

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 (2011-2015)

Private handhaving van het mededingingsrecht in België Overzicht van rechtspraak (2011-2015)

Xavier Taton¹, Thomas Franchoo², Isabel Rooms³ en Niels Baeten^{4,5}

Introduction	780
1. De toepassing van het mededingingsrecht door de Belgische hoven en rechtbanken	781
<i>1.1. Algemene begrippen</i>	781
<i>1.2. Horizontale overeenkomsten</i>	783
<i>1.3. Besluiten van ondernemingsverenigingen</i>	784
<i>1.4. Verticale overeenkomsten</i>	785
<i>1.5. Misbruik van machtspositie</i>	791
<i>1.5.1. Relevante markt, machtspositie en misbruik</i>	792
<i>1.5.2. Prijsgerelateerd misbruik</i>	795
<i>1.5.3. Verkoops- en toegangswegeringen</i>	799
<i>1.5.4. Andere niet-prijsgerelateerde misbruiken</i>	802
2. Les conséquences civiles des infractions au droit de la concurrence	803
<i>2.1. L'annulation des accords restrictifs de concurrence</i>	803
<i>2.2. L'annulation des décisions d'associations d'entreprises</i>	807
<i>2.3. Les actions en responsabilité</i>	808
<i>2.4. Les procédures d'arbitrage</i>	818
<i>2.5. Les actions en cessation</i>	820
<i>2.6. Les actions en référé</i>	827
3. Besluit / Conclusions	828

¹. Maître d'enseignement, Université Libre de Bruxelles (ULB); avocat, Linklaters LLP, *Dispute Resolution*.

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

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

⁴. Avocat, Linklaters LLP, *Competition/Antitrust*.

⁵. Les auteurs remercient leurs collaborateurs Clio Zoïs, Aurélie Morreale, Florent Volckaert, Michael Bulckaert, Philippe Jonckheere et Philippe Baert 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 de l'Autorité belge 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.

INTRODUCTION

1. *L'objet de la chronique.* Cette contribution représente la deuxième édition de notre examen de jurisprudence spécifiquement consacré aux actions introduites devant les cours et tribunaux belges pour violation du droit de la concurrence (*private enforcement*)⁶. Nous avons conservé le même objet d'étude, la même méthode d'analyse et la même structure que dans la première édition de la chronique.

Sur le plan matériel, nous analysons ici la jurisprudence judiciaire qui a été prononcée sur des actions civiles pour pratiques restrictives de concurrence entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 décembre 2015. Nous n'abordons donc ni la matière des aides d'Etat ni celle des recours contre les décisions de l'Autorité belge de la concurrence (*public enforcement*).

2. *L'évolution de la législation pendant la période examinée.* Au niveau belge, la loi coordonnée du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique a été remplacée, depuis le 6 septembre 2013, par le Livre IV du Code de droit économique (« C.D.E. »)⁷. 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 chan-

gements concernent également les procédures devant les cours et tribunaux⁸, le droit substantiel de la concurrence reste largement inchangé.

Il convient également de noter l'apparition de l'action en réparation collective, qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2014⁹ et qui peut être fondée sur des infractions au droit de la concurrence¹⁰.

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 concurrence¹¹, et a publié simultanément une communication et un *guide pratique* sur la quantification des préjudices résultant de telles infractions¹². La proposition de la Commission a abouti au vote de la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014¹³, qui a été transposée en droit belge au sein du Livre XVII, Titre 3, du C.D.E. par une loi du 6 juin 2017¹⁴. Cette nouvelle législation introduit plusieurs règles dérogatoires notamment en matière de preuve, de responsabilité solidaire et de prescription. L'entrée en vigueur de ces dispositions dépend de leur qualification comme règles substantielles ou comme règles de procédure. Les règles substantielles ne s'appliquent qu'aux faits postérieurs au

6. La première édition de la chronique concerne la période de 2004 à 2010 et a été publiée dans deux numéros antérieurs de la présente revue: *R.D.C.*, 2013/1, pp. 5 à 31 et *R.D.C.*, 2014/3, pp. 199 à 235.

7. 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).

8. Voy. en particulier l'art. IV.77 du C.D.E. qui est relatif aux interventions de l'Autorité belge de la concurrence comme *amicus curiae* auprès des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire. Sur cette disposition, voy. J. STEENBERGEN, « De tussenkomst van de Autoriteit als *amicus curiae* », in D. DAUCHEZ, A. MÜLLER et A. VAN MELKEBEKE (coords.), « Panel – 'Private enforcement in België' », *R.C.B.*, 2015/4, pp. 304 et s.

9. Loi du 27 mars 2014 portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution dans le Livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et modifiant le Code judiciaire en vue d'attribuer aux cours et tribunaux de Bruxelles une compétence exclusive pour connaître de l'action en réparation collective visée au Livre XVII, Titre 2, du Code de droit économique (*M.B.*, 29 avril 2014, p. 35.197); loi du 28 mars 2014 portant insertion d'un Titre 2 « De l'action en réparation collective » au Livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique et portant insertion de ces définitions propres au Livre XVII dans le Livre I^{er} du Code de droit économique (*M.B.*, 29 avril 2014, p. 35.201); art. 4 de l'arrêté royal du 4 avril 2014 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique (*M.B.*, 29 avril 2014, p. 35.212).

10. Le droit belge de la concurrence est entré dans le champ d'application de l'action en réparation collective le 1^{er} septembre 2014 (art. XVII.37, 1^o, a), C.D.E.), tandis que le droit européen de la concurrence n'y a été inclus qu'en date du 22 juin 2017 (art. XVII.37, 33^o, C.D.E., inséré par l'art. 9 de la loi du 6 juin 2017 citée ci-dessous). Sur les questions spécifiques que peut poser une action en réparation collective en droit de la concurrence, voy. F. LEFÈVRE, « La loi belge sur les actions en réparation collective appliquée au droit de la concurrence », in D. DAUCHEZ, A. MÜLLER et A. VAN MELKEBEKE (coords.), « Panel – 'Private enforcement in België' », *R.C.B.*, 2015/4, pp. 298 et s., spéc. pp. 299 et 300, n^{os} 9 à 21; A. ACCARAIN et D. WAELBROECK, « L'action collective en droit de la concurrence belge », in J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART, *L'action en réparation collective*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 361 et s.

11. 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.

12. Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O. 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'article 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, voy. 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.

13. Directive n° 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne, *J.O. L.* 349 du 5 décembre 2014, p. 1.

14. Loi portant insertion d'un Titre 3 « L'action en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence » dans le Livre XVII du Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XVII, Titre 3 dans le Livre I^{er} et portant diverses modifications au Code de droit économique (*M.B.*, 12 juin 2017, p. 63.596).

22 juin 2017¹⁵, tandis que les règles de procédure s'appliquent immédiatement aux affaires en cours pour autant que les juridictions aient été saisies après le 26 décembre 2014¹⁶.

Comme les nouvelles dispositions ne modifient que partiellement le régime applicable, l'examen de la jurisprudence antérieure conserve sa pertinence sur de nombreuses questions. Pour les aspects qui ont subi des changements, nous mettrons en évidence l'influence potentielle des nouvelles règles en les comparant aux décisions examinées.

3. La structure générale de la chronique. L'analyse de la jurisprudence disponible est effectuée en deux chapitres rassemblés au sein d'un texte bilingue¹⁷.

Le premier chapitre est consacré au droit matériel de la concurrence, et examine en néerlandais les raisonnements suivis par les cours et tribunaux pour décider de l'existence ou de

l'absence d'une infraction au droit de la concurrence (voy. *infra*, 1.).

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

Cette structure bipartite propose ainsi une lecture croisée de la jurisprudence des cours et tribunaux belges selon deux optiques différentes, celle du droit matériel de la concurrence d'une part, et celle du droit de la procédure et du droit privé d'autre part¹⁸.

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

4. Inleiding. Dit overzicht volgt dezelfde structuur als de eerste editie. We beginnen met de interpretatie door de Belgische hoven en rechtbanken van enkele mededingingsrechtelijke sleutelbegrippen. Dan volgt een studie van de Belgische rechtspraak inzake de verschillende aspecten van het materieel mededingingsrecht met achtereenvolgens de toepassing van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (art. IV.1 WER en/of art. 101 VWEU) en van het verbod op misbruik van machtspositie (art. IV.2 WER en/of art. 102 VWEU). In het hoofdstuk over mededingingsbeperkende afspraken komen horizontale overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen en verticale overeenkomsten aan bod. Het hoofdstuk over misbruik van machtspositie gaat in op de kernbegrippen relevante markt¹⁹, machtspositie en misbruik en behandelt de rechtspraak inzake prijsgerelateerde misbruiken, verkoops- en toegangsweigering en andere, niet-prijsgerelateerde misbruiken.

1.1. Algemene begrippen

5. Merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel. In de vorige editie bleek reeds dat het onderscheid tussen merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel en merkbaarheid voor verwarring zorgt in de Belgische rechtspraak. De Belgische rechters laten in vele gevallen na te onderzoeken of de handel tussen de lidstaten werd beïnvloed en of Europese mededingingsregels überhaupt van toepassing zijn. Vaak gaan ze meteen over tot een beoordeling van de betwiste praktijk onder de *de minimis*-bekendmaking²⁰.

Er zijn uiteraard ook zaken waar rechters wel, als eerste stap, de merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel beoordeelden. Daarbij wordt onderzocht of er een impact is op grensoverschrijdende activiteiten tussen minstens twee lidstaten. Dit gebeurt onafhankelijk van de betrokken geografische markt: ook wanneer de relevante markt nationaal of lokaal is, kan de tussenstaatse handel beïnvloed zijn. Een concrete impact op de tussenstaatse handel is niet vereist. Het volstaat dat de beïnvloeding met voldoende mate van waarschijnlijkheid is te voorzien en merkbaar is, wat inhoudt

¹⁵. La loi du 6 juin 2017 est entrée en vigueur 10 jours après sa publication au *Moniteur belge*, donc le 22 juin 2017. L'article 22, § 1^{er}, de la directive n° 2014/104/UE prévoit que les dispositions nationales transposant les dispositions substantielles de la directive ne s'appliquent pas rétroactivement. Il ne peut toutefois pas être exclu que des demandeurs plaident en faveur de l'effet direct de la directive, et soutiennent sur cette base que ces dispositions substantielles sont applicables depuis l'expiration du délai de transposition en date du 27 décembre 2016.

¹⁶. Art. 22, 2., de la directive n° 2014/104/UE; art. 45 de la loi du 6 juin 2017.

¹⁷. L'aspect bilingue de la chronique reflète le maintien du droit de la concurrence dans la compétence de l'Etat fédéral (art. 6, § 1^{er}, VI, al. 5, 4^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles). La sixième réforme de l'Etat de janvier 2014 n'a pas modifié cette règle de répartition des compétences.

¹⁸. La présentation implique toutefois un risque inévitable de répétitions, dû au fait que les mêmes affaires sont examinées au sein des deux chapitres de la chronique. Nous avons toutefois tenté d'éviter ces répétitions dans la mesure du possible.

¹⁹. De bepaling van de relevante markt komt minder pertinent aan bod in bij de behandeling van art. IV.1 WER zaken en wordt in dit overzicht daarom enkel besproken in 1.5. inzake art. IV.2 WER. Voor rechtspraak in het kader van art. IV.1 WER, zie: Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 102, 243.

²⁰. Bekendm. Comm., nr. 2001/C 368/07, 22 december 2001 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81, 1., van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), *Pb.L.* 22 december 2001, afl. 368, 13. Zie onder meer: Rb. Oudenaarde 17 februari 2011, nr. 09/699/A, *onuitg.*

dat de mogelijke effecten een zekere omvang moeten hebben²¹. De rechtspraak verwijst hierbij naar drie relevante criteria: (i) de aanwezigheid van de contractpartijen in andere lidstaten; (ii) de geografische reikwijdte van de relevante overeenkomst, alsook (iii) het risico dat de eengemaakte markt op nationale basis zou worden opgedeeld²². Een bijzonder geval betreft netwerkeffecten. Het hof van beroep te Brussel²³, hierin bevestigd door het Hof van Cassatie, stelde met name dat een enkele concessieovereenkomst voor de verkoop van motorvoertuigen de tussenstaatse handel wellicht niet kan beïnvloeden, maar dit is wel het geval wanneer het gaat om een type overeenkomst die een volledig netwerk van concessionarissen beheerst. Artikel 101 VWEU is van toepassing op zulke overeenkomst als het netwerk het hele nationale grondgebied beslaat.

Meestal leidde de analyse van de hoven en rechtbanken tot de vaststelling dat de Europese regels niet van toepassing zijn en dat een beoordeling onder de Belgische mededingingsregels voldoende was²⁴. Zo oordeelde het hof van beroep te Gent dat een verkoopswijziging aan een hersteller van motorfietsen de tussenstaatse handel niet merkbaar kon beïnvloeden²⁵. Er was namelijk geen enkele aanwijzing dat de hersteller, die gevestigd was in Dendermonde, ook actief was buiten die regio. Bovendien bleek dat het beweerdelijke misbruik louter lokaal van aard was.

6. Merkbaarheidsvereiste. Artikel 101 VWEU en/of artikel IV.1 WER zijn vaak niet van toepassing omwille van de merkbaarheidsvereiste. De Belgische rechters steunen bij hun beoordeling op de Europese *de minimis*-bekendmaking en dit zowel voor de toepassing van Europees als van Belgisch mededingingsrecht²⁶. Tal van voorbeelden betreffen geschillen rond exclusieve afnameclausules in een brouwerijcontract²⁷. Tevens werd hierbij nagegaan of parallelle netwerken van overeenkomsten met soortgelijke bepalingen cumulatief aanleiding konden geven tot marktafscherming. De conclusie was dat dit niet het geval kon zijn wanneer dergelijke contracten geen 30% van de relevante markt beheersten, ofwel konden partijen niet aan enig cumulatief effect bijdragen gelet op het feit dat hun marktaandeel onder de 5%-drempel bleef²⁸.

Verder vermelden we een arrest van 2012 van het Gentse hof van beroep²⁹. In deze zaak betekende een gebrek aan merkbaarheid het einde van de claim door een leverancier in petroleumproducten betreffende een eeuwigdurende exclusiviteitsconcessie tussen een intercommunale en een concurrent. De concurrent had daarmee het recht om op de bewuste locatie een tankstation uit te baten bij uitsluiting van alle andere ondernemingen. Het hof oordeelde dat de relevante markt *in casu* de markt betrof voor de distributie en verkoop van brandstoffen voor vrachtwagens en aanverwante producten op het Belgische grondgebied. De verkoop aan een concurrent van een perceel met een exclusiviteitsconcessie kon onmogelijk een merkbare aantasting van de mededinging uitmaken op de aldus weerhouden – nationale – markt.

Tot slot werd ook in de periode 2011-2015 het begrip merkbaarheid niet altijd even correct gehanteerd. Zo onderzocht het hof van beroep te Brussel in een arrest van 2011 de merkbaarheid van een norm van de Algemene Farmaceutische Bond die in de eerste plaats geen mededingingsbeperkend doel of effect had³⁰.

7. Ondernemingsbegrip: intercommunale als onderneming. In 2012 diende het Gentse hof van beroep de vraag te beantwoorden of een intercommunale als onderneming kan worden beschouwd³¹. Het hof verwees naar vaststaande Europese rechtspraak³² alsook naar huidig artikel I.2, 1° WER dat een onderneming definieert als “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”. Aldus neemt het feit dat de intercommunale met een overheidsgezag is bekleed, niet weg dat zij als een onderneming kan worden beschouwd, van zodra zij op duurzame wijze economische activiteiten uitoefent. Het verkopen van de percelen in een transportcentrum aan bedrijven binnen het concept waarvoor dit transportcentrum in het leven is geroepen, vormt een economische activiteit. Dat in de statuten van de intercommunale is bepaald dat haar verbintenissen geen handelskarakter hebben, doet hieraan geen afbreuk. Het criterium is louter functioneel: het uitoefenen van economische activiteiten. Tot slot heeft deze activiteit ook een duurzaam

²¹ Gent 1 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1208, *NJW* 2015, afl. 325, 499, noot R. STEENNOT, *RABG* 2016, afl. 8-9, 622, noot B. GIELEN, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 1, 129, *TBM* 2015, afl. 3, 177, noot H. BUREZ en A. FOCQUET.

²² Luik 27 juni 2013, *JLMB* 2013, afl. 37, 1891; zie ook Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 102, 243, noot D. MERTENS.

²³ Brussel 28 april 2010, *TBH* 2011, afl. 8, noot P. KILESTE en C. STAUDT; Cass. 24 februari 2012, C.11.0032.F, *TBM* 2013, afl. 1, 289, noot H. BUREZ.

²⁴ Luik 13 september 2011, *TBM* 2012, afl. 2-3, 173; Luik 24 mei 2012, 2011/RG/686, *TBM* 2013 (uittreksel), afl. 1, 29, noot H. BUREZ; Antwerpen 11 juni 2012, *Jaarboek Marktpraktijken* 2012, 995; Bergen 6 mei 2013, *JLMB* 2013, afl. 15, 709; Luik 27 juni 2013, *JLMB* 2013, afl. 37, 1891.

²⁵ Gent 1 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1208, *NJW* 2015, afl. 325, 499, noot R. STEENNOT, *RABG* 2016, afl. 8-9, 622, noot B. GIELEN, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 1, 129, *TBM* 2015, afl. 3, 177, noot H. BUREZ en A. FOCQUET.

²⁶ Zie bv. Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS; Antwerpen 23 juni 2014, 2012/AR/1798 en 2012/AR/1843, *onuitg.*

²⁷ Zie randnr. 21.

²⁸ Zie onder meer: Luik 24 mei 2012, 2011/RG/686, *TBM* 2013 (uittreksel), afl. 1, 29, noot H. BUREZ; Gent 27 maart 2013, 2010/AR/1428, *onuitg.*; Gent 11 december 2013, 2011/AR/1155, *onuitg.*; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 27 maart 2014, *T.Vred.* 2015, afl. 5-6, 148.

²⁹ Gent 11 januari 2012, 2009/AR/1648-2009/AR/1876, *onuitg.*

³⁰ Brussel 21 juni 2011, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2011, 978, *TBM* 2011, afl. 4, 305. Zie verder randnr. 13.

³¹ Gent 11 januari 2012, 2009/AR/1648-2009/AR/1876, *onuitg.*

³² HvJ 23 april 1991, nr. C-41/90, *Höfner Elsner*, ECLI:EU:C:1991:161; HvJ 12 september 2000, C-180/98 tot C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428.

karakter gezien de veelvoudigheid en periodiciteit van deze verkopen gespreid over verschillende jaren.

1.2. Horizontale overeenkomsten

8. *Inleiding.* In dit deel bespreken we achtereenvolgens de rechtspraak inzake niet-concurrentiebedingen in horizontale overeenkomsten (randnr. 9) en informatie-uitwisseling tussen concurrenten (randnr. 10). Besluiten van ondernemingsverenigingen behandelen we afzonderlijk (zie 1.3.).

9. *Niet-concurrentiebedingen.* Net als voor de periode 2004-2010 stellen we vast dat de Belgische rechters niet-concurrentiebedingen zelden rechtstreeks aan het mededingingsrecht toetsen. Het uitgangspunt blijft de fundamentele vrijheid van handelen vervat in het decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791 en thans vervat in artikel II.3 WER³³. Op die basis wordt nagegaan of een niet-concurrentiebeding afdoende beperkt is in de tijd, ruimte en wat betreft de betrokken activiteiten. Waar het Belgisch recht voor deze criteria geen verder houvast biedt, bestaat een dergelijke precisering wel in de richtsnoeren van de Commissie inzake nevenrestricties bij de totstandbrenging van concentraties³⁴.

De Belgische rechter lijkt deze richtsnoeren evenwel nog steeds niet expliciet aan te wenden. De rechtbank van koophandel te Hasselt oordeelde in 2011 dat een niet-concurrentiebeding voor een duurtijd van 5 jaar te lang en dus absoluut nietig was wegens strijdig met het decreet d'Allarde³⁵. Verder kreeg het Gentse hof van beroep tot driemaal toe de gelegenheid zich uit te spreken over niet-concurrentiebedingen. In 2011 werd besloten tot de geldigheid van een niet-concurrentiebeding met een expliciet wereldwijd toepassingsgebied³⁶. Op basis van de Europese richtsnoeren kan een wereldwijde toepassing enkel indien de doelonderneming bij het sluiten van de overeenkomst reeds wereldwijd actief was, of minstens duidelijk aantoonbare plannen had op dit punt. Uit de uitspraak blijkt evenwel niet of dit door het hof concreet werd onderzocht. In 2012 werd besloten tot de nietigheid van een niet-concurrentiebeding zonder beperking in tijd en ruimte wegens strijdigheid met het decreet d'Allarde³⁷. Ook in een zaak van 2014 heeft het Gentse hof van beroep bevestigd dat een niet-concurrentiebeding moet worden geïnterpreteerd in het licht van de principiële vrijheid van handel en nijverheid, zoals thans vervat in artikel II.3 WER³⁸.

10. *Informatie-uitwisseling tussen concurrenten.* Het uitwisselen van gevoelige informatie tussen concurrenten kwam aan bod voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Bergen in een stakingsvordering door Delhaize tegen Colruyt. De zaak behandelt een interessant raakvlak tussen het marktpraktijkenrecht en het mededingingsrecht³⁹. Delhaize vorderde de staking van vergelijkende reclame door Colruyt (de zgn. Prijsbarometer) wegens strijdigheid met de voorwaarden voor vergelijkende reclame in artikel VI.17 WER. Dat artikel vereist dat een prijsvergelijking objectief moet gebeuren en op basis van wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken (waartoe de prijs kan behoren) van de relevante goederen en diensten. Delhaize betoogde o.m. een gebrek aan controleerbaarheid omdat Colruyt het haar bijzonder moeilijk maakte om toegang te krijgen tot de onderliggende gegevens. Delhaize eiste dan ook de overmaking van de prijslijsten van zowel Colruyt als Delhaize voor elk van de productparen die in de Prijsbarometer werden gebruikt.

