

RECHTSLEER

DOCTRINE

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

Les actions civiles pour infraction au droit de la concurrence – Chronique de jurisprudence (2004-2010). 2^{ème} partie Private handhaving van het mededingingsrecht in België – Overzicht van rechtspraak (2004-2010). 2^{de} deel

Xavier Taton¹, Thomas Franchoo², Niels Baeten³ et Isabel Rooms⁴

Introduction	199
1. De toepassing van het mededingingsrecht door de Belgische hoven en rechtbanken	200
1.5. Misbruik van machtspositie	200
1.5.1. <i>Relevante markt, machtspositie en misbruik</i>	201
1.5.2. <i>Prijsgelateerd misbruik</i>	205
1.5.3. <i>Verkoop- en toegangsheiningen</i>	210
1.5.4. <i>Andere niet-prijsgelateerde misbruiken</i>	214
2. Les conséquences civiles des infractions au droit de la concurrence	219
2.5. Les actions en cessation	219
2.6. Les actions en référé	229
3. Besluit/Conclusion	233

INTRODUCTION

1. *L'objet de la deuxième partie.* Comme cela a été le cas pour la première partie de cette chronique⁵ (ci-après « Partie I/Deel I »), l'analyse de la jurisprudence disponible est divisée en deux chapitres proposant une lecture 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 part⁶.

Le premier chapitre, qui est rédigé en néerlandais, est consacré au droit matériel de la concurrence. Il examine les actions introduites pour des abus de position dominante contraires à

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 collaborateurs Clio Zois, Aurélie Morreale, Florent Volckaert et Michael Bulckaert 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. Publiée dans le numéro 2013/1 de la présente *Revue*, pp. 5 et s.

6. La présentation implique 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.

l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE/VWEU ») et/ou à l'article 2 de la loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique (ci-après « LPCE/WEM »)⁷ (voir Chapitre 1).

Le deuxième chapitre, qui est proposé en français, examine l'application des règles de droit privé et de droit de la procédure aux litiges en matière de concurrence. Il analyse les procédures fondées sur l'urgence présumée ou démontrée (voir Chapitre 2).

Les autres aspects ont été traités dans la Partie I de la chronique⁸.

2. *L'évolution de la législation depuis la Partie I.* Depuis la publication de la Partie I de cette chronique, deux développements législatifs doivent être signalés.

Au niveau européen, la Commission européenne a soumis, le

11 juin 2013, une proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence⁹, et a publié simultanément une communication et un *guide pratique* sur la quantification des préjudices résultant de telles infractions¹⁰. Cette proposition de directive et ces communications non obligatoires confirment l'intérêt actuel des autorités pour les actions civiles fondées sur des infractions au droit de la concurrence¹¹.

Au niveau belge, la LPCE a été remplacée, depuis le 6 septembre 2013, par le Livre IV du Code de droit économique¹². Cette nouvelle législation modifie principalement la structure institutionnelle de l'Autorité belge de la concurrence et les règles de procédure applicables devant cette autorité. Si certains changements concernent également les procédures devant les cours et tribunaux¹³, le droit substantiel de la concurrence reste largement inchangé. L'examen de la jurisprudence antérieure conserve donc toute sa pertinence dans le cadre des nouvelles dispositions.

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

1.5. Misbruik van machtspositie

3. *Inleiding.* In dit hoofdstuk bespreken we hoe de Belgische hoven en rechtbanken het verbod op misbruik van machtspositie vervat in artikel 3 WEM¹⁴ en artikel 102 VWEU toepassen. Deze bepalingen zijn inhoudelijk gelijklopend en beide kunnen door de Belgische rechters worden toegepast. De toepassing van artikel 102 VWEU vereist een merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Dit

wordt uitgelegd in randnr. 8 van Deel I van dit rechtspraakoverzicht.

Het eerste onderdeel neemt de cruciale begrippen bij de beoordeling van misbruik van machtspositie onder de loep: relevante markt, machtspositie en misbruik. De interpretatie van het ondernemingsbegrip werd reeds toegelicht in Deel I van dit rechtspraakoverzicht¹⁵. Ook de verhouding tussen de mededingingsregels en het marktpraktijkenrecht werd reeds

⁷ Ces dispositions ont respectivement repris le contenu substantiel de l'ancien article 82 du traité instituant la Communauté européenne (à la date du 1^{er} décembre 2009) et de l'ancien article 2 des lois coordonnées du 1^{er} juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique (à la date du 1^{er} octobre 2006). Dans la présente chronique nous référons généralement aux articles 102 du TFUE et 9 de la LPCE, même pour les affaires antérieures aux dates de leur entrée en vigueur.

⁸ 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 au fond, tandis que le deuxième chapitre mentionne des questions de procédure et de droit privé issues d'affaires pour accords restrictifs de concurrence.

⁹ Proposition de directive du 11 juin 2013 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final.

¹⁰ Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'art. 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.* n° C 167 du 13 juin 2013, p. 19; Guide pratique du 11 juin 2013 concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'art. 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, SWD(2013) 205. Au sujet de l'application de ces méthodes d'évaluation du dommage dans le contexte du droit belge de la responsabilité, voir X. TATON, « Quelle méthode pour l'évaluation concrète du dommage économique? L'exemple des infractions au droit de la concurrence », *R.D.C.*, 2013/10, pp. 1050 et s.

¹¹ Au moment où la présente chronique est écrite, la proposition de directive est encore en cours de discussion, et il n'est pas certain que la directive soit adoptée avant les prochaines élections du Parlement européen de mai 2014. Pour cette raison, nous n'examinons pas les dispositions proposées dans la suite de cette chronique.

¹² Loi du 3 avril 2013 portant insertion du Livre IV « Protection de la concurrence » et du Livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique (*M.B.*, 26 avril 2013, p. 25.216); arrêté royal du 30 août 2013 relatif à l'entrée en vigueur de certaines dispositions de cette loi du 3 avril 2013 (*M.B.*, 6 septembre 2013, p. 63.089).

¹³ Voir en particulier l'art. IV.77 du Code de droit économique qui est relatif aux interventions de l'Autorité belge de concurrence comme *amicus curiae* auprès des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire.

¹⁴ Het verbod op misbruik van machtspositie ligt sinds 6 september 2013 besloten in art. IV.2 WER. In deze bijdrage, die de Belgische rechtspraak in de periode 2004-2010 behandelt, wordt nog consistent verwezen naar art. 3 WEM.

¹⁵ Deel I, randnrs. 10-12. Nagenoeg alle uitspraken in dit Deel 2 van ons rechtspraakoverzicht betreffen (vermeende) misbruiken van machtspositie begaan door een individuele onderneming. Slechts in twee zaken kwam een (vermeend) misbruik door een ondernemingsvereniging aan bod (inzake *GS1*, zie randnr. 29 en *FEBIAC*, zie randnr. 35).

behandeld, maar verdient verdere verduidelijking in het kader van machtsmisbruiken¹⁶. De merkbaarheidstoets zoals besproken in Deel I van dit rechtspraakoverzicht is niet relevant bij misbruiken van machtspositie. In machtsmisbruikzaken bestaat wel een gelijkaardige vereiste dat een dominante positie wordt bekleed op (i) de interne markt (wat betreft art. 102 VWEU) of de Belgische markt (wat betreft art. 3 WEM), (ii) of op een wezenlijk deel daarvan (zie randnr. 9).

De tweede en derde onderdelen behandelen de verschillende typen misbruik die in de verzamelde rechtspraak aan bod kwamen. We maken hierbij het onderscheid tussen prijsgerelateerde vormen van machtsmisbruik (1.5.2.), machtsmisbruiken in de vorm van verkoop- en toegangswegeringen (1.5.3.), en andere vormen van niet-prijsgerelateerd machtsmisbruik (1.5.4.).

1.5.1. Relevante markt, machtspositie en misbruik

4. *Stapsgewijze analyse.* De rechter kan enkel een overtreding van artikel 3 WEM of artikel 102 VWEU vaststellen indien bepaald werd dat de betrokken onderneming over een machtspositie beschikt. Indien een onderneming niet dominant is, kan er geen sprake zijn van een misbruik van machtspositie. Om te beoordelen of een onderneming over een machtspositie beschikt is het dan weer noodzakelijk om vooraf de relevante markt af te bakenen. Deze stapsgewijze analyse gebeurt echter niet altijd even systematisch. Soms wordt besloten dat geen dominante positie voorligt, zonder evenwel eerst de relevante markt af te bakenen¹⁷. In andere zaken wordt geanalyseerd of er sprake is van een misbruik, ook al besluit men net voordien dat het bestaan van een machtspositie niet wordt aangetoond¹⁸.

5. *Bewijslast.* Deze stapsgewijze analyse kan niet los worden bekeken van de bewijslast, die overeenkomstig artikel 2 verordening 1/2003 en de Belgische bewijsregels ligt bij de partij die een misbruik van machtspositie inroep. Dit wordt verder besproken in randnr. 38 van Deel I van dit rechtspraakoverzicht en hieronder in randnr. 46. Dit leidt

ertoe dat heel wat vorderingen op basis van een vermeend misbruik van een dominante positie spaak lopen omdat niet of onvoldoende werd aangetoond hetzij met welke relevante markt rekening moest worden gehouden¹⁹, hetzij dat er op die relevante markt een dominante positie bestond²⁰, hetzij dat er een misbruik voorlag²¹.

6. *Relevante productmarkt.* De relevante markt bestaat uit twee componenten: de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. De Belgische rechters baseren zich voor deze analyse geregeld op de bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt²². Zo bijvoorbeeld omvat volgens het hof van beroep en de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel de relevante productmarkt “*alle producten die op grond van hun kenmerken bijzonder geschikt zijn om constante behoeften te bevredigen en nauwelijks verwisselbaar zijn met andere producten*”²³. Om te beoordelen of verschillende producten onderling verwisselbaar zijn, kan worden gekeken naar hun eigenschappen, hun prijs en hun eigenlijke bestemmingsgebruik. Hierbij past de rechtspraak de zogenaamde SSNIP-test toe, wat staat voor “*Small but Significant, Non-Transitory Increase in Price*”. Volgens het hof van beroep is “*de vraag die moet worden beantwoord [...] of de vraag van de ene partij zou toenemen, indien de (concurrerende) partij zou overgaan tot een prijsverhoging van 5% tot 10% (test van de kruisprijselasticiteit)*”²⁴. Naast deze substitueerbaarheid aan de vraagzijde kan ook de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde in overweging worden genomen²⁵.

De onderzochte rechtspraak omvat zowel beslissingen waar grondig op de relevante markt wordt ingegaan als uitspraken waar dit minder het geval is. Een grondige analyse kan bijvoorbeeld worden gevonden in *Les Editions Urbaines / Peters*, waarin het hof van beroep te Brussel een zeer uitgebreide analyse maakte, om vervolgens desondanks te stellen dat onvoldoende bewijs werd aangeleverd om hierover te besluiten²⁶. Een ander voorbeeld is *EuroConex*, waarin datzelfde hof een uitgebreide analyse maakte van de sector van betaalsystemen. De markten aan de orde in *EuroConex* (als ook gerelateerde markten) bevonden zich tevens in het vizier van de Europese Commissie en het hof kon dan ook een

¹⁶. Deel I, randnr. 7. Zie voor verdere toelichting in het kader van misbruikzaken randnr. 12.

¹⁷. Zie bv. Voorz. Kh. Brussel 20 november 2006, *Jb.Hand.* 2006, 293.

¹⁸. Zie bv. Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928.

¹⁹. Zie bv. Voorz. Kh. Tongeren 21 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 979; Voorz. Kh. Antwerpen 6 april 2006, *Jb.Hand.* 2006, 553 (zonder verwijzing naar de relevante markt wordt gesteld dat de partijen het erover eens zijn dat er geen sprake is van een machtspositie) en Kh. Brussel 15 november 2006, RG 8069/02-9060/02, *onuitg.*; Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928.

²⁰. Zie bv. Voorz. Kh. Tongeren 21 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 979 bevestigd door Antwerpen 15 juni 2006, *Jb.Hand.* 2006, 801; Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928; Brussel 12 januari 2010, *TBM*, 2010/2, 137, weergave door P. WYTINCK en H. BUREZ.

²¹. Zie bv. Brussel 29 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 870; Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928; Brussel, 12 januari 2010, *TBM*, 2010/2, 137, weergave door P. WYTINCK en H. BUREZ; Brussel 29 mei 2012, 2009/AR/1457, *onuitg.*

²². Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (hierna: “Europese bekendmaking relevante markt”), *Pb.C.* 9 december 1997, afl. 372, 5-13.

²³. Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876; Voorz. Kh. Brussel 23 augustus 2006, *Jb.Hand.* 2006, 593.

²⁴. Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876.

²⁵. *Ibid.*

²⁶. Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928. Zie randnr. 31.

beroep doen op de ervaring van de Commissie ter zake²⁷. In een andere zaak nodigde datzelfde hof het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging en de Dienst voor de Mededinging (vandaag: de Belgische mededingingsautoriteit of “BMA”) uit om standpunt in te nemen over de relevante markt en het bestaan van een machtspositie²⁸. Op basis van de bepalingen van de WEM antwoordde het auditoraat echter niet bevoegd te zijn dergelijk onderzoek te voeren²⁹.

Er zijn ook voorbeelden van beslissingen die voor kritiek vatbaar zijn. Zo kan worden verwezen naar de uitspraak in de zaak *Actua TV / Belgacom*³⁰ waar de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel tot het besluit kwam dat de digitale teledistributiemarkt geen aparte productmarkt is, maar dat deze deel uitmaakt van de ruimere markt van teledistributie (die onder meer ook teledistributie per kabel omvat). Deze uitspraak lijkt in te gaan tegen de beslissingspraktijk van de Europese Commissie en een eerdere uitspraak van het hof van beroep te Brussel uit 2004 die een afzonderlijke markt vaststelde voor teledistributie per kabel³¹.

Gerelateerde markten of systeemmarkten vormen een bijzonder geval³². Het betreft markten voor producten die complementair zijn, zoals bijvoorbeeld printers en inktpatronen. In de zaak *Samson / Lexmark*³³ voerde Samson aan dat Lexmark zich schuldig maakte aan een abusievelijke verkoopweigering, omdat Lexmark weigerde een onderdeel van haar inktpatronen te leveren aan Samson. Samson is actief in het herstellen en reactiveren van gebruikte inktpatronen. Hierbij rijst de vraag wat de relevante productmarkt is en of Lexmark op deze markt een machtspositie bekleedt. Het hof van beroep te Brussel stelde vooreerst dat inktpatronen en printers complementaire producten zijn. Voorts oordeelde het hof dat wanneer een wijziging in het prijsniveau van complementaire goederen (inktpatronen) afnemers ertoe brengt om over te stappen naar een ander hoofdproduct (printers) waarvan de complementaire goederen goedkoper zijn, er slechts

een machtspositie kan bestaan met betrekking tot de complementaire goederen als de onderneming ook dominant is op de markt van het hoofdproduct zelf. Met deze uitspraak sluit de Belgische rechter zich aan bij de Europese beslissingspraktijk en rechtspraak³⁴.

7. *Relevante geografische markt.* De relevante geografische markt is “het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen”³⁵. In *Euro-Conex* preciseerde het hof van beroep te Brussel dat de geografische uitgestrektheid van een markt niet afhankelijk is van het geografisch gebied waarin de betrokken ondernemingen gevestigd zijn, noch van de geografische omvang van een overeenkomst over de overdracht van activiteiten. Zij beantwoordt aan het gebied waarin de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn³⁶. Hoewel de definitie van de geografische markt een wezenlijk onderdeel is van de afbakening van de relevante markt, wordt er in de Belgische rechtspraak niet altijd evenveel aandacht aan besteed. Zo laten de Belgische rechters al eens na (expliciet) te verwijzen naar de relevante geografische markt, terwijl wel wordt verwezen naar marktaandelen van de betrokken ondernemingen³⁷.

Machtspositie: definitie. De Belgische rechtspraak verwijst geregeld naar de WEM dat een machtspositie omschrijft als “een positie die een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen”³⁸. Deze definitie stemt overeen met het eveneens vaak geciteerde³⁹ *United Brands*-arrest van het Hof van Justitie⁴⁰. Verder halen de Belgische rechters vaak de mosterd bij de

27. Brussel 29 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 870, randnrs. 2-4; het hof vroeg de Europese Commissie informeel om informatie betreffende de bepaling van de relevante markten, wat op haar beurt tot procedurele discussies aanleiding gaf. Dit wordt besproken in randnr. 15.

28. Brussel 14 januari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 1026.

29. Brussel 29 mei 2012, 2009/AR/1457, *onuitg.* Op grond van art. IV.77 WER is de Belgische Mededingingsautoriteit vandaag wel uitdrukkelijk bevoegd om in voorkomend geval een dergelijk initiatief te nemen.

30. Voorz. Kh. Brussel 20 september 2007, *RDTI*, afl. 30, 105. Voor een kritische noot, zie N. PETIT, “Note d’observations, L’ordonnance Actua TV contre Belgacom TV, ou l’art de la définition stratégique du marché pertinent”, *RDTI*, afl. 30, 108.

31. Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876.

32. Het vraagstuk wordt ook geduid met de termen “primaire” (bv. printers) en “secundaire” (bv. inktpatronen) markten.

33. Brussel 27 april 2004, *Jb.Hand.* 2004, 807.

34. Zie bv. de beschikking van de Europese Commissie van 22 september 1998 in zaak IV/34.330 *Pelikan / Kyocera* (beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34330/34330_21_3.pdf), en recenter de uitspraak van het Hof van Justitie in HvJ 19 september 2013, C-56/12 P, *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) / Commissie*, *onuitg.*)

35. Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876. Het hof van beroep oordeelde dat de geografische markt voor teledistributie via de kabel bestond uit de 7 gemeenten in het Brussels Hoofdstedelijke Gewest die werden bediend door UPC, aangezien teledistributeurs in de verschillende Brusselse gemeenten over een feitelijk monopolie beschikten en verschillende concurrentievoorwaarden toepasten, waardoor noch producenten van televisieprogramma’s noch consumenten konden overschakelen naar een andere teledistributeur. Zie ook de Europese bekendmaking relevante markt, randnrs. 8 en 11.

36. Brussel 29 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 870.

37. Zie bv. Voorz. Kh. Brussel 20 november 2006, *Jb.Hand.* 2006, 293.

38. Zie bv. Antwerpen 15 juni 2006, *Jb.Hand.* 2006, 801; Voorz. Kh. Brussel 23 augustus 2006, *Jb.Hand.* 2006, 593.

39. Zie bv. Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928. Zie randnr. 31.

richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de handhavingsprioriteiten bij de toepassing van artikel 102 VWEU⁴¹. Ook wordt geëxpliciteerd dat een machtspositie op de markt een objectief gegeven is en moet worden onderscheiden van een machtspositie ten aanzien van een of meer welbepaalde ondernemingen⁴². De omstandigheid dat een onderneming zich in een positie van economische afhankelijkheid bevindt ten opzichte van een andere onderneming betekent dus niet dat laatstgenoemde onderneming over een machtspositie op de markt beschikt⁴³. Ten slotte werd geoordeeld dat bij een publieke aanbesteding de positie van de onderneming moet worden beschouwd op het moment dat deze aanbesteding wordt gegund. De succesvolle onderneming kon, gelet op de specificiteit van de markt, mogelijk dominant worden nadat de aanbesteding was toegewezen maar ze kon niet verweten worden een machtspositie te hebben misbruikt om de aanbesteding binnen te halen⁴⁴.

8. Machtspositie en marktaandelen. Hoewel niet doorslaggevend, is het bezitten van een hoog marktaandeel minstens een belangrijke indicatie van een machtspositie. Een zeer aanzienlijk marktaandeel levert, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, op zich het bewijs van een machtspositie. Dit uitgangspunt en de vuistregels met betrekking tot de relatie tussen marktaandelen en een machtspositie worden samengevat in *Cocover / Estée Lauder Cosmetics*⁴⁵. Wanneer een onderneming over een relatief lange periode een marktaandeel heeft van 50% of meer, kan worden aangenomen dat er sprake is van een machtspositie. Een marktaandeel groter dan 40% levert daarentegen slechts een sterke indicatie op van een dominante positie. Een marktaandeel beneden de 30% geeft, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, géén indicatie van dominantie. Bijgevolg kunnen ondernemingen met marktaandelen tussen de 30% en 50% enkel over een machtspositie beschikken op basis van bijkomende factoren die zulke conclusie ondersteunen⁴⁶.

Aldus hebben ondernemingen die een feitelijk monopolie⁴⁷ hebben of de opvolger zijn van een wettelijk monopolie⁴⁸ een machtspositie. Verder stelden de Belgische rechters het bestaan van een machtspositie vast bij een marktaandeel van ongeveer 59-67%⁴⁹ en 80%⁵⁰, en niet in zaken waar het marktaandeel 2,5%⁵¹ en 13%⁵² betrof.

Het marktaandeel wordt niet altijd expliciet vermeld. In *Pro-dipresse / AMP*⁵³ concludeerde de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel dat AMP een zeer hoog marktaandeel bezat op de markt voor de logistieke organisatie van de levering en de ophaling van persartikelen bij persverdelers in België “vermits AMP het grote merendeel van kranten en tijdschriften verdeelt die onontbeerlijk zijn voor de onafhankelijke persverspreiders”. Daarnaast kon AMP niet aantonen dat de door haar geïdentificeerde concurrenten als echte concurrenten konden worden beschouwd. Gelet op deze bijzondere omstandigheden was een precieze berekening van het marktaandeel wellicht niet nodig.

In gevallen waar de marktaandelen geen sluitende conclusie toelaten, kan de Belgische rechter een beoordeling maken op basis van de concrete omstandigheden van de zaak. Zo onderzocht het hof van beroep te Antwerpen in *Bouts Stations / Sanoma*⁵⁴ welke invloed de positie van Sanoma (volgens het hof van beroep “wellicht de grootste” van de 4 belangrijke uitgeverijen van tijdschriften in Vlaanderen) uitoefende op de daadwerkelijke mededinging. Het hof onderzocht daarbij de concrete omstandigheden waarin Sanoma haar tijdschriften te koop aanbood en stelde daarbij dat er, wat betreft Bouts stations, een grote substitueerbaarheid bestond tussen de verschillende tijdschriften, aangezien de verkoop ervan in tankstations (in tegenstelling tot in krantenwinkels) slechts een gelegenheidsverkoop was, en dat er bijgevolg geen sprake was van een machtspositie van Sanoma.

40. HvJ, C-27/76, *United Brands / Commissie* [1978], *Jur.*, 207, § 65.

41. *Ibid.* Zie: Europese Commissie, richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb.C.* 24 februari 2009, afl. 45, 7; hierna: “Europese richtsnoeren handhavingsprioriteiten”.

42. Voorz. Kh. Antwerpen 20 januari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 963.

43. *Ibid.*

44. Voorz. Kh. Brussel 23 augustus 2006, *Jb.Hand.* 2006, 593. In deze beslissing lijkt de voorzitter de afwezigheid van een machtspositie af te leiden uit het feit zelf dat het om een aanbestedingsmarkt ging en niet om een markt waar het normale spel van vraag en aanbod geldt.

45. Voorz. Kh. Antwerpen 20 januari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 963.

46. De voorzitter verwijst hierbij naar een beslissing van de voorzitter van de voormalige Raad voor de Mededinging van 11 mei 2001 in zaak 2001-V/M-22, *Unie der Belgische Ambulancediensten / Belgische Rode Kruis*, *BS* 28 september 2001, 33.033.

47. Brussel 3 november 2005, *NJW* 2006, 140. Het hof stelde in deze zaak dat Sabam een dominante positie bezit op de markt van de diensten die betrekking hebben op de bescherming van de rechten van auteurs van muziekwerken aangezien zij de enige is die de toelating kan verlenen voor de organisatie van muziekspektakels, wat haar een verplichte partner maakt van de ondernemingen die aanwezig zijn op de Belgische markt van de organisatie van muziekspektakels en haar de macht geeft om een effectieve concurrentie op die onderscheiden markt te belemmeren. Zie verder Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876 en Brussel 21 november 2003, *onuitg.* Dit laatste arrest wordt besproken in Cass. 23 juni 2005, AR C.04.0186.F, *Larcier Cass.* 2005, 222, ook beschikbaar op www.juridat.be.

48. Luik 15 mei 2007, *Jb.Hand.* 2007, 502. De beweerdelijk dominante speler in deze zaak werd verweten geen argumenten te kunnen aanvoeren dat er daadwerkelijke concurrentie bestond op de relevante markt.

49. Kh. Brussel 17 juni 2010, AR A/08/05692 en A/09/8901, *onuitg.*

50. Brussel 29 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 870.

51. Voorz. Kh. Brussel 20 september 2007, *RDTI*, afl. 30, 105.

52. Brussel 27 april 2004, *Jb.Hand.* 2004, 807.

53. Voorz. Kh. Brussel 10 juni 2009, *Jb.Hand.* 2009, 1096.

54. Antwerpen 15 juni 2006, *Jb.Hand.* 2006, 801.

9. *Machtspositie op de interne/Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan.* We vermeldden reeds in randnr. 3 dat de merkbaarheidsvereiste niet relevant is in de context van een analyse van machtsmisbruik. Toch bestaat er een gelijkaardige regel waardoor niet-significante praktijken buiten het toepassingsgebied van artikel 102 VWEU en artikel 3 WEM vallen. Deze bepalingen vereisen met name dat een dominante positie wordt bekleed op (i) de interne markt (wat betreft art. 102 VWEU) of de Belgische markt (wat betreft art. 3 WEM), (ii) of op een wezenlijk deel daarvan. Dit vereiste heeft geen betrekking op de beweerdelijk misbruikelijke praktijk, maar wel op de marktmacht van de beweerde misbruiker, met name de vraag of de dominante positie zich uitstrekt over een wezenlijk deel van de interne, respectievelijk de Belgische markt. In de zaak *Isopress / Senepart* werd dit onderscheid door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel misbegrepen, en toetste de rechter de “wezenlijkheid” van de betrokken praktijk, in plaats van de “wezenlijkheid” van de dominante positie van de beweerde misbruiker op de relevante markt (zie randnr. 33). Ook in de zaak *Les Editions Urbaines / Peters* werd dit vereiste misbegrepen, en werd ze toegepast bij de beoordeling of er een merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel voorlag (zie randnr. 31).

10. *Machtspositie, gereguleerde prijzen en must-carry-verplichtingen.* In het arrest *Canal+ / UPC* oordeelde het Brusselse hof van beroep dat het feit dat prijzen gereguleerd zijn niet in de weg staat aan het bestaan van een dominante machtspositie, aangezien een dominante onderneming tevens andere, niet prijsgerelateerde onafhankelijke gedragingen kan verrichten ten opzichte van haar concurrenten en leveranciers⁵⁵. Een must-carry-verplichting, zoals deze was toegekend aan UPC, staat evenmin in de weg aan het bestaan van een dominante machtspositie, aangezien een dergelijke verplichting niet bepalend is voor de voorwaarden die de teledistributeur oplegt aan de begunstigden van de must-carry-verplichting.

