyse paraît toutefois reposer sur une lecture inexacte de cet arrêt, dont la solution semble davantage fondée sur les règles relatives à la charge de la preuve que sur celles délimitant les rôles respectifs du juge et des parties.

En effet, dans cette espèce, l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Bruxelles avait considéré, sans être critiqué sur ce point par le pourvoi, que les conventions litigieuses contenaient une clause de non-concurrence contraire à l'article 5 du règlement d'exemption (CE) n° 2790/99. L'arrêt de la Cour de cassation a d'abord rappelé qu'en vertu de l'article 2 du règlement (CE) n° 1/2003, c'est l'entreprise qui soutient pouvoir bénéficier d'une exemption individuelle en vertu de l'article 101, § 3 du TFUE, qui supporte la charge de prouver que les conditions d'application de cette disposition sont remplies. En l'espèce, la demanderesse en cassation n'avait pas invoqué l'article 101, § 3, précité et n'avait donc pas tenté de démontrer que ses conditions d'application auraient été satisfaites. C'est à ce stade de son raisonnement que la Cour de cassation a rappelé la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle le droit communautaire n'oblige pas le juge national à soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions non invoquées, en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande¹⁶². La Cour de cassation en a déduit que la cour d'appel de Bruxelles avait légalement justifié sa décision de déclarer les conventions litigieuses nulles en ce qu'elles pré-

voyaient des obligations de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans¹⁶³.

A notre estime, cet arrêt signifie qu'une entreprise qui supporte la charge de prouver une exemption individuelle et qui ne tente même pas de démontrer que les conditions d'une telle exemption seraient réunies, ne peut pas obtenir la cassation de la décision du juge d'appel en reprochant à celui-ci de ne pas avoir apporté une telle preuve à sa place. Il nous semble que cet arrêt constitue une application exacte des règles en matière de charge de la preuve, et qu'il ne remet pas en cause le caractère d'ordre public de l'article 101, § 3 du TFUE¹⁶⁴.

Dans les conclusions à déduire de cette affaire, il nous semble nécessaire de garder à l'esprit qu'un juge de l'Ordre judiciaire n'est pas tenu, en l'absence de conclusions des parties, de constater dans ses motifs la réunion de toutes les conditions d'application d'une règle légale¹⁶⁵. En l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles n'était donc pas tenue de mentionner dans son arrêt qu'elle soulevait d'office la question de l'application éventuelle de l'article 101, § 3 du TFUE et qu'elle rejetait l'application de cette disposition pour défaut de preuve de la part de la partie qui aurait pu invoquer le bénéfice de cette disposition.

De plus, en ce qui concerne les faits, il n'existe pas de faits d'ordre public¹⁶⁶. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge a l'obligation de donner d'office la qualification juridique exacte aux faits qui sont spécialement invoqués par les parties, mais il dispose d'une simple faculté – et non d'une obligation – de déduire les conséquences juridiques des faits qui sont seulement allégués par les parties¹⁶⁷. Dans le même sens, le juge peut¹⁶⁸ mais ne doit pas ordonner d'office une réouverture des débats ou une mesure d'instruc-

¹⁵⁹. Comm. Hasselt 10 juin 2009, *Limb.Rechtsl.* 2011, p. 183 (extrait) et la note de la rédaction, p. 184. Après la réouverture des débats, un jugement du 18 novembre 2009 a décidé que le fournisseur ne disposait pas d'une position dominante, mais a néanmoins réduit le droit du fournisseur de fixer le prix de fourniture, dans les limites de l'exercice normal de ce droit (Comm. Hasselt 18 novembre 2009, *Limb.Rechtsl.* 2011, p. 184 (extrait)). Sur cette affaire, voy. S. TORMANS, "Geschillen met energieleveranciers en/of netbeheerders", *Limb.Rechtsl.* 2011, pp. 97 et s., spéc. pp. 106 à 109, nos 17 à 19. Comm. Namur 27 mars 2006, RG 208/05, *inédit*. Après la réouverture des débats, ce jugement a posé une question préjudicielle à la cour d'appel de Bruxelles. Cette dernière a décidé que les demandeurs n'établissaient pas l'existence d'une infraction aux dispositions de la loi sur la protection de la concurrence économique (Bruxelles 15 décembre 2006, *Ann.prat.* 2006, p. 925 et le commentaire de G. ZONNEKEYN, "Prejudiciële vragen over concentratiecontrole – een primeur", pp. 933 et s., *RCB*, 2007/4, p. 39, note L. GARZANITI, P. GOFFINET et E. MULLIER, "L'applicabilité des dispositions interdisant les pratiques restrictives aux concentrations", pp. 44 et s.). Sur renvoi, le tribunal de commerce de Namur a ensuite rejeté le moyen de nullité pris de la violation du droit de la concurrence (Comm. Namur 25 juin 2007, RG 208/05, *inédit*).

¹⁶⁰. X. TATON, "L'office du juge...", *o.c.*, p. 494, n° 4.

¹⁶¹. A. LAMOTE et P. L'ECLUSE, "Artikel 101, VWEU – Van openbare orde in Luxemburg maar niet in Brussel? Enkele bedenkingen bij het 'Haacht'-arrest van het Hof van Cassatie" (note sous Cass. 15 mai 2009), *RCB*, 2010/3, pp. 36 et s.

¹⁶². CJCE 10 décembre 1995, C-430/93 et 431-93, *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, *Rec.* 1995, p. I-4705.

¹⁶³. Cass. 15 mai 2009, *Ann.prat.* 2009, p. 945, *RCB*, 2010/3, p. 33 et la note précitée de A. Lamote et P. L'Ecluse.

¹⁶⁴. L'arrêt de la Cour de cassation 17 juin 2010, examiné ci-dessus, concerne également l'application de l'art. 101, § 3 du TFUE, mais dans une affaire où cette disposition avait été invoquée par les parties. Portant sur une hypothèse différente, l'arrêt de 2010 ne contredit donc pas celui de 2009.

¹⁶⁵. Voy. A. MEEÛS, "Le moyen de cassation suivant lequel les motifs de la décision attaquée mettent la Cour dans l'impossibilité d'exercer son contrôle de légalité est-il recevable s'il est fondé sur la violation de l'article 149 de la Constitution?" (note sous Cass. 19 octobre 2000), *RCJB* 2001, pp. 12 et s.