Colruyt riposteerde dat deze gegevens actuele, gevoelige en strategische informatie betroffen die niet publiek toegankelijk was. De uitwisseling ervan zou een inbreuk op het mededingingsrecht uitmaken. Colruyt baseerde zich daarbij op de vaststaande Europese rechtspraak dat informatie-uitwisseling tussen concurrenten in strijd kan zijn met de mededingingsregels wanneer zij de mate van onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en als gevolg daarvan de mededinging tussen ondernemingen beperkt⁴⁰.

De voorzitter besliste in het voordeel van Delhaize. Het mededingingsrechtelijke luik van zijn analyse was drievoudig. Ten eerste zou Delhaize enkel toegang krijgen tot historische gegevens, omdat het verzoek betrekking had op een reeds gepubliceerde barometer, en dat prijzen in de grootdistributie doorgaans wekelijks wijzigen. Ten tweede heeft Colruyt geen eenvormig nationaal prijzenbeleid maar worden prijzen lokaal bepaald, zodat informatie over één warenhuis beperkte waarde had. Tot slot zou enkel de herhaalde (i.t.t. sporadische) uitwisseling van de gegevens problematisch kunnen zijn. Aldus was de mededeling, op eenvoudige vraag van Delhaize, van een lijst van vele duizenden producten en hun prijs, die de basis vormden voor de vergelijkende reclame, voor een welbepaald warenhuis en een welbepaalde datum, niet van aard het mededingingsrecht te schenden voor zover een dergelijke vraag slechts sporadisch wordt gesteld.

³³. B. BELLEN en I. SCHOCKAERT, "Actuele rechtspraak inzake niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten" (noot onder Kh. Hasselt 12 december 2011), *TRV* 2014, 625-629.

³⁴. Mededeling van de Commissie van 5 maart 2005 betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, *Pb.C.* 5 maart 2005, afl. 56, 24, § 18-26.

³⁵. Kh. Hasselt 12 december 2011, *TRV* 2014, 523-625, noot B. BELLEN en I. SCHOCKAERT.

³⁶. Gent 10 januari 2011, *TRV* 2014, 526-527.

³⁷. Gent 19 maart 2012, *TRV* 2014, 527-528.

³⁸. Gent 13 oktober 2014, *DAOR* 2015, afl. 113, 94.

³⁹. Voorz. Kh. Bergen en Charleroi (afd. Bergen) 31 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 198.

⁴⁰. HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:343, § 32-35.

1.3. Besluiten van ondernemingsverenigingen

11. Inleiding. Besluiten van ondernemingsverenigingen omvatten algemene normen of specifieke besluiten uitgevaardigd door beroepsverenigingen. In de verzamelde rechtspraak voor 2011-2015 nemen besluiten van ondernemingsverenigingen een veel minder prominente plaats in dan het geval was in de periode besproken in de vorige editie. In deze bijdrage behandelen we achtereenvolgens (i) twee nieuwe uitspraken inzake minimum erelonen voor architecten, (ii) de bevestiging in beroep van een uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel inzake de Algemene Farmaceutische Bond, en (iii) een arrest van het Hof van Cassatie inzake de schorsing van een apotheker wegens het hanteren van zogenaamde “excessieve” kortingen.

12. Beroepsnormen met betrekking tot erelonen. In de vorige editie van dit overzicht vermeldde we reeds de uitspraken van de hoven van beroep van Brussel en Gent over de nietigheid van een deontologische norm aangenomen door de Nationale Raad van de Orde van Architecten betreffende het bepalen van minimum erelonen⁴¹. Ook de Raad van State heeft intussen in dezelfde zin geoordeeld⁴². De zaak ging over de geldigheid van een gunningsbeslissing van de stad Geel voor het opmaken van een ontwerp voor een gemeentelijk zwembadcomplex. De gunning gebeurde mede op basis van de inschrijvingsprijs. Dit was volgens de verliezende inschrijvers in strijd met de bovenvermelde norm van de Nationale Raad van de Orde van Architecten. De Raad van State wees dit middel af wegens strijdigheid van die norm met het mededingingsrecht. De nietigheid van minimum erelonen staat dus buiten kijf, maar het hof van beroep van Antwerpen maakte daar later een belangrijke kanttekening bij⁴³. Het hof oordeelde dat de architect weliswaar onafhankelijk en louter in overleg met zijn cliënt het ereloon moet vaststellen, maar dit belet de architect niet om de barema's te hanteren die destijds in de deontologische norm waren vastgesteld. De deontologische norm is dus nietig en niet langer van kracht, maar de architect en zijn cliënt kunnen uit vrije wil hetzelfde ereloon bepalen als dat wat in die afgeschafte deontologische norm was vastgesteld.

13. Uitsluiting van (kandidaat-)leden. In de vorige editie van dit overzicht bespraken we reeds een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel inzake de interpretatie door de Algemene Farmaceutische Bond (“APB”) van het begrip “apotheker” als een natuurlijke persoon⁴⁴. Er werd aangevoerd dat apothekers-rechtspersonen (en dus zaakvoerders van zulke rechtspersonen die zelf geen apotheker

zijn) hierdoor uitgesloten werden om de algemene vergadering van APB bij te wonen en dit in strijd met artikel IV.1 WER. De rechtbank besloot dat rechtspersonen niet werden uitgesloten omdat deze zich steeds konden laten vertegenwoordigen door een apotheker. Het feit dat enkel apothekers de algemene vergadering konden bijwonen vormde volgens de rechtbank geen beperking van de mededinging, gelet op het feit dat het algemene belang van de volksgezondheid primeert boven economische en financiële belangen.

De geldigheid onder het mededingingsrecht van deze interpretatie werd inmiddels in hoger beroep bevestigd⁴⁵. Het hof van beroep te Brussel gaf hiertoe evenwel een andere motivering. Volgens het hof lijkt er wel sprake te zijn van een beperking van de mededinging, maar is deze beperking niet merkbaar omdat (i) de eiser hoe dan ook geen stemrecht (en dus geen directe impact op de besluitvorming) had, (ii) hij nog steeds de mogelijkheid had om zich te laten vertegenwoordigen door een apotheker-natuurlijke persoon, en (iii) hij reeds vertegenwoordigd was in de APB door zijn eigen beroepsvereniging, die wel stemrecht had. Het is merkwaardig dat het hof in deze zaak is overgegaan tot een merkbaarheidstoets. Zoals eerder reeds aangegeven door de rechtbank van eerste aanleg had de norm o.i. in de eerste plaats geen mededingingsbeperkend doel of effect, en was een merkbaarheidstoets dus helemaal niet nodig.

14. Schorsing van leden. Tot slot is een opvallend schorsingsbesluit door de Franstalige Orde van Apothekers het vermelden waard⁴⁶. De orde had één van haar leden een beroepsverbod van 2 dagen opgelegd omdat hij een “excessieve” korting van “ongeveer 30%” had toegekend aan een rusthuisbewoner. Deze korting bleek deel uit te maken van een ruimer akkoord dat zijn werkgever (de Multipharma groep) met het rusthuis in kwestie had gesloten. De Orde laakte deze praktijk die ze omschreef als “une démarche mercantile” alsmede een “miskennis van de vrije keuze van de geviseerde doelgroep van verzwakte en beïnvloedbare bejaarde personen”. De Raad van Beroep van de Orde van Apothekers bevestigde de schorsing omdat de korting onverenigbaar zou zijn met de Code van Farmaceutische Plichtenleer. Voor het Hof van Cassatie wierp de apotheker op dat de beslissing van de Raad van Beroep artikel IV.1 WER schendt, omdat zij hem verhinderde om met andere apothekers in concurrentie te treden via het verlenen van kortingen aan bepaalde doelgroepen. Het Hof handhaafde de beslissing van de Raad van Beroep evenwel en stelde dat excessieve kortingen, door een apotheker toegekend met zuiver mercantiel en wervend oogmerk, wel degelijk disciplinair kunnen

⁴¹ Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 20; Brussel 28 september 2004, *Jb.Hand.*, 2004, 925; Gent 15 februari 2008, *Jb.Hand.*, 2008, 814, noot K. BAEKELANDT.

⁴² RvS 31 mei 2011, nr. 213.586, *NJW* 2011, afl. 253, 773, noot F. VANDENDRIESSCHE.

⁴³ Antwerpen 15 januari 2015, *TBR* 2015, afl. 2, 112.

⁴⁴ Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 23; Rb. Brussel 29 juni 2010, *TBM* 2010, afl. 3, 48-49, noot P. WYTINCK en H. BUREZ.

⁴⁵ Brussel 21 juni 2011, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2011, 978, *TBM* 2011, afl. 4, 305.

⁴⁶ Cass. 29 november 2013, nr. AR.D.11.0017.F, *D&T* 2014, afl. 1, 75, *Pas.* 2013, afl. 11, 2418, *RW* 2014-15 (samenvatting), afl. 28, 1102.

worden bestraft omdat ze afbreuk doen aan de eer en waardigheid van het beroep. Dat stond er volgens het Hof niet aan in de weg dat de apotheker met andere apothekers in concurrentie zou kunnen treden aangezien hij nog steeds “aan het beroep aangepaste” kortingen kon toekennen die voldoende hoog zijn om nieuw cliënteel te kunnen aantrekken. Wat dergelijke geoorloofde kortingen precies inhouden, werd door het Hof in het midden gelaten. Het blijft o.i. zeer de vraag of een dergelijke proportionaliteitstoets met het mededingingsrecht verenigbaar is.

1.4. Verticale overeenkomsten

15. Inleiding. Verticale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die, voor de toepassing van de overeenkomst, niet met elkaar concurreren maar elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Aangezien verticale overeenkomsten algemeen als efficiëntiebevorderend worden beschouwd, heeft de Commissie een algemene groepsvrijstelling uitgevaardigd. Deze groepsvrijstelling bepaalt de voorwaarden op basis waarvan verticale overeenkomsten die verticale beperkingen bevatten, niettemin van een vrijstelling kunnen genieten⁴⁷.

In een arrest van 28 februari 2011 beschrijft het hof van beroep te Luik de toepasselijke analyse als een opeenvolging van vermoedens⁴⁸. De eerste vraag is of de verticale overeenkomst geen zogenaamde “harde kernbeperkingen” bevat. Deze harde kernbeperkingen worden opgesomd in artikel 4 van de groepsvrijstelling en worden geacht merkbaar de mededinging te beperken ongeacht het marktaandeel van de betrokken partijen. Bijgevolg bestaat er, volgens het hof⁴⁹, een onweerlegbaar vermoeden dat de overeenkomst die een harde kernbeperking bevat onverzoenbaar is met artikel IV.1 WER. Indien de overeenkomst verticale beperkingen bevat die echter geen harde kernbeperkingen zijn, volgt een onderzoek of de overeenkomst de voorwaarden van de groepsvrijstelling vervult. Bij een positief resultaat geniet de verticale overeenkomst van een vermoeden dat de mededinging niet

merkbaar beperkt is. Artikel IV.1, § 1 WER is dan niet van toepassing. Indien de voorwaarden niet vervuld zijn, in het bijzonder wanneer de partijen de marktaandeeldrempels overschrijden, betekent dit niet noodzakelijk dat de overeenkomst strijdig is met het mededingingsrecht⁵⁰. In zulk geval dringt zich wel een nader individueel onderzoek op van de verticale beperkingen om vast te stellen of de overeenkomst van een individuele vrijstelling kan genieten onder de voorwaarden van artikel IV.1, § 3 WER.

Zoals hierna zal blijken, konden de rechters in vele gevallen volstaan met overwegingen inzake marktdefinitie en het marktaandeel van de partijen om te besluiten dat de mededinging niet merkbaar werd beperkt⁵¹. De eisende partijen falen vaak in de bewijslast die op hen rust. Het komt immers toe aan de partij die een inbreuk op het mededingingsrecht aanvoert om dit te bewijzen⁵².

Eisende partijen werpen enerzijds vaak in hoofdzaak een beweerdelijke inbreuk op de marktpraktijken (Boek VI WER) op en enkel in ondergeschikte orde een mededingingsargument. Zodoende laten eisers vaak na om het mededingingsrechtelijke argument voldoende te onderbouwen waardoor het dikwijls geen kans op slagen heeft. Anderzijds wenden partijen de mededingingsregels regelmatig aan om te ontsnappen aan de toepassing van een bepaalde clause of overeenkomst (bv. een exclusiviteits- of niet-concurrentiebeding). Partijen ondervinden daarbij moeilijkheden om concreet bewijs te leveren rond de marktaandelen. Dit verhindert klagers om aan te tonen dat een gewraakte clause een merkbare invloed kan hebben op de mededinging⁵³. Het kan echter evenzeer verweerders beletten om gebruik te maken van een vrijstelling om de geldigheid van hun overeenkomst te laten vaststellen⁵⁴.

We behandelen in deze afdeling eerst het begrip agentuur (randnr. 16) en daarna achtereenvolgens de rechterlijke uitspraken die betrekking hadden op selectieve en exclusieve distributie, niet-concurrentiebedingen, het vaststellen van wederverkooprijzen, discriminatie en licentieovereenkomsten (randnrs. 17-22).

⁴⁷. Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, 3., van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.L.* 23 april 2010, afl.102, 1 (de “groepsvrijstelling”); voor de definitie van verticale overeenkomsten, zie art. 1, a) van de groepsvrijstelling.

⁴⁸. Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS.

⁴⁹. Het onweerlegbaar karakter van dit vermoeden is betwistbaar: de toepasselijke richtsnoeren van de Commissie geven aan dat hardcore beperkingen in bepaalde omstandigheden verzoenbaar kunnen zijn met art. 101 VWEU, eventueel na individueel onderzoek onder art. 101, 3. VWEU. Bv. het vastleggen van een wederverkooprijzen (een hardcore beperking vermeld in art. 4, a) van de groepsvrijstelling), kan onder bepaalde omstandigheden de voorwaarden van art. 101, 3. VWEU (en dus van art. IV.1, § 3) vervullen (richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, *Pb.C.* 19 mei 2010, afl. 130, 1 (“Verticale Richtsnoeren”), § 60-64 en § 225.

⁵⁰. Dit geldt ook voor de specifieke vrijstelling die van toepassing is voor motorvoertuigen: Brussel 28 april 2010, 2002/AR/2768, *onuitg.*

⁵¹. Zie Overzicht 2004-2010, Deel I, randnrs. 26-33.

⁵². Het is pas wanneer alle voorwaarden voor het bestaan van een inbreuk vervuld zijn dat de bewijslast verschuift naar de verwerende partij die zich op de groepsvrijstelling of de toepassing van art. IV.1, § 3 WER (of art. 101, 3. VWEU) wenst te beroepen: Brussel 11 maart 2015, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2015, 732.

⁵³. Zie onder meer Kh. Kortrijk 29 oktober 2013, *TGR-TWVR* 2014, afl. 5, 371; Antwerpen 23 juni 2014, 2012/AR/1798 en 2012/AR/1843, *onuitg.*

⁵⁴. Zie onder meer: Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS; Luik 27 juni 2013, *JLMB* 2013, afl. 37, 1891.

16. Agentuur. Een geschil tussen KBC en een verzekeringsagent betrof de verenigbaarheid van een exclusiviteitsbeding met het mededingingsrecht. KBC had de samenwerking met haar agent beëindigd wegens schending van de aan de agent opgelegde verplichting om exclusief voor KBC op te treden en geen polissen te plaatsen bij concurrerende verzekeringsmaatschappijen. De agent vocht dit aan en betwistte daarbij de geldigheid van het niet-concurrentiebeding. De rechtbank van koophandel te Leuven wees de vordering af en kwalificeerde de samenwerking als een agentuurovereenkomst die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, 1. VWEU valt⁵⁵. De rechtbank stelde dat de agent niet had aangetoond de relevante financiële en commerciële risico's te dragen: de agent droeg immers geen contractspecifieke risico's, was niet verplicht enige marktspecifieke investeringen te ondernemen en diende geen kosten te maken op vraag van KBC⁵⁶. In een arrest van 2013 bevestigde het hof van beroep te Brussel dit vonnis.

Dit arrest gaf aanleiding tot kritiek in de rechtsleer⁵⁷. Het exclusiviteitsbeding betrof immers een verplichting waarbij de agent zich ertoe verplicht ziet om haar diensten enkel te leveren aan KBC. Het heeft dan ook geen betrekking op de eigenlijke verkoop van de contractdiensten van de principaal (m.n. de verkoop van de verzekeringspolissen) maar wel op een stroomopwaartse markt voor het aanbieden van agentuurdiensten aan verzekeringsmaatschappijen. Bijgevolg blijven de mededingingsregels van toepassing op de contractuele relatie tussen de agent en de principaal (in dit geval KBC), los van het feit of de makelaar als eigenlijke agent optrad voor KBC. De vraag stelt zich dan ook hoe het exclusiviteitsbeding diende te worden geanalyseerd onder het mededingingsrecht en of deze analyse tot een ander resultaat zou hebben geleid in deze zaak.

De eerste stap is te onderzoeken of de overeenkomst vrijstelling kan genieten onder de *de minimis*-bekendmaking⁵⁸. Op zich zou de overeenkomst waarschijnlijk ontsnappen aan de toepassing van het mededingingsrecht (het marktaandeel

van elke partij blijft onder de 15%). Aangezien KBC dergelijke exclusiviteit toepast in al haar samenwerkingsovereenkomsten, bestaat echter de kans dat het cumulatieve effect van deze overeenkomsten de *de minimis*-bekendmaking alsnog buiten werking stelt⁵⁹. In dat geval volgt de tweede stap om na te gaan of de overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt⁶⁰.

17. Selectieve distributie: algemeen. In het kader van selectieve distributiesystemen levert de leverancier slechts aan distributeurs die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en verbinden deze distributeurs zich ertoe om niet aan niet-erkende distributeurs door te verkopen⁶¹.

De meeste zaken die we konden identificeren betreffen de sector van de motorvoertuigen (of aanverwant daarmee, m.n. inzake motorfietsen) die traditioneel een beroep doet op selectieve distributie. De voorwaarden voor erkenning als lid van het distributienetwerk vormt daarbij het centrale punt van discussie, vaak in de context van de beëindiging van een concessie. Vooraleer daarop in te gaan, bespreken we eerst de kwestie van selectieve distributie en onlineverkoop.

18. Online distributie. De zaken die we hier behandelen illustreren de spanning tussen online handelaars en traditionele distributienetwerken. Die netwerken beschouwen online handelaars doorgaans als schadelijke "free-riders". Meerdere mededingingsautoriteiten, met name de Europese Commissie⁶² maar ook de Duitse⁶³ en Franse⁶⁴ autoriteiten, bestrijden actief elke beperking op onlinehandel. Zulke beperkingen verhinderen immers de vorming van een eenge maakte Europese markt en vormen ook een inbreuk op het verbod passieve verkopen te belemmeren⁶⁵.

In het dispuut tussen Delta Light, producent van verlichtingsarmaturen, en Dhdesign en Mignon Design, online verkopers van deze producten, stelde Delta Light dat beide verkopers verscheidene inbreuken hadden begaan op de voor-malige WMP⁶⁶ (thans Boek VI WER). Delta Light betichtte

⁵⁵ Kh. Leuven 9 september 2010, AR 09/1970, *onuitg.*

⁵⁶ Hierbij werd feitelijk onder meer verwezen naar het feit dat de agent niet gehouden was de verzekeringsuitkering te betalen, niet verplicht was te investeren in verkoopbevordering en niet verplicht was bij te dragen tot kosten in verband met de levering van diensten.

⁵⁷ Zie onder meer Brussel 18 september 2013, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2013, 1223, noot H. BUREZ en A. FOCQUET, *TBH* 2014, afl. 3, 288, noot M. VANSTEENBEECK en J. DEWISPELAERE.

⁵⁸ Zie vn. 20.

⁵⁹ Dit is het geval indien (i) dergelijke overeenkomsten gezamenlijk meer dan 30% van de markt beheersen en (ii) elke partij een marktaandeel heeft van 5%. *De minimis*-bekendmaking, randnr. 8.

⁶⁰ Voor een verdere bespreking, zie: H. BUREZ en A. FOCQUET, "De handelsagent in het mededingingsrecht: van vele markten thuis" (noot onder Brussel 18 september 2013), *Jaarboek Marktpraktijken*, 2013, 1223; M. VANSTEENBEECK en J. DEWISPELAERE, "De toepassing van het kartelverbod op handelsagentuurovereenkomsten: van principiële uitsluiting naar individuele beoordeling" (noot onder Brussel 18 september 2013), *TBH* 2014, afl. 3, 288.

⁶¹ Zie art. 1, e. van de groepsvrijstelling.

⁶² Zie het finale rapport van de Europese Commissie inzake haar sectoronderzoek betreffende "e-commerce" van 10 mei 2017, beschikbaar op: www.ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.

⁶³ Zie bv. het onderzoek van de Duitse mededingingsautoriteit inzake de online verkoop van speelgoed: www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2016/12_01_2016_LEGO.html.

⁶⁴ Zie bv. het onderzoek van de Franse Mededingingsautoriteit inzake de online verkoop van sportschoenen www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=en&id_rub=606&id_article=2668.

⁶⁵ Verticale richtsnoeren, § 52.