11. *Het begrip misbruik van machtspositie.* Het loutere bezit van een machtspositie maakt op zich geen misbruik uit⁵⁶. Een onderneming maakt volgens de Belgische rechtspraak pas misbruik van haar machtspositie indien haar gedragingen “invloed kunnen uitoefenen op de structuur van

een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde” en indien deze gedragingen “ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemers prestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten –, wordt tegengegaan”⁵⁷. Met deze definitie sluit de Belgische rechtspraak aan bij de Europese toonaangevende rechtspraak⁵⁸. Zoals zal blijken uit de beschrijving in de onderdelen 1.5.2., 1.5.3. en 1.5.4. baseren de Belgische rechters zich bij de beoordeling van specifieke misbruiken in de meerderheid van de zaken op de relevante toonaangevende Europese rechtspraak, alsook, de laatste jaren in toenemende mate, op de Europese richtsnoeren handhavingsprioriteiten⁵⁹. Dit blijkt verder ook uit de bevinding van de Brusselse rechtbank van eerste aanleg in het zonet vermelde vonnis dat zij misbruik niet noodzakelijk opvat “als subjectief laakbaar gedrag in de zin van schuld en opzettelijkheid zoals het begrip evenmin de bedoeling impliceert om schade toe te brengen”, maar dit begrip “in objectieve zin te verstaan” is. Tot slot hoeft misbruik zich niet noodzakelijk voor te doen op de markt waar de betrokken onderneming dominant is. Het misbruik kan zich ook voordoen op een andere markt dan deze waar de betrokken onderneming dominant is⁶⁰.

12. *Uitsluitingsgedrag vs. uitbuitingsgedrag.* Traditioneel wordt een onderscheid gemaakt tussen praktijken waarbij de consument/afnemer rechtstreeks wordt uitgebuit, bijvoorbeeld door buitensporig hoge prijzen aan te rekenen of onredelijke contractvoorwaarden op te leggen, en uitsluitingspraktijken die ertoe strekken de markt voor concurrenten af te schermen. In de praktijk wordt het verbod op misbruik van machtspositie door mededingingsautoriteiten vooral aangewend voor het beteugelen van uitsluitingspraktijken⁶¹. Dit vloeit onder andere voort uit het feit dat het bewijzen van de buitensporigheid van prijzen of contractvoorwaarden zo mogelijk nog moeilijker is dan het bewijzen van uitsluiting, en een mededingingsautoriteit door het beteugelen van uitbuiting al snel zou verworden tot een prijsregulator, een doel dat het (traditioneel) mededingingsrecht niet dient⁶². We merken op dat er voor de Belgische hoven en rechtbanken niettemin een aanzienlijk aantal gevallen van vermeend uitbuitingsgedrag werden betwist. Zie randnrs. 13 en 33.

⁵⁵. Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876.

⁵⁶. Kh. Antwerpen 17 juli 2008, AR A/07/6775, beschikbaar op www.juridat.be.

⁵⁷. Rb. Brussel 20 september 2010, AR 2009/2765/A, *onuitg.*, randnr. 2; Brussel 3 november 2005, *NJW* 2006, 140.

⁵⁸. HvJ, nr. 85/76, *Hoffmann-La Roche* [1979] *Jur.*, 461.

⁵⁹. Zie voor dit laatste bv. Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928. Zie randnr. 31.

⁶⁰. Zie bv. randnrs. 17-18.

⁶¹. Dit blijkt o.a. uit de Europese richtsnoeren handhavingsprioriteiten die enkel betrekking hebben op uitsluitingspraktijken (zie vn. 43, § 7). Dat impliceert uiteraard niet dat er geen voorbeelden bestaan van zaken over uitbuitingsgedrag in de publieke handhavingscontext. Zie hierover bv. het advies van de Europese Commissie aan het hof van beroep te Antwerpen in het kader van de loodsenzaak beschreven in randnr. 34.

⁶². Merk op dat de BMA door de hervorming van het mededingingsrecht in 2013 de bevoegdheid werd toegekend om, naast het toepassen van de traditionele mededingingsregels waaronder de art. 102 VWEU en IV.2 WER, ook op te treden in het geval van “abnormale prijsevoluties”. Deze regels liggen besloten in Boek V WER, en traden in werking op 12 december 2013. Zie verder o.m.: M. ABENHAÏM en J. PROBST, “Du contrôle des prix en Belgique: une analyse du Livre V du Code de droit économique”, *TBM*, 2013/2, 113; H. SWENNEN, “Boek V van het Belgische Wetboek van economisch recht: de mededinging en de prijsevoluties”, *SEW*, 2013/10, 430.

13. *Misbruik van machtspositie vs. “eerlijke marktpraktijken”*. Ter afsluiting van dit onderdeel komen we kort terug op de relatie tussen het mededingingsrecht en het marktpraktijkenrecht. In Deel I van dit rechtspraakoverzicht verwezen we naar vaste cassatierechtspraak dat een praktijk die geen inbreuk vormt op de mededingingsregels niet alsnog kan worden gesanctioneerd op basis van de algemene verbodsbepaling van artikel 95 van de marktpraktijkenwet (“WMP”), tenzij de praktijk op basis van een andere grond (bv. het specifieke verbod van verkopen met verlies vervat in art. 101 WMP) een oneerlijke marktpraktijk vormt⁶³. Deze rechtspraak is bijzonder relevant in het kader van misbruiken van machtspositie, waarvan het bestaan zeer vaak wordt bepleit in stakingsvorderingen voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel op grond van artikel 95 WMP. Eén verduidelijking dringt zich op in de specifieke context van verkoopweigeringen: uit de rechtspraak blijkt dat een verkoopweigering die de mededingingsregels niet schendt, alsnog beteugeld kan worden op grond van artikel 95 WMP wanneer zij een rechtsmisbruik uitmaakt (zie randnr. 24).

1.5.2. Prijsgerelateerd misbruik

14. *Onbillijke of buitensporige prijzen*. Er is sprake van een buitensporige prijs indien de prijs niet in redelijke verhouding staat tot de economische waarde van het geleverde product of dienst. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie⁶⁴ volgt dat het vaststellen van buitensporige prijzen een dubbele test veronderstelt: eerst moet blijken dat er een buitensporig verschil bestaat tussen de werkelijke kosten en de prijs die wordt gevraagd. Is dat het geval, dan is de vraag of de gevraagde prijs onbillijk is, ofwel *per se*, ofwel in vergelijking met concurrerende producten. Volgens het Hof bestaan er verschillende methodes om het buitensporige karakter van een prijs vast te stellen, zoals bijvoorbeeld door de betrokken prijs te vergelijken met de prijs die de onderneming vraagt voor hetzelfde product, maar in een andere geografische markt of aan een andere categorie van klanten. Een prijs brandmerken als buitensporig blijft echter een heikele onderneming: vaak is het niet mogelijk een bruikbaar referentiepunt te vinden of is het moeilijk om te bepalen welke kosten in rekening kunnen worden gebracht. Een terughoudende aanpak is dus aangewezen vermits het niet aan de rechter toekomt om de prijzenpolitiek van een dominante onderneming te bepalen en hij enkel mag tussenkomen indien een misbruik van machtspositie vaststaat.

Voor de rechtbank van koophandel te Mechelen⁶⁵ was een geschil aan de orde tussen twee telecommunicatieoperatoren met betrekking tot de zogenaamde beëindigingsvergoeding. Dit is de vergoeding die wordt aangerekend door de operator van het netwerk waarop de ontvanger van een oproep is aangesloten aan de operator van het netwerk waarop de oproeper is aangesloten. Deze vergoeding maakt dus deel uit van de kosten die laatstgenoemde operator draagt bij het realiseren van de oproep van zijn klant. Indien de vergoeding buitensporig hoog is, bestaat het risico dat de operator deze dienst niet op economische wijze kan aanbieden en uit de markt wordt gestoten. De rechtbank oordeelde dat de aangerekende vergoeding niet buitensporig was en dit zonder een diepgaand onderzoek naar de prijs en de onderliggende kosten hoeven te doen. Immers, de bevoegde regulator, het BIPT, had reeds geoordeeld dat de bewuste tarieven redelijk waren. Het verzoek van eiseres om wederkerige tarieven toe te passen werd afgewezen, precies omdat het BIPT zulke tarieven voorheen als strijdig met het mededingingsrecht had bevonden. De rechtbank sloot zich zonder meer aan bij het standpunt van het BIPT en verwierp het verzoek op basis van het *nemo auditur*-principe luidens hetwelke een partij geen eis kan stelen op een onwettig argument.

Het is bij gebrek aan een wettelijke definitie van het begrip “buitensporige prijzen” dat de rechtbank van koophandel te Antwerpen in een vonnis van juli 2008 aangaf zich te moeten beperken tot een louter marginale beoordeling. Met name kon de rechtbank enkel nagaan of de tarieven, gehanteerd door Belgacom, kennelijk de tarieven overstijgen die een normale zorgvuldige operator, in dezelfde omstandigheden geplaatst, zou hanteren⁶⁶. We merken op dat het hier om prijzen ging ten aanzien van eindgebruikers en niet ten aanzien van de klagende partij, Base⁶⁷. Op de keper beschouwd is het beweerde misbruik hier niet het aanrekenen van buitensporige prijzen. Het betreft eerder een praktijk waarbij Belgacom, gebruikmakend van haar machtspositie op de markt voor vaste telefonie, een discriminerend prijsbeleid zou hebben kunnen voeren waardoor Base het leven zuur werd gemaakt op een andere markt, met name deze voor mobiele telefonie. We bespreken deze zaak verder onder de hoofding prijsdiscriminatie (zie randnr. 16). De marginale toetsing die de rechtbank voorstaat, is niettemin een belangrijke leidraad bij de beoordeling van het onbillijke karakter van een prijs.

Klachten inzake onbillijke prijzen komen niet enkel in de telecommunicatiesector voor. Een ander dispuut plaatste AMP, een onderneming die de logistieke organisatie op zich

⁶³. Dit betreft de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (“WMP”) (BS 12 april 2010, 20.803); die de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (“WHPC”) (BS 29 augustus 1991, 18.712), verving. Zie ook B. KEIRSBILCK, “Relatie mededinging en marktpraktijken” in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK (eds.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber Amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 185.

⁶⁴. HvJ, C-27/76, *United Brands* [1978] *Jur.*, 207.

⁶⁵. Kh. Mechelen 20 januari 2004, *RABG* 2004, 689.

⁶⁶. Kh. Antwerpen 17 juli 2008, AR A/07/6775, beschikbaar op www.juridat.be.

⁶⁷. Base baseerde haar argumentatie dan ook op de WMP en verwees slechts terzijde naar het mededingingsrecht. De rechter oordeelde echter dat *in casu* een onderzoek nodig was of de praktijken een inbreuk uitmaakten het mededingingsrechtelijke verbod van misbruik van machtspositie, om op die manier het concurrentienadeel voor Base te bewijzen.

neemt van de verdeling van kranten en tijdschriften, tegenover Standaard Boekhandel dat in verschillende verkooppunten persartikelen verkoopt⁶⁸. In een afzonderlijke procedure maakten drie beroepsverenigingen van onafhankelijke verspreiders en verkopers van persartikelen⁶⁹ hetzelfde verwijt aan het adres van AMP.

De beschuldiging luidde dat AMP onbillijke prijzen aanrekkende middels een eenzijdige verdubbeling van de maandelijkse minimale vergoeding die zij invorderde voor de door haar verleende logistieke diensten. Eenmaal de machtspositie van AMP werd vastgesteld,⁷⁰ wees de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel de eis van Standaard Boekhandel af. De voorzitter besloot dat de prijsverhoging niet arbitrair voorkwam aangezien de activiteit voor AMP verlieslatend bleek te zijn. Dat besluit werd geenszins onderbouwd met een analyse van prijs en kosten, noch had de voorzitter de prijs vergeleken met deze van concurrerende producten. Toch is de uitspraak niet verrassend aangezien Standaard Boekhandel, blijkens het vonnis, zelfs geen begin van bewijs inzake het onbillijke karakter van de aangerekende prijs had aangeboden. Twee weken later beval de voorzitter bij beschikking op eenzijdig verzoekschrift dat AMP Standaard Boekhandel voorlopig moest blijven beleveren, weliswaar tegen het nieuwe, verhoogde minimumtarief.

In de parallelle zaak, aangespannen door de beroepsverenigingen, besloot de (zelfde) voorzitter daarentegen om een deskundige aan te stellen, hoewel uit het tussenvonnis niet onmiddellijk blijkt dat de verenigingen wel een begin van bewijs hadden voorgelegd. De deskundige kreeg de specifieke opdracht om na te gaan of de prijsverhoging economisch verantwoord was. In afwachting van het verslag van de deskundige beval de voorzitter dat AMP de reeds opgezegde leden van de beroepsverenigingen moest blijven beleveren tegen het nieuwe tarief. Ondertussen had ook Standaard Boekhandel in beroep tegen de beslissing van de voorzitter de aanstelling van een deskundige bekomen⁷¹.

In zijn eindvonnis⁷² overwoog de voorzitter dat de prijsverhoging op zich geen misbruik van machtspositie inhield en dat moest worden uitgemaakt of “*er geen al te grote disproportie bestaat tussen de werkelijke gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs*”. Vervolgens verwees de voorzitter naar het verslag van de deskundige die had vastgesteld dat AMP winst noch verlies zou realiseren met een tarief dat de geplande verhoging benaderde. De deskundige had daarenboven enkele indirecte kosten buiten beschouwing gelaten. Toch beïnvloedde dat het oordeel van de voorzitter niet gezien hij “*enkel een eventueel misbruik van machtspositie*

[diende] na te gaan en geen exacte prijs [diende] te bepalen”. Dit sluit aan bij een marginale toetsing van het prijsbeleid van de dominante speler. De eis werd dus verworpen.

Zowel de beroepsverenigingen als Standaard Boekhandel tekenden beroep aan tegen de uitspraken van de voorzitter. Het hof van beroep te Brussel⁷³ voegde de zaken en oordeelde dat AMP's prijsverhoging wel onbillijk was en dat AMP zich daarbij bovendien aan discriminatie schuldig had gemaakt. Er was dus wel degelijk sprake van misbruik. Het arrest werd gewezen in 2012 en zal in de volgende aflevering van dit rechtspraakoverzicht worden besproken.

In *NMBS / Electrabel*⁷⁴ had Electrabel, volgens de NMBS, onbillijke prijzen gehanteerd bij het doorrekenen van kosten veroorzaakt door de invoering in België van het systeem van CO₂-emissierechten. In lijn met de Europese rechtspraak, hield de rechtbank van eerste aanleg te Brussel voor dat een onbillijke prijs een overdreven prijs is in verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestatie. De volgende factoren kunnen helpen bij deze vergelijkende oefening: de winstmarge, de vergelijking tussen de werkelijke kostprijs en de aangerekende prijs, de vergelijking met de prijzen aangerekend door anderen voor dezelfde dienst, de vergelijking met prijzen aangerekend in andere lidstaten voor vergelijkbare diensten en de evolutie van de aangerekende prijs. Voorts is het belangrijk of de tegenpartij de prijs zou hebben aanvaard indien de leverancier niet over een machtspositie zou beschikken en er een toestand zou bestaan van daadwerkelijke mededinging.

In haar beoordeling ging de rechtbank uit van de totale prijs die Electrabel aanrekkende: dus zelfs als het doorrekenen van de kosten van het emissierechtensysteem op zich niet verantwoord zou zijn, dan betekent dit niet dat er een misbruik voorligt indien de *totale* prijs niet onbillijk is. Nu de NMBS geen argumenten had opgebouwd betreffende de totale prijs, deze niet spectaculair was gestegen na de invoering van het emissierechtensysteem en ook niet merkelijk verschilde van de marktprijs in andere landen, was haar onbillijke karakter niet aangetoond.

Bovendien baseerde de NMBS haar argumentatie louter op een studie van de energieregulator CREG. Voor de rechtbank volstond dit niet als bewijs. De CREG gaf immers zelf aan niet over alle concrete informatie te beschikken en de studie legde geen rechtstreeks verband met Electrabel. Het stond evenmin vast dat Electrabel onredelijk hoge winstmarges realiseerde omdat de redenering van de NMBS geen rekening hield met de eventuele investeringen en productieaanpassingen die de invoering van het emissierechtensysteem

⁶⁸. Voorz. Kh. Brussel 29 april 2009, *TBM* 2009, afl. 4, 43.

⁶⁹. Voorz. Kh. Brussel 10 juni 2009, *Jb.Hand.* 2009, 1096.

⁷⁰. Zie *supra*, randnr. 8.

⁷¹. Brussel 14 januari 2010, *Jb.Hand.* 2010, 1026. Het hof verzocht de Dienst voor de Mededinging (intussen: de BMA) terzelfdertijd om een gemotiveerd standpunt inzake de relevante markt om te kunnen vaststellen of AMP al dan niet over een machtspositie beschikt (zie *supra*, randnr. 6).

⁷². Voorz. Kh. Brussel 18 maart 2011, V.S. 01275/2009, *onuitg.*

⁷³. Brussel 29 mei 2012, 2009/AR/1457, *onuitg.*

⁷⁴. Rb. Brussel 20 september 2010, AR 2009/2765/A, *onuitg.*

met zich meebracht. De rechtbank oordeelde dat, hoewel het bewijs wellicht moeilijk te leveren valt, dit niet betekent dat de bewijslast kan worden omgekeerd en verwierp de eis van de NMBS⁷⁵.

Samenvattend valt ons op dat de rechter in eerste aanleg zich doorgaans terughoudend opstelt en de prijzenpolitiek van de dominante speler slechts marginaal toetst. De rechter in beroep gaat daarentegen over tot een veel diepgaandere analyse. Dat is op zich zeker een goede zaak maar houdt wel een risico van prijszetting in waaraan de rechter zich o.i. niet mag bezondigen.

15. Roofprijzen. Het hanteren van rooftprijzen, ook wel afbraakprijzen of meer algemeen prijsagressie genoemd, bestaat erin kunstmatig lage prijzen aan te bieden. Het doel van de dominante onderneming is om op die wijze de markt af te schermen en dus haar marktmacht te versterken. Finaal zijn het de gebruikers aan wie door een verschraling van de concurrentie schade wordt berokkend⁷⁶. Voor de Belgische rechters gaat een verwijt van afbraakprijzen meestal hand in hand met een beschuldiging van verkoop met verlies in het kader van artikel 101 WMP⁷⁷. Beide concepten houden met elkaar verband maar zijn niet identiek. In het kader van een misbruik van machtspositie spreekt de Europese Commissie over “*vermijdbare verliezen*”. Het referentiepunt hierbij is wat de Commissie aanduidt als “*Average Avoidable Cost*” (“AAC”). Wanneer een dominante onderneming voor haar producten of diensten prijzen aanrekent die onder de AAC liggen, verdient zij niet de kosten terug die de onderneming zich had kunnen besparen door deze producten of diensten niet te leveren. Het aldus geleden verlies was vermijdbaar⁷⁸.

In de zaak *EuroConex*⁷⁹ boog het hof van beroep te Brussel zich over de aantijging dat Bank Card Company (“BCC”) rooftprijzen zou hebben aangeboden aan bepaalde klanten van EuroConex met het oogmerk deze laatste uit de markt te werken. De relevante markt is de markt voor de dienstverlening in het kader van de verwerving van handelaars waarbij deze akkoord gaan om de kredietkaarten van Visa en MasterCard als betaalmiddel te aanvaarden⁸⁰.

Er bestond geen discussie over het feit dat BCC op die markt over een machtspositie beschikte. EuroConex argumenteerde dat BCC prijzen aanbood voor de werving van hande-

laars onder de kostprijs. Volgens EuroConex moest de kostprijs minimaal de vergoeding omvatten die BCC als wervende instelling zelf verschuldigd is aan de emittent, met name de bank die de kredietkaart, waarmee de betaling wordt gedaan, had uitgegeven. Deze vergoeding is de zogenaamde multilaterale afwikkelingsvergoeding (“MAV”) die wordt vastgesteld tussen de instellingen die deelnemen in het betrokken betaalsysteem. Behoudens onderhandelde afwijkingen is de MAV voor alle wervende instellingen gelijk. EuroConex ging dus uit van de MAV die zij zelf verschuldigd was en stelde vast dat BCC in de markt een prijs aanbod die lager was dan deze MAV. Volgens EuroConex volgde hieruit dat het aanbod van BCC wel moest resulteren in (vermijdbare) verliezen en dus dat BCC rooftprijzen hanteerde. Het hof volgde deze redenering, die logisch lijkt, echter niet omdat EuroConex de uitgangspunten van haar redenering niet afdoende had aangetoond. Het was immers niet bewezen dat BCC daadwerkelijk dezelfde MAV verschuldigd was als EuroConex. Integendeel, het leek waarschijnlijk dat BCC een lagere MAV had kunnen onderhandelen aangezien BCC een aantal taken van de emittenten in het kader van de uitgifte van de kredietkaarten had overgenomen. Het leek plausibel dat BCC, in ruil voor deze extra dienstverlening, een reductie van de MAV had kunnen bekomen. Wat er ook van zij, er lag geen bewijs voor dat de door BCC aangeboden prijs de overeenkomstige gemiddelde kosten niet afdekte⁸¹. Daarbij hanteerde het hof dus reeds in 2006 de zogenaamde “*even efficiënte concurrent*” of “*as efficient competitor*”-test⁸² door de kostenstructuur van de dominante onderneming als referentie te nemen en niet de kostenstructuur van de concurrent die beweerdelijk uit de markt wordt geduwd. Uiteindelijk was EuroConex niet succesvol omdat ze er niet was in geslaagd BCC’s kostprijs te laten vaststellen. Wanneer de bewijslast onoverkomelijk is, wat inzake beweerdelijke prijsmisbruiken courant is, biedt een procedure bij de BMA wellicht meer perspectieven omdat het feitenonderzoek dan aan het auditoraat van de BMA, dat hiervoor over specifieke bevoegdheden beschikt, kan worden overgelaten.

De zware bewijslast inzake rooftprijzen speelde ook Docpharma parten in haar verzoek om staking bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel ten laste van Eli Lilly⁸³. Het voornaamste argument van Docpharma was dat

⁷⁵. In beroep tegen deze beslissing verkreeg de NMBS een onderzoeksmaatregel, precies om aan het probleem van de bewijslast tegemoet te komen. Zie Brussel 11 oktober 2011 (tussenarrest), beschikbaar op www.stradalex.be. Dit zal in onze vervolgbijdrage worden besproken.

⁷⁶. Luidens de definitie die de Europese Commissie hanteert in de Europese richtsnoeren handhavingsprioriteiten, zie vn. 43.

⁷⁷. Voor een bespreking van de verhouding tussen de mededingingsregels en de “eerlijke marktpraktijken”, randnr. 13.

⁷⁸. Voor verdere toelichting zie o.a. de Europese richtsnoeren handhavingsprioriteiten, vn. 43, randnr. 23-27.

⁷⁹. Brussel 29 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 870.

⁸⁰. Een gedetailleerde beschrijving van de relevante markt en de relaties tussen de 4 partijen bij betalingssystemen (met name de emittent van de kredietkaart, de klant die de kredietkaart gebruikt om inkopen te doen, de handelaar die de kredietkaart aanvaardt en de “wervende” instelling die diensten aanbiedt aan de handelaar bij de afwikkeling van de betaling), zie: A-M. VAN DEN BOSSCHE, “Daadwerkelijke mededinging is niet altijd eerlijk of fijn. Verontwaardiging maakt een vers. Geen succes in rechte”, *Jb.Hand.* 2006, 906-924.

⁸¹. Het hof verwijst zowel naar de gemiddelde variabele kost als de gemiddelde totale kost voor BCC met betrekking tot de relevante transactie: Brussel 29 september 2006, *Jb.Hand.* 2006, 870, randnr. 49.

⁸². Zie vn. 80.

⁸³. Voorz. Kh. Brussel 20 november 2006, *Jb.Hand.* 2006, 293.

Eli Lilly haar prijzen met 80% had verlaagd en daarmee een prijsniveau had bereikt waartegen Docpharma haar concurrerende product niet meer kon verkopen zonder verlies te lijden. In een summier vonnis veegde de voorzitter deze argumentatie van tafel op basis van de vaststelling dat Eli Lilly een goede reden had voor deze drastische prijsvermindering, met name het wegwerken van een voorraad vóór het verval van de houdbaarheidsdatum. Daaruit bleek dat het niet de bedoeling van Eli Lilly was geweest om Docpharma uit de markt te sluiten. Uit het vonnis blijkt niet dat er een grondig onderzoek werd gevoerd of Eli Lilly daadwerkelijk met verlies verkocht. Hoewel er volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie een vermoeden van misbruik bestaat wanneer de prijzen de gemiddelde variabele kosten niet dekken⁸⁴, is de uitspraak verdedigbaar. Immers, gelet op het feit dat het ging om bestaande voorraden was het door Eli Lilly geleden verlies niet vermijdbaar: het enige alternatief was de producten bij niet-verkoop te vernietigen. Het mogelijke uitsluitingseffect ten nadele van Docpharma leek ook beperkt: het ging maar om een tijdelijke actie van Eli Lilly die bovendien had besloten de markt nadien te verlaten.

Tot slot vermelden we nog de zaak *Mobistar / Belgacom Mobile*⁸⁵. Mobistar verweet Belgacom Mobile in het kader van een prijsofferte rooftprijzen te hebben aangeboden. De voorzitter oordeelde echter dat Belgacom Mobile geen machtspositie bekleedde en kwam dus niet toe aan de analyse van het misbruik. In het kader van de analyse van het parallelle argument inzake verkoop met verlies besloot de voorzitter dat eiseres niet had aangetoond dat de prijszetting door Belgacom Mobile dermate is dat het aanbod niet winstgevend zou kunnen zijn. Dus, zelfs als Belgacom Mobile wel een machtspositie had ingenomen, dan was het misbruik wellicht evenmin aangetoond wegens gebrek aan bewijs dat Belgacom Mobile vermijdbare verliezen had geleden ten einde haar positie in de markt te versterken of te handhaven.

16. Prijsdiscriminatie. De klacht van Base aangaande de tarieven gehanteerd door Belgacom werd hierboven al vermeld (zie randnr. 14). Het betrof het niet doorgeven door Belgacom aan de consument van de door Base toegepaste MTR-daling. MTR staat voor “*mobile termination rate*” en komt overeen met de hierboven vermelde beëindigingsvergoeding. Concreet slaat dit hier op het tarief dat de mobiele operator van de oproepen persoon (Base) aanrekent aan de operator van de oproeper van het telefoongesprek (Belgacom). Dit tarief is dus een externe kostfactor die Belgacom aan haar klanten doorrekent. Door de MTR-daling van Base niet te weerspiegelen in de facturatie naar de consument kon Belgacom, volgens Base, oproepen naar Base-klanten discrimineren ten voordele van oproepen naar Belgacom’s eigen klanten.

Verwijzend naar tal van initiatieven van regelgevende instanties, zowel op Europees als op nationaal vlak, die allen beogen om tariefdalings ten goede te laten komen van de consumenten, verklaarde de rechtbank de klacht van Base gegrond. De tarieven die Belgacom aan haar klanten aanrekende voor oproepen naar het Base-netwerk waren op zich buitensporig. Bovendien leiden deze buitensporige tarieven tot een scheefrekening van de mededinging ten voordele van (goedkopere) oproepen naar vaste toestellen, een markt waarop Belgacom dominant is. Dat resulteerde dus in een discriminatie ten nadele van Base en een misbruik van machtspositie door Belgacom⁸⁶. Hoewel hiermee, o.i., een concurrentieel nadeel voor Base was geïdentificeerd, beschouwde de rechtbank deze situatie als paradoxaal omdat de eis van Base werd toegekend in het belang van de consument en niet zozeer in het belang van Base zelf. De rechtbank koppelde daarom het stakingsbevel aan de voorwaarde dat Base zich aan dezelfde principes zou houden en dus zelf ook alle MTR-dalingen integraal aan de consument zou doorrekenen. Deze uitspraak gaat o.i. een stap te ver aangezien Belgacom geen tegenvordering had ingesteld. Bovendien treedt de rechter op die manier op in het algemeen belang als was hij regulator of mededingingsautoriteit.