¹⁶⁶. J. LINSMEAU et X. TATON, "Le principe dispositif et l'activisme du juge" in J. LINSMEAU et M. STORME (éds.), *Finalité et légitimité du droit judiciaire. Het gerechtelijk recht waarom en waarheen?*, Bruges, la Chartre, 2005, pp. 103 et s., spéc. p. 121, n° 40.

¹⁶⁷. Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Le nouveau droit judiciaire, en principes" in G. DE LEVAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2007, pp. 325 et s., spéc. pp. 378 à 381, nos 52 à 55.

¹⁶⁸. Le juge peut toujours ordonner une réouverture des débats ou une mesure d'instruction, sur pied des art. 774, 1^{er} al. et 871 du Code judiciaire.

tion¹⁶⁹. Ce régime est conforme au caractère d'ordre public du droit de la concurrence, comme l'a décidé la Cour de justice dans l'affaire *Van Schijndel*¹⁷⁰. En l'espèce, la cour d'appel de Bruxelles n'était donc pas tenue de rechercher si d'autres faits, non spécialement invoqués par les parties, auraient démontré la réunion des conditions d'application de l'article 101, § 3 du TFUE.

En résumé, le régime belge en la matière nous semble être le suivant. Le § 3 de l'article 101 du TFUE et de l'article 2 de la LPCE relève de l'ordre public, au même titre que les deux premiers paragraphes de ces articles. Même si aucune partie n'invoque le bénéfice du § 3, le juge doit l'appliquer d'office. Cela signifie que si des faits spécialement invoqués par les parties permettent au juge de décider que les conditions d'application d'une exemption individuelle sont réunies, le juge doit accorder d'office une telle exemption, le cas échéant après réouverture ou mise en continuation des débats. A l'inverse, si de tels faits n'ont pas été spécialement invoqués par les parties, le juge peut librement choisir, soit d'investiguer la question d'une exemption individuelle par le biais d'une réouverture des débats ou d'une mesure d'instruction, soit d'exclure toute exemption individuelle au motif que la charge de la preuve repose sur la partie qui aurait pu en bénéficier. En l'absence de conclusions des parties sur ce point, le juge n'est pas tenu d'exprimer son choix d'exclure toute exemption individuelle, dans les motifs de sa décision.

43. *Le moment auquel le juge doit se placer pour apprécier la violation du droit de la concurrence.* L'application concrète de la prohibition des accords restrictifs de concurrence pose également la question délicate du moment auquel le juge doit se placer pour procéder à son analyse concurrentielle. Comme la situation de concurrence sur le marché est susceptible d'évoluer dans le temps, cette question peut avoir des conséquences déterminantes sur la validité ou la nullité des accords litigieux.

Plusieurs arrêts de la cour d'appel d'Anvers ont appliqué la règle classique selon laquelle la validité d'une convention s'apprécie au regard du droit en vigueur au moment de la conclusion du contrat¹⁷¹. Certaines décisions constatent toutefois que les dispositions pertinentes de la LPCE du

15 septembre 2006 sont identiques à celles de la loi précédente du 1^{er} juillet 1999¹⁷².

A l'inverse, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 23 juin 2005¹⁷³ a refusé d'appliquer au droit de la concurrence, cette doctrine classique du droit des obligations. En l'espèce, la partie demanderesse demandait l'indemnisation contractuellement prévue pour le non-respect d'un accord d'approvisionnement exclusif. La partie défenderesse, qui avait exécuté l'accord d'exclusivité jusqu'à la cessation de ses activités, postulait la nullité de cet engagement pour violation du droit de la concurrence. Dans ces circonstances, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que la licéité de l'accord ne devait être examinée qu'au jour de la cessation d'activités et au jour de l'introduction de la demande, sans qu'il y ait lieu de vérifier les éventuels effets anticoncurrentiels à un quelconque autre moment depuis la formation du contrat¹⁷⁴. Les commentateurs de l'arrêt ont approuvé ce raisonnement, en faisant remarquer qu'en l'espèce, le contrat ne pouvait être contraire au droit de la concurrence qu'en raison de ses effets, de sorte que sa nullité éventuelle ne trouvait pas sa cause dans un vice existant au moment de la formation du contrat, mais bien dans une situation susceptible d'évoluer au cours de la période contractuelle¹⁷⁵.

L'arrêt précité de la Cour de cassation du 17 juin 2010 peut être rattaché à cette question, mais il n'épuisera probablement pas le débat. En effet, comme expliqué *supra* (n° 41), cet arrêt décide qu'il y a lieu d'appliquer l'article 101, § 3 du TFUE à un contrat conclu et résilié avant le 1^{er} mai 2004, en raison de la qualification de l'article 3, § 1^{er} du règlement (CE) n° 1/2003 en tant que règle de procédure. Cet arrêt nous semble cependant renforcer la thèse selon laquelle, en droit de la concurrence, le juge ne doit pas nécessairement apprécier la nullité éventuelle des accords au jour de leur conclusion.

44. *Les conséquences de la nullité sur les demandes en responsabilité contractuelle.* Lorsque chacune des deux parties demande exclusivement des dommages-intérêts à son cocontractant pour mauvaise exécution du contrat, la nullité du contrat pour violation de l'article 101, § 1^{er} du TFUE entraîne le rejet de ces demandes réciproques¹⁷⁶. Il s'agit

^{169.} La réouverture des débats n'est obligatoire qu'en cas de nouveau moyen soulevé par le juge, en vue de respecter le principe du contradictoire (voy. X. TATON, "L'office du juge...", *o.c.*, pp. 493 et 494, n° 4).

^{170.} CJCE 10 décembre 1995, C-430/93 et 431-93, *Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, *Rec.* 1995, p. I-4705.

^{171.} Anvers 25 mai 2009, *Ann.prat.* 2009, p. 998 (partiellement cassé par Cass. 17 juin 2010, examiné ci-dessus).

^{172.} Anvers 4 octobre 2010, *Ann.prat.* 2010, p. 881; Anvers 28 septembre 2009, *Ann.prat.* 2009, p. 979.