⁶⁶ Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (BS 12 april 2010, p. 20.803).

hen er in het bijzonder van zich ten onrechte te hebben voorgedaan als erkende wederverkopers van Delta Light. Daarnaast hadden Dhdesign en Mignon Design zich, met behulp van misleidende informatie, kunnen bevoorraden bij wederverkopers die wel erkend waren door Delta Light. Deze erkende wederverkopers hadden aldus contractbreuk gepleegd omdat hun distributieovereenkomst hen verbood aan niet-erkende wederverkopers te leveren. De verkopers verdedigden zich met de tegeneis dat het selectieve distributiesysteem van Delta Light strijdig was met het mededingingsrecht. De rechter in eerste aanleg⁶⁷ herformuleerde echter de tegeneis tot een argument van verkoopswegering. Uitgaande van het algemene principe van contractsvrijheid hield de rechter voor dat verkoopswegering enkel onrechtmatig is wanneer er sprake is van rechtsmisbruik of wanneer daardoor de mededinging wordt beperkt. De rechter oordeelde ook dat de verkopers niet aantonen dat de leefbaarheid van hun onderneming afhankelijk is van een samenwerking met Delta Light. Deze analyse is o.i. enkel zinvol bij een beweerd misbruik van machtspositie in het kader van artikel IV.2 WER. Dhdesign en Mignon Design voerden echter geen inbreuk op artikel IV.2 WER aan, maar verdedigden zich tegen de claim van medeplichtigheid aan contractbreuk op basis dat het kwestieuze contract strijdig was met artikel IV.1 WER. Naar onze mening oordeelde de rechter dan ook naast de kwestie.

In beroep behandelde het hof van beroep te Brussel⁶⁸ de tegeneis van de verkopers wel. De behandeling was niettemin erg beknopt daar het hof meende dat Dhdesign en Mignon Design tekort schoten in hun bewijsvoering. Zij hadden nagelaten de verschillende, cumulatieve voorwaarden van artikel IV.1 WER systematisch te bespreken. Helaas voor de geïnteresseerde lezer verwees het hof het argument naar de prullenbak zonder enige analyse van de criteria die Delta Light hanteerde om als distributeur erkend te kunnen worden. De beschikbare informatie laat ons niet toe hierover een uitspraak te doen, maar een beperking op online verkoop had interessante vragen kunnen opwerpen over de geldigheid van deze criteria.

Jammer genoeg leidde ook de betwisting tussen *Bit Marketing en SEB*⁶⁹ niet tot een analyse van een ogenschijnlijke beperking van onlinehandel. Bit Marketing beschuldigde SEB ervan haar niet te willen beleveren omdat het merendeel van de klanten van Bit Marketing de producten via het Internet zou aankopen. De voorzitter meende echter dat de weigering van SEB een loutere unilaterale beslissing was en niet

was ingegeven door een mededingingsbeperkende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen SEB en de leden van het selectieve distributienetwerk⁷⁰. Bovendien oordeelde de voorzitter dat, zelfs indien artikel IV.1 WER van toepassing was, voor de geldigheid van het selectieve distributiesysteem niet vereist is dat alle handelaars, die aan de voorwaarden voldoen, worden belevd. Deze laatste redenering is betwistbaar indien SEB onterecht online verkoop zou hebben verhinderd. In dat geval gaat het immers om een harde kernbeperking (met name een beperking op passieve verkopen) van het mededingingsrecht die het selectieve distributiesysteem van SEB op de helling zou zetten.

19. Motorfietsen en motorvoertuigen. In de vorige editie van dit overzicht bespraken we reeds de beslissing van de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Dendermonde inzake *DD Bikes / Ducati*⁷¹. De voorzitter stelde dat het selectieve distributiesysteem van Ducati inbreuk maakte op artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER omdat het de ongeldige voorwaarde bevatte dat een hersteller van Ducati motorfietsen tevens ook verkoper van nieuwe Ducati motorfietsen moest zijn. Ducati tekende beroep aan. Het hof van beroep te Gent⁷² hervormde het vonnis en oordeelde dat artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER niet van toepassing waren omdat de weigering van Ducati om DD Bikes in haar netwerk op te nemen een unilaterale beslissing was. Volgens het hof sproot de weigering niet voort uit een mededingingsbeperkende overeenkomst tussen Ducati en haar verkopers. Dit is uiteraard een feitenkwestie. We merken in dat opzicht op dat Europese rechtspraak bepaalt dat artikel 101 VWEU wel van toepassing kan zijn indien een distributeur wordt uitgesloten op basis van een onderling afgestemde gedraging tussen de verkoper en de leden van het netwerk. Dit kan het geval zijn wanneer de verkoper systematisch distributeurs weigert op basis van criteria die (stilzwijgend) door de leden van het netwerk werden aanvaard⁷³. Ducati ging sowieso niet vrijuit want het hof bestempelde haar weigering om DD Bikes wisselstukken te verkopen als een misbruik van haar machtspositie op de markt voor de herstelling en onderhoud van Ducati motorfietsen (zie *infra*, 1.5.3.)⁷⁴.

Mocht de distributieovereenkomst van Ducati toch een substantiële analyse behoeft hebben, dan zou dat gebeuren in het licht van de (algemene) Groepsvrijstelling. Inzake *motorvoertuigen* (inclusief personen- en vrachtwagens maar niet motorfietsen) geldt daarenboven een specifieke verorde-

67. Voorz. Kh. Brussel 1 februari 2013, 2012/1811, *onuitg.*

68. Brussel 25 juni 2013, *TBM* 2014, afl. 2, 138.

69. Voorz. Kh. Gent (afd. Dendermonde) 29 april 2015, *TBH* 2016, afl. 8, 785.

70. Inzake het onderscheid tussen een unilaterale beslissing en een onderling afgestemde feitelijke gedraging, zie ook randnr. 19 en vn. 80.

71. Voorz. Kh. Dendermonde 3 november 2010, *TBM* 2011, afl. 3, 214. Zie Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 18.

72. Gent 1 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1208, *NJW* 2015, afl. 325, 499, noot R. STEENNOT, *RABG* 2016, afl. 8-9, 622, noot B. GIELEN, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 1, 129, *TBM* 2015, afl. 3, 177, noot H. BUREZ en A. FOCQUET.

73. Zie: HvJ 22 oktober 1986, nr. 75/84, *Metro SB / Commissie*, ECLI:EU:C:1986:399.

74. Het hof bevestigde aldus de marktdefinitie zoals vastgesteld door de voorzitter in eerste aanleg. Voor een kritische bespreking daarvan, zie: H. BUREZ en A. FOCQUET, "Van de regen in de drop" (noot onder Gent 1 oktober 2014), *TBM* 2015, afl. 3, 186.

ning van de Europese Commissie⁷⁵ die het bekomen van een vrijstelling aan bijkomende voorwaarden onderwerpt. In de zaak *Bourgoo* was de beëindiging van een overeenkomst aan de orde waardoor Bourgoo niet langer kon optreden als erkend hersteller van Saab wagens, die door Beherman in België werden ingevoerd⁷⁶. Volgens het hof van beroep te Antwerpen was de beëindiging ongeldig omdat ze was gestoeld op een vertrouwensbreuk in het kader van een andere overeenkomst met Beherman, met name deze voor de verdeling van wagens. De koppeling tussen beide overeenkomsten was volgens het hof niet toelaatbaar in het licht van de toepasselijke Europese verordening⁷⁷. Bovendien vond het hof dat een vermeende vertrouwensbreuk geen objectieve en transparante reden uitmaakte voor de beëindiging.

Dit arrest bevestigt dat de uitbater van een selectief netwerk voor herstellende geen voorwaarde kan opleggen aan deze herstellende dat zij tevens nieuwe voertuigen moeten verkopen. De voorzitter van de rechtbank van koophandel te Dendermonde meende in dezelfde optiek dat een verkoper van reserveonderdelen niet verplicht kon worden tevens hersteller te zijn. De voorzitter stelde de invoerder van MAN vrachtwagens en wisselstukken in het ongelijk toen deze weigerde wisselstukken te leveren aan een onafhankelijke groothandelaar voor loutere doorverkoop⁷⁸. Uitgaande van een merkspecifieke herstelmarkt⁷⁹ nam de voorzitter aan dat het marktaandeel van de invoerder 30% overschreed. De groepsvrijstelling motorvoertuigen kon dus geen soelaas bieden⁸⁰. Om vervolgens van een individuele vrijstelling te genieten moeten alle voorwaarden van artikel 101, § 3 VWEU / artikel IV.1, § 3 WER vervuld zijn. Dit was niet het geval daar de voorzitter meende dat het voor kwaliteitsvolle markten voor herstelling en verkoop van wisselstukken niet noodzakelijk is dat de verkopers tevens hersteller zijn.

In beroep werd dit vonnis echter terzijde geschoven. Het hof van beroep te Brussel opteerde voor een niet-merkspecifieke

markt voor wat vrachtwagens betreft en dit onder verwijzing naar de aanvullende richtsnoeren van de Commissie⁸¹. Aangezien het marktaandeel van MAN daarom onder de 30% duikt, is de groepsvrijstelling motorvoertuigen, volgens het hof, wel van toepassing. Bovendien oordeelde het hof dat het om een zuiver kwalitatief selectief distributiestelsel ging dat aan alle voorwaarden voldeed om buiten het toepassingsgebied te vallen van artikel 101, § 1 VWEU / artikel IV.1, § 1 WER⁸². Het hof verschilde met name van mening met de voorzitter omtrent de vereiste om tevens hersteller te zijn teneinde reserveonderdelen te kunnen verdelen. Het hof stelde dat de reputatie van het merk kan verantwoorden dat reserveonderdelen enkel door erkende herstellende kunnen worden aangebracht. Hoe dat standpunt verzoenbaar is met de groepsvrijstelling motorvoertuigen dat het verhinderen van leveringen van onderdelen aan onafhankelijke herstellende een harde kernbeperking uitmaakt, is ons een raadsel. Deze harde kernbeperking geeft aan dat het essentieel is dat er concurrentie bestaat tussen erkende en onafhankelijke herstellende en dat onafhankelijke herstellende dus ook onderdelen moeten kunnen plaatsen. Het lijkt ons dat de weigering van MAN om doorverkopers te belevaren een mogelijks belangrijk bevoorradingskanaal voor onafhankelijke herstellende afsluit. Dat is uiteraard een feitelijke zaak, maar werd in deze zaak helaas niet verder uitgediept⁸³.

Gelet op het hierboven besproken arrest van het hof van beroep te Gent inzake *DD Bikes / Ducati* rijst bovendien de vraag of het hier ook niet ging om een verkoopswegering. In de mate dat de verkoopswegering ingegeven is door het hanteren van een ongeldig distributiesysteem, lijkt het ons dat zowel een inbreuk op artikel 101 VWEU / artikel IV.1 WER als op artikel 102 VWEU / artikel IV.2 WER (in de hypothese dat er sprake is van een machtspositie) kan worden aangevoerd⁸⁴.

75. Verordening (EG) nr. 461/2010 van de Commissie van 27 mei 2010 betreffende de toepassing van art. 101, 3. VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector (*Pb.L.* 28 mei 2010, afl. 129, 52) (“groepsvrijstelling motorvoertuigen”). Deze verordening ziet enkel op overeenkomsten inzake de verdeling van auto-onderdelen en het verlenen van onderhouds- en herstellingsdiensten. Zij bepaalt dat de distributie van nieuwe motorvoertuigen onder de groepsvrijstelling valt. De verordening vervangt verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 die zowel op nieuwe voertuigen als op de vervolgmakten van toepassing was.

76. Antwerpen 2 december 2013, *TBM* 2014, afl. 4, 335, noot H. BUREZ en A. FOCQUET.

77. Dit volgt uit de richtsnoeren van de Europese Commissie bij verordening (EG) nr. 461/2010 (aanvullende richtsnoeren betreffende verticale beperkingen in overeenkomsten voor de verkoop en herstelling van motorvoertuigen en voor de distributie van reserveonderdelen voor motorvoertuigen (*Pb.C.* 28 mei 2010, afl. 138, 16 – “aanvullende richtsnoeren”). Ten tijde van de relevante feiten die het voorwerp uitmaken van het hier besproken arrest was echter verordening (EG) nr. 1400/2002 van toepassing. De toelichting bij deze verordening is wat dit betreft minder duidelijk.

78. Voorz. Kh. Dendermonde 26 juni 2013, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2013, 1274, noot J. BOCKEN.

79. In het geval van vrachtwagens is het evenwel niet uitgesloten dat de markt ruimer is en als systeemmarkt zowel nieuwe vrachtwagens als wisselstukken omvat en dus niet merkspecifiek is: zie aanvullende richtsnoeren, § 57.

80. In deze zaak was verordening (EG) nr. 461/2010 toepasselijk maar de voorzitter verwees tevens naar de *Vragen & Antwoorden* van de Europese Commissie inzake de toepassing van verordening (EG) nr. 1400/2002.

81. Zie vn. 74. Het hof meent dat de eisende partij moet aantonen wat de relevante markt is en, bij gebrek aan doorslaggevende argumenten vanwege eisende partij, de regel geldt dat inzake vrachtwagens en bussen een systeemmarkt bestaat die zowel voertuigen als reserveonderdelen bevat.

82. Deze voorwaarden zijn: de aard van de producten moet het gebruik van een selectief distributiestelsel noodzakelijk maken; de criteria moeten objectief zijn en zonder discriminatie worden toegepast; en de criteria mogen niet verder gaan dan nodig is.

83. In het bijzonder voor zogenaamde “captive parts” die enkel door de fabrikant of via het erkende netwerk beschikbaar zijn; zie aanvullende richtsnoeren, § 22.

84. HvJ 25 oktober 1983, C-107/82, *AEG Telefunken / Commissie*, ECLI:EU:C:1983:293, § 38.

Tot slot vermelden we nog een arrest van het hof van beroep te Gent uit 2004 dat niet was opgenomen in de vorige editie van dit overzicht⁸⁵. Het dispuut betrof de beëindiging van een concessie waarbij een invoerder, Fiat Auto, de klanten van de voormalige concessiehouder per brief aanmaande zich in het vervolg te wenden tot andere dealers. De zaak draaide in essentie om een inbreuk op de wetgeving inzake handelspraktijken. Het hof preciseerde niettemin dat Fiat Auto met deze brief tevens de vrije mededinging hinderde op de “markt voor service naverkoop” en verwees naar de doelstellingen van EG-verordening nr. 123/85⁸⁶, een verre voorloper van de specifieke vrijstellingsregeling voor motorvoertuigen die hierboven werd besproken.

20. Exclusieve distributie. Een reeks disputen waarover de Belgische rechters zich onder artikel 101 VWEU en/of artikel IV.1 WER dienden te buigen betreffen exclusieve distributiestelsels. Dit zijn overeenkomsten waarbij voor een bepaald klantenbestand of territorium slechts één distributeur wordt aangewezen die vervolgens van een exclusiviteit kan genieten⁸⁷.

Zo diende de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel in 2012 een stakingsvordering te beoordelen die ertoe strekte de verkoop van uit Zwitserland geïmporteerde zuurstofconcentratoren door twee concurrenten aan banden te leggen. Eiseres beriep zich voor deze vordering op haar contractuele exclusiviteit en artikel 95 WMPC (thans art. VI.104 WER) dat betrekking heeft op parasitaire mededinging. In tegeneis voerden de verweerders aan dat de exclusieve distributieovereenkomst tussen eiseres en haar leverancier strijdig was met het mededingingsrecht. De rechter wees zowel de stakingsvordering als de tegeneis af en steunde zich hierbij op de feitelijke situatie op de Belgische markt voor zuurstoftherapie, evenwel zonder een gedetailleerde juridische analyse te ondernemen. Het beperkte marktaandeel van eiseres (maximaal 14% op basis van zakencijfer), alsook het feit dat er verschillende andere zuurstofconcentratoren op de markt zijn, leverde volgens de rechter het bewijs dat er geen marktuitsluiting noch enige andere mededingingsbeperkende effecten waren⁸⁸.

In een geschil tussen AGX Group en Biomet ondernam de

rechter wel een juridische analyse bij de beoordeling van een contractueel exclusiviteitsbeding. Voorwerp van dit beding was het vervoer en de levering door AGX van alle chirurgische leensets van Biomet aan ziekenhuizen in België vóór een chirurgische ingreep, en het ophalen van de betrokken sets bij de ziekenhuizen na deze ingreep, waarvoor AGX exclusiviteit kreeg voor de standaardbestelling (niet voor spoedbestellingen). Verwijzend naar de *de minimis*-bekendmaking stelde de rechter vast dat Biomet geen bewijs leverde dat de overeenkomst (tussen niet-concurrenten) 15% van de markt zou beïnvloeden. Op basis daarvan concludeerde de rechter dat noch het Europees, noch het Belgisch mededingingsrecht van toepassing is⁸⁹. Biomet tekende beroep aan tegen deze uitspraak en voerde onder meer aan dat de *de minimis*-bekendmaking enkel toepasselijk en bindend is op Europees niveau maar niet op het Belgische niveau. De beroepsrechter verwierp deze stelling expliciet: de Belgische rechter mag zich, voor de beoordeling van de merkbaarheid onder het Belgisch recht, inspireren op de Europese bekendmaking. Wat betreft de beoordeling ten gronde, besliste de rechter om, op basis van artikel IV.77 WER, de Belgische Mededingingsautoriteit als *amicus curiae* te verzoeken haar opmerkingen met betrekking tot deze zaak aan de rechter over te maken⁹⁰.

Zoals reeds uiteengezet in de vorige editie van dit overzicht⁹¹, diende het Hof van Cassatie zich in 2012 ook uit te spreken over een exclusieve distributieovereenkomst tussen Bauer en Dubraco, die voorzag in een verbod voor Dubraco om, zonder voorafgaande en schriftelijke toestemming van Bauer, compressoren te verkopen buiten het hem toegewezen territorium. Het Hof van Cassatie bevestigde de nietigheid van de exclusiviteitsprovisies aangezien het verbod niet alleen actieve verkopen maar ook passieve verkopen betrof.

Tot slot verwijzen we nog naar een uitspraak van 2006 die niet in de vorige editie van dit overzicht werd behandeld. In die zaak oordeelde het hof van beroep te Brussel, in lijn met de Europese groepsvrijstelling, dat in het kader van een exclusief distributienetwerk, enkel een beperking op passieve verkopen een inbreuk vormt op het mededingingsrecht. Het verspreiden van verkoopcatalogussen middels een derde partij in gebieden die exclusief aan een andere verdeler

⁸⁵. Gent 10 mei 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2004*, 127.

⁸⁶. Ook het arrest Gent 10 mei 2004, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2004*, 127, betreft de toepassing van EG-verordening nr. 123/85 maar de bepalingen die het voorwerp uitmaakten van de betwisting zijn niet meer relevant voor het geldend recht.

⁸⁷. Verticale richtsnoeren, § 151.

⁸⁸. Voorz. Kh. Brussel 21 maart 2012, A/11/8065, *onuitg.*

⁸⁹. Kh. Antwerpen 26 april 2011, AR 10/01740, *onuitg.* (heropening debatten); Kh. Antwerpen 3 april 2012, AR 10/1740, *onuitg.*

⁹⁰. Antwerpen 23 juni 2014, 2012/AR/1798 en 2012/AR/1843, *onuitg.* De rechter zet hierbij enkele specifieke vragen uit rond marktdefinitie, berekening van de marktaandelen en de toepassing van de *de minimis*-drempels. In haar advies van 17 november 2014 concludeert de BMA als volgt: “De overeenkomst tussen AGX en Biomet valt onder de *de minimis*-mededeling. Immers, (i) het exclusiviteitsbeding kwalificeert niet als een doelbeperking, en (ii) het is wat betreft Biomet zeker en wat betreft AGX hoogstwaarschijnlijk dat zij geen marktaandeel hebben op de relevante markt van meer dan 15%. Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat de overeenkomst in kwestie de mededinging niet merkbaar beïnvloedt en buiten het toepassingsgebied valt van artikel 101 VWEU, respectievelijk artikel IV.1 WER.” Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de BMA in haar advies ook expliciet bevestigt dat een overeenkomst die het volledige grondgebied van België bestrijkt, de mededinging binnen de interne markt kan beïnvloeden en bijgevolg valt onder art. 101 VWEU (voor zover zij merkbaar is).

⁹¹. Antwerpen 29 maart 2010, *TBM 2010*, afl. 2, 138, noot P. WYTINCK en H. BUREZ; Cass. 28 juni 2012, C.10.0433.N., *Arr. Cass.* 2012, afl. 6-7-8, 1770, Concl. C. VANDEWAL. Zie Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 31.

werden toegewezen kwalificeert als actieve verkoop. Deze activiteit kan bijgevolg rechtsgeldig aanleiding geven tot de beëindiging van de exclusieve distributieovereenkomst⁹².

21. Niet-concurrentiebedingen. Geschillen met betrekking tot de geldigheid van niet-concurrentiebedingen blijven schering en inslag in de Belgische rechtspraak. Deze clausules verplichten de afnemer ertoe om geen goederen of diensten te produceren of te verkopen die concurreren met de contractgoederen of -diensten. Net zoals in de vorige editie van dit overzicht⁹³, betreffen deze geschillen vaak brouwerijcontracten waar de afnemer aanvoert dat het hem opgelegde niet-concurrentiebeding strijdig is met de mededingingsregels. Het beding is vaak gekoppeld aan een minimum afnamehoeveelheid en wordt afgedwongen via boetes en/of beëindiging van de overeenkomst. In de meest gevallen bevestigt de rechter de geldigheid van het niet-concurrentiebeding verwijzend naar de Europese *de minimis*-bekendmaking of de groepsvrijstelling⁹⁴. Ook in de kanspelsector werd gebruik gemaakt van dit referentiekader⁹⁵. Een arrest van 2011 van het hof van beroep te Luik biedt een goede illustratie. Het hof onderzocht eerst de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU en concludeerde vervolgens dat de Europese mededingingsregels, bij gebrek aan invloed op de tussenstaatse handel, niet van toepassing zijn. Bij onderzoek van het niet-concurrentiebeding onder artikel IV.1 WER hanteerde de rechter de groepsvrijstelling. Hij stelde daarbij vast dat de overeenkomst geen hardcore beperkingen bevat, doch wel een niet-concurrentiebeding met een onbepaalde looptijd. Na een bespreking van de relevante markt, besloot de rechter dat geen concreet bewijs voorlag van de marktaandeelen van partijen en bijgevolg geen beroep kon worden gedaan op de groepsvrijstelling, noch op de *de minimis*-bekendmaking. De individuele beoordeling door de rechter leidde tot de conclusie dat de afscherming van een individuele horeca-instelling middels een niet-concurrentie-

beding in geen geval als een significante beperking van de mededinging kon gelden⁹⁶.