Volledigheidshalve kunnen we hier ook een uitspraak van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Hasselt van 18 november 2009 vermelden⁸⁷. In een betwisting over de geldigheid van een overeenkomst tussen Electrabel en een klant rees de vraag of het onderscheid tussen tarieven aangerekend aan “actieve” afnemers en “passieve” afnemers gerechtvaardigd was. Actieve afnemers zijn deze die bij de vrijmaking van de energiemarkt opteren om zelf een leverancier aan te duiden in plaats van de door de overheid aangeduide standaardleverancier. De voorzitter besloot dat de standaardleverancier niet over een machtspositie beschikte, maar oordeelde toch – op niet-mededingingsrechtelijke gronden – dat de prijszetting van de leverancier, die twee tot drie maal hoger lag dan de historische prijs, problematisch was. De rechter overwoog dat de bepaling van de prijs “*een partijbeslissing is die te goeder trouw dient genomen te worden*” en dat dit niet het geval was aangezien de klant pas na een volledig jaar een eerste factuur ontving waaruit de nieuwe prijs bleek. Zodoende herleidde de rechtbank de uitoefening van het recht van de leverancier om zijn prijs vrij te bepalen tot “*de normale proporties*”.

17. Abusievelijke kortingen. Prijsdiscriminatie kan ook volgen uit het discretionair toepassen van kortingen door de dominante marktpartij. In *Sabam*⁸⁸ moest het hof van beroep

⁸⁴. HvJ, C-62/86, *AKZO / Commissie* [1991], *Jur.*, 3359, § 70-72.

⁸⁵. Voorz. Kh. Brussel 23 augustus 2006, *Jb.Hand.* 2006, 593.

⁸⁶. Belgacom wendde dus haar machtspositie op de markt van vaste telefonie aan om een misbruik te plegen op een andere markt, met name deze van de mobiele telefonie.

⁸⁷. Voorz. Kh. Hasselt 18 november 2009, *Limb.Rechtsl.* 2011, 184.

⁸⁸. Brussel 3 november 2005, *NJW* 2006, 140. Voorafgaand aan dit arrest verzocht het hof van beroep advies aan de Europese Commissie op basis van art. 15 verordening 1/2003. Het advies is beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/court/opinion_2005_sabam_fr.pdf.

te Brussel zich, in het kader van een prejudiciële vraag, uitspreken over de toekenning door Sabam aan haar klanten van het statuut van “grote organisator”. De toekenning van dat statuut ging gepaard met een 50%-korting van de door Sabam aangerekende auteursrechten. De machtspositie van Sabam, die over een feitelijk monopolie beschikt op de markt voor diensten voor de bescherming van auteursrechten, stond uiteraard niet ter discussie.

Het hof citeerde het algemene principe inzake volumekortingen uit het *Michelin*-arrest van het Hof van Justitie: ondernemingen in een dominante positie kunnen kortingen toekennen die verband houden met de volumes die de klanten bij de onderneming aankopen indien het kortingvoordeel objectief gerechtvaardigd wordt door het aangekochte volume en de schaalvoordelen die de dominante onderneming daardoor kan realiseren⁸⁹. De dominante onderneming moet eventuele prijsverschillen kunnen verantwoorden op basis van objectieve elementen.

In casu waren deze verschillen echter niet objectief gerechtvaardigd. De criteria die Sabam hanteerde om het statuut van “grote organisator” en de bijhorende korting toe te kennen omvatten: de duur van de bestaande relatie met de klant, de regelmaat van organisatie van muziekspektakels, het naleven van alle formaliteiten hieromtrent, de jaarlijks betaalde auteursrechten en de afwezigheid van enig juridisch dispuut tussen Sabam en de klant. Volgens het hof hielden deze criteria geen verband met het beweerdelijke oogmerk ervan, met name de beperking van het risico van niet-betaling. Minstens bestonden er andere, minder beperkende maatregelen om dat doel (dat op zich ook voor een dominante onderneming legitiem is) te dienen. Bovendien blonk het systeem uit in een gebrek aan doorzichtigheid: in tegenstelling tot de basistarieven werden de kortingvoorwaarden nergens bekendgemaakt en uit de praktijk bleek dat Sabam deze voorwaarden ook niet consistent invulde. Het hof oordeelde dat dit een situatie van juridische onzekerheid veroorzaakte voor de klanten die niet konden inschatten of zij van de korting konden genieten. Het belang van de korting was echter groot: de klant moest gedurende niet minder dan drie jaar aan de voorwaarden voldoen, hij moest jaarlijks een substantieel bedrag aan auteursrechten betalen en zou dan genieten van een omvangrijke korting van 50%. De klant die de korting kon opstrijken had dus een duidelijk voordeel ten aanzien van zijn concurrenten. Het criterium van de langetermijnrelatie tussen de klant en Sabam had daarenboven tot

gevolg dat de toegang tot de markt voor nieuwe spelers werd bemoeilijkt.

Het is dus niet verrassend dat het hof een misbruik van machtspositie vaststelde gelet op het ondoorzichtige en discretionaire karakter van de korting enerzijds en de verstoring van de mededinging als gevolg van de “excessieve” omvang van de korting anderzijds. Deze overwegingen zijn in lijn met gevestigde Europese rechtspraak⁹⁰. Aangezien het kortingbeleid van Sabam niet objectief gerechtvaardigd was, resulteerde het in een ongelijke behandeling van handelspartners die zich in dezelfde positie bevinden⁹¹.

18. In het *Sabam*-arrest had het misbruik effect op een andere markt (de markt voor de organisatie van muziekspektakels) dan deze waar Sabam dominant was (de markt voor diensten voor de bescherming van auteursrechten)⁹². Een arrest van 15 mei 2007 van het hof van beroep te Luik⁹³ betreft een meer traditioneel voorbeeld van een mogelijk misbruik op de markt zelf waar de dominante speler, Association Wallonne de l’Elevage (“AWE”), zijn machtspositie bekleedde. Bepaalde concurrenten beweerden dat AWE hen beoogde uit te sluiten van de Waalse markt voor kustmatige inseminatie van dieren door aan het cliënteel van deze concurrenten gerichte kortingen aan te bieden. De klacht viseerde meer bepaald het aanbod, vanwege de dominante speler, van bons voor gratis inseminatie. Het hof ging akkoord dat zulk aanbod een misbruik van machtspositie kon uitmaken wanneer het uitsluitend gericht zou zijn aan de klanten van de concurrenten. Daaruit zou immers de wil blijken om deze concurrenten uit de markt te werken met gebruik van middelen waarover alleen de dominante onderneming kan beschikken. Het gaat hier dus niet om prijsdiscriminatie die de concurrentie tussen de afnemers van de dominante speler verstoort (zoals in de *Sabam*-zaak) maar om discriminatie met het oogmerk om een concurrent uit te schakelen via het afsnoepen van zijn cliënteel (“targeting”)⁹⁴. Het probleem was echter dat de klagende partijen niet bij machte waren afdoende aan te tonen dat AWE enkel hun klanten had aangeschreven. Het arrest is erg summier over de bewijsvoering en vermeldt enkel dat AWE deze beschuldigingen ontkende. In dat opzicht was een vordering gebaseerd op het hanteren van rooftprijzen misschien makkelijker aan te tonen geweest⁹⁵, maar uit het arrest blijkt niet dat de klagers dit argument hadden geformuleerd.

⁸⁹. HvJ, nr. 322/81, *Michelin / Commissie* [1983], *Jur.*, I-3461.

⁹⁰. Zie ook: K. PLATTEAU, “De prejudiciële procedure voor het hof van beroep te Brussel: eind goed, al goed?”, *Jb.Hand.* 2005, p. 915-923.

⁹¹. Voor verdere commentaar: D. GERARD en M. CHAMMAS, “La politique tarifaire de la SABAM au crible du droit de la concurrence”, *TBM*, 2006/4, 322-325.

⁹². Het hof stelt uitdrukkelijk dat het verbod op het misbruik van machtspositie ook in zulk geval van toepassing is (zie punt 11 van het arrest).

⁹³. Luik 15 mei 2007, *Jb.Hand.* 2007, 502.

⁹⁴. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is er in zulk geval mogelijks misbruik zelfs indien de dominante speler niet onder zijn (gemiddelde variabele) kosten prijst (zie: HvJ, C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports / Commissie* [2000], *Jur.* I-1365. In het licht van de Europese richtsnoeren handhavingsprioriteiten, (zie vn. 43), is het op heden wellicht minder vanzelfsprekend om tegen gerichte prijzen die de kosten dekken op te treden. Die vraag stelt zich echter niet ten aanzien van de voorliggende zaak waar sprake was van een gratis aanbod.

⁹⁵. Het zou in elk geval eenvoudiger zijn geweest dan in de zaken vermeld in punt 15 hierboven, gelet op het feit dat het aanbod van AWE gratis was.

1.5.3. Verkoop- en toegangsweigeringen

19. *Inleiding.* De Belgische hoven en rechtbanken hebben in de onderzochte periode een heel aantal stakingsvorderingen op grond van artikel 95 WMP beoordeeld inzake verkoop- en toegangsweigeringen. Vaak werd daarbij zowel strijdigheid met artikel 102 VWEU en/of artikel 3 WEM aangevoerd, als een inbreuk op het algemene rechtsmisbruikverbod.

20. *Uitgangspunt: vrijheid van handelen.* Het uitgangspunt in deze zaken is steeds het gegeven dat een verkoop- of toegangsweigerings principieel rechtmatig is, als toepassing van de fundamentele vrijheid van handel en nijverheid volgens uit het decreet D'Allarde van 2-17 maart 1791 (zie Deel I van dit rechtspraakoverzicht, randnr. 16)⁹⁶. Een leverancier, infrastructuurbeheerder of houder van intellectuele eigendomsrechten is dus in principe niet verplicht om te leveren, maar dient wel rekening te houden met het mededingingsrecht en de marktpraktijkenwetgeving.

21. *Verkoopweigerings vs. toegangsweigerings.* Verkoop- of leveringsweigeringen worden vaak aan de rechter voorgelegd na de beëindiging van een bestaande leveringsovereenkomst met een verzoek om voorlopige maatregelen (met name: verdere beleving). Daarnaast zijn er de disputen over essentiële faciliteiten waarbij toegang wordt geweigerd tot een infrastructuur, netwerk of technologie die vereist zou zijn om te kunnen concurreren op een bepaalde (afgeleide) markt. De eiser verzoekt dan vaak proactief om toegang tot een bepaald product of een bepaalde dienst. Disputen over essentiële faciliteiten behandelen we apart, na de algemene bespreking van verkoopweigeringen.

22. *Enige toetssteen voor eenzijdige verkoopweigerings is artikelen 102 VWEU/3 WEM.* De artikelen 101 VWEU en artikel 2 WEM zijn niet van toepassing op verkoop- en toegangsweigeringen. Vanuit het mededingingsrecht kan een louter eenzijdige en zelfstandige commerciële beslissing om niet te verkopen enkel strijdig worden bevonden met artikel 102 VWEU en/of artikel 3 WEM. Dit impliceert dat een niet-dominante onderneming in principe eenzijdig en om subjectieve gronden een selectie kan maken tussen de marktpartijen die ze wil belevens⁹⁷. Dit punt creëerde enige verwarring in twee zaken over verkoopweigeringen door Ducati die reeds in Deel I van dit rechtspraakoverzicht aan bod kwamen (zie randnr. 30). Zo besloot de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Tongeren, na een verwarrende discussie over de relevante markt⁹⁸ en de vraag of Ducati al dan niet over een machtspositie op die markt zou beschikken, schijnbaar op grond van artikel 101 VWEU dat Nijssen, een voormalige verdeler van Ducati-motorfietsen, als zelfstandig hersteller toegang moest krijgen tot de markt, en dus dat Ducati goederen en diensten moest leveren⁹⁹. De rechtbank van koophandel te Dendermonde kwam tot dezelfde merkwaardige beslissing in een parallelle zaak¹⁰⁰.

23. *Beoordeling van verkoopweigeringen – Misbruik van machtspositie.* In een aanzienlijk deel van de zaken die betrekking hebben op verkoopweigeringen beperkt het onderzoek zich tot de vaststelling dat er geen sprake is van een machtspositie¹⁰¹. Er zijn daarentegen ook andere zaken waar de rechter wel overgaat tot een nader onderzoek.

In de zaak *Net-Pharma / Biogen Idec*, stelde de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, op basis van een opmerkelijk brede marktdefinitie die “alle farmaceu-

⁹⁶. Dit principe werd inmiddels eveneens opgenomen in Boek II WER.

⁹⁷. Zie Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 789 en Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 816. Voor een verdere bespreking hiervan: zie de commentaar van H. DE BAUW, “De schijnbaar eenzijdige handeling in het mededingingsrecht”, *Jb.Hand.* 2005, 804. We merken op dat verticale overeenkomsten natuurlijk wel onderworpen zijn aan de art. 101 VWEU en IV.1 WER, ook als ze worden aangegaan door een dominante speler.

⁹⁸. De rechter leek onterecht te twijfelen of de herstelmarkt een aparte markt zou uitmaken. Zie in dit kader ook Deel I, randnr. 30.

⁹⁹. Voorz. Kh. Tongeren 30 december 2008, *Jb.Hand.* 2008, 994.

¹⁰⁰. Voorz. Kh. Dendermonde 3 november 2010, *TMB* 2011, 214, *TGR-TWVR* 2011, 113. Voor een bespreking van de omstandigheden vanuit het oogpunt van art. 101 VWEU wordt verwezen naar Deel I van dit rechtspraakoverzicht. We merken verder op dat de rechtbank van koophandel te Dendermonde voorafgaand aan deze uitspraak een vraag tot advies stelde aan de Europese Commissie op grond van art. 15 verordening 1/2003. Dit advies is beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/court/bikes_ducati_final_opinion_nl.pdf. Om te beoordelen of Ducati een machtspositie bekleedt op de eventuele afzonderlijke naverkoopmarkt voor Ducati-onderdelen, stelt de Commissie dat het relevant kan zijn om na te gaan of onafhankelijke herstellende voldoende toegang hebben tot de reserveonderdelen en technische informatie voor de herstelling van Ducati-motorfietsen. Wat betreft de vraag of het vereisen dat enkel een Ducati-dealer herstellingsdiensten kan leveren een misbruik uitmaakt, stelt de Commissie dat dit onder meer afhangt van (i) de noodzakelijkheid van het feit dat een hersteller eveneens verkoper is van nieuwe motorfietsen alsook van (ii) de vraag of eindgebruikers die een Ducati motorfiets kopen of gekocht hebben, al dan niet waarschijnlijk zouden benadeeld worden door de situatie. Zie ook: V. WELLENS, “De beleving van reserveonderdelen aan onafhankelijke herstellende van motoren: verordening (EG) n° 1400/2002 dunnetjes overgedaan?”, *Jb.Hand.* 2008, 1000.

¹⁰¹. Zie onder meer Voorz. Kh. Antwerpen 20 januari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 963; Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 789 (waar verwezen wordt naar het hoge marktaandeel van *De Beers / DTC*); Antwerpen 30 juni 2005, *Jb.Hand.* 2005, 816 (waar verwezen wordt naar het hoge marktaandeel van *De Beers / DTC*); Voorz. Kh. Antwerpen 23 februari 2006, *Jb.Hand.* 2006, 1000; Voorz. Kh. Antwerpen 6 april 2006, *Jb.Hand.* 2006, 553; Voorz. Kh. Antwerpen 5 april 2007, *RABG*, 2007/20, 1382; Voorz. Kh. Brussel 19 maart 2008, *Jb.Hand.* 2008, 586 (waar verwezen wordt naar de sterk concurrentiële aard van de markt en het feit dat niet werd bewezen dat verweerster een machtspositie zou hebben op deze markt); Brussel 27 april 2004, *Jb.Hand.* 2004, 807 (waarbij verwezen wordt naar het feit dat Lexmark slechts een marktaandeel van 13% heeft op de markt voor laserprinters terwijl HP en Epson samen 73% bezitten. Op deze basis stelt de voorzitter dat Lexmark geen machtspositie kan bereiken op de afgeleide markt voor inktpatronen, gelet op de complementariteit en duidelijke (prijs)verbintenis tussen printers en inktpatronen); Voorz. Kh. Brugge 30 oktober 2008, A/08/01497, *onuitg.* (het feit dat een film een blockbuster is en bijgevolg weinig substitueerbaar met andere films kan geen aanleiding geven tot het vaststellen van een economische machtspositie. Bovendien zijn er talrijke andere ondernemingen die vergelijkbare en substitueerbare films op de markt brengen), bevestigd door Gent 1 maart 2010, *Jb.Hand.* 2010, 349, *TBM*, 2010/3, 44.

tische producten” omvat, dat het marktaandeel van Biogen Idec in België minder dan 0,9% bedroeg. Bijgevolg, aldus de voorzitter, was er allerminst sprake van een machtspositie. Ondanks deze vaststelling, ging de voorzitter toch over tot een toetsing van een eventueel misbruik. Net-Pharma exporteert alleen geneesmiddelen en levert dus geen geneesmiddelen aan Belgische apotheken. De beslissing van Biogen Idec om haar leveringen te beperken resulteerde dus (indirect) in een beperking van de tussenstaatse handel. Na een onderzoek van de feiten en het specifieke reglementaire kader voor farmaceutische producten, concludeerde de voorzitter dat Biogen Idec rechtsgeldig de geleverde hoeveelheid geneesmiddelen aan Net-Pharma kon beperken gelet op haar verplichting om voldoende en standvastige leveringen te garanderen aan apothekers op de Belgische markt¹⁰².

Verder verwijzen we naar het dispuut tussen De Beers en Spira na opzegging door De Beers van haar overeenkomst voor de levering van ruwe diamanten aan Spira. Naar aanleiding van deze beëindiging stelde Spira voor de rechtbank van koophandel te Antwerpen dat de eenzijdige beëindiging door De Beers wederrechtelijk was en minstens dat de opzeggingstermijn ervan (zes maand) te kort was. Spira verwees hierbij naar de Belgische wetgeving met betrekking tot concessieovereenkomsten maar ook naar een miskennis van de mededingingsregels. Spira argumenteerde dat de eenzijdige beëindiging het gevolg was van de invoering van het nieuwe distributiesysteem van De Beers en voerde aan dat dit distributiesysteem in strijd was met zowel artikel 101 als artikel 102 VWEU. Het verzocht en bekwam op deze basis in kort geding verschillende malen de tijdelijke verderzetting van de contractuele relatie¹⁰³. Spira steunde haar verzoeken onder meer op het (toenmalige) onderzoek van de Europese Commissie van het distributiesysteem van De Beers om aan te geven dat Spira *prima facie* een schijn van recht had en dus verder beleverd diende te worden¹⁰⁴. Het hof van beroep te Antwerpen achtte de beroepen van De Beers tegen deze beschikkingen gegrond om procedurele redenen in verband met de toepassing van het gezag van gewijsde¹⁰⁵. Dit arrest werd vervolgens herzien door het Hof van Cassatie dat

de redenering van het hof van beroep te Antwerpen verwierp¹⁰⁶ en de zaak verwees naar het hof van beroep te Gent, dat zich opnieuw ten gronde dient uit te spreken¹⁰⁷.

In een volgende zaak werd de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Luik geadieerd na de uitsluiting van Green Cycle Associates (GCA) in een wielervedstrijd georganiseerd door Amaury Sports Organisation (ASO). ASO motiveerde de uitsluiting op basis van het feit dat GCA gesponsord werd door Unibet, een onderneming die sportwedenschappen organiseert, en het maken van reclame voor dergelijke sportwedenschappen in strijd zou zijn met de Belgische wetgeving. De voorzitter verwierp deze redenering en stelde eerst vast dat ASO een machtspositie bezat met betrekking tot de organisatie van wielervedstrijden in België¹⁰⁸. Bijgevolg was ASO verplicht om haar eigenlijke en potentiële contractanten op een objectieve, transparante en niet-discriminatoire wijze te behandelen. Vanuit dit oogpunt was de inschrijvingsweigering van ASO niet gerechtvaardigd. Er was vooreerst geen bewijs dat de sportwedenschappen die Unibet organiseert illegaal zouden zijn. Maar zelfs in zulk geval, had ASO niet aangetoond op welke wijze ze zelf schade zou oplopen, te meer daar het niet GCA zelf is die illegale activiteiten zou ondernemen maar enkel haar sponsor. Tot slot werd verwezen naar de Europese regels met betrekking tot het vrij verkeer van diensten. Belgische regelgeving die de activiteiten van Unibet zou verbieden zou een beperking uitmaken van het vrij verkeer van diensten en zou dus *prima facie* strijdig geweest zijn met de Europese regelgeving¹⁰⁹.

24. Beoordeling van verkoopweigeringen – Rechtsmisbruik. Ook al werd in een aantal zaken geen misbruik van machtspositie behouden, toch onderzochten de hoven en rechtbanken vaak eveneens of de verkoop- of leveringsweigering een misbruik van recht opleverde. Het is in dit kader vaststaande rechtspraak dat rechtsmisbruik enkel kan weerhouden worden in volgende gevallen: (i) wanneer de leverancier geen belang heeft bij de leveringsweigering die dus willekeurig en zuiver discriminatoir is of (ii) wanneer er een kennelijk onevenwicht bestaat in de belangen van partijen¹¹⁰.

¹⁰² Voorz. Kh. Brussel 2 oktober 2007, *Jb.Hand.* 2007, 1108.

¹⁰³ Zie o.m. Antwerpen 21 september 2004, *Jb.Hand.* 2004, 909; Voorz. Kh. Antwerpen 29 juni 2005, *onuitg.* en Voorz. Kh. Antwerpen 22 december 2006, *onuitg.*

¹⁰⁴ Deze problematiek werd eveneens behandeld op het Europese niveau, onder meer na een klacht door Spira. De Europese Commissie verwierp deze klacht in 2007 en 2008. Op 11 juli 2013 verwierp het Gerecht het beroep ingesteld door Spira. Zie Gerecht 11 juli 2013, T-108/07 en T-354/08, *Spira / Commissie, onuitg.*

¹⁰⁵ Antwerpen 20 oktober 2008, *onuitg.*

¹⁰⁶ Cass. 18 februari 2010, C.09.0054.N, *RDJP* 2011, 129, *Larcier Cass.*, 2010/5, 112. Het betrof een dispuut over de toepassing van het gezag van gewijsde (voor meer detail wordt verwezen naar randnr. 75).

¹⁰⁷ Het hof van beroep te Gent heeft in deze zaak tot op heden nog een uitspraak gedaan. Bovendien besliste de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen in april 2009, na herhaaldelijke verlengingen, dat geen nieuwe verlenging kon worden toegestaan. Zie Voorz. Kh. Antwerpen 6 april 2009, *onuitg.*

¹⁰⁸ De voorzitter verwijst naar het feit dat ASO onder meer de Waalse Pijl en Luik-Bastenaken-Luik organiseert in België, alsook een aantal belangrijke wielervedstrijden in Frankrijk.

¹⁰⁹ Voorz. Kh. Luik 23 april 2007, B.2007/00111, *onuitg.* In haar verzoekschrift had GCA ook verwezen naar rechtspraak van het Hof van Justitie waarbij nationale wetgeving met betrekking tot kansspelen, loterijen of sportwedenschappen in strijd werd geacht met het vrij verkeer van diensten (zie onder meer de zaak C-243/01).

¹¹⁰ Zie onder meer Voorz. Kh. Antwerpen 20 januari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 969; Voorz. Kh. Antwerpen 6 april 2006, *Jb.Hand.* 2006, 553 (en de verwijzingen aldaar opgenomen) en Voorz. Kh. Brussel 19 maart 2008, *Jb.Hand.* 2008, 586.

Gelet op het hogervermelde beginsel dat een leverancier in principe vrij dient te zijn om de eigen distributiebeleid te bepalen, hanteert de rechtspraak terecht een strikte interpretatie op basis van de specifieke omstandigheden van elke zaak. Het uitgangspunt is dat de weigeringsbeslissing in principe niet als rechtsmisbruik kan worden bestempeld wanneer ze steunt op objectieve motieven hoewel er in een aantal gevallen ook rekening kan worden gehouden met de belangen van elke partij bij de levering¹¹¹.

Zo onderzocht de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel in *Zen Soft Belgium / Progress Software* of de voorwaardelijke leveringsbeslissing (waarbij enkel een licentie zou worden geleverd indien klanteninformatie zou worden meegedeeld) beschouwd diende te worden als een disproportionele weigering. Na een grondig feitenonderzoek besloot de voorzitter dat dit niet het geval was. Progress Software had gegronde belangen om de klanteninformatie op te vragen¹¹². Zen Soft had bovendien alternatieven om haar “*totaalpakket aan software*” aan te bieden zonder gebruik te maken van de applicatie van Progress Software¹¹³.

In contrast daarmee beschouwde de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen het ontijdig beëindigen van een commerciële relatie met betrekking tot de levering van kinderkledij als een onrechtmatige verkoopbeëindiging gelet op het feit dat aan de afnemer eerst het perspectief van levering werd gegeven. Hoewel werd erkend dat de leverancier rechtsgeldig haar distributiebeleid kon bepalen, was de opzegging erg laatijdig gebeurd hetgeen in strijd was met de rechtmatige verwachtingen van eisende partij en deze bijgevolg de mogelijkheid had ontnomen om op de markt verder te prospecteren¹¹⁴.

25. Essentiële faciliteit – Inleiding. Op grond van de Europese rechtspraak betreffende essentiële faciliteiten is het voor een onderneming die een essentiële faciliteit in handen heeft, verboden een nevenactiviteit op een verwante maar onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf voor te behouden, als dat kan leiden tot de volledige uitschakeling van de concurrentie op deze laatste markt¹¹⁵. Het bekomen of behouden van toegang tot deze essentiële faciliteiten is van cruciaal belang bij economische activiteiten die afhankelijk zijn van een bepaalde infrastructuur en waarbij toegang tot het netwerk noodzakelijk is voor het succes van

de economische activiteit. Dit speelt eveneens in gevallen waar een onderneming beschikt over bepaalde intellectuele eigendomsrechten.

Ondernemingen die een essentiële faciliteit controleren, dienen voorzichtig te zijn indien zij de toegang ertoe weigeren. In het algemeen moeten andere marktspelers toegang verkrijgen indien de faciliteit onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheden op een afgeleide markt en indien aangetoond kan worden dat er geen reëel of potentieel alternatief voorhanden is. Wel kan een weigering in bepaalde gevallen objectief worden gerechtvaardigd¹¹⁶. De Belgische rechters onderzochten een dergelijke weigering in een aantal zaken, waarbij sommigen betrekking hadden op (feitelijke) monopolies en anderen verband hielden met het beheer van intellectuele eigendomsrechten.

26. Essentiële faciliteit – Toegang tot teledistributienetwerk. Het hof van beroep te Brussel onderzocht de conditionele leveringspraktijk van UPC Belgium, één van vier teledistributeurs in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, in een onderliggend dispuut met Canal+, een aanbieder van betaaltelevisie. Het was voor Canal+ onontbeerlijk om toegang te krijgen tot de distributienetwerken in Brussel, waaronder dat van UPC, om haar diensten te kunnen leveren aan haar abonnees. Er was in de praktijk geen alternatief voor Canal+ dan haar diensten aan te bieden via de kabel. Het dispuut ontstond op het moment dat UPC besliste om de toegang tot haar teledistributienetwerk afhankelijk te maken van het gebruik van haar eigen interfaceplatform (met name via een decoder). Hierdoor behield UPC zich een deel van de (winstgevende) activiteiten van Canal+ voor aangezien UPC als enige controle uitoefende over het verlenen van toegang tot de decoder en het administratief beheer van de abonnementen. Canal+ zou dan niet langer haar eigen klanten kunnen beheren en zou door het gebruik van de analoge decoder van UPC ook niet langer een betere beeldkwaliteit kunnen aanbieden. Canal+ wilde dan ook dat UPC, naast haar eigen systeem, ook andere systemen zou toelaten. UPC was bovendien gestart met een aantal projecten waarmee het in concurrentie trad met Canal+. Het hof was van oordeel dat UPC door deze praktijk misbruik maakte van haar machtspositie aangezien ze de aanwezigheid van een concurrent op de aangrenzende markt van de betaaltelevisie belemmerde. UPC wierp verschillende rechtvaardigingsgronden op, die betrek-

¹¹¹. Zie Antwerpen 15 juni 2006, *Jb.Hand.* 2006, 801 (hierbij werd verwezen naar een kosten-batenanalyse met betrekking tot de leveringspunten) en Voorz. Kh. Antwerpen 20 januari 2005, *Jb.Hand.* 2005, 963 (hierbij werd verwezen naar de bekommernis om geen onwerkzame commerciële relatie aan te gaan omwille van de dubbele hoedanigheid als werknemer van de onderneming en zaakvoerder van een potentiële afnemer); Voorz. Kh. Brugge 30 oktober 2008, *onuitg.*, bevestigd door Gent 1 maart 2010, *Jb.Hand.* 2010, 349, *TBM*, 2010/3, 44 (een verdeler van films mag op basis van redelijke overwegingen van rentabiliteit, efficiënte bedrijfsvoering en winstverwachting, beslissen aan wie de film ter beschikking wordt gesteld. Er werd ook niet aangetoond dat het niet vertonen van één bepaalde film een onevenredig verlies van bezoekers met zich zou meebrengen).