^{173.} Cet arrêt a été prononcé sur une question préjudicielle posée par la cour d'appel de Liège (Liège 9 septembre 2004, *RDC-TBH* 2006, 636). Sur renvoi, la même cour d'appel a rendu son arrêt définitif le 30 mars 2006 (RG 2002/RG/1163, *inédit*).

^{174.} Bruxelles 23 juin 2005, *RDC-TBH* 2006, 640 et la note de X. TATON, "Le contentieux préjudiciel interne en droit de la concurrence après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003", 648 et s., et les références citées, *RCB*, 2006/2, p. 107 et l'article de H. VIAENE, "De prejudiciële vraag of hoe een vlag niet altijd de lading dekt", pp. 118 et s., *Ann.prat.* 2005, p. 760 et le commentaire de Y. MONTANGIE, "Prejudiciële vragen in de WBEM en de draagwijdte van de nietigheidssanctie in het Europese kartelverbod", pp. 781 et s.

^{175.} H. VIAENE, *ibid.*, p. 123, n° 28; X. TATON, *ibid.*, p. 659, n° 26. De manière plus réservée, Y. Montangie (*ibid.*, pp. 786 à 788) a suggéré que la cour d'appel de Bruxelles n'avait pas appliqué la nullité de droit belge, mais avait fait une application directe de la nullité prévue par l'art. 81, § 2 du traité CE.

^{176.} Bruxelles 10 octobre 2008, *RDC-TBH* 2009, 487, note X. TATON, "L'office du juge et la nullité en droit de la concurrence", 492 et s.

d'une application de l'article 1131 du Code civil et de l'adage '*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*'.

45. *Les conséquences de la nullité d'une clause sur les autres dispositions du contrat.* La nullité d'une clause pour violation du droit de la concurrence n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'intégralité du contrat¹⁷⁷. Tel n'est le cas que si la clause nulle forme un ensemble indivisible avec le reste de la convention, ou si les parties ont convenu de l'indivisibilité de la convention concernée¹⁷⁸. Par voie de conséquence, la nullité d'une clause interdisant les ventes passives, n'entraîne pas la nullité intégrale de la convention de distribution exclusive, lorsque cette distribution constitue l'essence du contrat et lorsque les parties ont expressément prévu une clause de divisibilité du contrat¹⁷⁹. De même, la nullité éventuelle d'accords d'approvisionnement exclusif reste sans influence sur une demande de restitution de machines mises à disposition et sur une action subrogatoire en récupération d'un paiement effectué en vertu d'un contrat de cautionnement¹⁸⁰.

Lorsque la violation du droit de la concurrence résulte de la durée excessive d'une obligation de non-concurrence, il a été considéré que le juge ne peut pas réduire la durée de cette obligation au terme licite, car le juge ne dispose pas d'un pouvoir de modération permettant de réduire la sanction de la nullité. Le juge a dès lors prononcé la nullité des clauses relatives à la durée des obligations de non-concurrence¹⁸¹.

46. *L'interprétation du contrat comme alternative à la nullité.* L'article 1157 du Code civil dispose que lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. Un arrêt de la cour d'appel d'Anvers a fait application de cette disposition pour considérer qu'une clause de prix de vente minimum devait être interprétée comme une demande facultative, et pas comme une obligation, qui aurait été nulle pour contrariété à l'article 2, § 1^{er} de la LPCE¹⁸².

Un commentateur s'est étonné de cette interprétation de la clause contractuelle litigieuse, dans la mesure où celle-ci prévoyait expressément le caractère obligatoire du prix de vente minimum¹⁸³. Cependant, le litige portait en l'espèce

sur le point de savoir si la demanderesse pouvait résoudre le contrat pour méconnaissance de la clause de prix de vente minimum. Que la cour d'appel ait interprété la clause comme une faculté plutôt que comme une obligation nulle, ne modifiait pas la décision définitive. Il s'agissait, dans les deux cas, de rejeter l'allégation d'une faute contractuelle¹⁸⁴.

2.2. L'annulation des décisions d'associations d'entreprises

47. *Une jurisprudence focalisée sur le secteur des professions libérales.* Les décisions des associations d'entreprises constituent une autre catégorie de décisions que l'article 101, § 2 du TFUE et l'article 2, § 2 de la LPCE déclarent nulles de plein droit lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Comme en matière d'accords restrictifs de concurrence, la nullité des décisions d'associations d'entreprises peut être postulée soit à titre principal, soit de manière incidente en tant que moyen soulevé à l'appui ou à l'encontre d'une autre demande. Pendant la période examinée, la jurisprudence disponible s'est focalisée sur les questions de validité des règlements et autres normes déontologiques applicables aux professions libérales. Nous n'examinons ci-dessous que les jugements et arrêts des cours et tribunaux, et non les décisions prononcées par les organes des ordres professionnels eux-mêmes.

48. *L'effet contraignant d'une décision de la Commission européenne.* Pendant la période examinée, la cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion de faire application de l'article 16, § 1^{er} du règlement (CE) n° 1/2003. En vertu de cette disposition, la décision de la Commission européenne constatant que la norme déontologique d'un ordre professionnel est contraire au droit de la concurrence, a un effet contraignant pour les juridictions nationales appelées à statuer sur la même norme. En effet, les juridictions nationales ne peuvent pas statuer dans un sens qui irait à l'encontre d'une telle décision de la Commission. Les juridictions nationales peuvent uniquement poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, si elles ont des doutes sur la validité de la décision de la Commission¹⁸⁵.

^{177.} Bruxelles 23 janvier 2007, *Limb.Rechtsl.* 2007, p. 297 et la note de B. PONET, "Marktverdelingsafspraken zijn strijdig met het mededingingsrecht", pp. 303 et s.

^{178.} P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 353 et 354, n° 227.

^{179.} Anvers 29 mars 2010, RG 2009/AR/6, *RCB*, 2010/2, p. 138 (somm.) et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, pp. 140 et s. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2012 (RG C.10.433.N) qui sera examiné dans une prochaine édition de cette chronique.

^{180.} Anvers 14 mars 2006, *Ann.prat.* 2006, p. 784 et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, *RCB*, 2006/4, p. 329. Cet arrêt a réformé un jugement du tribunal de première instance de Tongres du 23 mars 2005, qui avait considéré que tous les contrats conclus entre les parties constituaient un ensemble indissociable (Civ. Tongres 23 mars 2005, RG 02/1016/A, *inédit*).