Het is in dit kader ook interessant om kort een vonnis van 2010 van de rechtbank van koophandel te Kortrijk toe te lichten inzake een wederzijds niet-concurrentiebeding. Het betrof een samenwerking tussen Webnet4U en TML, waarbij de programmatie van TMLs DBFACT websites exclusief door Webnet4U zou gebeuren en Webnet4U dit type sites ook enkel voor TML zou programmeren. De Europese mededingingsregels bleken niet van toepassing aangezien er geen beperking was van de tussenstaatse handel. In plaats van vervolgens over te gaan tot een beoordeling onder de Belgische mededingingsregels, oordeelde de rechter, op grond van een redelijkheidstoets, dat de bedongen exclusiviteit geldig was. De rechter steunde hierbij op het feit dat exclusiviteit beperkt was tot de duur van de overeenkomst (m.n. een onbepaalde duur met een eerste opzegmogelijkheid na 10 jaar) en slechts gold voor zeer beperkte activiteiten (m.n. het programmeren van DBFACT websites). Zelfs als een dergelijke analyse in de praktijk hetzelfde resultaat zou geven als een analyse onder huidig artikel IV.1, § 3 WER, toch zou het vonnis baat hebben bij een uitgebreidere motivering⁹⁷. In beroep bevestigde het hof van beroep te Gent deze uitspraak op basis van een (weliswaar korte) analyse onder de Belgische mededingingsregels. Het hof was het eens met de eerste rechter dat niet werd aangetoond dat de wederzijdse exclusiviteitsverplichting aanleiding zou geven tot een merkbare verhindering, beperking of verval van de mededinging op de Belgische betrokken markt⁹⁸.

22. Overige verticale overeenkomsten: vaststellen van de wederverkooprijks, discriminatie en licentieovereenkomst. In de hierboven vermelde twist tussen Delta Light en Dhdesign en Mignon Design voerden deze laatsten tevens aan dat Delta Light minimum wederverkooprijzen opgelegde.

⁹² Brussel 15 maart 2006, *JLMB* 2007, afl. 12, 479, noot C. STAUDT en P. KILESTE.

⁹³ Zie Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 16. Wij identificeren hier bijkomend nog een aantal zaken die niet werden belicht in de vorige editie van dit overzicht: Luik 29 mei 2009, *JLMB* 2011, afl. 10, 451 (in beroep werd de nietigheid bevestigd van een niet-concurrentiebeding met een duurtijd van 10 jaar); Rb. Turnhout 29 oktober 2007, *Huur* 2008, afl. 4, 223 (de rechter bevestigde in deze zaak de geldigheid van de niet-concurrentiebedingen, die deel uitmaakten van de huurovereenkomst, in lijn met art. 5 van de groepsvrijstelling, gelet op het feit dat de duur van de niet-concurrentiebedingen in overeenstemming was met de periode gedurende dewelke de afnemer gebruik kon maken van lokalen gehuurd van een derde).

⁹⁴ Rb. Oudenaarde 17 februari 2011, 09/699/A, *onuitg.* (geen expliciete verwijzing naar de *de minimis*-bekendmaking, de drankafnameovereenkomst is niet van aard om de mededinging op de relevante markt merkbaar te beperken); Vred. Brugge 14 april 2011, *T.Vred.* 2013, afl. 5-6, 246 (de rechter beperkt zich tot een verwijzing naar de "imperatieve Europese regelgeving" om de vordering af te wijzen zonder verdere analyse); Gent 27 mei 2011, 2009/AR/1492, *onuitg.* (bevestiging van de geldigheid van het niet-concurrentiebeding in lijn met de groepsvrijstelling); Luik 24 mei 2012, 2011/RG/686, *TBM* 2013 (uittreksel), afl. 1, 29, noot H. BUREZ (toepassing van de *de minimis*-bekendmaking om de geldigheid van een exclusief afnamebeding met een looptijd van 10 jaar te bevestigen); Antwerpen 11 juni 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 995 (geen bewijs dat het niet-concurrentiebeding een weerslag van betekenis kon hebben op de tussenstaatse handel, noch werd bewezen dat dit meer dan een te verwaarlozen effect kon hebben op de mededinging op de Belgische markt); Rb. Gent 28 mei 2009 en 25 maart 2010, *onuitg.* en Gent 27 maart 2013, 2010/AR/1428, *onuitg.* (toepassing van de *de minimis*-bekendmaking); Bergen 6 mei 2013, *JLMB*, afl. 15, 709 (geen bewijs geleverd van een beïnvloeding van tussenstaatse handel, noch van enig concurrentieverstorend voorwerp of gevolgen); Kh. Kortrijk 29 oktober 2013, *TGR-TWVR* 2014, afl. 5, 371 (geen bewijs dat de betwiste overeenkomst de mededinging op de Belgische markt merkbaar verhindert); Gent 11 december 2013, 2011/AR/1155, *onuitg.* (toepassing van de *de minimis*-bekendmaking); Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 27 maart 2014, *T.Vred.* 2015, afl. 5-6, 148 (toepassing van de *de minimis*-bekendmaking).

⁹⁵ Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS; Luik 13 september 2011, *TBM* 2012, afl. 2-3, 173; Luik 27 juni 2013, *JLMB* 2013, afl. 37, 1891.

⁹⁶ Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS.

⁹⁷ Kh. Kortrijk 28 december 2010, 09/01927, *onuitg.*

⁹⁸ Gent 25 februari 2013, 2011/AR/492, *onuitg.*

Zowel de voorzitter in eerste aanleg als het hof van beroep wezen deze claim summier af bij gebrek aan enig bewijs.

Artikel IV.1, § 1, 4° WER (en art. 101, § 1, d) VWEU) verbiedt overeenkomsten die de mededinging beperken, “*met name die bestaan in het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hen daarmee nadeel berokkend bij de mededinging*”. Verzekeringsmakelaar Stekelorum beriep zich op deze bepaling om zich erover te beklagen dat een verzekeraar haar minder gunstige voorwaarden had aangeboden dan aan een concurrerende makelaar. De rechtbank in eerste aanleg⁹⁹ wees de eis af omdat er geen merkbaar verschil was tussen beide offertes. In beroep stelde het hof van beroep te Brussel¹⁰⁰ wel een inbreuk op artikel IV.1, § 1, 4° WER vast omdat de verzekeraar “*de neutraliteit tussen makelaars*” niet had gerespecteerd. Deze uitspraak is erg verrassend. Het mededingingsrecht verplicht een verzekeraar geenszins om aan iedere makelaar dezelfde voorwaarden aan te bieden, zelfs bij gelijkwaardige prestaties, tenzij eventueel in het geval waar de verzekeraar over een machtspositie zou beschikken. Artikel IV.1, § 1, 4° WER verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen waarbij wordt afgesproken om andere ondernemingen ongelijk te behandelen, zoals bijvoorbeeld een gecoördineerde boycot van specifieke handelspartners. In voorliggend geval was Artikel IV.1, § 1, 4 WER niet van toepassing omdat er klaarblijkelijk geen overeenkomst voorlag, maar enkel een eenzijdige handeling van de verzekeraar.

We sluiten dit hoofdstuk af met een geschil over de geldigheid van een licentieovereenkomst. Voor het hof van beroep te Bergen¹⁰¹ voerden verweerders aan dat de verplichting om een royalty te betalen voor het gebruik van een octrooi strijdig was met het mededingingsrecht. Het hof wees deze exceptie van nietigheid terecht af en verduidelijkte dat de verweerders in gebreke bleven om *in concreto* aan te tonen hoe de betaling van royalties het hen bemoeilijkte om in de relevante markt competitief te zijn. Het hof zag evenmin graven in de verplichting van de licentienemer om afstand te doen aan de licentiegever van eventuele verbeteringen die ondeelbaar waren met de in licentie gegeven technologie¹⁰². Het Hof van Cassatie¹⁰³ bevestigde deze uitspraak integraal met de stelling dat een overeenkomst die de licentienemer

verplichtte, enerzijds, om afstand te doen van een deel van de rechten op eventuele verbeteringen en, anderzijds, om een vergoeding te betalen, manifest niet het oogmerk had om de mededinging te beperken in de zin van artikel IV.1 WER.

1.5. Misbruik van machtspositie

23. Inleiding. Dit hoofdstuk biedt een overzicht van de Belgische rechtspraak inzake het verbod op misbruik van machtspositie vervat in artikel IV.2 WER en haar tegenhanger in het Europees recht, artikel 102 VWEU. De Belgische rechters moeten beide bepalingen toepassen wanneer de beweerdelijke inbreuk niet enkel de mededinging op de betrokken Belgische markt verhindert, maar ook de tussentaatse handel merkbaar beïnvloedt. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een onderneming een machtspositie heeft “*die een gehele lidstaat bestrijkt*”¹⁰⁴.

Een welbekend cassatiearrest van 7 januari 2000 bepaalde dat een gedraging die geen inbreuk vormt op de mededingingsregels niet alsnog kan worden gesanctioneerd als een oneerlijke marktpraktijk in de zin van Boek VI WER¹⁰⁵. Deze beperkende werking van het mededingingsrecht op de notie van de eerlijke marktpraktijken is zelf echter ook begrensd. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de beperkende werking enkel speelt indien de gedraging er uitsluitend in bestaat de mededinging te beperken. Er kan dus niettemin sprake zijn van een oneerlijke marktpraktijk op een andere grondslag, met name indien de praktijk misbruik van recht uitmaakt. Zo zou een getrouwheidskorting, die *in casu* gepaard ging met een sanctiemechanisme, een oneerlijke marktpraktijk kunnen vormen, zelfs wanneer de onderneming die de korting toekent geen machtspositie bezit (en er dus geen misbruik van machtspositie kan bestaan in de zin van art. IV.2 WER)¹⁰⁶. De bewuste uitspraak is o.i. betwistbaar. De motivatie van het hof van beroep luidde dat de benadeelde concurrent door deze korting de toegang tot de markt werd ontzegd, hetgeen uitsluitend betrekking heeft op een aantasting van de mededinging. Indien de onderneming die de korting toekent geen machtspositie heeft, kan de concurrent moeilijk door deze praktijk de toegang tot de markt worden ontzegd. De korting zou o.i. mogelijk als een oneerlijke handelspraktijk kunnen worden geïnterpreteerd indien

⁹⁹. Kh. Brussel 4 augustus 2005, *onuitg.*

¹⁰⁰. Brussel 24 juni 2008, *RGAR* 2010, afl. 10, nr. 14.692.

¹⁰¹. Bergen 9 mei 2011, *ICIP* 2014, afl. 1, 49.

¹⁰². Het hof van beroep verwees hier uitdrukkelijk naar de Europese reglementering ter zake, met name verordening (EG) nr. 240/96 van de Commissie van 31 januari 1996, inmiddels vervangen door verordening (EG) nr. 316/2014 van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van art. 101, 3. VWEU op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (*Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 93, 17), alsook naar de toepasselijke richtsnoeren van de Commissie.

¹⁰³. Cass. 18 oktober 2013, C.11.0719.F, *Arr.Cass.* 2013, afl. 10, 2144, *TBH* 2015, afl. 9, 921.

¹⁰⁴. Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.* De rechtbank verwees expliciet naar de relevante richtlijnen van de Europese Commissie: mededeling van de Commissie, richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het verdrag (*Pb.C.* 27 april 2004, afl. 101, 81, § 93).

¹⁰⁵. Cass. 7 januari 2000, C.99.0233.N, *Arr.Cass.* 2000, 40. Zie ook Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 8.

¹⁰⁶. Antwerpen 24 september 2015, *TBM* 2016, afl. 2, 165. Aangezien het om een eenzijdige handeling ging, was uiteraard ook art. IV.1 WER niet van toepassing.

het sanctiemechanisme specifiek aankopen bij de klagende partij zou viseren, maar dat blijkt niet uit de ons gekende feiten.

Het eerste deel van dit hoofdstuk behandelt de kernbegrippen bij de stapsgewijze beoordeling van misbruik van machtspositie: relevante markt, machtspositie en misbruik. De overige delen belichten de Belgische rechtspraak per type misbruik: prijsgerelateerde vormen van machtsmisbruik (deel 1.5.2.), machtsmisbruik in de vorm van verkoops- en toegangswijeringen (deel 1.5.3.), en andere vormen van niet-prijsgerelateerd machtsmisbruik (deel 1.5.4.).

1.5.1. Relevante markt, machtspositie en misbruik

24. Stapsgewijze analyse. Vooraleer sprake kan zijn van een misbruik van machtspositie, moet eerst de relevante markt worden gedefinieerd en een machtspositie worden vastgesteld¹⁰⁷. Het is echter niet nodig dat het misbruik zich voordoet op de markt waar de beweerdelijk dominante onderneming over een machtspositie beschikt. De bewijslast ligt bij de partij die het misbruik aanvoert: deze partij moet dus niet enkel aantonen dat er een misbruik is, maar moet tevens de relevante markten beschrijven en het bestaan van een machtspositie bewijzen. Uit de praktijk blijkt dat dit een heikel punt blijft voor eisende partijen: dit bewijs is erg moeilijk te leveren, zowel wat betreft de bepaling van de relevante markt en de machtspositie¹⁰⁸, als wat betreft het bestaan van een misbruik¹⁰⁹. De rechtspraak aanvaardt daarom dat de eisende partij geen onmiddellijk bewijs van de inbreuk hoeft aan te brengen. De eiser moet zijn aantijgingen wel voldoende waarschijnlijk maken zodat de rechter onderzoeksmaatregelen kan bevelen die de geleverde aanwijzingen kunnen aanvullen¹¹⁰. Dit wordt in meer detail besproken in hoofdstuk 2.3. van dit overzicht.

25. Relevante productmarkt. De eerste stap vereist dus een bepaling van de relevante product- en geografische markt. Daarbij vindt de Belgische rechtspraak houvast bij de

bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt¹¹¹. Voor de definitie van de relevante productmarkt schenken de hoven en rechtbanken vooral aandacht aan substitutiemogelijkheden aan de vraagzijde en aan de (mogelijke) gevolgen van een substantiële prijsverhoging. In het dispuut tussen AMP en meerdere verdelers van persartikels oordeelde het hof van beroep dat eigen ophaling geen werkelijk alternatief vormde voor dienstverlening door AMP aangezien slechts enkele verdelers tot eigen ophaling waren overgegaan op het moment dat AMP de prijzen besloot te verdubbelen¹¹².

De rechter houdt evenwel ook rekening met mogelijke substitutie aan de aanbodzijde. In dezelfde AMP-zaak, stelde het hof vast dat de belangrijke prijsverhoging ook niet had geleid tot een toetreding van nieuwe spelers tot de markt, hetgeen het bestaan van ernstige toetredingsbelemmeringen onderbouwde.

Waar mogelijk steunt de rechter zich op precedenten uit de beslissingspraktijk van mededingingsautoriteiten, zowel de Europese Commissie als de Belgische Mededingingsautoriteit¹¹³. Precedenten in het kader van concentratiecontrole zijn evenzeer bruikbaar voor de analyse van een misbruik-zaak. De criteria die nuttig zijn voor de marktdefinitie in het kader van zaken van misbruik van machtspositie en in concentratiezaken zijn immers dezelfde¹¹⁴. Ook de beslissingen van de sectorregulator kunnen een belangrijke vorm van inspiratie zijn. In de zaak tussen *KPN Belgium en Belgacom* betreffende het *Happy Time*-tarief, ging de rechtbank uitgebreid in op de definitie van de relevante markten (zelfs uitgebreider dan de BMA in de parallelle administratieve zaak)¹¹⁵. De rechtbank verwees met name naar de beslissingen van het BIPT en schaarde zich achter het BIPT op de grond dat eiseres niet kon aantonen dat de marktdefinitie van het BIPT manifest onjuist was. Ook het feit dat de bevoegde regulatoren in de buurlanden een andere mening waren toegedaan, kon de rechter niet overtuigen zich van het BIPT te distantiëren.

In een vonnis uit 2012 ging de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Bergen¹¹⁶ na wat de relevante markt was

¹⁰⁷. Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS; Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*

¹⁰⁸. Voorz. Kh. Dendermonde 30 november 2011, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2011, 582; Voorz. Kh. Brussel 5 december 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 621; Voorz. Kh. Brussel 24 juni 2013 *Jaarboek Marktpraktijken*, 2013, 1287; Voorz. Kh. Gent (afd. Dendermonde) 29 april 2015, *TBH* 2016, afl. 8, 785. We merken op dat de rechter in deze zaak tevens bevestigt dat de ongeldigheid van een selectief distributiesysteem onder art. 101 VWEU en/of art. IV.1 WER niet kan leiden tot een verplichting tot contracteren.

¹⁰⁹. Brussel 5 mei 2011, *AM* 2012, afl. 2-3, 202, *ICIP* 2011, afl. 1, 56, *IRDI* 2011, afl. 3, 265, noot F. PETILLION, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2011, 896, *RDTI* 2011, afl. 44, 35, noot A. DE FRANCOUEN, *TBH* 2011 (weergave G. SORREAU), afl. 7, 733.

¹¹⁰. Kh. Mechelen 3 november 2011, *AM* 2013, afl. 3-4, 237.

¹¹¹. Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht (hierna: "Europese bekendmaking relevante markt") (*Pb.C.* 9 december 1997, afl. 372, 5-13).

¹¹². Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

¹¹³. Zie bv.: Voorz. Kh. Antwerpen 17 juni 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 669, *TBM* 2014, afl. 4, 356, bevestigd in beroep en Kh. Mechelen 3 november 2011, *AM* 2013, afl. 3-4, 237.

¹¹⁴. Of minstens analoog, zie: Antwerpen 24 september 2015, *TBM* 2016, afl. 2, 165.

¹¹⁵. Vgl. Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*, met Raad Mededinging 29 november 2012, nr. 2012-P/K-29, *Tele 2 / Belgacom* ("Happy Time") (*BS* 9 januari 2013, ed. 1 (uittreksel), 776). De rechter definieerde ook de markt voor toegang tot het openbare telefoonnetwerk op een vaste locatie als relevante markt, terwijl de BMA oordeelde dat deze markt niet relevant was. Het is opmerkelijk dat beide beslissingen op dezelfde dag werden getroffen.

¹¹⁶. Voorz. Kh. Bergen 26 oktober 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 745.

in een geschil tussen een onderaannemer van autoherstellers (Belga-Tol) en verzekeraar AXA. Deze laatste had haar netwerk van erkende autoherstellers aanbevolen om met een andere onderaannemer te werken. Belga-Tol argumenteerde dat AXA daarbij misbruik van haar dominante positie zou hebben gemaakt, maar ging in haar vordering niet dieper in op de machtspositie van AXA. De voorzitter onderzocht volledigheidshalve hoe de relevante productmarkt moest worden afgebakend om de beweerdelijke machtspositie en het beweerdelijk misbruik te beoordelen. Hij meende dat de verzekeringsmarkt niet van belang was, aangezien de eventuele mededingingsbeperking zich niet op dat niveau voordeed. De rechtbank analyseerde vervolgens de markt voor het herstellen van voertuigen, om finaal te besluiten dat er geen bewijs voorlag van enige inbreuk.

Tot slot vermelden we nog de uitspraak van het hof van beroep te Gent dat oordeelde dat de markt voor het onderhoud en herstel van motorfietsen merkspecifiek is¹¹⁷. Er bestaat wat dit betreft dus geen systeemmarkt die zowel de verkoop van nieuwe motorfietsen als het onderhoud ervan omvat. Dit is in lijn met eerdere Belgische rechtspraak en ook met de Europese beslissingspraktijk¹¹⁸ maar wellicht te nuanceren in het geval van vrachtwagens waarvoor kopers mogelijks wel de onderhoudskosten in aanmerking nemen bij de aankoop van nieuwe voertuigen¹¹⁹.

26. Relevante geografische markt. De hoven en rechtbanken gaan doorgaans slechts beknopt in op de bepaling van de geografische markt. In sommige gevallen sluit de rechter zich zonder meer aan bij de partijen wanneer er geen betwisting over de geografische markt bestaat¹²⁰. Soms is er helemaal geen analyse of enkel impliciet via een verwijzing naar de beslissingspraktijk van de Europese of Belgische Mededingingsautoriteiten¹²¹. Wanneer wel een analyse gebeurt, zijn de nationale organisatie van de betrokken onderneming(en), alsook homogene verkoops- en concurrentievoorwaarden (met name toegepaste tarieven) over het gehele Belgische grondgebied relevante aanwijzingen om tot een nationale markt te besluiten¹²². Inzake de markt voor de doorgifte van televisiesignalen beschouwde de rechter in 2011 dat de geografische markt samenviel met het verzor-

gingsgebied van Telenet die in dat gebied over een feitelijk monopolie beschikte¹²³.