¹¹². De klanten van Zen Soft gingen immers *de facto* rechtstreeks een licentieovereenkomst aan met Progress Software. Dit bracht een aantal verplichtingen mee voor Progress Software (bv. financiële rapporteringsverplichtingen).

¹¹³. Voorz. Kh. Brussel 19 maart 2008, *Jb.Hand.* 2008, 586.

¹¹⁴. Voorz. Kh. Antwerpen 6 april 2006, *Jb.Hand.* 2006, 553.

¹¹⁵. Zie gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *RTE en ITP / Commissie* [1996], *Jur.*, I-743 en HvJ, C-7/97, *Bronner* [1998], *Jur.*, I-7791; HvJ, C-418/01, *IMS Health* [2004], *Jur.*, I-5039. Zie ook Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876.

¹¹⁶. Gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *RTE en ITP / Commissie* [1996], *Jur.*, I-743.

king hadden op het redelijke en efficiënte beheer van de kabel. Het hof meende echter dat deze beperkte voordelen onvoldoende waren om UPC's beslissing te kunnen rechtvaardigen¹¹⁷. De Belgische rechters hanteren helaas niet steeds een dergelijke logica. Zoals aangegeven in randnr. 6 is het opmerkelijk dat de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel in *Actua TV / Belgacom* tot de conclusie kwam dat Belgacom geen machtspositie bezat (hoewel ze op dat moment wel over een monopoliepositie beschikte in de afzonderlijke productmarkt voor digitale televisie) en bijgevolg kon weigeren de programma's van Actua TV op haar digitale platform te verdelen¹¹⁸.

27. Essentiële faciliteit – Toegang tot gegevensdatabank. De zaak *Telekom Austria / Kapitol*¹¹⁹ betrof de weigering door Telekom Austria, een aanbieder van telecommunicatiediensten in Oostenrijk, aan Kapitol, een aanbieder van telefoonboekdiensten, om toegang te verlenen tot haar abonneegegevens. Deze gegevens werden als een uniek product beschouwd. De bodemrechter oordeelde dat Telecom Austria Kapitol toegang moest verlenen aan billijke, niet-discriminerende en kostengeoriënteerde voorwaarden¹²⁰.

28. Essentiële faciliteit – Licentieweigering in de context van auteursrechten. Naast de geschillen met betrekking tot het prijsbeleid van Sabam (zie randnrs. 17-18), behandelden de Belgische hoven en rechtbanken ook een aantal disputen met betrekking tot een licentie- of toelatingsweigering door Sabam. Een eerste geschil tussen Belgium Television (BTV) en Sabam betrof de hoogte van de minimumvergoeding die gevraagd werd door Sabam. Sabam maakt de toegang tot de auteursrechten in haar beheer immers afhankelijk van de betaling van een bepaalde minimumvergoeding. In deze context diende de rechter te beoordelen of deze vergoeding redelijk en kostengeoriënteerd is om een misbruik te kunnen uitsluiten. Verwijzend naar de principes uit vaststaande Europese rechtspraak¹²¹ werd gesteld dat Sabam, als exclusieve beheerder van de auteursrechten in haar portfolio, misbruik zou maken van haar machtspositie indien haar weigering om toegang te verlenen tot de auteursrechten (hetgeen onontbeerlijk is voor de uitzending) niet objectief gerechtvaardigd zou zijn. *In casu* stelde de rechter dat er geen misbruik was gelet op het feit dat de vergoedingen steunden op

objectieve criteria. Bovendien kon de weigering in geen geval aanleiding geven tot de uitschakeling van concurrentie op de afgeleide markt van de radiotelevisie aangezien er reeds een heel aantal spelers actief zijn op die markt, die de tarieven van Sabam wel accepteren¹²². In een ander dispuut tussen 3.14 en Sabam werd een gelijkaardige logica gevolgd. Bij de beoordeling van de voorwaarden die Sabam stelde in het kader van het afleveren van reproductievergunningen voor het persen van muzikale werken op een drager, werd expliciet verwezen naar de Europese rechtspraak in *Magill* en *IMS Health*¹²³. Het feit dat Sabam het afleveren van een vergunning afhankelijk maakte van het afsluiten van een kaderovereenkomst werd niet als abusief beschouwd. Sabam moest immers via deze overeenkomst controle kunnen uitoefenen om een efficiënte afdwinging van de auteursrechten te verzekeren. De voorwaarden uit de kaderovereenkomst waren noodzakelijk en legitiem om een efficiënte controle mogelijk te maken¹²⁴.

29. Essentiële faciliteit – Toegang tot een industriestandaard. De zaak *GS1 / Hellas*¹²⁵ betrof de uitsluiting van GS1 Hellas uit GS1, de internationale vereniging die de rechten bezit met betrekking tot de befaamde streepjescode. Deze streepjescode is een norm in de industrie. Aangezien er geen alternatief bestaat, kan de streepjescode om die reden beschouwd worden als een essentiële faciliteit onder controle van GS1. GS1-leden krijgen exclusieve toegang tot deze norm alsook het exclusief recht om de toegang tot de GS1 standaard aan eindgebruikers in hun eigen land te distribueren en de bijhorende (lokale) diensten te leveren. Er is in de praktijk dan ook geen concurrentie tussen de verschillende GS1-leden. GS1 Hellas beschikte over de rechten in Griekenland maar zou bepaalde lidmaatschapsvoorwaarden niet hebben nageleefd. Om die reden kreeg GS1 Hellas het verbod om de merken van GS1 nog verder te verdelen. GS1 Hellas voerde aan dat haar uitsluiting een misbruik van machtspositie uitmaakte en verzocht de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel om voorlopige maatregelen. In eerste aanleg werd GS1 Hellas in het ongelijk gesteld. Echter, in beroep, stond het hof van beroep te Brussel voorlopige maatregelen toe in afwachting van een advies van de Europese Commissie¹²⁶. Na ontvangst van het advies van de Europese

¹¹⁷. Brussel 18 juni 2004, *Jb.Hand.* 2004, 876.

¹¹⁸. Voorz. Kh. Brussel 20 september 2007, *RDTI*, 30/2008, 105.

¹¹⁹. Brussel 21 november 2003, *onuitg.* Dit arrest wordt besproken in Cass. 23 juni 2005, AR C.04.0186.F, *Larcier Cass.* 2005, 222, ook beschikbaar op www.juridat.be.

¹²⁰. Het Hof van Cassatie verbrak dit arrest om redenen die geen rechtstreeks verband houden met het beweerdelijke misbruik: Cass. 23 juni 2005, C.04.0186.F, *Larcier Cass.* 2005, 222. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de bodemrechter rechtstreeks steunde op een bepaling van een Europese richtlijn en niet op de omgezette bepaling uit het nationaal recht. Het Hof van Cassatie steunde op art. 288 VWEU om te stellen dat niet rechtstreeks op de bepaling uit de richtlijn kon worden gesteund: "Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen."

¹²¹. Zie HvJ, C-418/01, *IMS Health* [2004], *Jur.*, I-5039.

¹²². Brussel 18 juni 2009, *TBH* 2010, 411.

¹²³. Zie HvJ, C-241/91 P en C-242/91 P, *RTE en ITP / Commissie* [1996], *Jur.*, I-743 alsook HvJ, C-418/01, *IMS Health* [2004], *Jur.*, I-5039.

¹²⁴. Voorz. Kh. Brussel 14 juni 2007, *Jb.Hand.* 2007, 1102, bevestigd door Brussel 10 september 2009, *Jb.Hand.* 2009, 1073, *TBH* 2010, 414.

¹²⁵. Brussel 3 september 2009, *Jb.Hand.* 2009, 1052. Voor een meer gedetailleerde beschrijving van deze zaken en de analyse ervan onder art. 101 VWEU wordt verwezen naar Deel I, randnr. 23.

¹²⁶. Brussel 26 september 2008, AR 2008/KR/202, *onuitg.* Voor een meer gedetailleerde beschrijving wordt ook hier verwezen naar Deel I, randnr. 23.

Commissie¹²⁷, oordeelde het hof dat GS1 zich *prima facie* niet schuldig maakte aan een misbruik van machtspositie. Verwijzend naar de *Télémarketing*-rechtspraak van het Hof van Justitie¹²⁸ stelde het hof vooreerst dat GS1 geen activiteit voorbehoudt op een verwante markt voor zichzelf of voor een dochteronderneming. Het hof laat daarbij in het midden of het voorbehouden van een activiteit aan een onderneming waarmee de dominante speler contractuele banden heeft, ook een misbruik kan uitmaken. Het Hof stelt verder dat de toewijzing van een territoriale exclusiviteit op zichzelf geen misbruik uitmaakt en oordeelt dat GS1 bovendien gegronde redenen had om Hellas GS1 uit te sluiten. Tot slot meent het hof dat de streepjescode geen inputproduct uitmaakt onder het leerstuk van de essentiële faciliteit maar dat het de verdeling van het product zelf betreft, hetgeen de toepassing van de rechtspraak inzake essentiële faciliteiten uitsluit.

1.5.4. Andere niet-prijsgerelateerde misbruiken

30. Inleiding. Naast verkoop- en toegangswegeringen behandelden de Belgische rechters ook een aantal andere vormen van niet-prijsgerelateerd misbruik. De volgende (beweerde) misbruiken komen aan bod: (i) koppelverkoop, (ii) voeren van een gerechtelijke procedure, (iii) sluiten van een overeenkomst, (iv) opleggen van een exonatiebeding, (v) opleggen van een exclusiviteitsbeding, en (vi) instandhouden van een overheidsmonopolie dat niet aan de markt-vraag voldoet.

31. Koppelverkoop en bundeling. Dit type misbruik kwam aan bod in een zaak over de Belgische zoekertjesmarkt ("kleine aankondigingen"), waarin F. Peters en Les Editions Urbaines tegenover elkaar stonden¹²⁹. Peters is de uitbater van de zoekertjeswebsite www.petitesannonces.be. Les Editions Urbaines is de uitgever van VLAN en biedt zowel *online*- als *offline*zoekertjes aan. Peters stelde op 10 mei 2005 een stakingsvordering in bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel op grond van artikel 95 WMP tegen de gezamenlijke verkoop door Les Editions Urbaines van *offline*- en *online*zoekertjes. De vordering was gesteund op een misbruik van machtspositie, alsook op het toenmalige koppelverkoopverbod in artikel 54 WHPC.

De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel besloot dat Les Editions Urbaines misbruik maakte van haar dominante positie op de zoekertjesmarkt (meer bepaald op een wezenlijk deel daarvan: de markt voor zoekertjes in de betaalde geschreven pers) op de – andere en naburige – markt voor zoekertjes op het Internet. Deze relevante pro-

ductmarkten werden evenwel vastgesteld zonder enige analyse, ook niet over de relevante geografische markt. Les Editions Urbaines bekleedde een dominante positie omdat (i) Vlan+ het enige onderzochte weekblad was met een noemenswaardige oplage dat zich enkel toelegt op de publicatie van zoekertjes en (ii) Les Editions Urbaines, doordat zij zich louter toespitst op zoekertjes, haar kosten kan spreiden over de lezer en de plaatser van de zoekertjes. Tot slot beoordeelde de voorzitter de praktijk van Les Editions Urbaines om haar klanten te verhinderen *offline*zoekertjes (het koppellende product) afzonderlijk van *online*zoekertjes (het gekoppelde product) te plaatsen ook als een misbruik. Dit schaadde de mededinging omdat (i) het de klant onmogelijk maakte om de reële afzonderlijke prijs van *online*zoekertjes in te schatten, en dus om het aanbod van Les Editions Urbaines met dat van andere aanbieders van *online*zoekertjes te vergelijken, en (ii) het op die manier aan haar concurrenten een groot aantal potentiële klanten ontnam, in het bijzonder ten nadele van Peters.

Les Editions Urbaines haalde echter haar gelijk (althans wat het misbruik van machtspositie betreft) in beroep bij het hof van beroep te Brussel¹³⁰. Het arrest gaat uitvoerig in op het algemene beoordelingskader, de relevante markten, de dominante positie en het vermeende misbruik. De conclusie is evenwel op alle niveaus dezelfde: Peters draagt de bewijslast voor zijn vordering, en is er niet in geslaagd om aan te tonen welke relevante markten moet worden weerhouden, of Les Editions Urbaines op één van deze markten een dominante positie bekleedt, en of haar gedrag een misbruik van machtspositie uitmaakt. Dit arrest besloot de mededingingsanalyse, maar luidde niet het einde van deze zaak: de debatten werden heropend inzake de mogelijke inbreuk op het koppelverkoopverbod. In wat volgt bespreken we volledigheidshalve de voornaamste mededingingsoverwegingen van het hof.

Het hof bekeek in eerste instantie of het enkel artikel 3 WEM moest toepassen, of eveneens artikel 102 VWEU. Het besloot dat voldaan was aan de vereiste van een potentiële beïnvloeding van de tussenstaatse handel omdat EU-ondernemen zoekertjes kunnen plaatsen via VLAN (vnl. inzake immobiliën en werkaanbiedingen, nu VLAN ruim verspreid wordt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, zetel van de Europese instellingen) en omdat de zoekertjes op de VLAN-website in de hele wereld kunnen worden gelezen. Deze bevinding werd volgens het hof nog versterkt door de vaststelling dat de verspreiding van VLAN (*offline* en *online*) zich uitstrekte over een wezenlijk deel van de interne markt, met name het volledige Franstalige deel van België¹³¹.

¹²⁷. Het advies van de Commissie is niet publiek beschikbaar, maar wordt besproken in het arrest van het hof.

¹²⁸. HvJ, C-311/84 *CBEM / CLT en IPB* [1985], *Jur.*, 3261.

¹²⁹. Kh. Brussel 20 februari 2006, A.C. 4.620/2005, *onuitg.*

¹³⁰. Brussel 24 april 2009, *Jb.Hand.* 2009, 928.

¹³¹. Het hof verwacht hierbij de vereiste voor de formele toepassing van het Europese machtsmisbruikverbod (dat een merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel voorligt (zie Deel I, randnr. 8)), en de vereiste voor de inhoudelijke toepassing van het verbod (dat de marktmacht van de beweerde misbruiker zich uitstrekt tot minstens een wezenlijk deel van de interne markt (zie randnr. 9)).

Vervolgens werden de relevante markten onder de loep genomen. Peters had hierbij aangehaald dat het hof de relevante markten kon bepalen zonder de vereiste om dit uitgebreid te motiveren, op alle argumenten van de partijen te antwoorden of over te gaan tot een uitgebreide analyse. Het hof ging hiermee niet akkoord en verwees naar rechtspraak van het Hof van Justitie en het Hof van Cassatie die aangeeft dat het vereist was nauwkeurig de relevante markten te beoordelen¹³². Het hof citeerde daarom ruim uit de Europese bekendmaking relevante markt en bestudeerde over verscheidene pagina's de substitueerbaarheid aan de vraag- en aanbodzijde van *offline*- en *online*zoekertjes. Het besloot dat Peters onvoldoende bewijzen (marktstudies of andere informatie) had aangedragen om het hof toe te laten deze beoordeling te maken.

Het is opmerkelijk dat het hof niet reeds op deze basis alleen het beroep ongegrond verklaarde. Integendeel, in plaats van zich in te laten met een dergelijke beoordeling van de relevante markt (*“l'exercice chirurgical quelque peu arbitraire”*), verdiende het volgens het hof de voorkeur om te kijken naar de economische realiteit en na te gaan of Les Editions Urbaines effectieve concurrentie ondervond. Ook hier liep de analyse evenwel opnieuw spaak op de onvoldoende informatie aangevoerd door Peters, en besloot het hof dat een dominante positie niet bewezen was.

Het hof behandelde vervolgens het beweerdelijke misbruik. Het besprak de aanpak door de Europese Commissie van koppelverkoop en bundeling,¹³³ en ging in op het eventuele uitsluitingseffect dat het vermeende misbruik door Les Editions Urbaines zou hebben (gehad). Het besloot dat klanten niet werden bemoeilijkt om zich voor *online*zoekertjes tot concurrenten te richten. Zij moesten hiervoor immers geen kosten analyseren: de *online*zoekertjes werden door Les Editions Urbaines gratis aangeboden. Verder werd geoordeeld dat door de aanwezigheid van concurrenten op de *online*zoekertjes-markt, en de relatieve eenvoud om tot deze markt toe te treden, geen sprake kon zijn van uitsluitingseffecten door het gedrag van Les Editions Urbaines.

Het hof stelde verder met verwijzing naar Europese rechtspraak¹³⁴ dat het bestaan van een machtspositie een onderneming niet verhindert om haar commerciële belangen te verdedigen, en indien deze worden bedreigd, om binnen bepaalde perken stappen te ondernemen om deze belangen te beschermen. Meer bepaald werd verwezen naar de voortdurende vermindering van het aantal *offline*zoekertjes, die Editions Urbaines dwong om een nieuw medium aan te boren, daarbij gebruik makend van schaalvoordelen, aangezien

offline- en *online*zoekertjes worden gemaakt op basis van eenzelfde elektronisch gegevensbestand.

Tot slot onderzocht het hof de mogelijkheid dat Editions Urbaines een marktuitsluitende multi-productkorting hanteerde door de *online*zoekertjes te koppelen aan de verkoop van *offline*zoekertjes. Het hof oordeelde dat niet werd bewezen dat een even efficiënte concurrent door deze praktijk zou worden uitgesloten. Integendeel, er waren zowel *online* als *offline* tal van concurrenten die eveneens gecombineerde zoekertjes aanboden. In elk geval stelde het hof dat de vereiste economische gegevens niet voorhanden waren om de zogenaamde *“as efficient competitor test”* te kunnen uitvoeren.

32. Voeren van een gerechtelijke of administratieve procedure. In 2007 kwam voor de eerste maal kort de vraag aan de orde voor een Belgische rechter of het uitoefenen door een dominante marktspeeler van haar recht om een gerechtelijke of administratieve procedure, op zich een misbruik van dominante positie kan uitmaken¹³⁵. Het betrof een geschil tussen het Ierse MSD Overseas en haar Nederlandse licentienemer Merck Sharp & Dohme, die het merkgeneesmiddel Fosamax op de Belgische markt verkochten en de generische fabrikant Eurogenerics, die voor zijn generische versie van dit geneesmiddel reeds een marktvergunning had bekommen, maar in afwachting van een terugbetalingsregeling het product nog niet op de markt kon brengen. Eurogenerics werd gedagvaard wegens vermeende schending van een zogenaamd aanvullend beschermingscertificaat (*“ABC”*) op de werkzame stof van Fosamax. De procedure ging voornamelijk over de geldigheid van dit ABC. Eurogenerics voerde voor het Brusselse hof van beroep aan dat de vordering door MSD Overseas en Merck Sharp & Dohme een misbruik van machtspositie uitmaakte omdat zij kaderde in een strategie om concurrerende geneesmiddelen zo lang mogelijk de toegang tot de markt te beletten. Ze vonden hiervoor inspiratie in de beschikking van de Europese Commissie inzake *AstraZeneca*¹³⁶. In die zaak werd AstraZeneca onder andere beboet voor het systematisch afleggen van misleidende verklaringen tegenover octrooibureaus maar ook tegenover nationale rechtbanken. Het hof veegde deze tegenvordering evenwel in zeer korte bewoordingen van tafel. Het stelde dat in het geding werd aangenomen dat Eurogenerics een feitelijkheid beging (m.a.w. inbreuk dreigde te maken op het ABC van MSD Overseas en Merck Sharp & Dohme) en dat de door deze laatsten gevorderde voorlopige maatregelen daarom moesten worden toegekend. Het afdwingen van octrooirechten via gerechtelijke weg kon dan ook geen misbruik van machtspositie uitmaken.

¹³² HvJ, C-12/03 P, *Tetra Laval* [2005], *Jur.*, I-987, § 39; Cass. 9 juni 2000, C.98.0458.F, *Arr.Cass.* 2000, 1071.

¹³³ Europese richtsnoeren handhavingsprioriteiten, zie vn. 43, randnr. 47-62.

¹³⁴ Gerecht, T-24, 25, 26 en 28/93, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a. / Commissie* [1996], *Jur.*, II-1201.

¹³⁵ Brussel 2 juli 2007, *IRDI* 2007, 264.

¹³⁶ Beschikking van de Commissie van 15 juni 2005 in zaak COMP/A.37.507/F3 – *AstraZeneca*. Deze beschikking werd recent bevestigd in HvJ 6 december 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca / Commissie*, onuitg.

Een gelijkaardige vraag werd behandeld in twee zaken van 2010. De eerste zaak betreft een hoofdzakelijk merkenrechtelijk geschil tussen AB Inbev en Palm Breweries over de commercialisering door Palm Breweries van het Steenbrugge bier. AB Inbev stelde hierover een stakingsvordering in bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel. Palm Breweries beweerde bij wijze van tegenvordering dat AB Inbev zich schuldig maakte aan misbruik van haar machtspositie door (i) Palm gedurende maanden in het ongewisse te laten over de argumenten op basis waarvan er merkinbreuken zouden zijn, en (ii) een merkinbreukprocedure te voeren enkel en alleen tegen Palm zonder op te treden tegen andere brouwers die dezelfde, door AB Inbev aangeklaagde praktijk, bezigden. In eerste aanleg werden de vorderingen van beide partijen ongegrond bevonden, waarna AB Inbev beroep aantekende. De analyse van het hof van beroep over de beweerde misbruiken is kort¹³⁷. Wat het eerste misbruik betreft, oordeelde het hof dat Palm niet had bewezen dat AB Inbev een dominante positie bekleedde op de relevante markt, noch dat er sprake zou zijn van enig misbruik. Over het tweede misbruik stelde het hof dat aan AB Inbev niet kon worden verweten dat zij enkel een merkinbreukprocedure voerde tegen Palm, zonder op te treden tegen andere brouwers van abdijbieren. Het stond AB Inbev vrij om zelf te bepalen tegen wie zij in rechte optrad en zij kon er dus rechtmatig voor opteren om enkel tegen Palm te procederen.

Waar Palm er niet in slaagde om het hof van beroep te overtuigen van het abusievelijk voeren van een gerechtelijke procedure, had UGC Belgium meer succes voor de rechtbank van koophandel te Brussel in haar procedure tegen Kinopolis Group en vastgoedontwikkelaar Wilhelm. Dit geschil betrof de oprichting van het bioscoopcomplex op de Médiacité-site in Luik, die het voorbije decennium door Wilhelm werd ontworpen en gebouwd. UGC sloot in 1999 en 2003 overeenkomsten met Wilhelm over de uitbating van dit toekomstige bioscoopcomplex. In 2005 startte Kinopolis een administratieve beroepsprocedure tegen de toekenning aan Wilhelm van de vereiste eenheidsvergunning. In de loop van 2007 kondigde Kinopolis vervolgens aan dat het zelf een overeenkomst met Wilhelm had afgesloten. Daarop ontstond een geschil waarbij UGC onder andere argumenteerde dat Kinopolis haar machtspositie had misbruikt door in 2005 via administratieve beroepsprocedures het project met UGC te dwarsbomen.

De eerste tussenvonnissen betroffen het gedwongen overleggen van het contract tussen Kinopolis en Wilhelm, en zijn verder niet relevant voor dit onderdeel (zie Deel I, randnr. 39)¹³⁸. In het vonnis van 17 juni 2010 kwam het wel tot een mededingingsrechtelijke analyse¹³⁹. De rechtbank oordeelde vooreerst dat voor de relevante productmarkt

moest worden uitgegaan van de markt voor de zaalvertoning van films, dat dit een lokale markt betrof die zich uitstrekt over een traject van 20 minuten met de auto, en dat Kinopolis in de regio Luik een dominante positie bezat. Ze verwees hiervoor naar Kinopolis' eigen verklaringen dat zij in 2008 een marktaandeel van ongeveer 59% bezat en in 2005 ongeveer 67%.

Vervolgens ging de rechtbank in op de vraag of de beroepsprocedures ingesteld door Kinopolis een misbruik van deze machtspositie uitmaakten. Er werd verwezen naar het arrest *ITT Promedia* waarin het Gerecht van de Europese Unie bevestigde dat het feit dat een procedure wordt ingesteld niet als misbruik kan worden aanzien behalve wanneer het beroep (i) redelijkerwijs niet beschouwd kan worden als bedoeld ter vrijwaring van de rechten van de betrokken onderneming (het moet dus uitsluitend dienen om de tegenpartij te tergen), en (ii) als het deel uitmaakt van een plan dat ertoe strekt de mededinging uit te schakelen¹⁴⁰. Kinopolis argumenteerde in dit kader dat de eerste voorwaarde enkel vervuld kon zijn indien het beroep, objectief gezien "*manifestement dépourvue de tout fondement*" zou zijn, wat volgens haar in deze zaak niet het geval was. De interpretatie van ITT Promedia door de rechtbank was echter dat moest worden nagegaan of het doel van het beroep was om de rechten van de onderneming te laten gelden, of om een concurrent te schaden. Het besloot, op basis van de feiten van de zaak, dat Kinopolis zich had laten leiden door het tweede, namelijk een strategie gericht op het uitschakelen van de effectieve concurrentie op de Luikse markt van zaalvertoning van films.

33. Sluiten van een overeenkomst. De zaak *UGC / Kinopolis / Wilhelm* is eveneens relevant voor een ander type misbruik: het sluiten door een dominante speler van een bepaalde overeenkomst. UGC argumenteerde dat Kinopolis door het sluiten van een eigen contract met Wilhelm in 2007 een tweede misbruik van machtspositie had gepleegd. Het legde verder uit aan de hand van marktstudies dat het bioscoopcomplex op de Médiacité-site de enige mogelijkheid was voor een concurrent om de Luikse bioscoopmarkt te betreden en dat Kinopolis door het sluiten van de overeenkomst elke toegang tot die markt had verhinderd of minstens aanzienlijk had vertraagd. De rechtbank volgde UGC in deze analyse en besloot, met verwijzing naar het bekende *Tetra Pak*-arrest van het Gerecht van de Europese Unie¹⁴¹ dat gezien de economische realiteit op de Luikse bioscopemarkt (met name dat Médiacité de enige mogelijkheid bood voor markttoegang), het sluiten van dit contract op zich een misbruik uitmaakte.

De vraag of het sluiten van een contract een misbruik kan

¹³⁷. Brussel 12 januari 2010, *TBM*, 2010/2, 137, weergave door P. WYTINCK en H. BUREZ.