^{181.} Anvers 25 mai 2009, *Ann.prat.* 2009, p. 998. L'arrêt laisse incertain le point de savoir si cette nullité des clauses de durée implique la nullité des obligations de non-concurrence, ou le maintien de telles obligations avec une durée indéterminée permettant leur résiliation unilatérale.

^{182.} Anvers 27 octobre 2008, *Ann.prat.* 2008, p. 884.

^{183.} H. BUREZ, commentaire sous Anvers 27 octobre 2008, *RCB*, 2009/1, p. 61.

^{184.} Tel ne serait pas le cas dans l'hypothèse où la nullité pour violation du droit de la concurrence aurait été demandée à titre principal. Dans ce cas, une interprétation conciliante fondée sur l'art. 1157 du Code civil, permettrait d'échapper aux demandes de restitution.

^{185.} Bruxelles 28 septembre 2004, *Ann.prat.* 2004, p. 925.

49. *Les recours en annulation des normes déontologiques.* Les recours tendant à l'annulation des règlements déontologiques des ordres professionnels sont souvent soumis à des procédures spécifiques. A titre d'exemple, les recours contre les décisions des ordres communautaires d'avocats sont portés devant la Cour de cassation¹⁸⁶. L'ordre communautaire dont la décision est attaquée peut faire intervention dans la procédure en annulation¹⁸⁷.

50. *Le conseil d'appel doit soulever d'office la nullité pour limitation de la concurrence.* La question de la conformité d'une norme déontologique avec le droit de la concurrence, peut également se poser dans le cadre de poursuites devant les autorités disciplinaires¹⁸⁸.

Il a ainsi été jugé que le conseil d'appel d'un ordre professionnel doit constater d'office la nullité d'une décision d'un organe de cet ordre qui méconnaît le droit de la concurrence¹⁸⁹. Si la décision méconnue est nulle pour violation du droit de la concurrence, aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée.

51. *Les conséquences sur les contrats individuels.* Lorsque la norme déontologique d'un ordre professionnel est contraire au droit de la concurrence, cette violation peut avoir des conséquences sur la validité des contrats individuels conclus entre les clients et les membres de cet ordre. En effet, il a été jugé que le consentement d'un client au prix d'une convention peut être entaché d'une erreur excusable, lorsque cet accord était basé sur la norme déontologique d'un ordre professionnel, et que cette norme avait été présentée à ce client comme obligatoire alors qu'elle était contraire au droit de la concurrence. Dans cette espèce, la cour d'appel de Gand a toutefois ordonné le paiement d'une partie des honoraires réclamés, au motif qu'il était clairement dans

l'intention des parties que les prestations effectuées soient rémunérées¹⁹⁰.

2.3. Les actions en responsabilité

52. *Plusieurs actions en responsabilité mais peu de condamnations.* Depuis 2004, le contentieux de la réparation des dommages causés par des infractions au droit de la concurrence, a fait son entrée dans la pratique judiciaire et est devenu un sujet retenant davantage l'attention de la doctrine¹⁹¹.

Une seule condamnation a été prononcée au cours de la période examinée¹⁹². Les autres demandes ont été rejetées pour absence de violation du droit de la concurrence¹⁹³ ou pour absence de responsabilité extracontractuelle¹⁹⁴, ou ont donné lieu à des mesures d'instruction encore en cours¹⁹⁵. Cette constatation ne signifie pas nécessairement que le droit de la concurrence serait insuffisamment appliqué par les juridictions belges. En effet, de nombreuses demandes fondées sur le droit de la concurrence peuvent aussi faire l'objet de règlements extrajudiciaires¹⁹⁶.

53. *La compétence.* Une demande de dommages-intérêts pour abus de position dominante est une contestation portant sur un droit subjectif civil, et non une demande tendant à constater l'illégalité d'un arrêté royal réglementant le secteur concerné. Cette demande relève donc de la compétence des tribunaux de l'Ordre judiciaire, conformément à l'article 144 de la Constitution. En outre, le principe de la séparation des pouvoirs n'empêche pas les tribunaux judiciaires d'ordonner la réparation d'une atteinte illicite à un droit subjectif, même si cette atteinte est commise par une administration dans le cadre d'une compétence non liée¹⁹⁷.

¹⁸⁶ Art. 611 du Code judiciaire.

¹⁸⁷ Art. 501, § 3 du Code judiciaire. Pour un cas d'application, voy. Cass. 22 décembre 2005, *RDJP* 2006, p. 137 et la note de S. VOET, "Reglement Orde van Vlaamse Balies inzake permanente vorming doorstaat (deels) evenredigheids- en mededingingsstoets", pp. 142 et s.

¹⁸⁸ Cass. 24 juin 2004, RG D.02.22.N (réponse au quatrième moyen).

¹⁸⁹ Cass. 27 avril 2007, *Pas.* 2007, I, p. 806, *TBO* 2007, p. 225, *Res Jur.Imm.* 2007, p. 119; Cass. 2 février 2006, *Pas.* 2006, I, p. 279. Sur les conditions dans lesquelles la décision d'un ordre professionnel méconnaît le droit de la concurrence, voy. *supra*, n° 19.

¹⁹⁰ Gand 15 février 2008, *Ann.prat.* 2008, p. 814 et le commentaire de K. BAEKELANDT, "De interieurarchitect en zijn ereloon: invloed van de mededingingsregels op de geldigheid van overeenkomsten", pp. 819 et s.

¹⁹¹ Voy. notamment: I. VEROUSTRATE et A. BOSSUYT, "Damages actions for breach of the EC antitrust rules", *RCB*, 2009/4, pp. 17 et s.; F. LEFÈVRE, "Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence. Questions actuelles et perspectives d'évolutions futures", *RCB*, 2009/2, pp. 4 et s.; H. GILLIAMS et L. CORNELIS, "Private enforcement of the competition rules in Belgium", *RCB*, 2007/2, pp. 11 et s., spéc. pp. 16 à 32; E. DE SMIJTER, "Het Groenboek van de Commissie omtrent schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingsregels", *RCB*, 2007/2, pp. 3 et s.; C. SCHURMANS, "Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence" in P. NIHOUL (coord.), *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence. Un rôle accru pour le praticien?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 89 et s.