Als uitloper van een geschil tussen Katoennatie en het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen (“GHA”) moest de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel oordelen over een beweerdelijk machtsmisbruik door GHA¹²⁴. Dat misbruik bestond uit het kwijtschelden van vergoedingen verschuldigd door concurrenten van Katoennatie aan GHA wegens het niet halen van de beoogde containeroverslagdoelstellingen. De zaak strandde evenwel bij de vaststelling van de relevante geografische markt. De rechtbank stelde vast dat het toekennen van havenconcessies, en het bepalen van de concessievoorwaarden (waaronder vergoedingen indien de doelstellingen niet worden gehaald), een economische activiteit uitmaken, waarbij GHA concurreert met andere havens die eveneens ruimte kunnen toewijzen aan overslagbedrijven. Uit de gegevens die werden voorgelegd bleek dat de haven van Antwerpen concurreert met andere havens in het noordwesten van het Europese vasteland teneinde trafiek aan te trekken voor overslag van goederen bestemd voor, of afkomstig van, het elkaar overlappende hinterland van deze havens. De rechtbank besloot dus dat de relevante markt bestaat uit het geheel van de aanbieders van vergelijkbare haventerreinen in de zogenaamde “Hamburg-Le Havre” range. Ze stelde verder vast dat de geleverde data duidelijk aantonen dat de haven van Antwerpen in deze relevante markt geen dominante positie inneemt, en GHA dus geen misbruik kon worden verweten.

27. Machtspositie: definitie en vaststelling. Het begrip machtspositie wordt gedefinieerd in artikel I.6 WER. De rechtspraak verwijst getrouw naar deze definitie of naar de Europese rechtspraak¹²⁵. Belangrijk is dat de onderneming zich onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten, afnemers en eindgebruikers. Bijgevolg kan men ervan uitgaan dat een onderneming een machtspositie heeft als ze in staat is gedurende een aanzienlijke periode de prijzen te verhogen en te handhaven boven “het concurrerende niveau”¹²⁶.

Het bestaan van een machtspositie moet blijken uit een bundel van criteria. Wellicht het belangrijkste criterium betreft

¹¹⁷ Gent 1 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1208, *NJW* 2015, afl. 325, 499, noot R. STEENNOT, *RABG* 2016, afl. 8-9, 622, noot B. GIELEN, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 1, 129, *TBM* 2015, afl. 3, 177, noot H. BUREZ en A. FOCQUET. Zoals door H. BUREZ en A. FOCQUET wordt aangegeven, is er wel afwijkende rechtspraak in Duitsland.

¹¹⁸ Zie hierover, in meer detail, *Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 30* en *Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 6*.

¹¹⁹ Brussel 11 maart 2015, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2015, 732.

¹²⁰ Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*

¹²¹ Voorz. Kh. Antwerpen 17 juni 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 669, *TBM* 2014, afl. 4, 356.

¹²² Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

¹²³ Kh. Mechelen 3 november 2011, *AM* 2013, afl. 3-4, 237. Zie ook *Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 7* en vn. 35.

¹²⁴ Rb. Brussel 12 februari 2015, *TBM* 2015, 87.

¹²⁵ Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *onuitg.*

¹²⁶ Gent 1 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1208, *NJW* 2015, afl. 325, 499, noot R. STEENNOT, *RABG* 2016, afl. 8-9, 622, noot B. GIELEN, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 1, 129, *TBM* 2015, afl. 3, 177, noot H. BUREZ en A. FOCQUET. In de hierna beschreven AMP-zaak (zie randnr. 31), oordeelde het hof dat de éézijdige, éénmalige en abrupte manier waarop AMP een belangrijke prijsverhoging had doorgevoerd een aanwijzing vormde voor haar marktmacht omdat hieruit bleek dat AMP geen rekening diende te houden met de reactie van haar afnemers of concurrenten.

het marktaandeel van de beweerdelijk dominante onderneming maar het marktaandeel alleen is niet doorslaggevend. De rechter onderzoekt ook andere factoren die de mededinging op de relevante markt beïnvloeden, zoals de omvang van de onderneming, haar controle over belangrijke infrastructuur (met name belangrijk in de sector van de telecommunicatie), verticale integratie en schaafeffecten¹²⁷. Het is essentieel om de concurrentiële structuur van de markt te analyseren rekening houdend met de positie van de dominante onderneming en haar concurrenten¹²⁸, met de mogelijkheid voor de concurrenten om hun positie te versterken en voor nieuwe spelers om de markt te betreden, alsook met de onderhandelingspositie van de afnemers van de dominante onderneming¹²⁹. Het hof van beroep te Brussel merkte op dat volgende bijkomende criteria aandacht verdienen wanneer marktaandelen op zich onvoldoende zijn om het bestaan van een dominante positie vast te stellen: *“de situatie van economische afhankelijkheid waarin de klanten, de concurrenten en de consumenten zich kunnen bevinden, of nog bijkomende factoren van structurele aard die eigen zijn aan de onderneming zoals haar geavanceerde technologie, de uitgebreidheid van haar productengamma of bijkomende factoren afkomstig van de markt zelf zoals de potentiële concurrenten of de maturiteitsgraad van de markt”*¹³⁰.

28. Machtspositie en marktaandelen. Het bezit van een hoog marktaandeel is minstens een belangrijke indicatie van een machtspositie. Een marktaandeel van 50% of meer geldt – op zichzelf – als (weerlegbaar) vermoeden van een machtspositie. In dat geval wordt de bewijslast omgekeerd en komt het toe aan de onderneming om aan te tonen dat zij, ondanks haar grote marktaandeel, geen machtspositie bekleedt¹³¹. Verwijzend naar de Europese *United Brands*-rechtspraak¹³², geldt een aandeel van 40% of meer als een sterke indicatie van een machtspositie. Een marktaandeel van minder dan

30% vormt daarentegen, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, geen indicatie van dominantie.

De Belgische rechters passen deze principes consistent toe in hun rechtspraak. Er is uiteraard geen twijfel wanneer de betrokken onderneming over een feitelijk monopolie¹³³ beschikt en, in voorkomend geval, haar infrastructuur moeilijk te dupliceren is¹³⁴. Het bestaan van een machtspositie werd voorts bevestigd bij marktaandelen van (meer dan) 50%¹³⁵ en 90%¹³⁶. Het feit dat het marktaandeel van de onderneming gestaag zakt bewijst niet dat de onderneming geen machtspositie (meer) bezit indien het marktaandeel nog steeds zeer belangrijk is en de onderneming ten aanzien van haar concurrenten nog over andere economische voordelen beschikt¹³⁷.

Er werd geen machtspositie vastgesteld bij marktaandelen tussen 18,73% en 22,29%¹³⁸ of een marktaandeel van 30,50%¹³⁹. Marktaandelen tussen 1% en 5% en tussen 5% en 10% leveren evenmin een machtspositie op, zelfs indien de betrokken onderneming marktleider is in een subsector van een markt¹⁴⁰. In meer algemene termen hebben ondernemingen met een marktaandeel van 25% of minder geen machtspositie terwijl ondernemingen met een marktaandeel tussen 25% en 40% normaliter ook geen machtspositie bekleden¹⁴¹.

29. Het begrip misbruik van machtspositie. Het begrip misbruik van machtspositie wordt niet gedefinieerd in de wet. Artikel IV.2 WER bevat enkel een opsomming van praktijken die een misbruik kunnen vormen maar deze opsomming is niet limitatief¹⁴². Enerzijds is het vaste rechtspraak dat het loutere bezit van een machtspositie geen misbruik uitmaakt¹⁴³. Een dominante onderneming heeft anderzijds evenwel een bijzondere verantwoordelijkheid om de mededinging op de markt, die reeds sterk verzwakt is, niet verder te ondermijnen. Het is dus mogelijk om misbruik te

¹²⁷. Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.* Deze zaak betrof een betwisting in de telecommunicatiesector.

¹²⁸. In de praktijk wordt vaak verwezen naar overige concurrenten die op de markt aanwezig zijn om een machtspositie van de verweerder af te wijzen. Zie bv. Voorz. Kh. Dendermonde 30 november 2011, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2011, 582: zonder enige verwijzing naar marktaandelen meent de rechter dat geen bewijs van dominante positie werd geleverd, mede gelet op het feit dat de producten die door verweerster werden verdeeld, tevens bij verschillende andere leveranciers verkrijgbaar zijn. Zie ook: Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

¹²⁹. Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS.

¹³⁰. Brussel 27 februari 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 550, *TBM* 2014, afl. 4, 352.

¹³¹. Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *onuitg.* In *KPN Belgium / Belgacom* slaagde Belgacom er aldus niet in om de analyse van het BIPT dat (deels) gebaseerd was op het hoge marktaandeel van Belgacom te weerleggen: Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*

¹³². HvJ 14 februari 1978, C-27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV / Commissie*, ECLI:EU:C:1978:22.

¹³³. Kh. Mechelen 3 november 2011, *AM* 2013, afl. 3-4, 237.

¹³⁴. Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*

¹³⁵. Gent 1 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1208, *NJW* 2015, afl. 325, 499, noot R. STEENNOT, *RABG* 2016, afl. 8-9, 622, noot B. GIELEN, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 1, 129, *TBM* 2015, afl. 3, 177, noot H. BUREZ en A. FOCQUET; Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

¹³⁶. Voorz. Kh. Turnhout 15 maart 2013, nr. C/13/00008, *onuitg.*

¹³⁷. Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*

¹³⁸. Brussel 27 februari 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 550, *TBM* 2014, afl. 4, 352.

¹³⁹. Voorz. Kh. Gent (afd. Dendermonde) 29 april 2015, *TBH* 2016, afl. 8, 785.

¹⁴⁰. Het is dan uiteraard cruciaal om de markt correct af te bakenen: Voorz. Kh. Antwerpen 17 juni 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 669, *TBM* 2014, afl. 4, 356.

¹⁴¹. Voorz. Kh. Brussel 25 april 2013, A.C. 8582/2012, *onuitg.*

¹⁴². Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

¹⁴³. Luik 28 februari 2011, *DAOR* 2012, afl. 2, 243, noot D. MERTENS.

maken van een machtspositie, zelfs wanneer de dominante onderneming zich op dezelfde manier gedraagt als een niet dominante onderneming¹⁴⁴. Het is niet pertinent of de dominante onderneming met haar gedraging de beperking van de mededinging beoogt. De intentie is slechts één van de vele feitelijke elementen die de conclusie van het bestaan van een misbruik kunnen staven¹⁴⁵.

Het misbruik kan zich daarenboven voordoen op een andere markt dan deze waar de machtspositie van de onderneming wordt vastgesteld. Het misbruik kan bijgevolg de mededinging beperken zowel op stroomopwaarts gelegen als stroomafwaarts gelegen markten¹⁴⁶ of, bijvoorbeeld ook op aangrenzende markten.

30. Uitsluitingsgedrag vs. uitbuitingsgedrag. In de periode 2011-2015 kwamen zowel uitsluitingsmisbruiken als uitbuitings- of exploitatiemisbruiken aan bod. Uitsluitingspraktijken betreffen praktijken die de markt voor concurrenten afschermen. Voorbeelden zijn: leverings- of toegangsweigeringen, afbraakprijzen of marge-uitholling. Uitbuitingspraktijken beogen rechtstreeks andere partijen “*economische voordelen af te nemen*”¹⁴⁷. Voorbeelden zijn: onbillijke prijzen of het opleggen van onredelijke contractvoorwaarden.

1.5.2. Prijsgerelateerd misbruik

31. Onbillijke of buitensporige prijzen. Inzake buitensporige prijzen bestaat dit overzicht uit een vervolgverhaal van twee zaken die reeds in de vorige editie aan bod kwamen. Een prijs is onbillijk of buitensporig indien de prijs niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie of gevoelig boven de daartoe als relevant weerhouden referentie uitstijgt¹⁴⁸. Om het buitensporig karakter aan te tonen moet men de prijs vergelijken met de naar rede verantwoorde kosten en een redelijke winstmarge van de betrokken onderneming of met de prijzen van vergelijkbare prestaties geleverd door derde ondernemingen¹⁴⁹. In principe stelt de rechter zich veelal terughoudend op en onderwerpt de prijszetting door de dominante onderneming enkel aan een marginale toetsing. Dat lijkt ons de juiste benadering. Dat staat er niet aan in de weg dat de rechter een diepgaande analyse kan uitvoeren, zolang dit niet resulteert in verregaande interventie in het prijsbeleid van de

dominante onderneming. Het valt op dat de bewijsvoering door de partijen een prangend probleem blijft en de rechter steunt zijn oordeel bijgevolg in belangrijke mate op het onderzoek van deskundigen.

De twist tussen de NMBS en Electrabel¹⁵⁰ betrof het doorrekenen door Electrabel van kosten veroorzaakt door de invoering van het systeem van CO₂-emissierechten. De rechter in eerste aanleg had de eis afgewezen omdat de NMBS had gefaald het onbillijke karakter van de door Electrabel aangekende (totale) prijs aan te tonen¹⁵¹. Het hof van beroep te Brussel stelde eerst via tussenarrest¹⁵² een deskundige aan. Het hof motiveerde deze beslissing met de moeilijkheid voor de klagende partij om het bewijs van het beweerde misbruik te leveren in afwezigheid van een door de mededingingsautoriteit gevoerd onderzoek. De klagende partij heeft immers geen toegang tot de vertrouwelijke gegevens van de verwerende partij die hiertoe essentieel zijn.

In het eindarrest van 14 januari 2015 bevestigde het hof de uitspraak in eerste aanleg en verwierp de eis van de NMBS. Belangrijk is het standpunt van het hof dat het enkel een marginale toetsing uitvoert: “*de rechter moet (...) beschikken over de vereiste bewijselementen die hem toestaan om naar rede aan te nemen dat deze aangerekende prijs kennelijk onevenredig is in die zin dat hij de gehanteerde competitieve benchmarkprijs of de vastgestelde economische waarde gevoelig overschrijdt.*” Reeds in zijn tussenarrest had het hof geoordeeld dat het realiseren van *windfall profits* (zelfs indien die maatschappelijk onwenselijk zou zijn) op zich geen misbruik uitmaakt. Dit is slechts de eerste stap in de analyse. Het is daarnaast ook nodig om aan te tonen dat deze buitensporige winsten aanleiding hebben gegeven tot een prijs die onbillijk is, met name een prijs die niet mogelijk was geweest bij ontstentenis van de machtspositie. Volgens het hof is het vereist dat de *totale* prijs zelf buitensporig is ten aanzien van de economische waarde van het product of in vergelijking met de gepaste competitieve *benchmark*.

Het hof was voorts van mening dat een dominante onderneming niet gehouden is om enkel werkelijk geleden kosten door te rekenen. Zij mag tevens opportuïteitskosten in rekening brengen (er moest dus geen extra inspanning van Electrabel tegenover staan)¹⁵³. Dit kan enkel een misbruik uitmaken in aanwezigheid van bijzondere omstandigheden, met name indien de doorrekening niet mogelijk was geweest bij

¹⁴⁴ Brussel 14 januari 2015, *TBH* 2015, afl. 8, 828, *TBM* 2016, afl. 1, 33.

¹⁴⁵ Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *onuitg.*

¹⁴⁶ In het kader van het misbruik via het toepassen van ongelijke voorwaarden voor gelijkwaardige prestaties: Kh. Bergen 26 maart 2010, *onuitg.*

¹⁴⁷ Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194. Zie ook: 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, § 7 (“richtsnoeren handhavingsprioriteiten”).

¹⁴⁸ Brussel 14 januari 2015, *TBH* 2015, afl. 8, 828, *TBM* 2016, afl. 1, 33.

¹⁴⁹ Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 14.

¹⁵² Brussel 11 oktober 2011, 2010/AR/3112, *onuitg.*

¹⁵³ De emissierechten waren immers gratis verkregen en vormden dus geen werkelijke kost, maar waren wel waardevol omdat zij afzonderlijk verkocht konden worden.

ontstentenis van de machtspositie. Het hof baseerde zich op het verslag van de deskundige die had besloten dat het doorrekenen van de emissierechten niet het gevolg was van Electrabels machtspositie, maar van het feit dat alle concurrenten eveneens aan het systeem van CO₂-emissierechten moesten voldoen. Aangezien zij dus allen dezelfde kosten droegen, was het ook voor Electrabel mogelijk om deze kosten door te rekenen. Het hof was ten slotte van mening dat de bijzondere verantwoordelijkheid van Electrabel als dominante onderneming niet vergt dat zij, in tegenstelling tot niet-dominante ondernemingen, een *cost-plus*-model zou moeten toepassen voor haar prijszetting (die haar enkel zou toelaten werkelijk gedragen kosten door te rekenen) terwijl andere ondernemingen het principe van marginale prijszetting kunnen toepassen. Het besluit luidde dus dat een prijs niet onbillijk wordt omdat zij wordt toegepast door een dominante onderneming. Een prijs is enkel onbillijk als er geen redelijke verantwoording voor bestaat.

De tweede zaak die we reeds in de vorige editie bespraken betreft een dubbele klacht van persverkopers tegen AMP voor het beweerdelijk onbillijke karakter van de eenzijdige verdubbeling van haar minimumtarief voor het verstrekken van logistieke diensten¹⁵⁴. In een arrest van 29 mei 2012, die beide klachten behandelde, vernietigde het hof van beroep te Brussel het vonnis in eerste aanleg¹⁵⁵. Het feit dat de prijsverhoging niet verantwoord werd door gestegen kosten, betekende niet noodzakelijk dat er sprake was van een misbruik van machtspositie. Anders zou een historisch verlieslatende activiteit nooit kostendekkend kunnen worden. Het niveau van de prijsverhoging was voor het hof echter buitensporig. Daarbij wees het hof de vergelijkingspunten aangevoerd door de partijen af en meende het zich enkel te kunnen steunen op het verslag van de deskundige (voorbeelden uit het buitenland waren niet dienstig omwille van verschillende marktomstandigheden).

Het hof neemt bijgevolg de door de deskundige berekende vergoeding als uitgangspunt (met name 205 EUR) en bestempelde het gedeelte van de door AMP vastgestelde vergoeding dat dit bedrag te boven gaat als excessief (219 EUR). Op het eerste gezicht is dit een relatief klein verschil dat bovendien mogelijks (deels) verantwoord was door indirecte kosten waarvan het bestaan door het hof niet werd uitgesloten. Het hof schaarde zich wel achter de deskundige die de toerekening van de indirecte kosten door AMP arbitrair vond en er dus geen rekening mee had gehouden. Zelfs indien deze indirecte kosten niet afdoende konden worden berekend, kan het bestaan ervan o.i. minstens een deel verantwoord van het verschil tussen de door de deskundige

als verantwoord bevonden vergoeding en de vergoeding die AMP wou aanrekenen. Rekening houdend met die indirecte kosten lijkt het verschil tussen 219 en 205 EUR te klein om als kennelijk onredelijk te worden gebrandmerkt in het kader van een marginale toetsing. Anderzijds stelde het hof ook vast dat AMP ten onrechte de kosten van de ophaling van onverkochte exemplaren volledig ten laste legde van de persverkopers. Uit het arrest blijkt niet dat de deskundige daarmee rekening had gehouden en bijgevolg zou de door de deskundige vastgestelde vergoeding mogelijks zelf excessief zijn. De vraag rijst waarom het hof de deskundige niet heeft gevraagd dit aspect in rekening te brengen en desalniettemin de berekening van de deskundige als uitgangspunt overnam.

Wat er ook van zij, het feit dat het hof van beroep de indirecte kosten buiten beschouwing had gelaten wegens gebrek aan onderbouwing door AMP, leidde het Hof van Cassatie ertoe om het arrest te vernietigen¹⁵⁶. Het hof van beroep had zodoende immers de bewijslast, die op de eisers in eerste aanleg rustte, verkeerdelijk omgekeerd. Deze uitspraak legt het probleem van de bewijslast bloot. Zonder een onderzoek door de mededingingsautoriteit, is het erg moeilijk om het bewijs van een prijsmisbruik te leveren. Niettemin rust de bewijslast op de partij die het bestaan ervan aanvoert (hoewel in deze het AMP was die aanvoerde dat met indirecte kosten rekening moest worden gehouden). Partijen kunnen de rechtbank verzoeken om een expert aan te stellen maar worden vervolgens afhankelijk van de kwaliteit van zulk deskundigenonderzoek. Het is bijgevolg belangrijk dat de rechter de missie van de deskundige duidelijk bepaalt en eventueel bijstuurt en ook dat de partijen nauwgezet het werk van de deskundige opvolgen. De zaak bevatte tevens een component van prijsdiscriminatie, hetgeen hierna in randnr. 34 wordt besproken.

32. Roof- of afbraakprijzen. In een arrest van 26 februari 2015¹⁵⁷ definieerde het hof van beroep te Brussel rooftprijzen als prijzen waarbij een onderneming op korte termijn een deel van haar winsten opoffert, zonder evenwel noodzakelijkerwijze een verlies te lijden, teneinde een concurrent uit te schakelen en als gevolg daarvan supracompetitieve prijzen te kunnen toepassen (met name prijzen die hoger zijn dan op een competitieve markt mogelijk zou zijn)¹⁵⁸. In het geval van een dominante onderneming, is er echter nog geen sprake van een misbruik wanneer de onderneming lage prijzen toepast. Zoals het hof zelf onmiddellijk preciseerde, is bovenal vereist dat de dominante onderneming het oogmerk heeft haar concurrent uit te schakelen. Zulk uitschakelings-

¹⁵⁴. Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 14.

¹⁵⁵. Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

¹⁵⁶. Cass. 26 december 2014, C.12.0488.N, *TBM* 2015, afl. 3, 235.