¹³⁸. Kh. Brussel 14 mei 2009, RG A/08/05692, *onuitg.*; Kh. Brussel 3 december 2009, RG A/08/05692, *onuitg.*

¹³⁹. Kh. Brussel 17 juni 2010, RG A/08/05692 en A/09/8901, *onuitg.*

¹⁴⁰. Gerecht, T-111/96, *ITT Promedia / Commissie* [1998], *Jur.*, II-2937.

¹⁴¹. Gerecht, T-51/89, *Tetra Pak* [1990], *Jur.*, II-309.

uitmaken kwam ook aan bod in een auteursrechtendispuut tussen het fotoagentschap Isopress en Sofam voor de rechtbank van eerste aanleg te Brussel¹⁴². Sofam is een auteursvennootschap voor visuele kunstenaars en trad in de relevante periode op voor Isopress voor het beheer van collectieve auteursrechten, in tegenstelling tot de individuele auteursrechten die door Isopress zelf werden beheerd. Het geschil betrof evenwel het éénmalig innen door Sofam van individuele auteursrechten ten laste van de RTBF. De RTBF had namelijk enkele foto's van Isopress gebruikt en weigerde hiervoor auteursrechten te betalen. Sofam had de relevante auteursrechten geïnd, maar had de RTBF hierbij een zeer grote korting gegeven aangezien zij op dat moment met de RTBF een globaal contract aan het onderhandelen was voor al haar leden. In het belang van al haar leden had Sofam verkozen om het geschil tussen Isopress en de RTBF met een minnelijke oplossing te beslechten. Isopress weigerde de betaling van dit lagere bedrag en probeerde daarom via de Brusselse rechtbank van koophandel de betaling door Sofam te bekomen van het volledige bedrag waarop zij volgens haar recht had vanwege de RTBF. Hangende de procedure informeerde Sofam Isopress dat het op basis van het inmiddels afgesloten globaal contract met de RTBF een licht hoger bedrag had kunnen bekomen voor het gebruik van de foto's waarvan Isopress de auteursrechten bezat. Isopress weigerde ook dit bedrag en vorderde een bijkomende schadevergoeding voor een vermeend misbruik van machtspositie gepleegd door Sofam door een globaal contract af te sluiten met de RTBF.

De analyse van de rechtbank op dit punt is enigszins opmerkelijk en voor kritiek vatbaar. De rechtbank stelde eerst dat Sofam een aanzienlijke positie (*“une position substantielle”*) bekleedde op de markt voor het beheer van individuele auteursrechten, en dat Isopress en Sofam dus concurrenten zijn binnen deze markt. Vervolgens merkte de rechtbank echter op dat artikel 3 WEM vereist dat misbruik wordt gemaakt van een machtspositie op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan. De rechtbank redeneerde voorts dat de RTBF weliswaar een belangrijke afnemer was op de Belgische fotomarkt, maar lang niet de enige afnemer was, zodat het contract in kwestie niet de vereiste impact kon hebben op de relevante markt of op een wezenlijk deel ervan. De rechtbank ging dus na of het vermeende misbruik een voldoende impact had, terwijl de test uiteraard niet verwijst naar het misbruik, maar naar de vraag of de eventuele machtspositie van Sofam wel betrekking had op een wezenlijk deel van de Belgische markt (zie randnr. 9). De rechtbank voegde hier nog aan toe dat, wat er ook van zij, niets Isopress verhinderde om zelf een contract te sluiten met

de RTBF en hierin haar eigen auteursrechten te bepalen. De redenering van de rechtbank wekt verbazing, aangezien het argument over een vermeend misbruik van machtspositie eenvoudig kon worden verworpen op grond van het feit dat Isopress (voor zover kan worden begrepen) niet staaft dat Sofam een dominante positie op een welbepaalde markt zou hebben bekleed, laat staan dat werd bewezen dat Sofam van die positie misbruik zou hebben gemaakt.

34. Opleggen van een exoneration- en vrijwaringsbeding. Niet alleen het sluiten van een overeenkomst op zich, maar ook het opleggen door een dominante speler van bepaalde contractuele clausules in haar handelsrelaties kan een misbruik van machtspositie uitmaken. Dit was aan de orde voor het hof van beroep te Antwerpen in een zaak over loodsenaansprakelijkheid. De zaak betrof een ongeval in de haven van Antwerpen in 1995 waarbij een schip een containerkraan had geraakt terwijl er een loods aan boord was om de kapitein van het schip te assisteren. Bij het ongeval kwam de kraanman om het leven en werd de haveninfrastructuur ernstig beschadigd. Het hof van beroep diende zich te buigen over de aansprakelijkheid van de loods en de onderneming die de concessie hield voor het verlenen van loodsdiensten in de Antwerpse haven. Eén van de elementen die hierbij aan bod kwam was de mogelijke strijdigheid met artikel 102 VWEU van een beding in het loodsbriefje dat alle aansprakelijkheid van de loods uitsloot.

In haar arrest¹⁴³ besloot het hof van beroep om een adviesvraag te stellen aan de Europese Commissie zoals voorzien in artikel 15 van Verordening 1/2003¹⁴⁴. Het hof vroeg de Commissie of de clausule, mede gelet op het feit dat het beding aan de gebruiker werd opgedrongen, in die zin dat men slechts kon kiezen tussen aanvaarden van het beding of zonder loods de haven invaren, al dan niet een misbruik van machtspositie kon uitmaken.

In haar advies lichtte de Commissie toe dat de zaak ging over het opleggen door een dominante speler van mogelijk onbillijke contractuele voorwaarden, zoals expliciet voorzien in de verbodsbepaling van artikel 102 VWEU¹⁴⁵. De Commissie merkte vervolgens op dat het hier om een exploiterend misbruik ging (met name rechtstreeks gericht op de consument), en er geen sprake leek van uitsluitingseffecten (zie randnr. 12). Het advies lijstte vervolgens een aantal voorbeelden op uit de schaarse praktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie over het opleggen van exploiterende contractuele voorwaarden. Hieruit kwam naar voren dat het hof diende na te gaan of een soortgelijk beding had kunnen worden opgelegd als er

¹⁴² Rb. Brussel 21 mei 2004, *AM*, 2005/5, 424 (weergave).

¹⁴³ Antwerpen 26 september 2005, *Jb.Hand.* 2005, 878.

¹⁴⁴ Art. 15 verordening (EG) nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag (*“verordening 1/2003”*), *Pb.L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1.

¹⁴⁵ Het advies is beschikbaar op: http://ec.europa.eu/competition/court/antwerp_port_final_opinion_nl.pdf. Het dient opgemerkt dat de Commissie, zoals gewoonlijk in dergelijk advies, slechts in algemene bewoordingen de rechtsvragen gesteld door de nationale rechter onderzoekt, en de concrete toepassing ervan aan de nationale rechter overlaat.

sprake was geweest van een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging, en of het beding al dan niet in verhouding stond tot het beoogde doel (evenredigheidstoets). De Commissie voegde hieraan toe dat zij weet had van (al dan niet wettelijke) beperkingen op loodsenaansprakelijkheid in tal van lidstaten, maar besloot dat het hof van beroep moest oordelen op basis van het gehele contract en de betrokken context. Tot slot voegde de Commissie toe dat als algemene regel de bewijslast voor een inbreuk op artikel 102 VWEU rust op de partij die zich op een inbreuk beroept (zie randnr. 5). Het is ons niet bekend of het hof van beroep opvolging heeft gegeven aan dit advies, en in dat geval, hoe de zaak werd besloten.

35. Opleggen van een exclusiviteitsbeding. Een gelijkaardige problematiek werd behandeld door het hof van beroep te Brussel in een prejudicieel arrest in de *Wallonie Expo / FEBIAC*-zaak¹⁴⁶. Deze zaak betrof een tentoonstellingsreglement 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-salon¹⁴⁷. We bespraken reeds in het eerste deel van dit rechtspraakoverzicht dat het hof besloot dat er geen inbreuk op artikel 101 VWEU voorlag omdat niet voldaan was aan de merkbaarheidstoets. Het hof vervolgde met een beoordeling van dezelfde praktijk maar ditmaal onder artikel 102 VWEU. Het herinnerde aan de vaste Europese rechtspraak dat een mededingingsbeperkende overeenkomst een misbruik van machtspositie kan uitmaken wanneer de voorwaarden van artikel 102 VWEU zijn vervuld¹⁴⁸. Het stelde vervolgens dat FEBIAC een feitelijk monopolie had op de markt van het aanbod van diensten die verband houden met de organisatie van salons voor bedrijfsvoertuigen in België. Het hof besloot verder dat deze markt een wezenlijk deel uitmaakte van de interne markt. De machtspositie werd verder afgeleid uit het feit dat FEBIAC als federatie in staat was om het gedrag van haar leden te beïnvloeden betreffende hun deelname aan gelijkaardige autosalons en dat die invloed nog groter was aangezien deelname aan de autosalons van FEBIAC voor constructeurs actief op de Belgische markt als een noodzaak werd beschouwd.

Het hof vervolgde dat FEBIAC deze machtspositie misbruikte door een absoluut niet-concurrentiebeding op te leggen. Het beding was beperkt in tijd maar toch absoluut aan-

gezien het niet voorzag in een mogelijke ontheffing en dat het van toepassing was ongeacht het gamma van de betrokken exposant op het salon. Het hof besloot dat dit (i) een middel was dat afweek van concurrentie op basis van verdienste, (ii) verder ging dan nodig voor FEBIAC om haar commerciële belangen te verdedigen, (iii) als onmiddellijk oogmerk had om de concurrentie te verzwakken op een markt die reeds was verzwakt door de decennialange aanwezigheid van enkel FEBIAC op de markt, en dat (iv) mogelijke markttoegang gedurende de 18 maanden volgend op het salon niet relevant was, aangezien elke concurrentieverzwakkende handeling van de dominante speler op een reeds verzwakte markt voldoende is om misbruik van machtspositie uit te maken¹⁴⁹. Deze bevindingen werden bevestigd door het hof van beroep in een arrest ten gronde in deze zaak¹⁵⁰.

36. Instandhouden van een overheidsmonopolie dat niet aan de marktvraag voldoet. Tot slot bieden enkele uitspraken van 2004-2005 een interessante illustratie van de samenlezing van de artikelen 102 en 106 VWEU. Dit laatste artikel schrijft samengevat voor dat het de Europese lidstaten verboden is om wetgeving aan te nemen of te handhaven die het nuttige effect van de mededingingsregels zou kunnen wegnemen, behoudens bepaalde uitzonderingen voor diensten van algemeen economisch belang. Dit kwam aan de orde in enkele geschillen tussen professionele voetballers en voetbalmakelaars over de vroegtijdige beëindiging door de voetballers van de agentuurovereenkomst die hen bond. De voetballers riepen in dat deze agentuurovereenkomst nietig was, aangezien zij in strijd was met de Belgische wetgeving die een wettelijk arbeidsbemiddelingsmonopolie toekende aan de VDAB. Daarop rees de vraag of deze wetgeving zelf niet in strijd was met het Europees recht, meer bepaald met de artikelen 102 *juncto* 106 VWEU.

In 2001 werd hierover een prejudiciële vraag gesteld aan het Europees Hof van Justitie. Dit Hof oordeelde dat nationale arbeidsbemiddelingsbureaus onder het verbod van artikel 102 VWEU vallen voor zover de toepassing van deze bepaling de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert¹⁵¹. Het Hof stelde verder dat België een inbreuk zou hebben begaan op artikel 106 VWEU indien het het bemiddelen tussen werkgevers en werknemers door andere actoren dan de VDAB zou verbieden, en hierdoor een situatie in het leven riep waarin handelen in strijd met artikel 102 VWEU voor de VDAB onontkoombaar was. Dit

^{146.} Tot 2006 waren de Belgische rechters verplicht een prejudiciële vraag te stellen aan het hof van beroep te Brussel over de toepassing van de mededingingsregels. Zie Deel I, randnr. 3.

^{147.} Brussel 10 november 2005, *TBM*, 2006/4, 297, *Jb.Hand.* 2006, 896.

^{148.} HvJ, C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports / Commissie* [2000], *Jur.*, I-1365, § 130-132.

^{149.} Voor een kritische analyse van deze uitspraak, zie: L. GARZANITI, P. GOFFINET en J. BLOCKX, "L'affaire *Wallonie Expo* ou l'illustration des objectifs divergents du droit européen de la concurrence", *TBM*, 2006, afl. 4, 307-318. Merk op dat ook in deze zaak een advies werd gevraagd aan de Europese Commissie. Zie: http://ec.europa.eu/competition/court/opinion_2005_febiac_fr.pdf.

^{150.} Hangende de prejudiciële vraag door de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel op 17 september 2004 werd tegen dit arrest (dat op bepaalde punten reeds uitspraak deed) al beroep ingesteld bij het hof van beroep. Het hof bevestigde zijn analyse op prejudiciële vraag in een arrest van 15 juni 2007. Zie Brussel 15 juni 2007, *Jb.Hand.* 2007, 907.

^{151.} HvJ 5 februari 2001, C-9/01 t.e.m. C-12/01, *Van Ankeren e.a.* [2001], *onuitg.*, beschikbaar op OJ C 9 januari 2001 245/2.

was met name het geval indien (i) de VDAB klaarblijkelijk niet in staat was om voor de betrokken soort activiteiten aan de vraag op de arbeidsmarkt te voldoen, (ii) de daadwerkelijke bemiddeling van particuliere ondernemingen onmogelijk werd gemaakt door de handhaving van wettelijke bepalingen die dit verbieden op straffe van administratieve en strafrechtelijke sancties, en (iii) de betrokken bemiddelingsactiviteiten zich konden uitstreken tot onderdanen of het grondgebied van andere lidstaten. Het hof van beroep te Gent oordeelde dat in de hogervermelde context tussen professionele voetballers en voetbalmakelaars een dergelijke situatie voorlag, België dus een inbreuk beging op artikel 106 VWEU, en dat dus de exceptie van nietigheid van

de agentuurovereenkomst ingeroepen door de voetballers niet gegrond was¹⁵². Dezelfde analyse werd herhaald door de rechtbank van eerste aanleg te Gent in een vergelijkbare zaak¹⁵³. Samengevat lag hier dus een misbruik van machtspositie door de VDAB voor, omdat het de dienstenmarkt op een kunstmatige wijze beperkte voor diensten waaraan het zelf niet kon voldoen. De wetgeving die de VDAB hiertoe verplichtte was bijgevolg in strijd met artikel 106 VWEU en werd dus buiten toepassing gelaten. Tot slot merken we op dat deze problematiek vandaag niet langer relevant is omdat de Vlaamse arbeidsbemiddelingsmarkt intussen werd geliberaliseerd.

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

37. Les généralités. Comme cela a été le cas dans la Partie I, nous avons étudié les applications particulières que les règles ordinaires du droit de la procédure ont connues dans les décisions commentées en raison de l'objet spécifique du contentieux de la concurrence.

Cette deuxième partie examine la jurisprudence relative aux actions en cessation (voy. ci-dessous, 2.5.) et aux actions en référé (voy. ci-dessous, 2.6.) qui ont été introduites pour violation du droit de la concurrence.

La jurisprudence est examinée ci-dessous par type de procédures. Cette présentation a été choisie en vue de mettre en évidence le corps de règles qui est appliqué par les tribunaux dans chacune de ces procédures. 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.

2.5. Les actions en cessation

38. Les généralités. Conformément à la théorie de la concurrence illicite, toute violation d'une disposition légale peut constituer un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, lorsqu'il est porté atteinte aux intérêts profes-

sionnels d'un autre vendeur¹⁵⁴. Une infraction au droit belge ou au droit européen de la concurrence peut donc être invoquée à l'appui d'une action en cessation, à titre d'acte de concurrence déloyale¹⁵⁵. Pendant la période examinée, de nombreux demandeurs ont introduit des actions en cessation en invoquant des infractions au droit de la concurrence, et spécialement des cas d'abus de position dominante¹⁵⁶.

La législation organique du droit de la concurrence déloyale et de son action en cessation a été modifiée vers la fin de la période examinée. En effet, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur a été remplacée, en date du 12 mai 2010, par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur¹⁵⁷. Ce changement législatif n'a toutefois pas porté atteinte à la théorie de la concurrence illicite, qui est le fondement de la sanction des infractions au droit de la concurrence au moyen de l'action en cessation. La jurisprudence prononcée pendant la période examinée conserve donc sa pertinence aujourd'hui.

39. Le droit international privé. Pendant la période examinée, des questions de droit international privé se sont posées dans trois actions en cessation d'infractions au droit de la concurrence. Les deux premières affaires sont antérieures à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé¹⁵⁸, tandis que la troisième y est postérieure.

¹⁵² Gent 21 januari 2004, *RABG*, 2004/11, 679, noot Y. VAN GERVEN.

¹⁵³ Rb. Gent 1 juni 2005, *RW* 2007-08, 2, 76 (weergave).

¹⁵⁴ Cette théorie a été admise par la Cour de cassation dans deux arrêts du 2 mai 1985 et du 31 janvier 1992 (Cass., 31 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, 481; Cass., 2 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1081). Sur l'origine et l'élaboration de la théorie de la concurrence illicite, voy. A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale. Pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 130 à 140, n^{os} 85 à 90.

¹⁵⁵ Dans l'introduction de cette chronique, nous avons déjà remarqué qu'une jurisprudence non négligeable des juges de cessation s'est développée sur cette base avant le début de la période examinée (voy. Partie I, n^o 2).

¹⁵⁶ Outre les décisions examinées ci-dessous, voy. Anvers, 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 915, et la note de L. DU JARDIN, « L'intuitu personae et la sélection des intermédiaires commerciaux », pp. 918 et s.

¹⁵⁷ *M.B.*, 12 avril 2010, p. 20.803.

¹⁵⁸ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé (*M.B.*, 27 juillet 2004, p. 57.344). Ce code est entré en vigueur en date du 1^{er} octobre 2004.

Dans une première affaire, une société belge souhaitant développer des services d'annuaires en Belgique, a introduit une action en cessation à l'encontre du refus d'un opérateur téléphonique autrichien de lui fournir les données des abonnés à ses services téléphoniques fixes en Autriche. Dans un arrêt du 21 novembre 2003, la cour d'appel de Bruxelles s'est déclarée compétente et a constaté l'application de la loi belge sur les pratiques du commerce. Cet arrêt a considéré que bien que la défenderesse n'offrait ses services de téléphonie qu'en Autriche, elle avait mis en œuvre une pratique restrictive de concurrence sur le territoire belge, de sorte que tant l'acte générateur du dommage que les effets dommageables s'étaient produits en Belgique¹⁵⁹. L'opérateur autrichien a introduit un pourvoi contre cet arrêt. Le premier moyen de cassation, qui est relatif à ces questions de droit international privé, a été rejeté par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2005. Ce dernier arrêt est en lui-même peu intéressant sur ces questions, car il constate uniquement que la décision attaquée rejetant l'exception d'incompétence avait répondu aux conclusions de l'opérateur autrichien, et que la branche relative au droit applicable manquait en fait¹⁶⁰.

Dans une deuxième affaire, la cour d'appel de Bruxelles a été saisie d'une action en cessation qui avait été introduite par une société belge active sur le marché des ordinateurs et des imprimantes contre une autre société belge distribuant des cartouches d'encre, ainsi que contre son actionnaire américain. Dans un arrêt du 27 avril 2004, la cour d'appel a considéré que la loi belge sur les pratiques du commerce s'appliquait à tous les comportements accomplis sur le marché belge, quels que soient la nationalité et le lieu de résidence de leurs auteurs, et quelle que soit la loi qui aurait été

applicable à une action en responsabilité extracontractuelle pour les mêmes faits¹⁶¹.

Dans la troisième affaire, qui est relative à des faits postérieurs à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le président du tribunal de commerce de Tongres s'est déclaré compétent pour connaître d'une demande en cessation qui était dirigée contre une société néerlandaise et qui tendait à la reconnaissance de la demanderesse comme un site de réparation agréé situé à Tongres. Si la solution doit être approuvée, le raisonnement suivi par le jugement appelle des réserves. En effet, le jugement a motivé sa compétence par le fait que la loi du 14 juillet 1991 ne s'appliquerait qu'en Belgique et que seul un juge belge pourrait y prononcer un ordre de cessation. Dans l'hypothèse où aucune infraction n'aurait été commise sur le territoire belge, le juge des cessations belge resterait compétent mais devrait déclarer la demande non fondée¹⁶².

Ce raisonnement confond les questions de juridiction, de procédure et de loi applicable, alors qu'il s'agit de problèmes distincts¹⁶³. Lorsqu'une des parties a son domicile dans un autre Etat membre de l'Union européenne, le juge saisi doit vérifier la compétence internationale des cours et tribunaux belges au regard des dispositions du règlement (CE) n° 44/2001¹⁶⁴, dit « Règlement Bruxelles I »¹⁶⁵. Lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une action ayant une base extracontractuelle et que le dommage s'est produit ou risque de se produire en Belgique, les cours et tribunaux belges sont compétents¹⁶⁶.

Se pose ensuite la question de la procédure applicable au litige. Les règles de procédure sont déterminées par la loi du

¹⁵⁹ Sur la base de ces constatations de fait, l'arrêt a légalement justifié la compétence des cours et tribunaux belges au regard des règles de compétence qui sont prévues par le règlement (CE) n° 44/2001 pour les actions ayant une base extracontractuelle (voy. ci-dessous, la discussion du jugement du président du tribunal de commerce de Tongres du 30 décembre 2008). En ce qui concerne le droit applicable, il ressort des motifs cités par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2005 que le premier juge avait considéré que la loi belge du 14 juillet 1991 ne s'appliquerait qu'aux entreprises offrant des produits ou des services en Belgique. La cour d'appel de Bruxelles a réformé cette décision. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le champ d'application de la loi sur les pratiques du marché était controversé (voy. J. STUYCK, *Handelspraktijken*, 3^e éd., Coll. Beginselen van Belgisch privaatrecht, vol. XIII.2.A, Malines, Kluwer, 2013, pp. 66 à 69, n° 46). Cette controverse a été tranchée par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 novembre 2007. Cet arrêt a confirmé qu'avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, la loi sur les pratiques du commerce constituait une loi de police au sens de l'art. 3, alinéa 1^{er}, du Code civil et qu'elle était dès lors applicable aux faits commis en Belgique, quel que soit le lieu où le dommage se produit (Cass., 2 novembre 2007, R.G. C.06.201.F).

¹⁶⁰ Cass., 23 juin 2005, R.G. C.04.186.F, *Ann. prat.*, 2005, p. 630 (réponse au premier moyen). La réponse de l'arrêt aux deuxième et troisième moyens est plus intéressante (voy. ci-dessous, n° 55).

¹⁶¹ Bruxelles, 27 avril 2004, *Ann. prat.*, 2004, p. 807. Cet arrêt est conforme à la qualification de la loi sur les pratiques du marché en tant que loi de police, ce qui a été ultérieurement confirmé par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 2 novembre 2007.

¹⁶² Prés. comm. Tongres, 30 décembre 2008, *Ann. prat.*, 2008, p. 994, et le commentaire de V. WELLENS, « De belevering van reserveonderdelen aan onafhankelijke herstellende van motoren: verordening (EG) n° 1400/2002 dunnetjes overgedaan? », pp. 1000 et s.

¹⁶³ J. ERAUW et H. STORME, *Internationaal Privaatrecht*, Coll. Beginselen van Belgisch privaatrecht, vol. XVII, Malines, Kluwer, 2009, pp. 41 à 43, n° 2.

¹⁶⁴ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O. L.* 12 du 16 janvier 2001, p. 1. Sauf cause de prorogation de compétence, ce seront principalement les art. 2 (compétence générale des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur), 5.1 (compétence spéciale en matière contractuelle), et 5.3 (compétence spéciale en matière délictuelle et quasi délictuelle), qui trouveront à s'appliquer en cas de demande en cessation fondée sur une infraction au droit de la concurrence (voy. F. LEFÈVRE, « Les actions en responsabilité pour infraction au droit de la concurrence. Questions actuelles et perspectives d'évolutions futures », *R.C.B.*, 2009/2, pp. 4 et suiv., spéc. p. 7).

¹⁶⁵ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes): principes, conditions et caractéristiques », in G.-A. DAL (dir.), *Le tribunal de commerce: procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2006, pp. 7 et s., spéc. p. 56, n° 76. Le règlement (CE) n° 44/2001 a été récemment remplacé par le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O. L.* 351 du 20 décembre 2012, p. 1, qui sera applicable à partir du 10 janvier 2015.

¹⁶⁶ Sur la base de l'art. 5.3 du règlement (CE) n° 44/2001. Voy. J. ERAUW et H. STORME, *Internationaal Privaatrecht, o.c.*, pp. 106 à 109, n° 42.

for, c'est-à-dire le droit de l'Etat dont les tribunaux sont compétents¹⁶⁷. C'est en ce sens que l'action en cessation organisée par la loi belge du 14 juillet 1991 ne peut être introduite que devant les juges belges. Si ce sont les tribunaux d'un Etat étranger qui ont compétence internationale, il faudra appliquer les règles de procédure prévues par le droit étranger.

La loi applicable aux questions de procédure ne préjuge toutefois pas de la loi applicable au fondement de la demande. Dans le cas d'espèce, il y avait lieu pour le président du tribunal de commerce de Tongres d'appliquer l'article 99, § 2, 2°, du Code de droit international privé, en vertu duquel, en cas de concurrence déloyale ou de pratique commerciale restrictive, l'obligation dérivant d'un fait dommageable est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le dommage est survenu ou menace de survenir¹⁶⁸. Comme l'infraction reprochée consistait en un refus d'agrément comme site de réparation de la marque à Tongres, le droit belge était bien applicable.

40. La compétence matérielle. La compétence matérielle du juge des cessations s'apprécie au regard de l'objet de la demande, tel qu'il est formulé par la partie demanderesse¹⁶⁹.

Par voie de conséquence, le juge des cessations est compétent pour connaître d'une action visant à faire cesser une diminution de prix d'un médicament concurrent, qui constituerait un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale. Le fait que la diminution de prix du médicament a été constatée dans un arrêté ministériel n'a pas pour effet de changer l'objet de l'action, et ne transforme pas celle-ci en une demande de suspension de cet arrêté ministériel¹⁷⁰.

Dans le même sens, une action en cessation peut être intro-

duite pour cause de prix prédateurs et de rabais abusifs offerts dans le cadre d'un marché public. Comme la demande incrimine le comportement du soumissionnaire et pas celui du pouvoir adjudicateur, il n'y a aucun détournement de la procédure en annulation devant le Conseil d'Etat¹⁷¹.

Le caractère exclusif de la compétence du président siégeant comme en référé empêche tout mécanisme de prorogation de compétence¹⁷², et exclut en particulier la jonction pour litispendance ou connexité entre une action en cessation et une action en responsabilité fondées sur les mêmes griefs d'abus de position dominante¹⁷³.

De plus, le juge des cessations n'a qu'une compétence restreinte et ne peut donc pas statuer sur une demande en réparation du dommage subi¹⁷⁴ ou sur une demande d'indemnité pour résiliation d'une concession de vente exclusive¹⁷⁵.

41. La compétence territoriale. Lorsque les juridictions belges sont compétentes, l'action en cessation d'un refus de vente peut être introduite devant le juge du lieu où l'obligation alléguée de collaboration commerciale est née¹⁷⁶. Ce lieu est soit celui du siège social du détaillant ayant refusé de vendre, soit celui du siège d'exploitation ou du siège social du détaillant ayant été confronté à un tel refus. Les autres points de vente n'entrent pas en considération¹⁷⁷.

Le critère du siège d'exploitation de la partie demanderesse en cessation est fréquemment appliqué par la jurisprudence. Il a été ainsi jugé que les effets dommageables d'un refus de fournir une copie d'un film aux fins de sa projection en salle, se concrétisent dans l'arrondissement où la demanderesse exploite une salle de cinéma¹⁷⁸. Dans le même sens, un refus de reconnaissance comme site de réparation agréé peut être localisé au siège d'exploitation concerné¹⁷⁹.