¹⁹² Comm. Bruxelles 17 juin 2010, RG A/08/5692-A/09/8901, publié dans ce numéro de la revue, p. 39.

¹⁹³ Bruxelles 25 janvier 2005, *Ann.prat.* 2005, p. 743; Civ. Bruxelles 29 juin 2010, *RCB*, 2010/3, p. 48 (somm.) et commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, p. 49; Civ. Bruxelles 1^{er} juin 2010, RG 07/12723/A, *RCB*, 2010/4, p. 61 (somm.) et le commentaire de P. WYTINCK, pp. 62 et s.; Civ. Bruxelles 21 mai 2004, *AM* 2005, p. 424.

¹⁹⁴ Comm. Bruxelles 15 novembre 2006, RG 8069/02 – RG 9060/02, *inédit*.

¹⁹⁵ Bruxelles 11 octobre 2011, RG 2010/AR/3112, *inédit*; Comm. Bruxelles 29 mai 2007, RG A/03/6791, *inédit*.

¹⁹⁶ Voy. B. MEYRING, "European Union" in I. KNABLE GOTTS (éd.), *The Private Competition Enforcement Review*, 5^e éd., Londres, Law Business Research, 2012, pp. 126 et s., spéc. pp. 128 et 129; M. HALL, "The Route More Travelled: 2 Travel Obtains Damages in UK", *mlex mag.*, octobre-décembre 2012, pp. 50 et s., qui examine un jugement du *Competition Appeal Tribunal* du 5 juillet 2012, représentant le premier jugement anglais ayant accordé des dommages-intérêts pour infraction au droit de la concurrence au terme d'un procès complet.

¹⁹⁷ Civ. Bruxelles 1^{er} juin 2010, RG 07/12723/A, *RCB*, 2010/4, p. 61 (somm.) et le commentaire de P. WYTINCK, pp. 62 et s.

54. *Les clauses de règlement alternatif des différends.* Un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles – qui fait aujourd’hui l’objet d’un appel toujours pendant –, s’est prononcé sur deux moyens d’incompétence déduits de clauses de règlement alternatif des différends, qui figuraient dans une convention d’interconnexion et dans un contrat de transaction préalablement conclus par les parties. Le jugement a rejeté les deux déclinatoires de juridiction.

En ce qui concerne la convention d’interconnexion, le tribunal a considéré que les griefs de prix d’éviction et de compression des prix prenaient les tarifs d’interconnexion comme points de référence des prix sur le marché de gros, sans les contester. Le tribunal en a déduit que la demande en responsabilité pour abus de position dominante ne concernait pas l’interprétation, l’application ou l’exécution de la convention d’interconnexion, au sens de la clause de *‘dispute resolution’* que celle-ci contenait¹⁹⁸.

Le tribunal a également jugé que la conclusion d’une transaction par laquelle les parties ont accepté de se désister d’une instance en cessation et de soumettre leur litige à une procédure de conciliation devant une autorité de régulation – en l’occurrence l’IBPT –, n’a pas pour effet de priver les cours et tribunaux de leur compétence de connaître d’une action en responsabilité pour abus de position dominante¹⁹⁹.

55. *La qualité et l’intérêt.* Un acheteur indirect dispose de la qualité et de l’intérêt requis pour introduire une action en responsabilité extracontractuelle contre le producteur, quand bien même il reproche à celui-ci d’avoir commis un abus de position dominante dans le cadre de son contrat avec un acheteur intermédiaire²⁰⁰. Dans le même sens, un revendeur a un intérêt légitime à agir contre la société mère de son distributeur lorsqu’il invoque des pratiques concertées de refus de vente entre cette société mère et sa filiale²⁰¹. L’existence des pratiques concertées et du droit subjectif à l’indemnisation ne relève pas de la recevabilité mais du fond de l’affaire.

La circonstance que la partie demanderesse est sous-capitalisée, que son actif net est inférieur au montant prévu par l’article 634 du Code des sociétés ou qu’elle ne respecte pas les obligations de couverture prévues par sa licence de téléphonie, ne permettent pas de considérer que son intérêt à agir serait illégitime, ni que son action en responsabilité pour abus de position dominante deviendrait irrecevable²⁰².

Il se peut que le moyen pris de la violation du droit de la concurrence devienne surabondant, lorsque la demande de réparation est déjà accueillie sur la base d’un autre fondement. A titre d’exemple, lorsque la demande de dommages-intérêts est accueillie sur la base de la violation d’un pacte de préférence, le tribunal peut réserver à statuer sur l’application du droit de la concurrence, afin que la partie demanderesse précise si ses arguments de droit de la concurrence présentent un intérêt ou un dommage distinct par rapport à sa thèse principale²⁰³.

56. *La prescription.* Le droit belge ne prévoit aucun délai de prescription spécifique pour les actions fondées sur des infractions au droit de la concurrence. Ces actions sont donc soumises aux délais de droit commun, et en particulier, au délai de 5 ans qui est applicable aux actions en responsabilité extracontractuelle²⁰⁴, et au délai de 10 ans qui est applicable aux actions en annulation de contrat²⁰⁵ et aux autres actions personnelles²⁰⁶.

Dans une affaire où le demandeur reprochait une pratique restrictive de concurrence à la Régie des Voies aériennes, et puis à BIAC/BAC, le tribunal a appliqué l’article 100 des lois coordonnées du 17 juillet 1991 sur la comptabilité de l’Etat, selon lequel une action en dommages-intérêts contre l’Etat se prescrit par cinq ans²⁰⁷. Ce délai de prescription est toutefois interrompu par l’introduction d’un recours en annulation devant le Conseil d’Etat²⁰⁸.

57. *En cas de procédure pendante devant le Conseil de la concurrence.* Aucune base légale ne justifie que le tribunal saisi d’une demande de dommages-intérêts surseoit à statuer jusqu’à l’issue d’une procédure introduite sur plainte de la demanderesse devant le Conseil de la concurrence²⁰⁹.

58. *La charge de la preuve et les mesures d’instruction.* Le standard de preuve que le juge requiert du demandeur en responsabilité, de même que la facilité plus ou moins grande avec laquelle le juge accepte d’ordonner des mesures d’instruction, peuvent avoir des conséquences déterminantes sur l’issue d’une action en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence.