¹⁵⁷. Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *onuitg.*

¹⁵⁸. We merken op dat de mogelijkheid om nadien via supracompetitieve prijzen de geleden verliezen terug te verdienen, geen vereiste is opdat er sprake zou kunnen zijn van een misbruik via rooftprijzen. De relevante vraag is of de praktijk tot de uitschakeling van concurrenten kan leiden, zie: HvJ 14 november 1996, C-333/94P, *Tetra Pak / Commissie*, ECLI:EU:C:1996:436, § 44.

plan wordt vermoed wanneer de toegepaste prijzen lager liggen dan de gemiddelde variabele kosten¹⁵⁹. Wanneer de prijzen wel de gemiddelde variabele kosten dekken maar niet de gemiddelde totale kosten, geldt dit vermoeden niet en dient de klagende partij aan te tonen dat de dominante onderneming plant een concurrent te elimineren¹⁶⁰.

Het hof voegde er nog aan toe dat niet hoeft bewezen te worden dat de dominante onderneming naderhand in staat is om de geleden verliezen te verhalen. Het is evenmin noodzakelijk dat de praktijk concrete gevolgen heeft gehad (bv. de uitsluiting van de concurrent). Bijgevolg kan de onderneming afbraakprijzen niet verantwoorden door een beweerdelijk voordeel voor de consument. Immers, de consument mag dan wel op korte termijn van voordelige tarieven genieten, de uitsluiting van een concurrent en de verschraling van het aanbod kan de consument mogelijks op lange termijn grote schade berokkenen. Tot slot voert de dominante onderneming als verdediging vaak aan dat haar lage prijs enkel aanbiedingen van concurrenten bedoelt te beantwoorden (zogenaamde “*meeting competition defence*”). De Belgische rechtspraak stelt echter dat een dominante onderneming geen absoluut recht heeft haar prijzen af te stemmen op de prijzen van de concurrentie wanneer zulke politiek specifiek tot doel heeft om haar machtspositie te versterken¹⁶¹.

In het concrete geval moest het hof oordelen of Belgacom afbraakprijzen toepaste via haar “*on-net*”-tarief (toegepast voor oproepen binnen het eigen Belgacom netwerk). De relevante vraag was dus of de werkelijk behaalde prijs voor de desbetreffende oproepen de daarmee verbandhoudende kosten dekte. Indien de aangestelde deskundige zou vaststellen dat Belgacom verliezen leed met haar “*on-net*”-tarief (althans, zo begrijpen we, ten aanzien van de gemiddelde variabele kosten), zou het bewijs van een afbraakprijs geleverd zijn. In een andere zaak werd ook het “*Happy Time*”-tarief van Belgacom aangevochten¹⁶². Ook in die zaak waren er voldoende aanwijzingen om een deskundige aan te stellen.

33. Wurgprijzen. In beide bovenvermelde zaken betreffende Belgacom argumenteerde de klagende partijen tevens dat Belgacom wurgprijzen hanteerde. Wurgprijzen zijn prijzen op groothandelniveau die dermate in verhouding staan tot de prijzen op detailhandelniveau dat zij een onderneming

in de detailmarkt niet toelaten om op rendabele wijze te opereren. Dit misbruik kan bestaan wanneer een dominante onderneming verticaal geïntegreerd is en via haar groothandelsprijzen de uitsluiting betracht van ondernemingen die concurreren met de stroomafwaartse afdeling van die dominante onderneming. Het is daarbij niet nodig om aan te tonen dat de prijs van de dominante onderneming op de stroomopwaartse markt onbillijk is, of dat de prijs op de stroomafwaartse markt een afbraakprijs is. Belangrijk is of de marge tussen beide prijzen de concurrenten op de stroomafwaartse markt toelaat rendabel te opereren (vandaar dat het misbruik ook marge-uitsluiting of “*margin squeeze*” wordt genoemd). In de zaak betreffende het “*Happy Time*”-tarief is dit ook de reden waarom de Raad voor de Mededinging (heden de BMA) enkel de aantijging inzake wurgprijzen onderzocht, en niet de beweerd praktijk van roofprijzen¹⁶³.

Om aan te tonen of de gehanteerde prijzen toelaten om een rendabele stroomafwaartse activiteit te ontplooiën, moet volgens de Belgische rechtspraak rekening gehouden worden met de kostenstructuur van de dominante onderneming zelf. De relevante test is dus de even efficiënte concurrent-test (“*equally efficient operator*” of “*as efficient competitor*” test). Dit is trouwens ook de analyse die moet worden toegepast bij de analyse van roofprijzen. Een analyse op basis van de kostenstructuur van de klagende partijen is dus niet relevant, tenzij het niet mogelijk zou zijn zich te baseren op de kosten van de dominante onderneming¹⁶⁴. Indien de deskundige een negatieve marge zou identificeren tussen Belgacom's inkomsten uit eigen stroomafwaartse activiteiten en de door Belgacom aan de klagende partijen aangerekende tarieven op groothandelniveau, zou het misbruik van marge-uitsluiting vastgesteld kunnen worden.

34. Prijsdiscriminatie. Prijsdiscriminatie door dominante ondernemingen wordt expliciet verboden door artikel IV.2, 3° WER en betreft het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties ten opzichte van handelspartners, die daarmee nadeel worden berokkend bij de mededinging. Het hof van beroep te Brussel verduidelijkte dat de wet geen absoluut verbod van prijsdifferentiatie inhoudt maar arbitraire discriminatie verbiedt die niet objectief is verantwoord. Prestaties zijn niet gelijkwaardig als ze een verschillende kostprijs met zich meebrengen¹⁶⁵.

¹⁵⁹ De Europese Commissie hanteert het concept van gemiddelde vermijdbare verliezen (“*average avoidable cost*”), hetgeen in de meeste gevallen met gemiddelde variabele kosten (“*average variable cost*”) overeenstemt; zie richtsnoeren handhavingsprioriteiten, vn. 40.

¹⁶⁰ Het hof verwees uitvoerig naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, in het bijzonder HvJ 2 april 2009, C-202/07, *France Telecom / Commissie*, ECLI:EU:C:2009:214, Concl. J. MAZAK. Uit de toepassing van deze definitie blijkt wel dat een misbruik van machtspositie enkel zal vastgesteld worden wanneer de dominante onderneming wel degelijk (op korte termijn) verlies lijdt. Zie ook Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*

¹⁶¹ Kh. Brussel, 29 november 2012, *onuitg.*

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Opmerkelijk is dat de Raad voor de Mededinging de klacht afwees op dezelfde dag dat het vonnis van de rechtbank van koophandel een expert aanstelde; zie Raad Mededinging 29 november 2012, nr. 2012-P/K-29, *Tele 2 / Belgacom* (“*Happy Time*”) (BS 9 januari 2013, ed. 1 (uittreksel), 776).

¹⁶⁴ Het hof van beroep stelt zich daarmee in overeenstemming met het Hof van Justitie en dit nog voor de uitspraak van het HvJ 6 oktober 2015, C-23/14, *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651. In dat arrest stelde het Hof dat de “*equally efficient operator*”-test mogelijks niet altijd geschikt is omdat een minder efficiënte concurrent in bepaalde gevallen de concurrentiedruk in de markt kan doen toenemen, met name wanneer de bestaande marktstructuur niet zou toelaten dat een even efficiënte concurrent zich zou aandienen.

¹⁶⁵ Brussel 29 mei 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1011, noot H. BUREZ, *TBH* 2012, afl. 10, 1007, *TBM* 2013, afl. 2, 194.

De eenzijdige verdubbeling door AMP van haar minimumtarief, dat hierboven reeds werd besproken (zie randnr. 31), werd tevens als verboden prijsdiscriminatie veroordeeld. Immers, het minimumtarief was enkel van toepassing op verkooppunten met een relatief beperkte maandomzet. De verkooppunten die een hogere omzet realiseerden betaalden, in plaats van een forfait, een percentage op hun omzet. Voor hen had de prijsverhoging geen enkele impact. Er was volgens het hof dus een selectieve prijsverhoging. Aangezien de logistieke dienstverlening door AMP in wezen identiek was, bleek deze prijsverhoging ook arbitrair te zijn en dus te discrimineren. Het was daarenboven volgens het hof aannemelijk dat de concurrentieverhoudingen tussen de persverkopers ten gevolge van deze discriminatie werden scheefgetrokken omdat de concurrentiecapaciteit van de kleine verkooppunten door de prijsverhoging werd aangetast.

De aanpak van het hof is vrij ingrijpend. AMP betoogde immers dat het minimumtarief voor deze verkooppunten voordeliger was dan het betalen van een percentage op de omzet. Het bestaande systeem bevoordeelde dus de kleine verkooppunten en de selectieve prijsverhoging hield enkel maar een correctie in van een bestaand herverdelingsmechanisme. Het hof oordeelde dat indien AMP in het verleden deze voorkeursbehandeling objectief verantwoord vond, het terugdraaien ervan ook een objectieve verantwoording behoeft. Dit lijkt o.i. betwistbaar: AMP was niet verplicht om zulk herverdelingsmechanisme toe te passen en het is niet duidelijk waarom zij verhinderd zou zijn het te beëindigen, des te meer nu bleek dat het mechanisme verlieslatend was. Afgezien daarvan is het arrest ook onderhevig aan kritiek met betrekking tot de vervulling van de voorwaarden voor verboden prijsdiscriminatie¹⁶⁶. Immers, indien de prijsverhoging inderdaad een bestaande discriminatie uitholde, is het verre van duidelijk hoe dit de concurrentie tussen de persverkopers nadelig kon beïnvloeden. Het hof verwees hierbij naar de doelstelling van een zo ruim mogelijke verspreiding van persartikelen onder het publiek en meende dat AMP, wanneer verschillende alternatieven voorlagen, niet vermocht te kiezen voor het alternatief dat maatschappelijk het meest nadelig was. De relevantie van deze overwegingen is o.i. betwistbaar aangezien de bijzondere verantwoorde-

lijkheid van een dominante onderneming niet inhoudt dat zij het maatschappelijk belang moet dienen¹⁶⁷.

De tarieven die Sabam, als beheerder van de auteursrechten, aanreken voor het gebruik van muziek was al eerder het voorwerp van juridische procedures¹⁶⁸. In een nieuwe twist, diende de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Bergen zich uit te spreken over de verschillende tarieven die Sabam hanteerde ten aanzien van kleine en grote discotheken. In een eerste vonnis¹⁶⁹, zette de voorzitter de grote lijnen uit: indien Sabam verschillende tarieven hanteert voor ogenschijnlijk dezelfde dienstverlening (met name het verlenen van gebruiksrecht op de muziek) dan moet Sabam een objectieve verantwoording aanreiken voor deze verschillen en dit in functie van Sabams eigen kosten en de door Sabam geleverde prestaties. De prijsverschillen moeten in principe hun verantwoording vinden in een verifieerbaar economisch voordeel voor Sabam. Aangezien het bestaan van de machtspositie en de tariefverschillen waren aangetoond, nodigde de voorzitter Sabam uit om een objectieve verklaring te verstrekken van de criteria die Sabam hanteerde om het toepasselijke tarief vast te stellen¹⁷⁰.

Zoals blijkt uit het eindvonnis¹⁷¹ kon de verklaring van Sabam de voorzitter niet overtuigen van de relevantie van de gehanteerde criteria. Sabam verantwoordde de tariefverschillen enkel op basis van de mogelijke inkomsten die de gebruikers konden behalen maar toonde niet aan hoe de door haar geleverde prestaties en de gerelateerde kosten varieerden in functie van dat criterium. Bovendien volstond het niet dat de criteria transparant zijn, ze moeten tevens correct worden toegepast en pertinent zijn¹⁷². De voorzitter oordeelde dat de criteria en de toegepaste coëfficiënten voor tariefverhoging enkel objectief verantwoord waren voor zover ze verband hielden met de aard van de door Sabam verleende dienst. De door de discotheek behaalde omzet, de oppervlakte van de discotheek en de openingsdagen waren bijgevolg relevant. De prijs die de discotheek aanrekenende voor het gebruik van een vestiaire daarentegen niet. De voorzitter nam klaarblijkelijk vooral aanstoot aan de houding van Sabam die slechts een minimale toelichting had gegeven, hoewel de criteria gezamenlijk een erg belangrijke impact op het te betalen tarief konden hebben.

¹⁶⁶. Zie voor een uitgebreide bespreking: H. BUREZ, "Tweedelijnsdiscriminatie door een verticaal geïntegreerde onderneming (of toch niet)?" (noot onder Brussel 29 mei 2012), *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1073-1090.

¹⁶⁷. Dergelijke verplichting kan uiteraard wel contractueel of bij specifieke wet worden opgelegd, maar volgt niet uit het mededingingsrecht.

¹⁶⁸. Overzicht 2004-2010, Deel II, randnrs. 17 en 28.

¹⁶⁹. Voorz. Kh. Bergen 26 maart 2010, *onuitg.*

¹⁷⁰. De voorzitter verwees hierbij naar een arrest van het hof van beroep te Brussel d.d. 3 november 2005 dat in de vorige editie van dit overzicht werd besproken: zie (vorige editie), randnr. 17, Brussel 3 november 2005, *AM* 2006, afl. 1, 50, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 2005, 883, noot K. PLATTEAU, *NJW* 2006, afl. 140, 322, noot J. DEENE, *TBH* 2006 (weergave K. BAEKELANDT.), afl. 6, 678, *TBM* 2006, afl. 4, 319, noot D. GERARD en M. CHAMMAS.

¹⁷¹. Voorz. Kh. Bergen 21 januari 2011, A/08/1189, *onuitg.*

¹⁷². In tegenstelling tot de discussie die het voorwerp was van het arrest van het hof van beroep te Brussel in 2005 (zie vn. 165), was de doorzichtigheid van de criteria (of het gebrek eraan) geen strijdpunt. In een ander dispuut enkele jaren later, besloot het hof van beroep te Antwerpen dat de tarieven van Sabam wel legitiem waren ("niet onbillijk") omdat ze (i) waren meegedeeld aan de FOD Economie en naar aanleiding daarvan waren aangepast, (ii) uniform werden toegepast, (iii) door iedere belanghebbende konden worden opgevraagd, en (iv) beschikbaar waren op de website van Sabam: zie Antwerpen 2 juni 2014, nr. 2013/AR/2471, *IRDI* 2014, afl. 3, 593, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1081.

In hoofdorde kan de redenering van de voorzitter o.i. gevolgd worden. Anderzijds lijkt een fixatie op eventuele verschillen in de verleende dienstverlening (en de door Sabam gemaakte kosten) niet volledig terecht. Zoals de voorzitter zelf toegaf, is het ook relevant of de inrichting de muziek enkel als achtergrond of als hoofdattractie gebruikt. De voorzitter aanvaardde verder dat de vergoeding berekend kan worden in functie van de gerealiseerde omzet. Beide criteria houden evenwel niet rechtstreeks verband met de dienstverlening door Sabam (of de door haar gemaakte kosten).

Ten slotte vermelden we nog een vonnis van de rechtbank van koophandel te Mechelen¹⁷³ waar SBS Belgium zich beklaagde over de ongelijke behandeling door Telenet. Telenet betwiste dit niet maar motiveerde dat bepaalde tv-zenders van betere voorwaarden konden genieten omdat zij *must carry*-zenders zijn (en SBS Belgium was dat niet). Voor de rechtbank betekende het hebben van een *must carry*-statuut evenwel niet dat de prestaties die Telenet leverde verschillend zouden zijn en dus andere tarieven konden verantwoorden. De rechtbank meende op die basis dat er voldoende aanwijzingen bestonden om Telenet te bevelen relevante overeenkomsten met tv-zenders over te leggen teneinde eventueel een machtsmisbruik te kunnen vaststellen.

35. Abusievelijke kortingen. De bovengenoemde disputen betreffende telecomoperator Belgacom (zie randnr. 32-33) viseerden de litigieuze tarieven tevens als abusievelijke kortingen, met name als getrouwheidskortingen. Kortingen kunnen abusief zijn wanneer een economische tegenprestatie als rechtvaardiging ontbreekt en, gelet op alle relevante omstandigheden, ze de afnemer beperken in zijn keuze van leveringsbronnen waardoor de toegang voor concurrenten tot de markt wordt afgeremd¹⁷⁴. De intentie van de dominante onderneming vormt daarbij slechts één van de factoren waarmee de rechter rekening kan houden. Een contractuele verplichting voor de afnemer om zich bij de dominante onderneming te bevoorraden is geen vereiste. Wel belangrijk is dat de voorwaarden, aangeboden door de dominante onderneming, de afnemer ertoe brengen uitsluitend of hoofdzakelijk bij de dominante onderneming in te kopen en dit zonder dat de korting een concrete economische tegenprestatie vergoedt (anders dan het benadelen van de concurrentie). Het verschil met een zuivere volumekorting is dat een getrouwheidskorting niet enkel of geen beloning vormt voor de aankoop van bijkomende volumes maar (ook) beoogt eventuele aankopen bij concurrerende leveranciers af te raden.

Belgacom betoogde dat haar “*Happy Time*”-tarief geen kor-

ting was maar een afzonderlijk tarief. Dat argument trof echter geen doel aangezien de opsomming van mogelijke misbruiken in artikel 102 VWEU (en art. IV.2 WER) niet limitatief is¹⁷⁵.

Ook in de zaak betreffende het “*on-net*”-tarief besloot de rechter dat er geen vaststaande definitie is van een korting. Wat telt is dat Belgacom haar klanten een voordeel biedt met als bedoeling om deze klanten aan zich te binden. Aangezien Belgacom niet bereid was om haar kostenstructuur gedetailleerd toe te lichten, stelde het hof van beroep een deskundige aan om na te gaan of een economische verantwoording bestond voor de betrokken tarieven. Om een misbruik te bewijzen volstond het volgens het hof om aan te tonen dat de kortingen de mededinging konden beperken. Het is dus niet pertinent dat de klanten zich *in casu* enkel bij Belgacom aansloten om redenen die geen verband hielden met de kortingen. Er is geen nood aan een onmiddellijk nadeel, noch aan een oorzakelijk verband tussen de kortingen en eventuele concrete gevolgen op de markt¹⁷⁶.

Daar waar het hof in het dispuut over het “*on-net*”-tarief een deskundige aanstelde, meende de rechtbank van koophandel dat het niet nodig was om een expertise te laten uitvoeren betreffende het “*Happy Time*”-tarief. De rechtbank meende dat eiseres niet had aangetoond dat Belgacom een onmisbare handelspartner was en wees daarmee de klacht van misbruik wegens getrouwheidskortingen af. Dit is o.i. een vreemde kronkel in de redenering van de rechtbank. Immers het criterium van onmisbare handelspartner stond verder onderzoek inzake roof- en wurgprijzen niet in de weg. Waarom dat criterium echter wel het bestaan van getrouwheidskortingen uitsluit is ons een raadsel.

Ook in *Cellumat / Xella* sprak de rechter zich uit over beweerdelijke getrouwheidskortingen¹⁷⁷. Cellumat kon echter niet aantonen dat Xella een machtspositie bekleedde en dus verviel het argument. Interessant is wel dat de rechter niettemin de “loyaliteitskorting” als oneerlijke marktpraktijk in de zin van de voormalige WMPC (thans Boek VI WER) bestempelde. De rechter nam aanstoot aan het sanctiemechanisme waarbij de kortingen niet werden toegekend in geval van schending van de exclusieve afnameverplichting. Het arrest van het hof van beroep te Antwerpen dat het vonnis bevestigde¹⁷⁸, werd hierboven in randnr. 23 besproken.

1.5.3. Verkoops- en toegangsweigeringen

36. Inleiding. Net zoals in de voorafgaande periode hebben de Belgische hoven en rechtbanken een heel aantal zaken beoordeeld inzake verkoops- en toegangsweigeringin-

¹⁷³. Kh. Mechelen 3 november 2011, *AM* 2013, afl. 3-4, 237. Het is ons niet bekend of reeds een einduitspraak is geveld.

¹⁷⁴. Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *onuitg.*

¹⁷⁵. Kh. Brussel 29 november 2012, *onuitg.*

¹⁷⁶. Brussel 26 februari 2015, 2012/AR/1, *onuitg.*

¹⁷⁷. Voorz. Kh. Antwerpen 17 juni 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 669, *TBM* 2014, afl. 4, 356.

¹⁷⁸. Antwerpen 24 september 2015, *TBM* 2016, afl. 2, 165.

gen. Het betreft enerzijds disputen na de beëindiging van een leveringsovereenkomst waarbij de rechter wordt verzocht om verdere beleving op te leggen middels een stakingsvordering. Anderzijds zijn er geschillen waarin proactief toegang wordt verzocht tot een infrastructuur, netwerk of technologie (een essentiële faciliteit) om te kunnen concurreren op een bepaalde (afgeleide) markt. We bespreken eerst de algemene verkoopswegeringen alvorens over te gaan tot een analyse van de geschillen met betrekking tot essentiële faciliteiten.