¹⁶⁷ J. ERAUW et H. STORME, *o.c.*, p. 186, n° 115.

¹⁶⁸ Après l'affaire examinée, cette règle de conflit de lois spécifique a été supprimée dans le Code de droit international privé, par l'art. 17 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de Justice (II) (*M.B.*, 15 janvier 2010, p. 1.889). Cette abrogation est due à l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *J.O. L.* 199 du 31 juillet 2007, p. 40, dit « Règlement Rome II », en date du 11 janvier 2009. En effet, ce règlement a un caractère universel et doit être appliqué par les tribunaux belges, même si la loi désignée n'est pas celle d'un Etat membre de l'Union européenne (art. 3). En outre, ce règlement contient une règle de conflit de lois différente en matière de concurrence déloyale et d'actes restreignant la libre concurrence. Dans le cas spécifique de l'obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence, la loi applicable est désormais celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être (art. 6.3.a).

¹⁶⁹ Voy. Cass., 5 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 320 et les observations de M. BAETENS-SPETCHINSKY et J-S. LENAERTS, « La compétence d'attribution en raison de l'objet : le paradoxe d'une interdiction persistante de requalification », pp. 323 et s.

¹⁷⁰ Prés. comm. Bruxelles, 20 novembre 2006, *Ann. prat.*, 2006, p. 293.

¹⁷¹ Prés. comm. Bruxelles, 23 août 2006, *Ann. prat.*, 2006, p. 593.

¹⁷² H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées... », *o.c.*, pp. 42 à 51, nos 61 à 69. Cette jonction est toutefois possible lorsque le même juge d'appel est saisi de l'appel contre le jugement au fond ordinaire et de l'appel contre le jugement « comme en référé » (X. TATON et F. DANIS, « Le 'comme en référé' et le fond ordinaire devant le même juge d'appel: la jonction pour connexité ou litispendance reste possible » (note sous Bruxelles, 12 septembre 2005 (deux arrêts)), *R.D.C.*, 2006, pp. 958 et s., spéc. pp. 961 à 964, nos 9 à 19).

¹⁷³ Prés. comm. Bruxelles, 12 décembre 2005, A.C. 1911/2005, *inédit*.

¹⁷⁴ Bruxelles, 15 juin 2007, *Ann. prat.*, 2007, p. 907.

¹⁷⁵ Bruxelles, 3 février 2009, *Ann. prat.*, 2009, p. 335.

¹⁷⁶ Le lieu dans lequel l'obligation en litige est née constitue, en effet, l'un des critères de compétence territoriale que l'art. 624 du Code judiciaire permet au demandeur d'invoquer.

¹⁷⁷ Prés. comm. Anvers, 20 janvier 2005, *Ann. prat.*, 2005, p. 963.

¹⁷⁸ Prés. comm. Bruges, 30 octobre 2008, R.G. A/08/1497, *inédit*.

¹⁷⁹ Prés. comm. Tongres, 30 décembre 2008, *précité*.

42. *L'urgence est légalement présumée.* Comme il s'agit d'une action comme en référé, l'urgence est légalement présumée dans le cadre d'une action en cessation pour acte de concurrence déloyale¹⁸⁰. Il est donc inutile pour le défendeur de soutenir que l'action commerciale incriminée comme abus de position dominante a pris fin avant le prononcé du jugement, sauf si le risque de récidive est objectivement exclu en l'espèce¹⁸¹.

43. *La recevabilité.* Le demandeur en cessation doit avoir un intérêt personnel, né et actuel à l'action¹⁸². Tel est le cas lorsque la partie demanderesse est une concurrente de la partie défenderesse, et qu'elle soutient que la diminution de prix incriminée et entrée en vigueur entraîne son éviction du marché¹⁸³. Il en va de même lorsque les parties demanderesses organisent des salons ouverts aux mêmes catégories d'exposants que les salons de la défenderesse¹⁸⁴.

Le président du tribunal de commerce de Bruxelles a considéré que l'invocation d'une infraction à la loi commise par un concurrent, suffit pour conférer qualité et intérêt à agir en cessation. Dans la même affaire, le président a précisé que l'action en cessation ne devient pas irrecevable aux seuls motifs que les mesures sollicitées auraient un effet sur un contrat de marché public ou que l'action a été introduite après l'expiration des recours administratifs et en cours d'exécution du contrat¹⁸⁵.

La demande d'un opérateur de téléphonie mobile tendant à entendre cesser les tarifs de terminaison d'appels discriminatoires d'un autre opérateur, n'est toutefois recevable qu'en tant qu'elle concerne les tarifs à destination du réseau de l'opérateur demandeur¹⁸⁶.

La cessation d'une pratique concertée peut être demandée par la voie d'une demande reconventionnelle si celle-ci entre dans le champ de la compétence restreinte du juge qui a été saisi comme en référé¹⁸⁷. Si la cessation est demandée par le biais d'une demande en intervention, elle doit présenter, en outre, un lien de connexité avec la demande principale¹⁸⁸.

44. *L'exclusion des litiges contractuels.* Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, une action en cessation ne peut être intentée contre celui qui commet une faute contractuelle que lorsque cette faute constitue également, et indépendamment du contrat, un manquement à l'interdiction de commettre des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale¹⁸⁹.

Selon la cour d'appel d'Anvers, le point de savoir si la demande en cessation repose ou non sur une base contractuelle, concerne le fondement de la demande et non la recevabilité de celle-ci ou la compétence du juge des cessations. Lorsque le refus d'approvisionnement est postérieur à la résiliation de la relation contractuelle entre les parties, la demande vise nécessairement l'acte commercial déloyal et pas la violation d'une obligation contractuelle. L'existence d'une clause contractuelle de renonciation à toute demande pour refus de vente ne modifie pas l'appréciation du litige, puisque l'application du droit de la concurrence ne peut pas être contractuellement exclue¹⁹⁰.

45. *En cas de procédure pendante devant le Conseil de la concurrence.* L'existence d'une plainte pendante devant le Conseil de la concurrence est sans incidence sur la procédure en cessation, en particulier lorsque cette plainte porte sur des faits distincts et a été déposée par une autre société que la demanderesse en cessation¹⁹¹.

Dans le même sens, des entreprises menant des campagnes publicitaires trompeuses ou dénigrantes ne peuvent pas s'opposer à une action en cessation en invoquant l'existence d'une plainte pour abus de position dominante à l'encontre de la demanderesse en cessation devant le Conseil de la concurrence. Comme la violation de la loi sur les pratiques du commerce ne dépend pas de l'issue de la plainte pour abus de position dominante, aucune raison ne justifie de suspendre la procédure en cessation jusqu'à la décision du Conseil dans cette hypothèse¹⁹².

Inversement, l'action en cessation n'empêche pas l'introduction ultérieure d'une demande de mesures provisoires

^{180.} C. DALCQ et S. UHLIG, « Vers et pour une théorie générale du 'comme en référé': le point sur les questions transversales de compétence et de procédure », in J.-F. VAN DROOGHENBROECK (coord.), *Les actions en cessation*, CUP, vol. 87, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7 et s., spéc. p. 60.

^{181.} Liège, 15 mai 2007, *Ann. prat.*, 2007, p. 502.

^{182.} Art. 17 et 18 C. jud.

^{183.} Prés. comm. Bruxelles, 20 novembre 2006, *précité*.

^{184.} Bruxelles, 15 juin 2007, *précité*.

^{185.} Prés. comm. Bruxelles, 23 août 2006, *précité*.

^{186.} Prés. comm. Bruxelles, 12 décembre 2005, *précité*.

^{187.} Cette dérogation à l'art. 563, alinéa 2, du Code judiciaire est justifiée par le caractère restreint de la compétence du juge statuant comme en référé. Voy. D. MOUGENOT, *L'action en cessation: les particularités procédurales d'un mécanisme atypique*, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 84, n° 21.

^{188.} Prés. comm. Namur, 30 avril 2008, R.G. A/07/1414, *inédit*.

^{189.} Cass., 4 juin 1993, *Ann. prat.*, 1993, p. 498.

^{190.} Anvers, 30 juin 2005 (deux arrêts), *Ann. prat.*, 2005, p. 789 et p. 816 et le commentaire de H. DE BAUW, « De schijnbaar eenzijdige handeling in het mededingingsrecht », pp. 804 et s.

^{191.} Liège, 5 février 2009, *Ann. prat.*, 2009, p. 955; R.C.B., 2009, p. 56 et la note de D. GERARD, « Du juge et de la preuve d'une pratique concertée », pp. 60 et s. Dans cette affaire, le premier juge avait constaté que l'auditorat du Conseil de la concurrence annonçait son intention de classer la plainte, et avait considéré que la partie demanderesse ne démontrait pas la contrariété à la loi sur la protection de la concurrence économique (Prés. comm. Namur, 30 avril 2008, R.G. A/07/1414, *inédit*).

^{192.} Bruxelles, 29 novembre 2005, *Ann. prat.*, 2005, p. 221.

devant le président du Conseil de la concurrence, puisque celui-ci n'est pas lié par l'autorité des décisions judiciaires¹⁹³.

46. La charge de la preuve. Conformément au droit commun, c'est le demandeur en cessation qui doit apporter la preuve de ses griefs¹⁹⁴.

A titre d'exemple, lorsque l'entreprise défenderesse occupe une position dominante mais qu'elle conteste tout abus, c'est au demandeur concurrent de déposer des éléments probants à l'appui de l'allégation de prix prédateurs¹⁹⁵ ou d'une volonté d'éviction¹⁹⁶.

Comme la charge de la preuve incombe à la partie qui allègue une infraction au droit de la concurrence, la demanderesse ne peut pas obtenir un ordre de cessation sur la base d'une thèse alternative selon laquelle le comportement de la défenderesse constituerait soit un abus de position dominante soit la participation à une entente, selon l'explication donnée aux faits¹⁹⁷.

Le même arrêt a également considéré, sur la base de l'imposition de la charge de la preuve à la partie demanderesse, que la partie défenderesse ne peut pas obtenir une surséance à statuer en raison d'une production de données insuffisantes aux débats¹⁹⁸.

Ces règles relatives à la charge de la preuve n'impliquent toutefois pas qu'aucune conséquence ne puisse être déduite de l'absence d'explications de la partie défenderesse, lorsque le silence de celle-ci s'ajoute à des éléments objectifs qui ont été produits aux débats et qui justifient la thèse de la partie demanderesse. A titre d'exemple, un arrêt de la cour d'appel de Liège a constaté que la défenderesse était issue du regroupement des anciennes entités qui disposaient d'un monopole légal sur le marché concerné, qu'elle présentait à tort comme concurrents des producteurs actifs sur un autre

marché en amont, et qu'elle disposait d'un nombre considérable de collaborateurs sans commune mesure avec les quelques exploitants indépendants qui pratiquaient la même activité qu'elle. Dans ces conditions, la cour d'appel a pu faire remarquer que la défenderesse restait en défaut d'indiquer les conditions d'existence d'une concurrence effective, et a pu décider ensuite sur la base de tous ces éléments que la défenderesse occupait une position dominante¹⁹⁹.

47. L'avis de la Commission européenne. Contrairement à la situation constatée dans les procédures au fond²⁰⁰, les juges des cessations n'ont pas fait usage de la possibilité de demander l'assistance de la Commission européenne.

Dans le cadre d'un appel contre un jugement du juge des cessations, la demanderesse a attiré l'attention de la cour d'appel sur la possibilité de demander l'assistance de la Commission européenne, sur la base de l'article 15, 1., du règlement (CE) n° 1/2003. La cour a toutefois rejeté cette demande, aux motifs que la partie ne précisait pas quelles informations ou quel avis devraient être demandés à la Commission, et que la cour n'apercevait pas l'utilité d'une telle demande pour la résolution du litige²⁰¹.

Lorsque la Commission européenne transmet son rapport intermédiaire dans une enquête sectorielle, elle ne communique pas des observations sur l'application des règles de concurrence dans le litige qui oppose les parties, et ne doit dès lors pas traduire cette pièce dans la langue de la procédure²⁰².

48. Les observations de l'autorité belge de la concurrence. Sur la base de l'article 15, 3., du règlement (CE) n° 1/2003 et de l'article 76, § 2, de la LPCE, la cour d'appel de Bruxelles a demandé au Service de la concurrence²⁰³, le cas échéant sous la direction de l'auditorat, de lui soumettre un point de vue motivé sur la définition exacte du marché pertinent et sur l'existence d'une position dominante dans le chef de la

¹⁹³. Prés. comm. Bruxelles, 17 septembre 2004, *Ann. prat.*, 2004, p. 1009.

¹⁹⁴. Gand, 5 mars 2007, *Ann. prat.*, 2007, p. 899, confirmant Prés. comm. Termonde, 23 novembre 2005, A.R. 3186/2005, *inédit*. Dans cette affaire, l'arrêt de la cour d'appel de Gand a constaté que l'affectation sensible du commerce entre Etats membres n'était pas démontrée, de sorte que l'application de l'art. 81 du traité CE n'était pas établie. Un commentateur de l'arrêt a regretté que celui-ci n'ait pas examiné d'office la question de l'application de l'art. 2 de la LPCE (H. BUREZ, *R.C.B.*, 2008/2, p. 24). Sur l'articulation entre ordre public du droit de la concurrence et charge de la preuve, voy. la Partie I, n° 42.

¹⁹⁵. Bruxelles, 29 septembre 2006, *Ann. prat.*, 2006, p. 870 et le commentaire de A.-M. VAN DEN BOSSCHE, « Daadwerkelijke mededinging is niet altijd eerlijk of fijn. Verontwaardiging maakt een vers. Geen succes in rechte », pp. 906 et s.

¹⁹⁶. Liège, 15 mai 2007, *précité*.

¹⁹⁷. Bruxelles, 29 septembre 2006, *précité*. Cet arrêt constate en outre que les informations sollicitées étaient couvertes par le secret des affaires.

¹⁹⁸. *Ibid.*

¹⁹⁹. Liège, 15 mai 2007, *précité*.

²⁰⁰. Voy. la Partie I, n° 40.

²⁰¹. Bruxelles, 10 septembre 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 414; *Ann. prat.*, 2009, p. 1073 et le commentaire de P. L'ECLUSE et A. SCHAEKEN, « Gebrek aan controle als rechtvaardigingsgrond voor een licentieweigering, een nieuwe SABAM-zaak », pp. 1091 et s. Cet arrêt a confirmé un jugement du 14 juin 2007 du président du tribunal de commerce de Bruxelles (*Ann. prat.*, 2007, p. 1102; *R.C.B.*, 2007/4, p. 59 (somm.)), et le commentaire de H. BUREZ et P. WYTINCK, pp. 60 et s.).

²⁰². Bruxelles, 29 septembre 2006, *précité*. Dans cet arrêt, la cour d'appel a considéré que le rapport communiqué par la Commission européenne ne constituait ni une pièce produite par une partie ni une pièce de la procédure d'appel aux sens respectifs des art. 8 et 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

²⁰³. Ce Service de la concurrence a été rebaptisé Direction générale de la concurrence par l'art. 142 de la loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 19 mai 2009, p. 37.860). Il est désormais intégré au sein de l'auditorat dans le régime du Livre IV du Code de droit économique (voy. not. art. IV.27).

défenderesse²⁰⁴. L'auditorat a toutefois répondu qu'il n'était pas compétent pour effectuer une instruction, car la procédure ne concernait pas un recours contre une décision du Conseil de la concurrence²⁰⁵.

49. Les mesures d'instruction. De nombreuses décisions de juges des cessations ont rejeté les demandes de production de documents introduites par les parties. A l'inverse, des mesures d'expertise et de réouverture des débats ont été ordonnées dans des dossiers d'abus tarifaires.

Il a ainsi été jugé que la demanderesse ne peut pas obtenir le renversement de la charge de la preuve en sollicitant la production forcée aux débats de toutes les informations en possession de la défenderesse et susceptibles d'établir la réalité de la situation infractionnelle reprochée²⁰⁶.

A l'inverse, la défenderesse n'est pas fondée à solliciter une production de pièces pour établir que la demanderesse ferait la même chose que ce qu'elle reproche. En effet, l'infraction éventuellement commise par la demanderesse n'exclurait pas le prononcé d'un ordre de cessation en cas de comportement infractionnel de la défenderesse²⁰⁷.

Le juge saisi d'une demande tendant à la cessation d'une augmentation de tarif, peut désigner un expert aux fins d'obtenir des renseignements objectifs sur la justification économique de cette augmentation²⁰⁸.

En cas de griefs de pratiques tarifaires abusives, les juges des cessations ordonnent régulièrement la réouverture des débats pour permettre à l'entreprise en position dominante de démontrer que ses minima garantis ou ses différences de prix sont objectivement justifiés par rapport à la valeur économique de ses prestations ou à ses coûts²⁰⁹.

50. Le moment auquel le juge doit se placer pour apprécier la violation du droit de la concurrence. Le juge des ces-

sations doit apprécier la demande au regard de la situation existant au jour où il statue. Comme l'ordre de cessation a pour but d'éviter le renouvellement de comportements illicites, il ne se justifie que s'il est établi que les comportements dénoncés resteraient condamnables s'ils étaient adoptés au jour de la décision²¹⁰.

Une modification des conditions de marché en cours d'instance peut donc influencer le fondement d'une demande en cessation introduite pour infraction au droit de la concurrence.

51. La violation de la norme de loyauté. Comme toute illégalité, l'infraction au droit de la concurrence constitue une violation des usages honnêtes en matière commerciale²¹¹. Par voie de conséquence, lorsque des refus parallèles de vente constituent une violation de l'article 2, § 1^{er}, de la LPCE, il est surabondant de déterminer si ces refus sont également constitutifs d'abus de droit²¹².

A l'inverse, l'absence d'infraction au droit de la concurrence n'entraîne pas nécessairement le rejet de la demande de cessation. C'est le cas lorsque l'allégation d'une pratique anticoncurrentielle constitue le seul fondement de l'action en cessation²¹³, mais pas lorsque le demandeur invoque simultanément d'autres comportements méconnaissant la norme de loyauté²¹⁴.

52. L'effet réflexe du droit de la concurrence sur la violation de la norme de loyauté – Jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. La théorie de l'effet réflexe repose sur l'adage selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales. Comme les dispositions relatives à la protection de la concurrence économique sont des lois spéciales par rapport à l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales, une pratique non interdite par le droit de la concurrence

²⁰⁴. Bruxelles, 14 janvier 2010, *Ann. prat.*, 2010, p. 1026.

²⁰⁵. Bruxelles, 29 mai 2012, *R.D.C.*, 2012, p. 1007.

²⁰⁶. Bruxelles, 29 septembre 2006, *précité*. Cet arrêt constate en outre que les informations sollicitées étaient couvertes par le secret des affaires.

²⁰⁷. Prés. comm. Bruxelles, 23 août 2006, *précité*.

²⁰⁸. Bruxelles, 14 janvier 2010, *précité*; Prés. comm. Bruxelles, 10 juin 2009, *Ann. prat.*, 2009, p. 1096. Dans un jugement prononcé dans une affaire parallèle, le même président avait rejeté la demande de cessation sans ordonner d'expertise (Prés. comm. Bruxelles, 29 avril 2009, R.G. A/1829/2009, *R.C.B.*, 2009/4, p. 43 (somm.) et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, p. 43). Après le dépôt du rapport d'expertise, cette affaire a donné lieu à un jugement du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 18 mars 2011 (V.S. 1275/2009, *inédit*) et à un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 29 mai 2012 (*précité*), qui seront commentés dans une prochaine édition de cette chronique.

²⁰⁹. Bruxelles, 4 mars 2009, *inédit*, cité par Bruxelles, 18 juin 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 411; Prés. comm. Mons, 26 mars 2010, R.G. A/08/1189, *inédit*. Il est remarquable qu'après la réouverture des débats dans cette dernière affaire, le président a considéré que l'entreprise en position dominante n'avait pas répondu à ses questions (Prés. comm. Mons, 21 janvier 2011, R.G. A/08/1189, *inédit*, qui sera commenté dans une prochaine édition de cette chronique). Dans une autre affaire, la cour d'appel de Bruxelles a fait injonction à la défenderesse de communiquer une offre et a simultanément ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur les termes de cette offre (Bruxelles, 21 novembre 2003, *inédit*, cassé par Cass., 23 juin 2005, *précité*).

²¹⁰. Bruxelles, 29 septembre 2006, *précité*.

²¹¹. Bruxelles, 15 juin 2007, *précité*.

²¹². Cass., 13 décembre 2010, R.G. C.09.0264.F-C.09.0428.F (réponse à la troisième branche); Liège, 5 février 2009, *précité*.

²¹³. Bruxelles, 10 septembre 2009, *précité*.

²¹⁴. Dans un arrêt du 24 avril 2009, la cour d'appel de Bruxelles a rejeté la demande de cessation en ce qu'elle se fondait sur un prétendu abus de position dominante, mais a ordonné la réouverture des débats au sujet du moyen relatif à la prohibition des offres conjointes par l'art. 54 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (Bruxelles, 24 avril 2009, *Ann. prat.*, 2009, p. 928, qui a réformé Prés. comm. Bruxelles, 20 février 2006, A.C. 4620/2005, *inédit*, en ce qui concerne le moyen d'abus de position dominante).

ne peut pas être interdite par la règle générale concernant les usages honnêtes en matière commerciale²¹⁵.

Cette thèse a été admise par la Cour de cassation avant le début de la période examinée, mais de manière très prudente. L'arrêt de principe accueillant la théorie de l'effet réflexe a été prononcé le 7 janvier 2000²¹⁶ dans une affaire de refus de contracter. Cet arrêt a déclaré que « la pratique d'une entreprise qui restreint la concurrence mais est admise tant par le droit européen concernant la concurrence que par la loi belge relative à la concurrence ne peut être interdite en vertu de l'obligation de respecter les usages honnêtes en matière commerciale, lorsque la violation des usages honnêtes, telle qu'elle est invoquée, consiste pour l'essentiel uniquement en une restriction de la concurrence entre les distributeurs ». En l'espèce, la cour d'appel de Gand avait considéré que la pratique commerciale déloyale consistait exclusivement en un refus d'admission dans le système de franchise des défenderesses, et qu'elle n'était pas constitutive d'abus de droit. La Cour de cassation en a déduit que la décision de la cour d'appel de Gand suivant laquelle la pratique litigieuse n'était pas contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, était légalement justifiée. Même si la Cour de cassation se réfère à l'arrêt attaqué sur ce point, l'abus de droit semble toujours constituer une hypothèse admise de refus déloyal de contracter²¹⁷.

Un arrêt ultérieur du 25 octobre 2001²¹⁸, prononcé par la même chambre de la Cour de cassation, apporte des précisions intéressantes, dans le cadre d'une affaire de vente à perte d'un service²¹⁹ dont la cour d'appel de Bruxelles avait ordonné la cessation pour cause d'infraction aux usages honnêtes en matière commerciale. A la troisième branche du moyen unique de cassation, qui invoquait la théorie de l'effet réflexe, la Cour de cassation a répondu que la demanderesse n'avait pas fait valoir devant la cour d'appel que son comportement aurait été autorisé par la loi sur la protection de la concurrence économique, et que le moyen était nouveau et dès lors irrecevable. La théorie de l'effet réflexe ne touche donc pas à l'ordre public.

Dans sa quatrième branche, le moyen unique soutenait qu'une vente à perte de service ne pourrait être déloyale que si elle émanait d'une entreprise en position dominante. La

Cour de cassation a déclaré que cette branche manquait en droit, au motif « qu'il n'est pas exclu qu'une entreprise ne dominant pas le secteur du marché concerné commette une infraction à l'interdiction [d'user de pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciale] en procédant, dans des circonstances déterminées, à une telle vente; que c'est plus spécialement le cas lorsqu'une telle entreprise vend des services à perte, en s'inspirant des comportements d'autres entreprises ou des autorités en vue de réaliser un but économique illicite ». A la différence de l'arrêt précédent du 7 janvier 2000, qui ne réservait que l'hypothèse de l'abus de droit en cas de refus de contracter, cet arrêt-ci admet largement que des « circonstances déterminées » peuvent rendre une pratique de vente à perte déloyale, même dans le chef d'une entreprise sans position dominante.

Il semble donc que le champ d'application de l'effet réflexe du droit de la concurrence soit très limité et qu'il puisse être résumé comme suit. Lorsque le demandeur soutient uniquement que la pratique litigieuse serait déloyale parce que restrictive de concurrence, seule la constatation d'une infraction au droit de la concurrence peut fonder son action. A l'inverse, si le demandeur demande la cessation de la pratique restrictive de concurrence pour un autre motif, toutes les causes de déloyauté admises par la loi sur les pratiques du commerce peuvent être accueillies²²⁰.

53. *L'effet réflexe du droit de la concurrence sur la violation de la norme de loyauté – Jurisprudence des juridictions de fond pendant la période examinée.* Pendant la période examinée, de nombreux juges des cessations se sont interrogés sur les implications de la théorie de l'effet réflexe du droit de la concurrence. Malgré les commentaires qui ont été publiés à la suite du deuxième arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2001, aucun des jugements examinés n'y fait référence.

En cas de refus de contracter, les juges des cessations ont suivi l'enseignement de l'arrêt du 7 janvier 2000. Lorsqu'ils ont constaté que le refus de vente ne constituait ni un accord restrictif de concurrence, ni un abus de position dominante, ils ont vérifié si ce refus constituait un abus de droit²²¹.

²¹⁵ En ce sens, la théorie s'est initialement développée dans le sens d'un effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale. Voy. L. GARZANITI et D. VANDERMEERSCH, « L'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit de la concurrence déloyale: état de la question », *R.D.C.*, 1997, pp. 4 et s., spéc. pp. 7 à 10; L. GARZANITI et H. DE BAUW, « Onrechtmatige mededinging en vrije concurrentie. Over de wisselwerking tussen de wet handelspraktijken en de wet economische mededinging », *R.D.C.*, 1992, pp. 682 et s., spéc. pp. 693 et 694, nos 31 à 36.

²¹⁶ Cass., 7 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 249 et la note de J. STUYCK, « L'effet réflexe du droit de la concurrence sur les normes de loyauté de la loi sur les pratiques de commerce », pp. 256 et s.

²¹⁷ En ce sens, voy. J. STUYCK, « L'effet réflexe... », *o.c.*, pp. 262 et 263, n° 19.

²¹⁸ Cass., 25 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, p. 162, et la note de A. PUTTEMANS, « La vente à perte de services comme acte de concurrence déloyale (ou: De 'l'effet limitatif' très limité du droit de la concurrence) », pp. 179 et s.

²¹⁹ Comme il s'agissait de la vente d'un service et non d'un produit, la pratique ne tombait pas dans le champ d'application de l'interdiction des ventes à perte de l'art. 40 de la loi du 14 juillet 1991 (aujourd'hui remplacé par l'art. 101 de la loi du 6 avril 2010).

²²⁰ En ce sens, voy. A. PUTTEMANS, « La vente à perte de services... », *o.c.*, pp. 195 à 201, nos 16 à 20.

²²¹ Voy. n° 52. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité du 27 avril 2004, la cour d'appel de Bruxelles a été amenée à vérifier si le refus de vente n'était pas contraire à la législation sectorielle (en l'occurrence une directive 2002/96/CE en matière de déchets d'équipements électriques et électroniques) ou au droit de la concurrence. La cour n'a pas vérifié d'office l'application éventuelle de la théorie de l'abus de droit.