Il a ainsi été jugé, de manière assez sévère, que le fait qu’il soit très difficile voire impossible pour la partie demande-

^{198.} Comm. Bruxelles 29 mai 2007, RG A/03/6791, inédit.

^{199.} *Ibid.*

^{200.} Civ. Bruxelles 20 septembre 2010, RG 2009/2765/A, inédit.

^{201.} Comm. Mons 23 décembre 2004, RG A/03/1022, inédit.

^{202.} Comm. Bruxelles 29 mai 2007, RG A/03/6791, inédit.

^{203.} Comm. Charleroi 2 novembre 2005, RG A/02/2001, inédit.

^{204.} Art. 2262bis, § 1^{er}, 2^{ème} et 3^{ème} al. du Code civil.

^{205.} Art. 1304, 1^{er} al. du Code civil.

^{206.} Art. 2262bis, § 1^{er}, 1^{er} al. du Code civil.

^{207.} MB 21 août 1991, p. 17.986. Cette règle du délai de cinq ans a été remplacée par l’art. 113 de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l’Etat fédéral (MB 3 juillet 2003, p. 35.883), qui prévoit désormais l’application des règles de prescription de droit commun.

^{208.} Civ. Bruxelles 1^{er} juin 2010, RG 07/12723/A, RCB, 2010/4, p. 61 (somm.) et le commentaire de P. WYTNICK, pp. 62 et s.

^{209.} Comm. Bruxelles 17 juin 2010, RG A/08/5692-A/09/8901, publié dans ce numéro de la revue, p. 39.

resse d'apporter la preuve concrète d'un abus de position dominante, ne peut avoir pour conséquence de décharger cette partie de la charge légale de la preuve, ni de l'autoriser à se limiter à quelques affirmations dont la véracité devraient ultérieurement apparaître des mesures d'instruction à ordonner par le juge²¹⁰. En degré d'appel, la cour n'a pas suivi ce raisonnement, et a ordonné une mesure d'expertise avant dire droit²¹¹.

Une mesure d'expertise apparaît souvent appropriée en présence de griefs d'abus de position dominante déduits de pratiques tarifaires. En effet, lorsque le tribunal n'est pas en mesure de déterminer si la partie défenderesse a créé des effets de ciseaux ou de réseaux anti-concurrentiels, il est approprié que le tribunal surseoit à statuer et ordonne une mesure d'expertise judiciaire. En l'espèce, les rapports unilatéraux d'expertise qui avaient été déposés par la partie demanderesse, ne pouvaient pas être retenus en raison des contradictions et des présupposés qu'ils contenaient²¹².

Le prononcé d'une mesure d'expertise entraîne des questions de protection de la confidentialité des secrets d'affaires. Il a ainsi été jugé que le tribunal ne peut pas ordonner aux parties de communiquer à l'expert judiciaire des informations qui seraient couvertes par le secret des affaires et qu'elles n'entendraient pas dévoiler. Dans cette espèce, le tribunal a toutefois invité les parties et l'expert à faire application de l'article 973 du Code judiciaire, pour qu'un débat puisse s'instaurer et qu'une solution soit recherchée pour toute question concrète qui se présenterait à cet égard²¹³.

Dans une affaire où un revendeur reprochait au fabricant de faire obstacle aux importations parallèles et aux ventes avec mandat, le tribunal a refusé d'ordonner une mesure d'instruction concernant des pressions hypothétiques du fabricant sur des vendeurs indépendants. A l'inverse, le tribunal a invité le fabricant à produire le contrat de concession qu'il avait conclu avec ses distributeurs agréés. Le tribunal a également ordonné une mesure d'enquête sur les raisons pour lesquelles des bons de commande avaient été annulés par un distributeur²¹⁴.

59. L'assistance de la Commission européenne. Dans une affaire où la Commission européenne avait déjà répondu à une plainte, que les faits dénoncés ne paraissaient pas démontrer l'existence d'un intérêt communautaire, il a été jugé inadéquat d'impliquer la Commission dans l'instruction de l'action en responsabilité subséquente²¹⁵.

60. L'imputabilité des infractions alléguées à la société mère. L'absence d'imputabilité de griefs d'abus de position dominante a été retenue dans une affaire où la partie demanderesse avait d'abord assigné la filiale, puis transigé avec celle-ci, avant de réitérer ses griefs contre la société mère par le biais d'une demande en intervention forcée. En l'espèce, il a été jugé que même si la demanderesse avait détaillé longuement les relations qui ont pu exister entre la défenderesse et ses filiales, la demanderesse ne développait que des suppositions d'interventions de la défenderesse au travers de ses filiales, sans établir que la défenderesse aurait influencé le comportement de sa filiale. La demanderesse n'a donc pas rapporté la preuve de l'imputabilité des griefs à la défenderesse²¹⁶.

61. Le cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Lorsqu'une demande en responsabilité extra-contractuelle pour abus de position dominante est fondée sur des pratiques tarifaires de détail unilatérales, elle ne concerne pas l'exécution d'un contrat d'interconnexion liant les parties. Par voie de conséquence, il n'y a pas de cumul des deux types de responsabilité civile²¹⁷.

A l'inverse, lorsque la partie demanderesse introduit une action en dommages-intérêts pour des refus de vente qui auraient été commis malgré l'existence d'une convention cadre liant les parties, cette action constitue une action en responsabilité contractuelle. Dans cette hypothèse, la partie demanderesse ne peut fonder son action sur un prétendu abus de position dominante que si elle démontre avoir subi un dommage non purement contractuel, c'est-à-dire un dommage qui ne consiste pas dans la privation d'un avantage qui aurait dû être normalement retiré du contrat. Si tel n'est pas le cas, le juge doit trancher le litige sur la seule base des règles de la responsabilité contractuelle, et le cas échéant, réserver à statuer pour inviter la demanderesse à conclure sur ce seul fondement²¹⁸.

62. Le lien de causalité. Conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, l'existence d'autres fautes ou circonstances se trouvant en lien causal avec le dommage n'exonère pas de sa responsabilité l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence, si celle-ci a également concouru à créer le dommage tel qu'il s'est réalisé.