37. Verkoopswegeringen – Misbruik van machtspositie. Zoals uiteengezet in het Overzicht 2004-2010 kan een louter eenzijdige en zelfstandige beslissing om niet te verkopen enkel strijdig worden bevonden met artikel 102 VWEU en/of artikel IV.2 WER¹⁷⁹. Dit punt komt aan bod in het beroep van Ducati tegen de stakingsvordering van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Dendermonde waarbij Ducati werd opgelegd om DD Bikes op te nemen in haar netwerk als erkende hersteller¹⁸⁰. In het kader van dit beroep, alsook het incidentele beroep dat door DD Bikes werd ingesteld, diende het hof van beroep te Gent het geschil opnieuw te beoordelen onder artikelen 101 en 102 VWEU en de overeenstemmende artikelen van de Belgische mededingingswet¹⁸¹. Aangezien de weigering volgens de rechter niet voortspuit uit een overeenkomst, een besluit van een ondernemingsvereniging of een onderling afgestemde gedraging, was artikel 101 VWEU of artikel IV.1 WER niet van toepassing. Vervolgens stelde de rechter dat artikel 102 VWEU evenmin van toepassing is aangezien er geen merkbare beperking is van de tussenstaatse handel. Tot slot ging de rechter ten gronde over tot een beoordeling onder artikel IV.2 WER. Opdat de weigering tot levering een misbruik kan uitmaken, moeten volgende voorwaarden vervuld zijn: (i) de contractgoederen en -diensten die het voorwerp uitmaken van de verkoopswegering moeten noodzakelijk zijn voor de uitbating van de activiteit; (ii) de verkoopswegering moet ertoe leiden dat concurrentie wordt uitgesloten; en (iii) er mogen geen objectieve redenen zijn die de weigering kunnen rechtvaardigen. Gelet op de specificiteit van de herstelstukken en het gebrek aan daadwerkelijke of potentiële substituten was het duidelijk dat deze noodzakelijk zijn voor de herstelactiviteit en dat een leveringsweigering resulteert in een uitschakeling van daadwerkelijke mededinging op de relevante markt. De rechter erkende geen objectieve

redenen in hoofde van Ducati die een verkoopswegering konden rechtvaardigen. Bij de belangenafweging besloot het hof dat DD Bikes ernstige schade leed bij de verkoopswegering hetgeen niet opwoog tegen het belang van Ducati om te kiezen aan wie zij haar goederen verkocht. Dit gold echter niet voor accessoires of kledij die niet onmisbaar zijn voor het uitoefenen van de herstelactiviteit. Het hof beval Ducati bijgevolg onderdelen, wisselstukken en specifieke tools te leveren aan eiseres en dit tegen identieke voorwaarden als aan andere Ducati-dealers.

Een onderneming met een hoog marktaandeel moet voorzichtig zijn met exclusiviteitsovereenkomsten die neerkomen op een verkoops- of leveringsweigering voor niet-contractpartijen. Zo werd aan Imapress, een distributeur van kranten en tijdschriften in België, een stakingsvordering toegekend ten nadele van AMP, de grootste verdeler van persartikelen in België met een geschat marktaandeel van 90%¹⁸². Vanaf april 2012 bekwam AMP het alleenrecht voor de verdeling van WPG's boeken en strips, hetgeen aanleiding gaf tot de stopzetting van de levering van boeken en strips aan Imapress. Mede gelet op de sterke marktpositie van AMP en het feit dat de rechter *prima facie* geen evidente noodzaak ziet voor de exclusiviteit worden Standaard Boekhandel en WPG bevolen om de levering van boeken en strips aan Imapress te hervatten¹⁸³.

Zoals uiteengezet in het Overzicht 2004-2010, moest het hof van beroep te Gent zich, na verwijzing in cassatie¹⁸⁴, opnieuw ten gronde uitspreken over De Beers' beëindiging van haar overeenkomst met Spira voor de levering van ruwe diamanten. Spira voerde aan dat het nieuwe distributiesysteem van De Beers (de reden voor de beëindiging van de overeenkomst met Spira) in strijd was met artikelen 101 en 102 VWEU. Spira stelde ondergeschikt dat de gegeven opzegtermijn van 6 maand te kort was en zou, op basis van de concessiewet van 1961, recht hebben op een termijn van 120 maanden. Middels opeenvolgende beschikkingen in kort geding bekwam Spira de verderzetting van de contractuele relatie en werd De Beers verplicht te blijven leveren aan Spira. Op 1 december 2014 wees het hof van beroep te Gent het beroep van Spira ten gronde af aangezien de voorwaarden voor het kort geding niet (langer) voldaan waren¹⁸⁵: er was geen spoedeisendheid en onvoldoende schijn van rechten ten gronde. Het hof verwees in deze naar de verwerping van Spira's klacht door de Europese Commissie (beves-

¹⁷⁹. Zie Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 19-20.

¹⁸⁰. Zie Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 22 en in het bijzonder vn. 100.

¹⁸¹. Gent 1 oktober 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1208, *NJW* 2015, afl. 325, 499, noot R. STEENNOT, *RABG* 2016, afl. 8-9, 622, noot B. GIELEN, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 1, 129, *TBM* 2015, afl. 3, 177, noot H. BUREZ, A. FOCQUET. Zie eveneens Gent 4 december 2013, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2013, 759, *TBM* 2014, afl. 2, 141 (beslissing tot heropening van de debatten naar aanleiding van het incidenteel beroep van DD Bikes met betrekking tot de uitbreiding van haar rechten zoals toegekend in het kader van de stakingsvordering).

¹⁸². Zie in dit kader tevens de veroordeling van AMP wegens misbruik van machtspositie op de markt wegens een prijsgerelateerd misbruik in randnr. 31.

¹⁸³. Voorz. Kh. Turnhout 15 maart 2013, *C/13/00008, onuitg.* We zijn niet op de hoogte van het resultaat ten gronde van het geschil.

¹⁸⁴. Cass. 18 februari 2010, C.09.0054.N, *Arr.Cass.* 2010, afl. 2, 473, *Pas.* 2010, afl. 2, 495, *RW* 2010-11, afl. 18, 743, noot S. MOSSELMANS. Zie tevens Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 23.

¹⁸⁵. Gent 1 december 2014, nr. 2010/RK/119, *onuitg.*

tigd door het Europese Gerecht van Eerste Aanleg¹⁸⁶) en de BMA¹⁸⁷ wat betreft de strijdigheid met het mededingingsrecht alsook naar de vaststellingen van het hof van beroep te Brussel¹⁸⁸.

Tot slot sprak de rechtbank van koophandel te Luik zich ten gronde uit over het verzoek om schadevergoeding van Oxycure in het kader van de weigering van een aantal leidende producenten om aan Oxycure medisch zuurstofgas te verkopen. Zoals uiteengezet in het Overzicht 2004-2010 meende het hof van beroep te Luik, zetelend als stakingsrechter, eerder dat er sprake was van een inbreuk op artikel IV.1 WER. Verweersters dienden bijgevolg Oxycure te beleveren. In cassatie werd deze uitspraak bevestigd¹⁸⁹. Mede in het licht van deze procedurele voorgaanden en na analyse van de gedragingen van elk van de producenten, bevestigde de rechtbank van koophandel te Luik in 2012 dat de producenten een fout hadden begaan in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek die aanleiding kan geven tot schadevergoeding. De rechter stelde dat ze moedwillig hadden geweigerd om het stakingsvonnis te eerbiedigen door bestellingen van Oxycure niet uit te voeren, hetgeen Oxycure de mogelijkheid had ontnomen haar eigen producten te commercialiseren¹⁹⁰.

38. Verkoopsweigeringen – Rechtsmisbruik. Bij de beoordeling van verkoopsweigeringen onderzoeken de Belgische hoven en rechtbanken vaak of er sprake kan zijn van rechtsmisbruik¹⁹¹. Ze hanteren in dit kader terecht een strenge toets: er kan in principe enkel sprake zijn van rechtsmisbruik indien (i) de leverancier geen belang heeft bij de verkoopsweigering of (ii) er een kennelijk onevenwicht bestaat in de belangen van de partijen. De eerste voorwaarde viseert zuiver willekeurige en discriminatoire weigeringen; de tweede vereist een moeilijkere belangenafweging. In een geschil tussen OXA en Mutas betreffende het niet-dringende ziekenvervoer schetste de voorzitter van de rechtbank van

koophandel te Brussel het toepasselijke juridisch kader voor rechtsmisbruik en beklemtoonde dat de rechter slechts een marginaal toetsingsrecht heeft wat betreft de motivering voor de leveringsweigering. Volgens zijn uitspraak houdt een leveringsweigering slechts rechtsmisbruik in als de weigering “onredelijk, zonder voldoende belang, willekeurig of ongefundeerd” is¹⁹².

39. Essentiële faciliteiten – Algemeen. Het is een vaststaand principe dat ondernemingen die een essentiële faciliteit bezitten de toegang tot die faciliteit niet zonder meer kunnen weigeren. Op grond van Europese rechtspraak¹⁹³ is het de houder van een essentiële faciliteit verboden om, zonder objectieve noodzaak, een nevenactiviteit op een verwante maar onderscheiden markt aan zichzelf voor te behouden als dit kan leiden tot uitschakeling van de concurrentie op deze laatste markt. In principe moeten marktspelers toegang krijgen indien de faciliteit onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheden op de afgeleide markt en er geen reëel of potentieel alternatief voorhanden is. Er kunnen wel gegronde objectieve redenen bestaan voor de eigenaar van de faciliteit om bij uitzondering de toegang te weigeren. Sinds de *Microsoft*-saga op Europees niveau (dat een licentieweigering betrof)¹⁹⁴, wordt in de rechtsleer geargumentteerd dat bepaalde van deze criteria iets werden afgezwakt. Dit betreft met name de interpretatie van het “onontbeerlijkhedenvereiste” alsook het vereiste van de introductie van een nieuw product op een afgeleide markt. De onderliggende rationale van de essentiële faciliteitendoctrine blijft duidelijk: bij leveringsweigering speelt voornamelijk het onontbeerlijkhedenvereiste terwijl bij licentieweigeringen tevens intellectuele eigendomsrechten een rol spelen en de toets om een misbruik vast te stellen bijgevolg strikter is (met name is er dan slechts sprake van een misbruik indien de weigering technische innovatie of de introductie van een nieuw product belemmert).

¹⁸⁶ Ger.EU 11 juli 2013, nrs. T-108/07 en T-354/08, *Diamantheadel A. Spira BVBA / Commissie*, Pb.C. 31 augustus 2013 (dispositief), afl. 252, 27.

¹⁸⁷ Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit 15 oktober 2014, nr. BMA-2014-P/K-22-AUD en Mededingingscollege 25 maart 2015, nr. BMA-2015-P/K-08.

¹⁸⁸ Brussel 26 maart 2013, *TBM* 2013, afl. 4, 399, noot G. RYELANDT (eindarrest: vernietiging van de bestreden beslissingen tot voorlopige belevering van de voorzitter van de (toenmalige) Raad voor de Mededinging van 10 april 2012, 27 april 2012 en 13 juli 2102) en Brussel 27 november 2013, *TBM* 2014, afl. 1, 32 (eindarrest: vernietiging van de bestreden beslissing tot voorlopige belevering van de voorzitter van de (toenmalige) Raad voor de Mededinging van 31 december 2012). Het arrest van het hof van beroep te Brussel van 26 maart 2013 werd op 23 januari 2015 door het Hof van Cassatie vernietigd en verwezen naar het hof van beroep te Brussel anders samengesteld (zie Cass. 23 januari 2015, C.13.0369.N, *Arr. Cass.* 2015, afl. 1, 211, Concl. A. VAN INGELGEM, *Pas.* 2015, afl. 1, 208, *TBH* 2015 (samenvatting M. VAN NIEUWENBORGH), afl. 5, 482, *TBM* 2015, afl. 3, 197, noot G. RYELANDT en J. BUSSE) zonder dat intussen een nieuwe uitspraak werd geveld.

¹⁸⁹ Zie Overzicht 2004-2010, Deel I, randnr. 17.

¹⁹⁰ Kh. Luik 9 februari 2012, nr. A. 2009/01851, *onuitg.* Latere uitspraken betreffen de activiteiten van de expert die de schade moet begroten (zie Kh. Luik 10 januari 2013, 31 juli 2014 en 7 december 2015, nr. A. 2009/01851, *onuitg.*).

¹⁹¹ Zie onder meer Brussel 5 mei 2011, *AM* 2012, afl. 2-3, 202, *ICIP* 2011, afl. 1, 56, *IRDI* 2011, afl. 3, 265, noot F. PETILLION, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2011, 896, *RDTI* 2011, afl. 44, 35, noot A. DE FRANQUEEN, *TBH* 2011 (weergave G. SORREAU), afl. 7, 733; Voorz. Kh. Dendermonde 30 november 2011, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2011, 582; Brussel 27 februari 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 550, *TBM* 2014, afl. 4, 352; Voorz. Kh. Gent (afd. Dendermonde) 29 april 2015, *TBH* 2016, afl. 8, 785.

¹⁹² Voorz. Kh. Brussel 5 december 2012, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 621.

¹⁹³ Zie HvJ 6 april 1995, C-241/91 P en C-242/91 P, *RTE en ITP / Commissie*, ECLI:EU:C:1995:98; HvJ 26 november 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569.

¹⁹⁴ Ger.EU 27 juni 2012, T-167/08, *Microsoft / Commissie*, ECLI:EU:T:2007:289. De criteria zijn: de essentiële faciliteit moet daadwerkelijk onontbeerlijk zijn om aan de markt te kunnen deelnemen; de weigering moet ertoe leiden dat de introductie van een nieuw product, waarvoor een vraag bestaat, wordt belemmerd en de weigering moet ongerechtvaardigd zijn; zie: HvJ 29 april 2004, C-418/01, *IMS Health*, ECLI: EU:C:2004:257.

40. *Essentiële faciliteiten – Toegang tot gegevensdata-bank.* Net zoals in de zaak *Telekom Austria / Kapitol* die werd beschreven in het Overzicht 2004-2010¹⁹⁵, betrof het geschil tussen Kapitol en Magyar Telekom de weigering van deze laatste om toegang te verlenen tot haar abonneegegevens. En ook het resultaat in beide zaken is hetzelfde: Magyar Telekom wordt het bevel opgelegd om toegang te verlenen tot haar gegevens zodat Kapitol een telefoonboek op de markt kan brengen die deze gegevens bevat. Alvorens tot dit oordeel te komen, verzoekt het hof van beroep te Brussel in zijn tussenarrest van 15 maart 2012 aan de Europese Commissie om als *amicus curiae* haar opmerkingen en advies te geven op vier specifieke vragen: de eerste twee betreffen de schending van artikelen 101 en 102 VWEU; de laatste twee vragen betreffen de rechtvaardiging die door Magyar Telekom wordt aangevoerd voor de toegangsweigering (m.n. universele dienstenrichtlijn voor telecomoperatoren en de privacyrichtlijn)¹⁹⁶. In zijn arrest volgt het hof van beroep zeer getrouw het zeer praktische advies van de Europese Commissie om te stellen dat de toegangsweigering effectief een misbruik uitmaakt dat niet objectief kan gerechtvaardigd worden¹⁹⁷.

1.5.4. Andere niet-prijsgerelateerde misbruiken

41. *Inleiding.* Tijdens de periode 2011-2015 kregen de Belgische rechters tevens een aantal andere, minder courante misbruiken voorgeschoteld. De opsomming in artikel IV.2 WER / 102 VWEU is niet limitatief en elke gedraging van een onderneming in machtspositie die niet strookt met mededinging op basis van verdienste kan bijgevolg een misbruik van die machtspositie uitmaken. De (beweerdelijke) misbruiken die opgeworpen werden betreffen het opleggen van ongelijke of onbillijke voorwaarden.

42. *Opleggen van ongelijke of onbillijke voorwaarden.* Het opleggen van onbillijke voorwaarden is uitdrukkelijk opgelijst in artikel IV.2, 1° WER maar wordt desalniettemin maar zelden aangevoerd. In *Link2Biz International / La Poste*¹⁹⁸ centraliseerde de discussie zich rond de eenzijdige verhoging door La Poste (heden bpost) van de bankgarantie

die Link2Biz moest verstrekken om van de diensten van La Poste te kunnen genieten. Volgens Link2Biz beoogde La Poste daarmee om haar uit de stroomafwaartse markt, waar beiden met elkaar concurreerden, te stoten. Op basis van een erg summiere analyse beval de voorzitter de staking van de door La Poste opgelegde verplichting. De voorzitter meende dat La Poste de verplichting niet objectief kon verantwoorden en misbruik pleegde omdat zij, als onmisbare handelspartner, klaarblijkelijk haar concurrent wenste te elimineren uit een markt waar La Poste zelf ook aanwezig was. In de parallelle zaak voor de Raad voor de Mededinging¹⁹⁹ (heden de BMA) werd eveneens een misbruik van machtspositie door bpost vastgesteld.

De hierboven reeds vermelde twist tussen de uitbater van een discotheek en Sabam (zie randnr. 34) is ook hier relevant²⁰⁰. Behalve prijsmisbruik werd Sabam tevens verweten onbillijke voorwaarden op te leggen, met name via de weigering bepaalde informatica toe te laten bij de controle van de playlist van de discotheek en via de verplichte bevoegdheid van de rechtbanken te Brussel in geval van geschil. De weigering om informatica te laten gebruiken bleek te zijn ingegeven door een principekwesie waarbij Sabam louter haar eigen werkwijze wou opdringen. Dat zou evenwel niet mogelijk zijn bij ontstentenis van Sabams machtspositie. Waarschijnlijk keerde het gebrek aan medewerking tijdens de gerechtelijke procedure zich wat dit betreft tegen Sabam. De bepaling dat de bevoegdheid van de rechtbanken te Brussel oplegde lijkt o.i. evenwel bezwaarlijk abusief daar het om een zeer courante praktijk gaat en niet als onredelijk kan worden bestempeld. De voorzitter wees tot slot twee beweerdelijke misbruiken af. De voorzitter zag geen graten in de verplichte mededeling van de playlist, aangezien het vertrouwelijk karakter ervan werd gevrijwaard dankzij het beroepsgeheim van de Sabam-medewerkers. Ook de controles vanwege Sabam waren legitiem omdat Sabam zonder verificatie haar maatschappelijk doel niet kon realiseren.

De voorwaarde om aan Sabam een playlist over te maken werd ook aangevochten door *ID&T*, de organisator van het Tomorrowland-festival²⁰¹. Daarnaast betwiste ID&T ook de tarieven van Sabam. Aangezien ID&T in gebreke bleef, had Sabam haar verboden de auteursrechtelijk beschermde

¹⁹⁵. Zie Overzicht 2004-2010, Deel II, randnr. 27.

¹⁹⁶. Zie het advies van de Europese Commissie (beschikbaar op: www.ec.europa.eu/competition/court/kapitol_final_opinion_fr.pdf). De Commissie bevestigt dat Magyar Telekom een dominante positie heeft en bevestigt dat de toegang tot haar telefoongegevens noodzakelijk is om telefoongidsen te kunnen commercialiseren. Ze verwerpt tevens de argumenten van Magyar Telekom met betrekking tot de universele dienstenrichtlijn en de privacyrichtlijn. Volledigheidshalve bevestigt de Commissie nog dat Magyar Telekom zich enkel zou kunnen beroepen op de Hongaarse wetgeving om de toegangsweigering te rechtvaardigen indien er sprake zou zijn van een duidelijke wettelijke verplichting zonder enige discretie.

¹⁹⁷. Brussel 13 november 2014, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1233, *TBM* 2015, afl. 3, 203, noot E. WIJCKMANS.

¹⁹⁸. Voorz. Kh. Brussel 21 juni 2010, *onuitg.*

¹⁹⁹. Raad Mededinging 10 december 2012, nr. 2012-P/K-32, *BS* 22 februari 2013 (ed. 4 (uittreksel), p. 11.727, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2012, 1181, noot C. LOUSBERG, *TBM* 2013 (weergave J. LEONARD en K. DE VliegHER), afl. 2, 206, *Publmail, Link2Biz International en G3 Worldwide Belgium / bpost*, vernietigd door Brussel 10 november 2016, nr. 2013/MR/2, beschikbaar op www.abc-bma.be. Het hof oordeelde dat de Raad voor de Mededinging het *non bis in idem*-beginsel geschonden had door een beslissing te nemen voor feiten die het voorwerp waren van een voorgaande beslissing van het BIPT.

²⁰⁰. Voorz. Kh. Bergen 21 januari 2010, *onuitg.*

²⁰¹. Voorz. Kh. Antwerpen 19 juli 2013, *ICIP* 2013, afl. 3, 624, *IRDI* 2013, afl. 4, 290, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2013, 1193, noot Y. VAN COUTER en S. DE SMEDT; Antwerpen 2 juni 2014, *IRDI* 2014, afl. 3, 593, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2014, 1081.

muziekwerken te gebruiken. ID&T verzocht om de staking van dat verbod en kreeg aanvankelijk gelijk bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel. Volgens de voorzitter strekte het verbod er toe om ID&T te verplichten zonder meer in te stemmen met de door Sabam opgelegde voorwaarden. Op die manier zou Sabam haar werkwijze onttrekken aan rechterlijk toezicht en aldus misbruik van machtspositie plegen. In beroep veegde het hof van beroep te Antwer-

pen deze argumentatie (en dus het vonnis) van tafel. Enerzijds vond het hof dat de relevante voorwaarden en tarieven niet onbillijk of onuitvoerbaar waren. Anderzijds had ID&T het tarief voorlopig kunnen aanvaarden en zich terzelfdertijd het recht kunnen voorbehouden om het tarief naderhand te betwisten. Er lag geen rechtsmisbruik²⁰² en dus ook geen misbruik van machtspositie voor.

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

43. Les généralités. Au cours de la période examinée, les actions judiciaires pour violation du droit de la concurrence étaient globalement soumises aux règles ordinaires de droit privé et de droit de la procédure. En effet, jusqu'à la transposition de la directive n° 2014/104/UE, le droit belge ne contenait pas de disposition légale spécifique aux actions judiciaires pour violation du droit de la concurrence²⁰³, à l'exception du contentieux préjudiciel devant la Cour de cassation²⁰⁴ et de l'intervention de l'Autorité belge de la concurrence en tant qu'*amicus curiae*²⁰⁵. De même, seuls certains aspects de ces actions, comme la charge de la preuve²⁰⁶ ou la coopération entre la Commission et les juridictions nationales²⁰⁷, sont régis par le règlement (CE) n° 1/2003, en cas d'application des articles 101 et/ou 102 du T.F.U.E.