Cette jurisprudence ne semble pas pouvoir être étendue à d'autres hypothèses que celle du refus de vente qui restreint la concurrence. Il a été en effet jugé que la vente à perte de services est interdite non seulement lorsqu'elle constitue un abus de position dominante mais également lorsqu'elle poursuit un but économique illicite²²². Dans le même sens, l'absence d'infraction au droit de la concurrence ne peut pas être invoquée comme moyen de défense à l'encontre d'une action en cessation fondée sur la violation de la loi sur les marchés publics et de la loi sur la vie privée, ainsi que sur le débauchage de personnel²²³. La jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence n'admet pas davantage l'application exclusive du droit de la concurrence. Au contraire, comme nous l'avons déjà fait remarquer dans la Partie I, les cours et tribunaux apprécient généralement la validité des clauses de non-concurrence sur la base d'autres règles que celles du droit de la concurrence²²⁴.

54. L'importance de l'ordre de cessation. La rédaction de l'ordre de cessation est un enjeu crucial. La doctrine insiste sur la nécessité pour le président de rédiger son ordre de cessation de manière précise, non seulement pour éviter les difficultés ultérieures d'exécution mais également pour éviter de limiter l'exercice normal de l'activité commerciale du défendeur²²⁵.

Il n'est pas toujours possible de corriger une rédaction malheureuse d'un jugement de cessation. En effet, une action en interprétation ou rectification d'un ordre de cessation ne peut pas être accueillie lorsqu'elle aurait pour effet de modifier ou d'étendre les droits de la partie demanderesse²²⁶.

55. Les mesures ordonnées en cas de refus de contracter – Injonction d'émettre une offre. Dans un arrêt du 23 juin 2005, la Cour de cassation a confirmé que lorsque l'abus de position dominante consiste dans un refus d'exprimer une offre, la cessation de l'abus peut consister dans une condamnation à faire l'offre précitée²²⁷.

Si le juge des cessations prononce une injonction de soumettre une offre, ce juge peut être amené à s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure il peut aussi déterminer les termes de l'offre qu'il impose au(x) défendeur(s) de formuler. La réponse à cette question dépend du cadre légal

et réglementaire qui est applicable au futur contrat qui serait conclu entre les parties.

Si les termes du contrat découlent de l'application de dispositions impératives, ils peuvent être précisés dans l'ordre de cessation. A titre d'exemple, si le futur contrat ne peut être exécuté que moyennant l'obtention préalable de certaines autorisations administratives, le juge des cessations ordonnera d'émettre l'offre sous la condition suspensive de l'obtention de ces autorisations²²⁸. A l'inverse, les conditions de l'offre ne peuvent pas être fixées sur la base de critères fixés dans une directive qui n'est pas transposée et qui ne peut donc pas créer d'obligations pour les particuliers²²⁹.

Si aucune disposition légale ne détermine certains termes de l'offre, le juge est tenu de respecter le principe de la liberté contractuelle. Dans un arrêt du 5 février 2009, la cour d'appel de Liège a ainsi ordonné aux défenderesses d'émettre une offre de vente « *aux conditions du marché* ». L'arrêt a précisé qu'un tel ordre de cessation respecte la liberté contractuelle, puisque « *les parties dispos[ent] d'une marge de négociation pour tenter d'aboutir à un accord* »²³⁰. Dans cette hypothèse, il y a toutefois un risque substantiel de débat ultérieur entre les parties sur ce que les « conditions du marché » représentent.

56. Les mesures ordonnées en cas de refus de contracter – Injonction de contracter. Dans certains cas, l'abus de position dominante qui est constaté par le juge des cessations est d'une nature telle que le juge peut prononcer une injonction de contracter²³¹. Tel est le cas lorsque tous les éléments essentiels et substantiels du contrat peuvent être déterminés, soit sur la base des dispositions applicables soit parce que toute autre stipulation contractuelle serait constitutive d'infraction au droit de la concurrence.

Dans un jugement du 3 novembre 2010, le président du tribunal de commerce de Termonde a constaté que le refus d'un fabricant de motos d'accepter un ancien distributeur comme réparateur agréé constituait un abus de position dominante, et qu'aucune concurrence normale n'était possible si le fabricant n'appliquait pas les mêmes conditions contractuelles que celles qui étaient en vigueur pour les autres réparateurs agréés. Sur cette base, le jugement a imposé au fabri-

²²². Prés. comm. Bruxelles, 23 août 2006, *précité*.

²²³. Bruxelles, 10 janvier 2008, *Ann. prat.*, 2008, p. 448.

²²⁴. Partie I, n° 16.

²²⁵. D. MOUGENOT, *L'action en cessation, o.c.*, pp. 117 et 118, n° 50.

²²⁶. Prés. comm. Namur, 20 juin 2008, R.G. A/07/1414, *inédit*.

²²⁷. Cass., 23 juin 2005, *précité*.

²²⁸. Liège, 5 février 2009, *précité*. Sur ce point, l'arrêt a réformé l'ordonnance attaquée, qui avait ordonné l'émission d'une offre « *sous condition résolutoire* » (Prés. comm. Namur, 30 avril 2008, *précité*).

²²⁹. Cass., 23 juin 2005, *précité*, qui fonde cette décision sur l'art. 249, 3., du traité CE (aujourd'hui art. 288, 3., TFUE) et du principe général du droit communautaire relatif à la sécurité juridique.

²³⁰. Liège, 5 février 2009, *précité*. Dans le jugement de première instance, le président du tribunal de commerce de Namur s'était limité à ordonner « *de cesser de refuser de vendre [...] pour le seul motif* » qui était invoqué par les défenderesses et qui a été jugé illicite car constitutif d'abus de droit (Prés. comm. Namur, 30 avril 2008, *précité*).

²³¹. Prés. comm. Termonde, 3 novembre 2010, R.C.B., 2011, p. 214 et la note de H. BUREZ, « *Bezint eer gij begint (met de uitbouw van een distributiesysteem)* », pp. 223 et s.; *Ann. prat.*, 2010, p. 1006; *T.G.R.*, 2011, p. 113.

cant de reconnaître le demandeur comme un site de réparation agréé par la marque, sans aucune forme de discrimination vis-à-vis des autres sites de réparation agréés. Le jugement a ainsi défini les éléments essentiels et substantiels du contrat par référence aux relations contractuelles liant le fabricant aux autres réparateurs agréés²³².

Ce raisonnement peut être utilement comparé à celui qui a été suivi par le président du tribunal de commerce de Tongres dans une autre affaire similaire concernant la même marque de motos. Le jugement du président de Tongres du 30 décembre 2008 a également conclu à un abus de position dominante de la part du fabricant, mais il a abouti à d'autres constatations concernant le système de distribution de celui-ci. En effet, il a considéré que le fabricant n'agréait que des concessionnaires, et pas de simples sites de réparation. Sur cette base, il a estimé que l'ordre de cessation devait interdire tout refus de fournir, « à des conditions normales de marché », les pièces de rechange, la formation et les outils nécessaires à l'entretien et à la réparation des véhicules²³³. Ce deuxième jugement confirme, *a contrario*, qu'une injonction de contracter ne peut être ordonnée que lorsque les circonstances de l'espèce permettent de définir précisément tous les éléments essentiels et substantiels du contrat entre les parties.

57. Autres exemples de mesures ordonnées. Lorsque l'organisateur d'une foire bisannuelle interdit de manière abusive aux exposants de participer à une exposition concurrente pendant une période de six mois avant l'ouverture du salon, l'ordre de cessation a pour objet cette interdiction. Le fait que l'organisateur ait modifié les clauses litigieuses de son règlement en cours de procédure, n'empêche pas le prononcé d'un ordre de cessation lorsqu'il existe un risque de réitération de l'infraction²³⁴.

Lorsque le refus d'homologation de bagues pour pigeons constitue un abus de position dominante, l'ordre de cessation avec astreinte s'accompagne de la cessation de tout refus de participation aux vols de pigeons et de tout refus de reconnaissance des résultats de ces vols pour cause d'utilisation des bagues concernées²³⁵.

58. L'astreinte. Les ordres de cessation sont généralement

assortis d'une mesure d'astreinte²³⁶. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque l'interdiction ne peut pas être précisément décrite sur les plans qualitatif et quantitatif²³⁷.

Il a été jugé que le jugement de cessation ne doit pas être assorti d'une mesure de publication, lorsque l'astreinte est suffisante pour assurer le respect de la décision²³⁸.

59. L'exécution provisoire. Les mesures de cessation sont ordonnées à la suite de procédures « comme en référé » et sont donc exécutoires de plein droit²³⁹.

Un jugement du président du tribunal de commerce de Bruxelles a toutefois modalisé cette exécution provisoire, en prévoyant qu'en cas d'appel, les mesures ordonnées seraient suspendues jusqu'à la consignation par la demanderesse d'une somme de 50.000 EUR à la Caisse des Dépôts et Consignations, avec affectation spéciale à la réparation du dommage subi en cas de réformation du jugement²⁴⁰.

60. Pas de demande téméraire et vexatoire. Toutes les demandes d'indemnisation pour procédure téméraire et vexatoire ont été rejetées pendant la période examinée²⁴¹, ce qui démontre une volonté des cours et tribunaux de laisser un large accès au juge des cessations et de ne sanctionner l'introduction d'une action que dans des cas exceptionnels²⁴².

61. L'autorité de chose jugée. Les jugements prononcés aux termes de procédures comme en référé sont revêtus de l'autorité de chose jugée, et s'imposent dès lors à toutes les juridictions chargées de statuer ultérieurement sur le fond du litige²⁴³. L'effet concret de cette autorité de chose jugée dépend des décisions qui ont été prononcées.

L'autorité de chose jugée rend irrecevable toute demande ultérieure formée entre les mêmes parties et ayant le même objet. Une partie n'est dès lors pas fondée, même sur pied du droit européen, à demander la remise en cause d'un accord qui a été acté par le juge des cessations²⁴⁴.

L'autorité de chose jugée peut aussi entraîner la requalification de la demande introduite pour violation du droit de la concurrence. A titre d'exemple, le tribunal de commerce de Bruxelles a été saisi d'une action en responsabilité extracon-

²³² Prés. comm. Termonde, 3 novembre 2010, *précité*.

²³³ Prés. comm. Tongres, 30 décembre 2008, *précité*.

²³⁴ Bruxelles, 15 juin 2007, *précité*.

²³⁵ Prés. comm. Bruxelles, 18 octobre 2006, *Ann. prat.*, 2006, p. 1006.

²³⁶ Prés. comm. Termonde, 3 novembre 2010, *précité*. *Contra*: Liège, 5 février 2009, *précité*.

²³⁷ Prés. comm. Tongres, 30 décembre 2008, *précité*.

²³⁸ Bruxelles, 15 juin 2007, *précité*.

²³⁹ Sur pied de l'art. 1039, alinéa 2, du Code judiciaire. Voy. C. DALCQ et S. UHLIG, « Vers et pour une théorie générale... », *o.c.*, pp. 61 et 62.

²⁴⁰ Prés. comm. Bruxelles, 18 octobre 2006, *précité*.

²⁴¹ Voy. not. Liège, 15 mai 2007, *précité*.

²⁴² Un jugement du président du tribunal de commerce de Bruxelles se limite ainsi à constater l'absence de preuve de la faute pour rejeter la demande reconventionnelle en indemnisation des frais d'avocat de la défenderesse (Prés. comm. Bruxelles, 14 mars 2005, *précité*).

²⁴³ C. DALCQ et S. UHLIG, « Vers et pour une théorie générale... », *o.c.*, p. 61.

²⁴⁴ Comm. Mons, 23 décembre 2004, R.G. A/03/1022, *inédit*.

tractuelle par laquelle un nouvel opérateur imputait plusieurs griefs d'abus de position dominante à l'opérateur historique, et notamment de prétendus refus de vente. Dans un jugement de 2002, le président du même tribunal avait déjà rejeté une action en cessation des mêmes refus de vente, aux motifs qu'une convention-cadre liait les parties et qu'il s'agissait donc d'une action en responsabilité contractuelle. Dans son jugement du 15 novembre 2006, le tribunal de commerce s'est déclaré lié par cette qualification contractuelle, a rejeté le grief extracontractuel d'abus de position dominante pour absence de dommage non purement contractuel²⁴⁵, et a invité la demanderesse à conclure sur le seul fondement de la responsabilité contractuelle²⁴⁶.

L'autorité de chose jugée peut avoir pour effet de limiter la période litigieuse. A titre d'illustration, le tribunal de commerce de Bruxelles a été saisi en 2003 de demandes de dommages-intérêts de deux entreprises s'estimant victimes d'un abus de position dominante qui aurait été commis par l'opérateur historique depuis l'année 1999. Pendant la mise en état de l'affaire, deux jugements du président du même tribunal de 2005 et de 2006 ont rejeté des actions en cessation entre les mêmes parties pour cause d'absence de position dominante dans le chef de la défenderesse²⁴⁷. Vu le caractère annuel des informations de marché concernées, le jugement du tribunal de commerce du 29 mai 2007 n'a examiné l'existence d'une position dominante que pendant la période 1999-2004²⁴⁸.

Lorsque l'infraction au droit de la concurrence a été constatée par une décision antérieure qui s'imposait au premier juge et à laquelle celui-ci s'est conformé, l'appel présente un caractère téméraire et vexatoire²⁴⁹.

Un jugement de cessation n'a toutefois pas d'autorité de chose jugée vis-à-vis d'une cour d'appel qui est saisie tant de l'appel contre ce jugement que de l'appel contre un jugement de cessation ultérieur entre les mêmes parties²⁵⁰. La jonction des deux appels pour connexité a donc évité une autorité de chose jugée qui aurait existé en l'absence d'une telle jonction²⁵¹.

62. La recevabilité de l'appel. La recevabilité de l'appel ne s'apprécie pas de la même manière que la recevabilité de l'action en cessation originaire.

A titre d'exemple, lorsque la demande de cessation initiale tendait à l'obtention d'une copie d'un film aux fins de sa projection en salle, que cette demande a été rejetée en première instance²⁵², et qu'en cours de procédure, ce film est devenu disponible sur DVD et en télévision digitale, la demande de cessation sous peine d'astreinte est devenue sans objet au jour où le juge d'appel statue. La demanderesse originaire est toutefois recevable à interjeter appel, dans la mesure où elle a un intérêt à faire constater l'existence d'une pratique contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, même si elle ne peut plus en exiger la cessation²⁵³.

Par cette décision, la cour d'appel de Gand a accueilli un appel ayant un objet purement déclaratoire de l'infraction reprochée. Cette décision doit être approuvée. Certes, si la même situation avait existé au moment du prononcé du jugement du président du tribunal de commerce, celui-ci n'aurait pas pu déclarer la demande recevable sans constater au minimum un risque de réitération de la pratique litigieuse²⁵⁴. La question se pose toutefois dans des termes différents en degré d'appel. L'appelant a un intérêt à interjeter appel dès que la décision attaquée lui cause un grief, ce qui est le cas lorsque sa demande n'a pas été accueillie en première instance²⁵⁵. En l'espèce, l'appelant devait pouvoir demander la réformation du jugement de première instance, qui avait autorité de chose jugée et qui constatait l'absence d'infraction dans le chef de l'intimé.

63. Le renforcement de la concurrence invoqué comme justification d'un acte déloyal. La jurisprudence examinée présente divers cas dans lesquels le défendeur a invoqué le droit de la concurrence à titre de justification du comportement qui lui était reproché. Les causes de nullité des contrats soulevées à titre d'« euro-défenses » ont déjà été examinées dans la Partie I²⁵⁶. A côté de cette situation bien connue en matière d'actions en responsabilité contractuelle, le droit de

²⁴⁵. Le jugement a ainsi fait application de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle (voy. la Partie I, n° 61).

²⁴⁶. Comm. Bruxelles, 15 novembre 2006, R.G. 8069/02 – R.G. 9060/02, inédit.

²⁴⁷. Prés. comm. Bruxelles, 23 août 2006, précité; Prés. comm. Bruxelles, 12 décembre 2005, précité.

²⁴⁸. Comm. Bruxelles, 29 mai 2007, R.G. A/03/6791, inédit.

²⁴⁹. Bruxelles, 15 juin 2007, précité. En l'espèce, il s'agissait d'un arrêt qui avait été prononcé sur question préjudicielle par la cour d'appel de Bruxelles et qui s'imposait au juge de renvoi en raison de l'art. 42bis, § 5, de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999 (Bruxelles, 10 novembre 2005, *Ann. prat.*, 2005, p. 896; *R.C.B.*, 2006/4, p. 297 et la note de L. GARZANITI, P. GOFFINET et J. BLOCKX, « L'affaire *Wallonie Expo* ou l'illustration des objectifs divergents du droit européen de la concurrence », pp. 307 et s.). Le même raisonnement semble toutefois transposable au cas d'une décision antérieure dont l'autorité de chose jugée ne serait pas raisonnablement discutable.

²⁵⁰. Anvers, 6 mai 2004, *Ann. prat.*, 2004, p. 849. Cet arrêt a posé une question préjudicielle à la cour d'appel de Bruxelles, qui a répondu dans un arrêt du 31 janvier 2006 que la LPCE était inapplicable en l'espèce (Bruxelles, 31 janvier 2006, *Ann. prat.*, 2006, p. 762; *R.C.B.*, 2006/2, p. 154 et la note de F. TUYTSCHAEVER, « Meer over het begrip onderneming in het mededingingsrecht », pp. 157 et 158).

²⁵¹. Voy. X. TATON et F. DANIS, « Le 'comme en référé' et le fond ordinaire devant le même juge d'appel... », *o.c.*, pp. 964 et 965, n° 20 à 22.

²⁵². Prés. comm. Bruges, 30 octobre 2008, précité.

²⁵³. Gand, 1^{er} mars 2010, précité.

²⁵⁴. A défaut, le demandeur aurait été dépourvu d'intérêt actuel à l'action (voy. D. MOUGENOT, *L'action en cessation...*, *o.c.*, pp. 109 à 111, n° 43).

²⁵⁵. G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 90 et 91, n° 143 et 144.

²⁵⁶. Partie I, n° 35 à 46.

la concurrence a également été invoqué comme « bouclier » dans le cadre de procédures en cessation. Si ces tentatives créent un risque d'« instrumentalisation » ou de « définalisation » du droit de la concurrence, elles sont rarement accueillies par les juridictions²⁵⁷.

Dans une affaire de marché public, le pouvoir adjudicateur a communiqué la liste du personnel d'un soumissionnaire à un autre soumissionnaire, en violation des règles de publicité et d'égalité des soumissionnaires ainsi que de la loi sur la protection de la vie privée. Devant la cour d'appel de Bruxelles, le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire ayant reçu la communication illégale ont soutenu que même s'ils étaient déloyaux, les actes dénoncés ne pourraient pas être interdits dès lors qu'ils rendraient la concurrence plus vigoureuse dans l'intérêt général.

Dans son arrêt du 10 janvier 2008, la cour d'appel a considéré, à juste titre, que la théorie de l'effet réflexe était inapplicable en l'espèce, puisqu'elle ne concerne que les cas où le demandeur postule la cessation d'une pratique qu'il estime restrictive de concurrence²⁵⁸. L'arrêt a constaté ensuite que le pouvoir adjudicateur n'avait pas communiqué l'information litigieuse à tous les soumissionnaires potentiels, mais bien à une seule entreprise. Il en a déduit que les actes dénoncés n'avaient pas pour objet de renforcer la concurrence, mais bien de favoriser une entreprise. L'arrêt a ensuite accueilli la demande de cessation pour cause d'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale²⁵⁹.

2.6. Les actions en référé

64. Les généralités. Le juge des référés est compétent pour ordonner des mesures provisoires dans les litiges dont il reconnaît l'urgence²⁶⁰. Bien que le droit de la concurrence soit moins souvent invoqué en référé qu'en cessation, plusieurs affaires ont fait l'objet de débats importants devant les juges des référés pendant la période examinée.

65. La compétence internationale. En cas de litige international, la demande de mesure provisoire relève de la compé-

tence des cours et tribunaux belges, soit lorsque le litige au fond relève également de leur compétence soit lorsque la mesure demandée doit sortir ses effets en Belgique²⁶¹.

Cette deuxième base de compétence s'applique en cas de demande visant à l'inscription d'une équipe à deux courses cyclistes ayant lieu dans l'arrondissement de Liège²⁶².

66. Le pouvoir de juridiction. Le juge des référés n'est compétent pour connaître des litiges urgents que si le demandeur peut se prévaloir d'un droit subjectif²⁶³.

En matière de concentrations d'entreprises, il a été jugé que l'article 9, § 4, de la LPCE²⁶⁴ crée un droit subjectif à ce que la concentration ne soit pas mise en œuvre tant qu'elle n'a pas été approuvée par le Conseil de la concurrence. Le président du tribunal de commerce de Bruxelles s'est dès lors déclaré compétent pour connaître de demandes tendant à suspendre toutes mesures visant à mettre en œuvre la concentration notifiée²⁶⁵.

67. L'urgence comme condition de compétence. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, il suffit que l'urgence soit alléguée dans l'acte introductif pour que le juge des référés soit compétent²⁶⁶. La question de savoir si l'urgence est effectivement présente dans les faits, relève du fondement de la demande en référé.

68. L'urgence comme condition de fond. La Cour de cassation considère qu'il y a urgence lorsque « la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable », et que « la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu »²⁶⁷.

Un concurrent peut fonder l'urgence de sa demande sur le risque de dommage immédiat et irréversible qui résulterait pour lui de la mise en œuvre d'une concentration non approuvée sur le même marché²⁶⁸.

Lorsque la demande tend à la suspension d'une décision d'exclusion d'une association et que cette exclusion entraînerait la cessation des activités de la demanderesse, la con-

²⁵⁷ Voy. N. PETIT, « L'application du droit de la concurrence par les juridictions belges. Une analyse 'tendancielle' de la jurisprudence récente », in J.-F. BELLIS, *Concurrence en droit belge et européen*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 17 et s., spéc. p. 36.

²⁵⁸ Voy. *supra*, n° 52.

²⁵⁹ Bruxelles, 10 janvier 2008, *Ann. prat.*, 2008, p. 448. L'arrêt a ainsi réformé le jugement entrepris du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 24 avril 2007 (A.C. 9884/06, *inédit*), qui avait rejeté la demande de cessation sur la base d'autres motifs.

²⁶⁰ Art. 584 C. jud.

²⁶¹ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées... », *o.c.*, p. 12, n° 9. Cette solution est fondée sur l'art. 31 du règlement (CE) n° 44/2001 lorsque le défendeur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, et sur l'art. 10 du Code de droit international privé dans le cas contraire.

²⁶² Comm. Liège (req. unil.), 23 avril 2007, R.R. B.2007/111, *inédit*.

²⁶³ Art. 144 et 145 Const.

²⁶⁴ A l'époque des faits, il s'agissait de l'art. 12, § 4, des lois coordonnées du 1^{er} juillet 1999.

²⁶⁵ Comm. Bruxelles (réf.), 20 décembre 2005, R.K. 260/05, *inédit*.

²⁶⁶ Bruxelles (réf.), 26 septembre 2008, R.G. 2008/KR/202, *inédit*; Bruxelles (réf.), 31 janvier 2005, *Ann. prat.*, 2005, p. 750; Anvers (réf.), 21 septembre 2004, *Ann. prat.*, 2004, p. 909.

²⁶⁷ Cass., 13 septembre 1990, *Pas.*, 1990, I, 41; Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1160.

²⁶⁸ Comm. Bruxelles (réf.), 20 décembre 2005, *précité*.

dition d'urgence est remplie²⁶⁹. Tel est également le cas lorsque la résiliation sans préavis d'un contrat de concession menace l'existence de la société concessionnaire²⁷⁰, ou lorsque le délai de préavis accordé lors de la résiliation du contrat de distribution est trop court pour que le distributeur puisse trouver d'autres sources d'approvisionnement²⁷¹.

A l'inverse, le demandeur ne peut pas se prévaloir de l'urgence lorsqu'il a négligé de prendre des initiatives pendant plusieurs mois et que son attitude a ainsi créé la situation d'urgence. Tel est le cas lorsque l'éditrice d'un programme télévisé diffusant des débats parlementaires régionaux, accepte de négocier pendant 3 ans avec une plateforme de télédiffusion, et qu'elle introduit son action en référé 10 jours avant les élections régionales en invoquant l'urgence sur la base de ce contexte électoral et de la prochaine formation du nouveau gouvernement²⁷². Il en va de même d'une chaîne de télévision qui néglige d'entreprendre les démarches judiciaires nécessaires à l'encontre de la décision d'attribution aux enchères du droit de diffusion des prochaines saisons footballistiques²⁷³.

Il est toutefois remarquable que les deux ordonnances ayant constaté l'absence d'urgence pour cause d'inertie procédurale du demandeur, se sont également prononcées, à titre surabondant, sur les moyens invoqués par le demandeur à l'appui de sa demande de mesure provisoire. Dans les deux hypothèses, le président a constaté l'absence d'apparence suffisante de droit²⁷⁴.

69. La requête unilatérale en cas d'absolue nécessité. L'absolue nécessité permet d'introduire la demande de mesure provisoire par voie de requête unilatérale et de déroger ainsi au principe de la contradiction des débats.

Il a été fait application de cette procédure unilatérale dans une affaire où une société française organisant des courses

cyclistes avait notifié à une équipe cycliste qu'elle refusait de l'inscrire à deux courses, au motif que cette équipe était notamment sponsorisée par une société de paris sportifs en ligne. La décision avait été communiquée à l'équipe concernée trois semaines avant la première course, et avait été suivie d'un échange de courriers et d'une proposition de réunion à organiser au moins 8 jours avant la course. Cette réunion n'ayant pas eu lieu, l'équipe et ses coureurs ont saisi le président du tribunal de commerce de Liège par voie de requête unilatérale.

Le président a déclaré la requête recevable en raison de la crainte de préjudice extrêmement grave en cas de refus d'admission aux deux courses, de l'impossibilité d'identifier toutes les personnes impliquées dans l'organisation de ces courses²⁷⁵, et de l'impossibilité matérielle de nouer un débat contradictoire à très bref délai avec une société française²⁷⁶. Cette impossibilité d'assigner rapidement la défenderesse domiciliée en France nous semble valablement justifier l'extrême urgence permettant le recours à la procédure sur requête unilatérale²⁷⁷.

70. La recevabilité. Le demandeur a intérêt à agir en référé lorsqu'il peut retirer un avantage matériel effectif de sa demande. Conformément à l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, le demandeur peut introduire son action en vue de protéger un droit gravement menacé²⁷⁸.

L'intérêt à agir en référé peut également se déduire de l'intérêt à intervenir que le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Bruxelles ont reconnu à la demanderesse dans les procédures d'approbation de la concentration litigieuse²⁷⁹.

71. La réouverture des débats. Le droit de la concurrence conserve son caractère d'ordre public dans le cadre des procédures en référé. Le juge des référés peut donc soulever

²⁶⁹. Bruxelles (réf.), 26 septembre 2008, *précité*.

²⁷⁰. Bruxelles (réf.), 7 février 2005, 2004/KR/260, *inédit*.

²⁷¹. Anvers (réf.), 21 septembre 2004, *précité*.

²⁷². Comm. Bruxelles (réf.), 20 septembre 2007, *R.D.T.I.*, 2008, p. 105 et la note d'observations de N. PETIT, « L'ordonnance Actua TV contre Belgacom TV, ou l'art de la définition stratégique du marché pertinent », pp. 108 et s.

²⁷³. Civ. Bruxelles (réf.), 23 juin 2005, *Ann. prat.*, 2005, p. 983.

²⁷⁴. Comm. Bruxelles (réf.), 20 septembre 2007, *précité*; Civ. Bruxelles (réf.), 23 janvier 2005, *précité*.

²⁷⁵. Ce motif ne nous semble pas fondé, car la société française ayant refusé l'inscription aux courses constituait une partie défenderesse clairement identifiée (voy. H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées... », *o.c.*, pp. 32 et 33, n° 44).