Il a ainsi été jugé que lorsque des recours juridictionnels et la conclusion d'un contrat constituent des abus de position dominante ayant rendu impossible la réalisation du projet du

²¹⁰ Civ. Bruxelles 20 septembre 2010, RG 2009/2765/A, inédit.

²¹¹ Bruxelles 11 octobre 2011, RG 2010/AR/3112, inédit. Cet arrêt sera commenté dans une prochaine édition de cette chronique.

²¹² Comm. Bruxelles 29 mai 2007, RG A/03/6791, inédit.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Comm. Mons 23 décembre 2004, RG A/03/1022, inédit.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Comm. Bruxelles 15 novembre 2006, RG 8069/02 – RG 9060/02, inédit.

²¹⁷ Comm. Bruxelles 29 mai 2007, RG A/03/6791, inédit.

²¹⁸ Comm. Bruxelles 15 novembre 2006, RG 8069/02 – RG 9060/02, inédit.

demandeur, il existe un lien causal entre ces abus et l'exposition de frais en pure perte par le demandeur. Le fait que le demandeur ait également été victime d'une faute commise par un tiers – en l'espèce une rupture fautive de négociations par le promoteur du projet – n'a pas pour effet de rompre le lien causal entre le dommage et les abus qui ont été constatés dans le chef de l'opérateur dominant²¹⁹.

63. *Le dommage.* Dans la même affaire, le tribunal a considéré que la possibilité pour le concurrent évincé de conclure un contrat avec le promoteur du projet, était aléatoire et ne constituait nullement une probabilité. Le tribunal en a déduit que la perte d'une chance de réaliser les bénéfices d'exploitation et les synergies qui auraient résulté de la réalisation de ce projet ne pouvait donner lieu à aucune réparation²²⁰.

2.4. Les procédures d'arbitrage

64. *L'affaire Cytec / SNF.* Au cours de la période examinée, un arbitrage en droit de la concurrence a attiré l'attention particulière de la doctrine. Cette affaire, qui a opposé deux sociétés françaises Cytec et SNF, portait sur la nullité d'un contrat de fourniture pour violation de l'article 101 du TFUE, et sur les conséquences de cette nullité en vertu de la *lex mercatoria* et du droit français²²¹.

Bien que les questions de fond du litige s'apparentent à celles qui sont examinées ci-dessus dans la partie relative à la nullité des accords restrictifs de concurrence, cette procédure arbitrale doit faire l'objet d'un examen séparé. En effet, les décisions divergentes qui y ont été respectivement prises par le tribunal de première instance de Bruxelles et par la cour d'appel de Bruxelles²²², résultent davantage des conceptions différentes que les deux juridictions ont retenues quant au rôle du juge étatique saisi d'une demande en annulation de sentences arbitrales.

65. *L'arbitrabilité des litiges en droit de la concurrence et l'annulation des sentences arbitrales.* Le caractère d'ordre public du droit de la concurrence ne s'oppose pas à ce qu'une demande d'annulation d'un accord restrictif de concurrence soit soumise à la procédure d'arbitrage convenue par les parties. Les arbitres sont toutefois tenus d'appliquer le droit de la concurrence au litige dont ils sont saisis, et le cas échéant, de soulever eux-mêmes son application si les parties ne l'ont pas invoqué²²³. En outre, les juges étatiques saisis d'une demande d'annulation d'une sentence nationale, ou d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence nationale ou étrangère²²⁴, doivent respectivement et le cas échéant d'office, annuler la sentence ou refuser sa reconnaissance ou son exequatur en cas de violation du droit de la concurrence²²⁵.

L'étendue du contrôle que les juges étatiques doivent exercer sur l'application du droit de la concurrence par les arbitres, a donné lieu à une controverse intense au sein de la doctrine²²⁶. Cette discussion a joué un rôle central dans l'affaire examinée *Cytec / SNF*.

66. *Les sentences arbitrales du 5 novembre 2002 et du 28 juillet 2004.* Cytec produisait et fournissait une matière première AMD à SNF. Les parties ont conclu un premier contrat de fourniture en 1991, qu'elles ont remplacé par un deuxième contrat en 1993. Par ce deuxième contrat, SNF s'est engagée à s'approvisionner exclusivement auprès de Cytec. En 2000, SNF a souhaité résilier le contrat pour violation des articles 101 et 102 du TFUE, ce qui a entraîné l'introduction d'une procédure d'arbitrage par Cytec.

Dans la sentence partielle du 5 novembre 2002, le tribunal arbitral a décidé que le contrat de fourniture était nul *ab initio* pour violation de l'article 101 du TFUE. En raison de cette nullité, Cytec et SNF étaient en droit de réclamer à l'autre tant l'indemnisation de la moitié du préjudice subi du

²¹⁹. Comm. Bruxelles 17 juin 2010, RG A/08/5692-A/09/8901, publié dans ce numéro de la revue, p. 39.

²²⁰. *Ibid.*

²²¹. En l'espèce, le contrat litigieux était soumis au droit français, mais la clause d'arbitrage renvoyait à l'application de '*la lex mercatoria ainsi que, le cas échéant, le droit approprié*'.

²²². L'affaire a également donné lieu à des arrêts de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation française accueillant la demande d'exequatur en France, ainsi qu'à un jugement du tribunal de grande instance de Paris rejetant une demande en responsabilité contre l'institution d'arbitrage compétente, à savoir la Chambre de commerce internationale (Cass. (1^{ère} ch.) 4 juin 2008, *Rev.Arb.* 2008, p. 473 et la note de I. FADLALLAH, pp. 476 et s., *JDI* 2008, p. 1107 et la note de A. MOURRE, pp. 1109 et s.; Paris 23 mars 2006 (som.), *Rev.Arb.* 2007, p. 100 et les observations de S. BOLLÉE, pp. 101 et s.; TGI Paris 10 octobre 2007, *Rev.Arb.* 2007, p. 847 et la note de C. JARROSSON, pp. 851 et s.). Ces décisions françaises ne seront pas commentées ici. Elles sont en ligne avec la solution retenue par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 22 juin 2009.