²⁷⁶. Comm. Liège (req. unil.), 23 avril 2007, *précité*.

²⁷⁷. En effet, la Chambre nationale française des huissiers de justice considérait, à l'époque, que tout exploit à signifier en France en provenance d'un autre Etat membre de l'Union européenne ne pouvait pas être envoyé directement à un huissier français, mais qu'il devait être adressé à la Chambre nationale. Il s'agissait d'une interprétation erronée du règlement (CE) n° 1348/2000 (aujourd'hui remplacé par le règlement (CE) n° 1393/2007), qui a été vivement critiquée par la doctrine (C. VANHEUKELEN, « Le règlement 1348/2000 – Analyse et évaluation par un praticien du droit », in X., *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruxelles, la Charte, 2003, pp. 195 et s, spéc. p. 206, n° 14; G. DE LEVAL et M. LEBOS, « Signifier en Europe sur la base du règlement 1348/2000: bilan après un an et demi d'application », in X., *Imperat lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 261 et s., spéc. p. 269, n° 13). Malgré l'absence de retard, cette position de la Chambre nationale était susceptible de retarder la signification en France. Cette position n'a été abandonnée qu'en juillet 2007 lorsque la France a désigné ses huissiers comme entités requises au sens du règlement (voy. la décision 2007/500/CE de la Commission du 16 juillet 2007 modifiant la décision 2001/781/CE établissant un manuel d'entités requises et un répertoire des actes susceptibles d'être notifiés ou signifiés, *J.O. L.* 185 du 17 juillet 2007, p. 24).

²⁷⁸. Civ. Bruxelles (réf.), 23 juin 2005, *précité*.

²⁷⁹. Comm. Bruxelles (réf.), 20 décembre 2005, *précité*.

d'office l'application du droit de la concurrence, et inviter les parties à déposer des conclusions à ce sujet²⁸⁰.

De même, aucune règle n'interdit aux parties de demander la réouverture des débats après la prise en délibéré d'une demande en référé. En principe, toute requête en réouverture des débats doit être notifiée par le greffe, et fait ensuite courir un délai d'observations de 8 jours pendant lequel aucune ordonnance ne peut être prononcée²⁸¹. Les juges des référés considèrent toutefois qu'ils peuvent rejeter la demande de réouverture des débats sans notification, lorsque ce délai d'attente risquerait de priver le référé de son utilité, et que les circonstances invoquées ne sont pas de nature à modifier l'appréciation des mesures demandées²⁸².

72. *L'avis de la Commission européenne et la question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.* Aucune disposition n'interdit au juge des référés de solliciter l'avis de la Commission européenne, sur pied de l'article 15, 1., du règlement (CE) n° 1/2003²⁸³. Il a toutefois été jugé qu'une telle demande d'avis ne serait pas opportune dans le cadre de l'appréciation *prima facie* qui est demandée au juge des référés²⁸⁴.

Le juge des référés n'est pas lié par l'avis de la Commission européenne. Le fait que la Commission européenne indique qu'elle n'est pas en position de constater *prima facie* si la pratique dénoncée par la demanderesse en référé constitue ou non une violation des articles 101 et 102 du TFUE, n'empêche donc pas pour le juge des référés l'obligation de conclure que la demanderesse ne disposerait pas des droits apparents qu'elle invoque²⁸⁵.

Poser une question préjudicielle à la Cour de justice a été considéré comme peu compatible avec la spécificité de la procédure en référé, et ce d'autant plus que le juge des référés avait, en l'espèce, déjà sollicité un avis de la Commission européenne²⁸⁶.

73. *L'appréciation des apparences de droit.* La question de l'appréciation des droits des parties par le juge des référés fait l'objet d'une controverse qui persiste depuis plusieurs dizaines d'années²⁸⁷.

Certaines décisions examinées ont ouvertement opté pour la thèse de l'appréciation superficielle des apparences de droit des parties. Des mesures provisoires ont ainsi été ordonnées à la suite d'une analyse « à première vue »²⁸⁸, en raison de l'existence d'une enquête en cours de la Commission européenne²⁸⁹, ou sur la base d'une « tendance » résultant d'une lettre de l'auditorat du Conseil de la concurrence²⁹⁰, de déclarations de fonctionnaires européens et de décisions d'instances européennes²⁹¹.

Dans un arrêt du 6 octobre 2006, la Cour de cassation a admis la validité de cette approche, en confirmant le caractère marginal de son contrôle sur les décisions de référé. Dans cette affaire, la cour d'appel de Bruxelles avait ordonné la poursuite d'un contrat de concession au motif que la clause restreignant les possibilités de ventes d'automobiles aux sociétés de leasing, méconnue par le concessionnaire, paraissait contraire au règlement d'exemption (CE) n° 1400/2002²⁹². La Cour de cassation a rejeté le pourvoi introduit contre cet arrêt en considérant que l'interprétation que les juges d'appel avaient faite du règlement n'était pas manifestement déraisonnable²⁹³. Trois mois plus tard, la Cour de justice de l'Union européenne a déclaré cette interprétation du règlement inexacte, en réponse à une question préjudicielle posée dans le cadre de la procédure au fond²⁹⁴.

De manière paradoxale, la seule ordonnance prononcée en extrême urgence sur requête unilatérale applique le droit de la concurrence de manière plus affirmée. En effet, après avoir apprécié la balance des intérêts en présence, l'ordonnance a fermement constaté un abus de position dominante dans le chef de la société organisant les courses cyclistes, aux motifs que la raison invoquée pour le refus d'inscription n'était pas fondée et que cette société n'avait donc pas

^{280.} Comm. Hasselt (réf.), 16 février 2004, *R.A.B.G.*, 2004, p. 685. Dans un arrêt du 21 juin 2004, la cour d'appel d'Anvers a ordonné la réouverture des débats au sujet de l'application dans le temps du nouveau règlement (CE) n° 1/2003 et de la nouvelle communication de la Commission européenne sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales (Anvers (réf.), 21 juin 2004, 2003/RK/364, *inédit*).

^{281.} Art. 773 C. jud.

^{282.} Comm. Bruxelles (réf.), 20 décembre 2005, *précité*. La position de la Cour de cassation est incertaine sur ce point (voy. Cass., 3 janvier 2003, R.G. C.00.244.N; Cass., 16 mai 2002, R.G. C.99.515.N).

^{283.} Bruxelles (réf.), 26 septembre 2008, *précité*.

^{284.} Anvers (réf.), 21 septembre 2004, *précité*.

^{285.} Bruxelles (réf.), 3 septembre 2009, *Ann. prat.*, 2009, p. 1052 et le commentaire de A. VANDERELST, « De ene (collectieve) boycot is de andere niet », pp. 1063 et s.

^{286.} Bruxelles (réf.), 3 septembre 2009, *précité*.

^{287.} Voy. J-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge des référés, hors la loi? », in J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, pp. 113 et s., spéc. pp. 115 à 125, nos 5 à 18.

^{288.} Bruxelles (réf.), 31 janvier 2005, *précité*; Comm. Bruxelles (réf.), 20 décembre 2005, *précité*.

^{289.} Anvers (réf.), 21 septembre 2004, *précité*.

^{290.} Dénommé à l'époque le Corps des rapporteurs.

^{291.} Civ. Bruxelles (réf.), 23 juin 2005, *précité*.

^{292.} Bruxelles (réf.), 7 février 2005, *précité*.

^{293.} Cass., 6 octobre 2006, R.G. C.05.266.N, *R.C.B.*, 2006/4, p. 327.

^{294.} C.J.C.E., 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, *R.C.B.*, 2007/2, p. 65. Sur cet arrêt, voy. la Partie I, n° 29.

adopté une attitude objective, transparente, équitable et non discriminatoire à l'égard de l'équipe cycliste²⁹⁵.

74. Les risques d'une appréciation trop superficielle des apparences de droit. Deux arrêts de la cour d'appel de Bruxelles illustrent le caractère parfois sommaire de l'examen qui mène au prononcé de mesures provisoires en référé. Dans cette affaire, une société demandait la suspension d'une décision qui l'excluait d'une association et qui impliquait la cessation de ses activités. Cette société avait été déboutée par une ordonnance du président du tribunal de première instance de Bruxelles, et a réitéré sa demande en degré d'appel.

Après avoir accepté le caractère urgent de la demande, un premier arrêt du 26 septembre 2008 a ordonné la suspension de la décision d'exclusion et la réintégration de la demanderesse comme membre de l'association, sur la base des trois constatations suivantes *prima facie*: l'existence d'un dommage pour la demanderesse découlant de sa perte de chiffre d'affaires et de bénéfice; le fait que ce dommage de la demanderesse était plus important que celui de l'association en cas de suspension de l'exclusion, de sorte que la balance des intérêts penchait en faveur de la demanderesse; et le fait que les griefs de la demanderesse, qui étaient fondés notamment sur les articles 101 et 102 du TFUE et que l'arrêt n'a fait que résumer, n'apparaissent pas *prima facie* dénués de fondement. L'arrêt a ensuite constaté qu'il convenait que la Commission européenne puisse donner son avis sur la pratique restrictive de concurrence dénoncée, afin de permettre à la cour d'appel d'apprécier plus complètement les droits apparents de la demanderesse. Sur ces seules bases, l'arrêt a ordonné la suspension de l'exclusion, sous peine d'astreinte, jusqu'à ce qu'il soit statué à nouveau par la cour d'appel²⁹⁶. Par cette décision, il nous semble que la cour d'appel, statuant en référé, a en réalité fait application de l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire, qui autorise le juge à régler provisoirement la situation des parties, jusqu'à ce qu'il se prononce sur les questions litigieuses²⁹⁷.

Après avoir reçu l'avis de la Commission européenne, l'arrêt du 3 septembre 2009 a considéré que la demanderesse n'établissait pas *prima facie* l'existence d'un accord restrictif de concurrence ou d'un abus de position dominante. La cour

d'appel a ensuite considéré que, par l'effet du premier arrêt de septembre 2008, la demanderesse avait pu bénéficier d'une forme de préavis pendant un délai de dix mois. Statuant sur la demande reconventionnelle de la défenderesse, la cour a décidé qu'il était impérieux d'accorder à celle-ci un titre exécutoire lui permettant d'interdire tout usage de ses marques par la demanderesse, en constatant même que le préjudice de la défenderesse était sans cesse croissant²⁹⁸...

Ce deuxième arrêt met en évidence les dérives auxquelles peut mener une appréciation trop superficielle des apparences de droit par le juge des référés. En effet, cette décision reconnaît que le premier arrêt de septembre 2008 avait accordé dix mois de préavis à la demanderesse, alors que celle-ci ne pouvait en réalité se prévaloir d'aucune apparence de droit. Si le juge des référés veut éviter le risque d'arbitraire, il y a lieu de considérer que la seule constatation de l'urgence, d'un dommage et d'une balance des intérêts favorable au demandeur ne suffit pas pour accueillir les demandes de mesures provisoires qui lui sont soumises²⁹⁹.

75. Les mesures ordonnées. L'examen des mesures ordonnées par les juges des référés démontre une volonté de replacer la partie obtenant ces mesures dans la situation où elle se serait trouvée sans l'infraction reprochée.

Lorsque le refus d'inscription d'une équipe à une course cycliste constitue un abus de position dominante, il y a lieu d'ordonner l'inscription de l'équipe et de ses coureurs, et la libre participation de ceux-ci aux épreuves³⁰⁰.

En cas de concentration d'entreprises non approuvée, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a interdit, sous peine d'astreinte, toute mesure de restructuration affectant de manière durable la structure du marché, et ce jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'admissibilité de la concentration. Le président a toutefois rejeté la demande de mise sous séquestre des actions destinées à être cédées, car cette mesure lui a paru sans utilité³⁰¹.

La cour d'appel de Bruxelles a également considéré que la reconnaissance de la demanderesse comme réparateur et revendeur de pièces détachées agréé par la marque de la défenderesse, n'excède pas les limites du référé³⁰². La cour a prononcé une injonction en ce sens, assortie d'une mesure d'astreinte, et a ordonné à la défenderesse d'informer les

²⁹⁵. Comm. Liège (req. unil.), 23 avril 2007, *précité*.

²⁹⁶. Bruxelles (réf.), 26 septembre 2008, *précité*.

²⁹⁷. Sur cette disposition et son application dans les procédures en référé et en degré d'appel, voy. H. BOULARBAH et V. PIRE, « Les débats succincts et les mesures avant dire droit », in P. VAN ORSHOVEN et B. MAES (éds.), *De procesrechtswetten van 2007. Les lois de procédure de 2007... revisited!*, Bruges, la Charte, 2009, pp. 1 et s., spéc. pp. 17 et 18, n^{os} 32 et 33.

²⁹⁸. Bruxelles (réf.), 3 septembre 2009, *précité*.

²⁹⁹. A ce sujet, voy. X. TATON, « La balance des intérêts ou l'incertitude traditionnelle du référé », in J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, Coll. Unité de droit judiciaire de l'ULB, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 155 et s., spéc. p. 172, n^o 13.

³⁰⁰. Comm. Liège (req. unil.), 23 avril 2007, R.R. B.2007/111, *précité*.

³⁰¹. Comm. Bruxelles (réf.), 20 décembre 2005, *précité*.

³⁰². Bruxelles (réf.), 31 janvier 2005, *précité*. Cet arrêt a réformé à juste titre l'ordonnance entreprise du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 6 avril 2004, qui avait considéré que cette demande dépasserait les limites de la compétence du juge des référés, car la mesure demandée n'aurait pas un caractère provisoire ou ne pourrait pas être raisonnablement accordée sans définir la situation juridique des parties (Comm. Bruxelles (réf.), 6 avril 2004, R.K. 41/2004, *inédit*). Par ces motifs, l'ordonnance entreprise applique une conception dépassée du rôle du juge des référés, dans laquelle il n'appartiendrait pas au juge des référés de se prononcer sur les droits respectifs des parties.

clients de la nouvelle situation des parties. L'arrêt a toutefois précisé que cette mesure provisoire ne resterait en vigueur que jusqu'au prononcé d'une décision au fond, et pour autant que l'action au fond soit introduite dans les 14 jours du prononcé de l'arrêt au provisoire³⁰³.

Enfin, deux affaires de résiliation de contrats de distribution ont donné lieu à des décisions de référé qui ont ordonné la poursuite de l'exécution des contrats litigieux selon des modalités différentes. Les deux cas illustrent toutefois les conséquences pratiques considérables qui peuvent s'attacher à des décisions prononcées au provisoire.

Dans la première affaire, la cour d'appel d'Anvers a considéré que le distributeur pouvait se prévaloir d'apparences de droit et qu'il rendait vraisemblable l'irrégularité de la résiliation de son contrat de distribution, qui était motivée par la mise en place d'un système de distribution sélectif potentiellement contraire aux articles 101 et 102 du TFUE. Pour ces motifs, la cour a décidé au provisoire de prolonger le délai de préavis et d'ordonner la poursuite des livraisons pendant une durée déterminée³⁰⁴. La Cour de cassation a été ultérieurement saisie de cette affaire, et a décidé qu'après l'expiration de la durée de validité d'une telle injonction de poursuite du contrat, le juge des référés peut prendre une nouvelle ordonnance prolongeant le délai de préavis pour une période ultérieure, si la situation après l'expiration de la durée de la mesure ordonnée auparavant l'exige, et dans la mesure où le juge n'annule pas le bénéfice de la décision antérieure³⁰⁵. Avant cet arrêt de cassation, les juges des référés avaient toutefois considéré que la prolongation du délai de préavis ne se justifiait pas en l'absence de circonstances nouvelles³⁰⁶. Le litige s'est ensuite poursuivi devant l'autorité belge de la concurrence et sa juridiction de recours.

Dans la deuxième affaire, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que la clause contractuelle restreignant les possibilités de ventes d'automobiles aux sociétés de leasing paraissait contraire au règlement d'exemption (CE) n° 1400/2002. La résiliation de la concession sans préavis pour cause de violation de cette clause par le concessionnaire paraissait donc dépourvue de fondement. Sur cette base, la cour a ordonné la poursuite des relations contractuelles jusqu'au prononcé d'une décision au fond³⁰⁷. A la suite de cet arrêt, les juges des référés ont accordé au concessionnaire un montant provisionnel à titre d'avance sur l'indemnité de clientèle, ainsi que des allocations provisoires mensuelles justifiées par la concurrence que le concédant aurait suscitée de manière injustifiée après la résiliation de la concession. Ces allocations provisoires ont été octroyées pendant une durée totale de 4 ans³⁰⁸. Les juges du fond ont finalement décidé, après renvoi préjudiciel à la Cour de justice, que le concédant avait régulièrement résilié le contrat de concession litigieux sans préavis, et que le concessionnaire devait restituer l'intégralité des sommes allouées au provisoire, à concurrence d'un montant de plus de 1.800.000 EUR, augmenté des intérêts de retard depuis la première mise en demeure suivant le jugement au fond³⁰⁹.

76. *Le rejet d'une demande fondée sur des droits contraires au droit de la concurrence.* A l'inverse des affaires en cessation mentionnées ci-dessus (voy. n° 63), le droit de la concurrence a été invoqué avec succès comme moyen de défense à l'encontre d'une demande en référé. Il a ainsi été jugé que l'attribution de droits de « *matching* »³¹⁰ est *prima facie* contraire au droit de la concurrence. Par voie de conséquence, le demandeur ne pouvait pas valablement fonder sa demande de mesures provisoires sur de tels droits³¹¹.

3. BESLUIT/CONCLUSION

77. *De inhoudelijke toepassing van het mededingingsrecht door de Belgische hoven en rechtbanken.* Zeven jaar rechtspraak biedt een rijke verzameling precedenten voor ondernemingen en hun adviseurs. Daarbij tekenen zich een aantal

grote lijnen af.

Deel I van dit rechtspraakoverzicht behandelde de toepassing van het kartelverbod uit de artikelen 2 WEM en/of 101 VWEU. Wat horizontale overeenkomsten betreft, bespraken

³⁰³ Bruxelles (réf.), 31 janvier 2005, *précité*. C'est à tort que l'arrêt a indiqué que la mesure provisoire resterait en vigueur jusqu'au prononcé d'une décision au fond non susceptible de voie de recours.

³⁰⁴ Anvers (réf.), 21 septembre 2004, *précité*.

³⁰⁵ Cass., 18 février 2010, R.G. C.09.54.N, qui a cassé Anvers (réf.), 20 octobre 2008, 2005/KR/323 – 2007/KR/112, *inédit*, selon lequel une telle prolongation du préavis méconnaissait l'autorité de chose décidée de la première décision de référé.

³⁰⁶ Anvers (réf.), 20 octobre 2008, *précité*; Comm. Anvers (réf.), 6 avril 2009, C/08/157, *inédit*. Il y a lieu de noter que la plainte du distributeur avait entre-temps été rejetée par une décision de la Commission européenne du 26 janvier 2007.

³⁰⁷ Bruxelles (réf.), 7 février 2005, *précité*. Comme dans l'arrêt du 31 janvier 2005 cité ci-dessus, la cour d'appel a mentionné à tort que cette mesure provisoire resterait en vigueur jusqu'au prononcé d'une décision au fond non susceptible de voie de recours.

³⁰⁸ De 2006 à 2009 (Bruxelles (réf.), 30 août 2006, 2006/KR/83, *inédit*; Comm. Bruxelles (réf.), 31 janvier 2006, 7 novembre 2006, 17 avril 2007, 13 août 2008, 8 juillet 2009, R.K. 269/2005, *inédits*). Il est remarquable que la plus grande partie de cette période est postérieure à l'arrêt de la Cour de justice du 18 janvier 2007 ayant invalidé l'interprétation du règlement (CE) n° 1400/2002 fondant la décision initiale de poursuite des relations contractuelles entre les parties (voy. *supra*, n° 73).

³⁰⁹ Bruxelles, 15 novembre 2010, 2010/AR/751, *inédit*; Comm. Bruxelles, 24 février 2010, A.R. 7998/04, *inédit*. Sur ces décisions, voy. la Partie I, n° 29.

³¹⁰ Ces droits permettent au bénéficiaire actuel du droit de diffusion télévisée des saisons footballistiques de surenchérir à concurrence d'un certain pourcentage sur l'offre la plus élevée dans le cadre d'une vente aux enchères du droit de diffusion pour les prochaines saisons.

³¹¹ Civ. Bruxelles (réf.), 23 juin 2005, *précité*.

we enkele zaken waarbij de gedwongen uitvoering van een overeenkomst werd gevorderd, maar de rechter ambtshalve tot nietigheid moest besluiten wegens strijdigheid met het kartelverbod. Verder leidde een jarenlang dispuut over onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de *Oxycure*-zaak tot een arrest van het Hof van Cassatie in 2010 waarbij het Hof vaststaande Europese rechtspraak volgt dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging, bij gebrek aan een andere coherente verklaring, kan worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden. Heel wat uitspraken houden ook beslissingen van ondernemingsverenigingen onder de loep. Met name in verband met normen die beroepsordes opleggen aan hun leden moesten de Belgische hoven en rechtbanken een afweging maken tussen de beperking van de mededinging en de dwingende eisen van het beroep. Ze konden hierbij bogen op de rijke beslissingspraktijk van de mededingingsautoriteiten. Wat verticale overeenkomsten betreft, pasten de Belgische rechters veelal de relevante Europese groepsvrijstellingsverordening toe op vraagstukken over selectieve en exclusieve distributie. Meestal konden ze hierbij volstaan met overwegingen inzake marktdefinitie, het marktaandeel van de partijen en de bewijslast. Geregeld werd geoordeeld dat de betrokken overeenkomst in geen geval een merkbaar effect kon hebben (“*de minimis*”) en dus geen verdere analyse behoeft.

Het huidige deel van dit rechtspraakoverzicht toont aan dat de Belgische rechters ook over het machtsmisbruikverbod een verrassend rijke rechtspraak hebben ontwikkeld. Zowel prijsgerelateerde (buitensporige prijzen, rooiprijzen, prijsdiscriminatie, abusievelijke kortingen) als niet-prijsgerelateerde misbruiken (verkoopweigeringen, toegangsweigeringen tot essentiële faciliteiten, koppelverkoop en bundeling, voeren van gerechtelijke of administratieve procedures, sluiten van een overeenkomst, opleggen van exoneratie- of vrijwaringsbedingen, instandhouden van bepaalde overheidsmonopolies) kwamen hierbij ruimschoots aan bod.

Deze rechtspraak wijst op minstens één belangrijk pijnpunt: vele zaken sneuvelen doordat de eisende partij de op haar rustende bewijslast niet kan torsen. Heel wat eisers slaagden er niet in de machtspositie van de verwerende partij aan te tonen, ofwel omdat de markt niet afdoende kon worden gedefinieerd, ofwel omdat de positie van de verwerende partij niet zonder ondersteuning van stevig cijfermateriaal als dominant kon worden aanvaard. Zelfs indien die horde werd genomen, bleek het nog erg moeilijk voor de eisende partij om een misbruik aan te tonen. Dit was vooral zo wanneer het beweerdelijke misbruik enige economische analyse vereiste, zoals bijvoorbeeld voor het vaststellen van rooiprijzen. De bewijslast is minder problematisch in procedures voor mededingingsautoriteiten, waarin het onderzoek van de

beweerde machtspositie en het misbruik ervan door de autoriteit wordt gevoerd. Die autoriteit kan daarbij gebruik maken van specifieke bevoegdheden om informatie bij de verwerende partij op te vragen.

Inzake leveringsweigeringen blijft de vrijheid van handel (en dus het recht om niet te leveren) het uitgangspunt. Dit neemt niet weg dat de rechtspraak daarop een uitzondering maakt indien de voorwaarden voor het bestaan van een misbruik van machtspositie of van rechtsmisbruik vervuld zijn. Zo verplichtte de rechtspraak in enkele gevallen ondernemingen toegang te verlenen tot essentiële faciliteiten om te vermijden dat aan concurrenten markttoegang zou worden ontzegd.

78. *Les aspects de droit de la procédure et de droit privé.* Sous l’angle des questions de procédure et de droit privé, la jurisprudence examinée offre une image contrastée.

Dans les procédures au fond, les demandes d’annulation et les exceptions de nullité des accords restrictifs de concurrence ont fait l’objet d’une jurisprudence assez fournie et ont donné lieu à plusieurs arrêts de principe au niveau de la Cour de cassation et des cours d’appel³¹². La sécurité juridique sur ces questions s’en trouve renforcée.

La jurisprudence fournit des enseignements moins complets dans le domaine des actions en responsabilité extracontractuelle. Si plusieurs actions en responsabilité ont été jugées pendant la période examinée, une seule condamnation y a été prononcée. Par voie de conséquence, la jurisprudence disponible porte surtout sur des questions relatives à la recevabilité et aux mesures d’instruction³¹³. D’autres aspects importants comme la quantification des dommages qui peuvent être causés par des infractions au droit de la concurrence, sont restés largement inexplorés.

En matière d’arbitrage, l’affaire *Cytec / SNF* a donné lieu à des décisions qui ont été largement commentées dans la doctrine³¹⁴, mais une telle affaire devrait rester exceptionnelle. En outre, l’avenir dira si cette affaire sera toujours considérée comme un précédent pertinent à la suite de la réforme de la sixième partie du Code judiciaire relative à l’arbitrage, qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013³¹⁵.

Au sein des procédures urgentes, c’est le contentieux de la cessation qui a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante, spécialement dans la matière des refus de vente. A la suite de l’arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000, une jurisprudence stable s’est développée sur les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir la cessation de tels refus³¹⁶.

³¹². Voy. la Partie I, n^{os} 41 à 43.

³¹³. *Ibid.*, n^{os} 53 à 59.

³¹⁴. *Ibid.*, n^{os} 64 à 68.

³¹⁵. Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l’arbitrage (*M.B.*, 28 juin 2013, p. 41.263).

³¹⁶. Voy. *supra*, n^{os} 51 à 56.

A l'inverse des actions en cessation, les procédures en référé ont donné lieu à une jurisprudence incertaine pendant la période examinée. Dans plusieurs affaires, les juges des référés ont ordonné des mesures provisoires, d'une importance parfois considérable, sur la base d'une appréciation du droit de la concurrence, qui était non seulement très sommaire mais qui s'est également révélée inexacte dans la suite du litige³¹⁷. Les causes de ce résultat aléatoire sont connues et ne sont pas spécifiques aux litiges en droit de la concurrence. Il s'agit de l'appréciation *prima facie* des droits des parties, du recours à la balance des intérêts et du contrôle de légalité limité qui est exercé sur les décisions de référé. Seule une

application plus méticuleuse des règles de droit semble de nature à réduire l'incertitude traditionnelle du recours au référé³¹⁸.

79. *Une base d'analyse pour l'évolution de la jurisprudence.* Cette première édition de la chronique a fourni une photographie de l'état de la jurisprudence judiciaire belge en droit de la concurrence à la date du 31 décembre 2010. Les prochaines éditions reproduiront l'exercice sur les prochaines périodes de temps, et mettront ainsi en évidence les évolutions de ce contentieux, qui est appelé à attirer une attention croissante dans les prochaines années³¹⁹.

³¹⁷. Voy. *supra*, n^{os} 73 à 75.

³¹⁸. Plusieurs auteurs de doctrine ont appelé de leurs vœux une appréciation plus approfondie des droits des parties dans le cadre des procédures en référé, (voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge des référés, hors la loi? », *o.c.*, pp. 122 à 125, n^{os} 16 à 18; H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées... », *o.c.*, pp. 20 et 21, n^o 22; J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire: principes et questions de procédure », in X., *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2003, pp. 5 et s., spéc. pp. 28 à 50, n^{os} 34 à 57).

³¹⁹. Comme le confirme la proposition récente de la Commission européenne de promulguer une directive sur les actions en dommages-intérêts (voy. *supra*, n^o 2).