²²³. Sur la base d'une lecture littérale de l'arrêt *Eco Swiss*, cité ci-dessous, O. van der Haegen soutient que seuls les juges étatiques, et pas les arbitres, seraient tenus de soulever d'office l'application du droit de la concurrence aux litiges dont ils sont saisis (O. VAN DER HAEGEN, "European Public Policy in Commercial Arbitration: Bridge over Troubled Water?", *MJ* 2009, pp. 449 et s., spéc. pp. 470 et 471). La distinction semble toutefois plutôt théorique dans toutes les hypothèses où les sentences arbitrales sont susceptibles de faire l'objet de demandes d'annulation, de reconnaissance ou d'exequatur devant des juges étatiques tenus de soulever d'office la question du respect du droit de la concurrence.

²²⁴. Sur ces procédures postérieures au prononcé de sentences arbitrales, voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, T. I 'Le droit belge', 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 462 à 493 et 509 à 552, n^{os} 562 à 606 et 614 à 661; T. II 'Le droit international', 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1.041 à 1.130, n^{os} 960 à 1024; P. DE BOURNONVILLE, "L'arbitrage" in G. DE LEVAL, J.-F. TAYMANS et M. RENARD-DECLAIRFAYT (dirs.), *Rép.not.*, T. 13, livre 6, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 194, 195, 202, 203, 205 à 215, 217 à 225, n^{os} 247, 262, 263, 269 à 290 et 293 à 304.

²²⁵. CJCE 1^{er} juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton International nv*, *Rec.* 1999, p. I-3055.

²²⁶. Voy. notamment L. IDOT, "Ordre public, concurrence et arbitrage: état de la rencontre", *Concurrences*, 2006/3, pp. 12 et s.

fait de la nullité du contrat, que l'indemnisation pour les pertes subies du fait de l'exécution du contrat.

La sentence finale du 28 juillet 2004 a accordé à Cytec une indemnisation pour la perte d'une chance de vendre le produit litigieux à SNF, au prix moyen du marché d'Europe occidentale, pendant toute la période qui a précédé le 31 janvier 2000, date à laquelle SNF produisait elle-même la matière première litigieuse en quantité suffisante pour couvrir ses besoins. A l'inverse, la sentence a rejeté les demandes de restitution et d'indemnisation formulées par SNF, aux motifs que SNF n'établissait pas qu'elle aurait pu se procurer la matière première à des prix inférieurs à ceux qu'elle avait payés en vertu du contrat nul de 1993.

67. *Le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 8 mars 2007.* SNF a introduit une demande en annulation des deux sentences arbitrales devant le tribunal de première instance de Bruxelles. A l'appui de sa demande, SNF a soutenu qu'en attribuant des dommages-intérêts uniquement à Cytec, les sentences arbitrales auraient violé l'article 101 du TFUE, en donnant effet de manière détournée au contrat nul de 1993.

Le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 8 mars 2007 a fait droit à la demande d'annulation de SNF en considérant que le raisonnement du tribunal arbitral aurait été entaché de contradiction. Selon le tribunal de première instance, les arbitres n'auraient pu aboutir à la conclusion que SNF n'avait pas subi de préjudice, que s'ils avaient préalablement considéré que le contrat ne faussait pas le jeu normal de la concurrence. Le tribunal de première instance a ajouté que cette contradiction nuirait à l'effectivité du droit communautaire, en raison du paradoxe que Cytec et SNF ont respectivement obtenu et perdu des montants supérieurs à

ceux qui auraient été payés en cas d'exécution de la convention nulle²²⁷.

Cette décision a été approuvée par certains commentateurs, qui ont soutenu que l'arbitrabilité accrue des différends touchant à l'ordre public justifierait un contrôle plus étendu du juge étatique sur les sentences arbitrales²²⁸. D'autres auteurs ont exprimé des commentaires critiques par rapport au raisonnement appliqué par le tribunal de première instance, en estimant notamment que l'analyse de celui-ci était critiquable au regard du droit de la concurrence²²⁹.

68. *L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 22 juin 2009.* Cytec a interjeté appel contre ce jugement devant la cour d'appel de Bruxelles. Par un arrêt du 22 juin 2009, la cour d'appel a réformé le jugement entrepris. La cour a admis la validité des sentences arbitrales initiales, aux motifs que le tribunal arbitral pouvait légalement décider, dans une première partie, que le contrat de 1993 était nul pour violation du droit de la concurrence, et dans un deuxième temps, que SNF n'avait subi aucun dommage en raison de ce contrat nul puisqu'elle n'aurait, en toute hypothèse, pas pu s'approvisionner à des conditions plus favorables que celles du contrat avant le mois de janvier 2000. La cour d'appel a considéré qu'il s'agissait d'une appréciation souveraine en fait du tribunal arbitral, et qu'elle ne contredisait pas la décision préalable de nullité du contrat²³⁰.

Cet arrêt revient à une conception plus restreinte du contrôle du juge de l'annulation des sentences arbitrales. Il a été accueilli favorablement par la majorité de la doctrine²³¹.

SNF s'est désistée de son pourvoi en cassation contre cet arrêt, ce qui a été acté par la Cour de cassation dans un arrêt du 19 février 2010²³².

²²⁷ Civ. Bruxelles 8 mars 2007, *Rev.Arb.* 2007, p. 303, note A. MOURRE et L. RADICATI DI BROZOLO, pp. 318 et s.

²²⁸ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, "Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention", *J Int Arb.* 2008/6, pp. 720 et s., spéc. pp. 736 à 738.

²²⁹ Note de A. MOURRE et L. RADICATI DI BROZOLO, *Rev.Arb.* 2007, pp. 335 à 339; D. GRISAY, "Règles de concurrence communautaires et ordre public: une vieille querelle revisitée par la Cour de cassation française", *JTDE* 2008, pp. 299 et s., spéc. p. 300, n^{os} 12 à 15.

²³⁰ Bruxelles 22 juin 2009, *Rev.Arb.* 2009, p. 574 et la note de A. MOURRE, pp. 594 et s.

²³¹ L. RADICATI DI BROZOLO, "Arbitrage et droit de la concurrence: vers un consensus", *Cah.Arb.* 2010, pp. 181 et s.; note de A. MOURRE, *Rev.Arb.* 2009, pp. 595 à 597.

²³² Cass. 19 février 2010, RG C.09.562.F.