Les actions civiles en droit de la concurrence ont néanmoins donné lieu à des applications particulières en raison de l'objet spécifique des litiges qu'elles introduisent. Ce sont ces applications particulières qui ont retenu notre attention dans le cadre de cette chronique, plutôt que les cas de simple transposition de solutions de droit commun au contentieux de la concurrence.

Nous examinons ci-dessous successivement les demandes et moyens fondés sur des violations du droit de la concurrence qui tendent à l'annulation des accords restrictifs de concurrence (voy. *infra*, 2.1.), à l'annulation des décisions d'asso-

ciations d'entreprises (voy. *infra*, 2.2.), à la réparation du dommage causé par l'infraction (voy. *infra*, 2.3.), et à l'annulation ou au refus d'exequatur de sentences arbitrales (voy. *infra*, 2.4.). Nous terminons notre analyse par les procédures accélérées, que sont les actions en cessation (voy. *infra*, 2.5.) et en référé (voy. *infra*, 2.6.).

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

2.1. L'annulation des accords restrictifs de concurrence

44. Plus souvent une défense qu'une demande. En vertu des articles 101, 2., du T.F.U.E. et IV.1, § 2, du C.D.E.²⁰⁸, les accords restrictifs de concurrence sont nuls de plein droit. La nullité de ces conventions peut soit être demandée à titre

²⁰² Sabam beogde enkel haar subjectief recht, dat erin bestond om de auteursrechten te beschermen, af te dwingen en aangezien de door Sabam gehanteerde voorwaarden niet onbillijk of onuitvoerbaar waren, legde zij daarmee geen buitensporige last op aan ID&T.

²⁰³ A l'appui de leurs actions en dommages-intérêts contre des fabricants européens d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques condamnés pour cartel, l'Union européenne, la Communauté flamande et la Région flamande ont invoqué la proposition de directive du 11 juin 2013 et son adoption par le Parlement européen en date du 17 avril 2014. Les jugements du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles ont toutefois considéré, à juste titre, que la directive n'était pas applicable à cette affaire *ratione temporis* (Comm. néerl. Bruxelles, 24 avril 2015, *R.C.B.*, 2015/3, p. 212; Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *R.C.B.*, 2015/1-2, p. 37, note T. BONTINCK et P. GOFFINET, « Le jugement du 24 novembre 2014 du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles: le private enforcement au point mort? », pp. 47 et s.). Comme indiqué au point 2 ci-dessus, la loi du 6 juin 2017 portant insertion d'un Titre 3 dans le Livre XVII du Code de droit économique aux fins de la transposition de la directive n° 2014/104/UE est entrée en vigueur le 22 juin 2017.

²⁰⁴ Art. 72 et 73 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (*M.B.*, 29 septembre 2006, p. 50.613), aujourd'hui remplacés par les art. IV.75 et IV.76 du C.D.E. Dans un arrêt du 24 novembre 2011, la Cour de cassation a rappelé qu'elle ne peut être saisie à titre préjudiciel que pour des questions relatives à l'interprétation de la loi belge sur la concurrence, et non pour interpréter les dispositions du droit européen de la concurrence (Cass., 24 novembre 2011, H.11.0002.N). En outre, un arrêt de la cour d'appel de Gand du 11 janvier 2012 a rejeté une demande de question préjudicielle à la Cour de cassation, au motif que cette question peut uniquement porter sur une question d'interprétation et non sur l'application de la loi belge sur la concurrence (Gand, 11 janvier 2012, 2009/AR/1648-2009/AR/1876, *inédit*).

²⁰⁵ Art. IV.77 C.D.E. Sur cette disposition entrée en vigueur en septembre 2013, voy. *infra*, n° 48.

²⁰⁶ Art. 2 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O. L. 1* du 4 janvier 2003, p. 1.

²⁰⁷ Art. 15 du règlement (CE) n° 1/2003.

²⁰⁸ Et l'art. 2, § 2, de la L.P.C.E. jusqu'au mois de septembre 2013.

principal²⁰⁹, soit être invoquée comme moyen de défense à l'encontre d'une action de l'adversaire tendant à l'exécution forcée du contrat ou à sa résolution pour inexécution fautive.

Pendant la période examinée comme lors de la période précédente, c'est à ce titre d'« euro-défense »²¹⁰ que la nullité des accords restrictifs de concurrence a été le plus souvent postulée²¹¹. Les contrats de brasserie représentent un domaine particulier dans lequel les défendeurs et les juges s'interrogent fréquemment sur la légalité des clauses d'approvisionnement exclusif et sur leurs effets potentiels sur les demandes en responsabilité contractuelle²¹².

45. La prescription. Le droit belge ne prévoit aucun délai de prescription spécifique pour les actions fondées sur des infractions au droit de la concurrence. Ces actions sont donc soumises aux délais de droit commun et, en particulier, au délai de 10 ans qui est applicable aux actions en annulation de contrat²¹³ et aux autres actions personnelles²¹⁴.

En ce qui concerne l'interruption de la prescription, il a été jugé qu'une demande incidente en annulation d'un contrat est virtuellement comprise dans la demande principale en annulation de la seule garantie d'exclusivité qui était prévue dans ce contrat, de sorte que la demande incidente profite de l'interruption de la prescription qui s'attachait à la demande principale²¹⁵.

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

Les règles concernant la charge de la preuve sont fréquemment appliquées par les cours et tribunaux pour rejeter des exceptions de nullité que des défendeurs soulèvent de manière insuffisamment étayée dans l'espoir d'échapper aux actions en responsabilité contractuelle qui ont été introduites à leur rencontre. A titre d'exemple, il a notamment été jugé qu'un défendeur n'apporte pas la preuve de la restriction de la concurrence lorsqu'il se limite à invoquer la part de marché de son fournisseur exclusif et que le juge constate que cette part est limitée²¹⁶. De même, la nullité d'une clause de non-concurrence ne saurait être constatée lorsque le défendeur qui l'invoque ne produit aucun élément concernant les parts de marché des parties²¹⁷.

47. La production forcée de documents. Pour évaluer la part de marché d'un distributeur d'appareils de divertissement et de jeux de hasard dans les cafés, les cours et tribunaux peuvent comparer le nombre de licences délivrées à des

^{209.} Voy. Bruxelles, 18 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014/3, p. 288, note M. VANSTEENBECK et J. DEWISPELAERE, « De toepassing van het kartelverbod op handelsagentuurovereenkomsten: van principiële uitsluiting naar individuele beoordeling », pp. 293 et s.; *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2013, p. 1223, et le commentaire de H. BUREZ et A. FOCQUET, « De handelsagent in het mededingingsrecht: van vele markten thuis », pp. 1244 et s., confirmant Comm. Louvain, 9 septembre 2010, 09/1970, *inédit*. Dans cette affaire, un agent d'assurances a invoqué la nullité de la clause d'exclusivité qu'il avait méconnue, à l'appui de sa demande d'indemnité pour rupture du contrat d'agence commerciale. Tant en première instance qu'en degré d'appel, il a été jugé que le contrat d'agence ne tombait pas dans le champ d'application de l'interdiction des accords restrictifs de concurrence. Sur cette question, voy. *supra*, n° 16.

^{210.} L'expression est notamment utilisée par VAN BAEL et BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5^e éd., Pays-Bas, Kluwer Law International, 2010, p. 1214.

^{211.} Outre les décisions examinées *infra*, voy. Cass., 18 octobre 2013, *R.D.C.*, 2015/9, p. 921, rejetant le pourvoi contre Mons, 9 mai 2011, *ICIP*, 2014/1, p. 49. Sur cette affaire dans laquelle l'exception de nullité pour accord restrictif de concurrence a été opposée à une demande de paiement de redevances pour utilisation de brevets, voy. *supra*, n° 22. Voy. égal.: Comm. Courtrai, 29 octobre 2013, *T.G.R.*, 2014, p. 371.

^{212.} Outre les décisions examinées *infra*, voy. Gand, 11 décembre 2013, 2011/AR/1155, *inédit*, confirmant sur ce point Civ. Oudenaarde, 17 février 2011, 09/699/A, *inédit*, qui rejette la demande de nullité sur la base de la règle *de minimis*; Liège, 24 mai 2012, 2011/RG/686, *R.C.B.*, 2013/1, p. 29 (extrait) et commentaire de H. BUREZ, p. 32, qui rejette l'exception de nullité sur la base de la règle *de minimis* et de l'absence d'effet cumulatif de blocage dû à des réseaux d'accords en amont; Gand, 23 mai 2011, 2009/AR/1492, *inédit*, qui rejette l'exception de nullité d'un contrat de brasserie contenant un accord d'approvisionnement exclusif auprès d'une petite brasserie bénéficiant de la règle *de minimis*. Nous pouvons également citer deux jugements qui ont examiné la validité d'une obligation de fourniture en boissons dans le contexte d'un renouvellement de bail commercial. Dans un jugement du 14 avril 2011, le juge de paix de Bruges a rappelé que la violation d'un accord d'approvisionnement contraire au droit de la concurrence ne peut pas justifier la résolution du bail commercial portant sur le débit de boissons approvisionné par cet accord. Le jugement constate également l'absence de preuve de l'inexécution fautive de l'accord d'approvisionnement par le locataire (J.P. Bruges (4^e canton), 14 avril 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 246). Dans l'hypothèse inverse, un jugement du juge de paix d'Oudenaarde-Kruishoutem du 27 mars 2014 a considéré que lorsque l'obligation d'approvisionnement n'est pas contraire au droit de la concurrence et que le locataire a agi de mauvaise foi en s'approvisionnant auprès de tiers, le bailleur peut soumettre le renouvellement du bail à une condition d'approvisionnement pour un volume identique (J.P. Oudenaarde-Kruishoutem, 27 mars 2014, *J.J.P.*, 2015, p. 148).

^{213.} Art. 1304, al. 1^{er}, C. civ.

^{214.} Art. 2262bis, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. civ.

^{215.} Gand, 11 janvier 2012, *précité*.

^{216.} Anvers, 11 juin 2012, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2012, p. 995.

^{217.} Gand, 25 février 2013, 2011/AR/492, *inédit*, confirmant Comm. Courtrai, 28 décembre 2010, 09/01927, *inédit*, qui justifie l'absence de preuve suffisante par le fait que les parts de marché des parties sont une condition d'application du règlement d'exemption. Dans le même sens: Gand, 27 mars 2013, 2010/AR/1428, *inédit*, confirmant Civ. Gand, 28 mai 2009 et 25 mars 2010, *inédits*. Dans cette dernière affaire, le jugement en première instance du 28 mai 2009 indiquait que la brasserie agissant comme fournisseur exclusif avait prouvé que sa part de marché était inférieure au seuil *de minimis* de 5%. En degré d'appel, la cour a préféré se fonder sur les règles de charge de la preuve. Voy. égal.: Mons, 6 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2015/28, p. 1312, qui rejette l'exception de nullité d'un contrat de brasserie au motif que les affirmations de la brasserie, selon lesquelles celle-ci détient moins de 5% de parts de marché, ne sont pas sérieusement contredites par l'exploitant du débit de boisson.

cafetiers par la Commission des jeux de hasard avec le nombre de cafetiers exploitant des appareils fournis par le distributeur²¹⁸. Lorsque les parties ne produisent pas l'attestation adéquate de la Commission des jeux de hasard, la production forcée de cette attestation peut être ordonnée par le juge²¹⁹.

48. *La demande d'avis à l'Autorité belge de la concurrence.* Le nouvel article IV.77 du C.D.E., entré en vigueur en septembre 2013, permet à l'Autorité belge de la concurrence de soumettre, d'office ou à la demande de la juridiction saisie, des observations écrites au sujet de l'application du droit européen ou belge de la concurrence.

Un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 23 juin 2014 a jugé qu'il s'agit d'une disposition purement procédurale qui s'applique dans les procédures en cours même lorsqu'elles concernent des faits antérieurs à 2013. Dans cette affaire, la cour d'appel a demandé à l'Autorité belge de la concurrence d'émettre, dans un délai de 6 mois, un avis sur la définition du marché pertinent, sur les parts de marché des parties et sur la présence d'une convention restreignant de manière sensible la concurrence²²⁰.

49. *Le pouvoir du juge de soulever d'office la question de la nullité pour violation du droit de la concurrence.* En raison du caractère d'ordre public du droit de la concurrence, le juge peut soulever d'office la question de la violation des dispositions interdisant les pratiques restrictives de concurrence²²¹. Dans ce cas, le juge doit toutefois ordonner la réouverture des débats²²² ou la mise en continuation de ceux-ci, afin de permettre aux parties de déposer de nouvelles conclusions au sujet de cette question²²³.

Pendant la période examinée, la cour d'appel de Liège a été saisie d'une demande relative à l'exécution d'un accord de

fourniture exclusive de jeux de divertissement et de hasard à un débit de boissons situé à Anthistes. La cour s'est dite contrainte d'ordonner la réouverture des débats afin que les parties s'expliquent sur la compatibilité de cet accord d'exclusivité avec le droit européen et belge de la concurrence. A la suite de la réouverture des débats, la cour a constaté que le commerce entre Etats membres n'était pas affecté par l'accord litigieux, que l'étendue géographique limitée de cet accord excluait toute restriction sensible de la concurrence sur le marché belge, et que le fournisseur n'occupait pas une position dominante vu sa part de marché très faible²²⁴. On peut se demander si, étant confrontée à des faits présentant une pertinence aussi limitée, la cour d'appel n'aurait pas pu constater d'office, sans rouvrir les débats, l'absence d'infraction au droit de la concurrence.

50. *La constatation des éléments constitutifs de l'accord restrictif de concurrence.* La Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi critiquant un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait déclaré nul un contrat de concession de vente automobile comprenant des clauses de non-concurrence et d'exclusivité de marque²²⁵. Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'avoir appliqué l'ancien article 85, 1. et 2., du traité CEE, sans constater que l'effet du contrat litigieux sur le commerce au sein du marché intracommunautaire était sensible.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, en considérant que la motivation de l'arrêt attaqué suffisait à justifier légalement la décision de la cour d'appel. Selon la Cour, l'arrêt attaqué a constaté, de manière implicite, que l'accord avait un effet sensible sur les échanges intracommunautaires sur la base de deux éléments: en prenant acte du fait que la partie demandant l'exécution forcée du contrat avait elle-même admis que le contrat pouvait être qualifié d'entente prohibée,

²¹⁸ Liège, 27 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2013/37, p. 1891; Liège, 28 février 2011, *D.A.O.R.*, 2012/102, p. 243, note D. MERTENS, « Over de toepassing van het Europese en Belgische mededingingsrecht door de feitenrechter en de beperkende werking van het mededingingsrecht », pp. 249 et s.

²¹⁹ Un arrêt de la cour d'appel de Liège du 15 mars 2011 a ordonné une telle mesure de production forcée (Liège, 15 mars 2011, 2009/RG/1046, *inédit*). Sur la base des attestations de la Commission des jeux de hasard, la cour a constaté en prosécution de cause que la part de marché du distributeur ayant conclu un accord d'exclusivité avec un cafetier était à ce point faible que le distributeur profitait de l'exception *de minimis* et qu'il ne disposait *a fortiori* pas d'une position dominante (Liège, 13 septembre 2011, *R.C.B.*, 2012/2-3, p. 173).

²²⁰ Anvers, 23 juin 2014, 2012/AR/1798 et 2012/AR/1843, *inédit*. La version non confidentielle des observations écrites de l'Autorité belge de la concurrence du 17 novembre 2014 a été publiée sur le site web de l'Autorité: www.bma-abc.be/nl/over-ons/publicaties/amicus-curiae-biomet-hof-van-beroep-antwerpen (10 juillet 2017). Les observations écrites de l'Autorité belge de la concurrence ont abouti à la même conclusion que le tribunal de commerce d'Anvers ayant statué en première instance, mais sur la base de définitions du marché différentes. Le tribunal a considéré que même sur la base de la définition de marché la plus restreinte – en l'occurrence le transport d'ensembles pour le placement de prothèses orthopédiques –, la défenderesse ne pouvait pas prouver le dépassement du seuil *de minimis* de 15% du marché, alors que la demanderesse produisait des données des fédérations médicales Unamec et Eucomed lui attribuant une part de marché inférieure à ce seuil (Comm. Anvers, 3 avril 2012, A/10/1740, *inédit*). Dans ses observations, l'Autorité de la concurrence a retenu une définition de marché plus large – en l'occurrence la livraison expresse de petits colis –, et a constaté qu'il était hautement probable que la demanderesse avait une part de marché inférieure au seuil de 15% car le régulateur postal IBPT ne reprenait pas cette partie parmi les 8 fournisseurs principaux actifs sur ce marché.

²²¹ X. TATON, « L'office du juge et la nullité en droit de la concurrence » (note sous Bruxelles, 10 octobre 2008), *R.D.C.*, 2009, pp. 492 et s.

²²² Comm. Anvers, 26 avril 2011, A/10/1740, *inédit*. Sur réouverture des débats, le tribunal de commerce d'Anvers a constaté que la clause d'exclusivité litigieuse n'avait pas d'influence sensible sur la concurrence (Comm. Anvers, 3 avril 2012, *précité*).

²²³ X. TATON, « L'office du juge ... », *o.c.*, p. 494, n° 4.

²²⁴ Liège, 28 février 2011, *précité*.

²²⁵ Bruxelles, 28 avril 2010, 2002/AR/2768, *inédit*. Cet arrêt a considéré que la nullité des clauses de non-concurrence et d'exclusivité de marque, non conformes au règlement d'exemption (CEE) n° 123/85, entraînait la nullité de l'ensemble du contrat de concession, car l'intention du constructeur était de créer un système de distribution sélective et exclusive. Toutefois, comme le jugement entrepris du tribunal de commerce de Bruxelles du 11 septembre 1995, l'arrêt de la cour d'appel a renvoyé la cause au rôle sur l'influence de cette nullité sur la garantie bancaire à première demande qui avait été émise en exécution du contrat de concession.

et en considérant que le contrat litigieux était un contrat-type imposé à l'ensemble du réseau de distributeurs de la marque et affectait de ce fait le commerce entre les Etats membres²²⁶.

Un commentateur de l'arrêt s'est étonné de ce que la Cour de cassation ait accepté que la cour d'appel puisse justifier de manière implicite la condition d'effet sensible sur le marché intracommunautaire²²⁷. Il faut toutefois rappeler qu'un juge de l'Ordre judiciaire n'est pas tenu, en l'absence de conclusions des parties, de constater dans ses motifs la réunion de toutes les conditions d'application d'une règle légale²²⁸. Même si la Cour de cassation n'a pas fait application de cette jurisprudence dans cette affaire, l'acceptation de l'application de l'article 85, 1., du traité CEE par la partie demanderesse a probablement incité la Cour à apprécier avec bienveillance la motivation de l'arrêt attaqué²²⁹.

51. *Les conséquences de la nullité d'une clause sur les autres dispositions du contrat.* Dans un arrêt du 28 juin 2012, la Cour de cassation a confirmé que la nullité d'une clause pour violation du droit de la concurrence n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'intégralité du contrat. L'arrêt rappelle en effet que « *la convention n'est nulle dans son ensemble que si les clauses qui sont inconciliables avec l'article 85, 1., du traité CE ne peuvent être détachées de la convention elle-même* »²³⁰. L'arrêt précise encore que l'étendue de la nullité n'est pas déterminée par le droit européen et qu'elle doit être appréciée par le juge national²³¹.

Sur cette base, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui avait jugé que la nullité d'une clause interdisant les ventes passives n'entraîne pas la nullité intégrale de la convention de distribution exclu-

sive, lorsque c'est cette distribution et pas l'interdiction des ventes passives qui constitue l'essence du contrat, et que les parties ont expressément prévu une clause de divisibilité du contrat²³².

Il n'y a donc nullité de l'intégralité du contrat que si la clause nulle forme un ensemble indivisible avec le reste de la convention, ou si les parties ont convenu de l'indivisibilité de la convention concernée²³³. D'autres critères tels que le caractère fréquent de l'infraction commise ne sont pas pertinents pour apprécier l'étendue de la nullité²³⁴.

52. *La nullité d'un engagement de non-concurrence excessive.* Lors de la période faisant l'objet de la chronique précédente, la cour d'appel d'Anvers avait considéré que, lorsque la violation du droit de la concurrence résulte de la durée excessive d'une obligation de non-concurrence, le juge ne peut pas réduire la durée de cette obligation au terme licite, parce qu'il ne dispose pas d'un pouvoir de modération permettant de réduire la sanction de la nullité²³⁵.

Il n'est pas certain que cette jurisprudence soit encore d'actualité après les deux arrêts de 2015 de la Cour de cassation relatifs à la nullité des engagements de non-concurrence excessifs. Ces arrêts de principe consacrent le pouvoir du juge de limiter la nullité d'une clause à la seule partie de cette clause qui est contraire à l'ordre public, pour autant que la nullité partielle soit possible et que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties²³⁶. Même si la nullité des clauses de non-concurrence en cause était fondée dans ces deux affaires sur la violation de la liberté de commerce et d'industrie²³⁷, il nous semble que leur

²²⁶ Cass., 24 février 2012, C.11.0032.F, dont un extrait est publié sous la date inexacte du 29 février 2010 à la *R.C.B.*, 2013/1, p. 28.

²²⁷ H. BUREZ, commentaire sous Cass., 29 février 2010 (sic), *R.C.B.*, 2013/1, p. 29.

²²⁸ Voy. A. MEEÛS, « Le moyen de cassation suivant lequel les motifs de la décision attaquée mettent la Cour dans l'impossibilité d'exercer son contrôle de légalité est-il recevable s'il est fondé sur la violation de l'article 149 de la Constitution? » (note sous Cass., 19 octobre 2000), *R.C.J.B.*, 2001, pp. 12 et s.

²²⁹ Dans son commentaire précité, H. BUREZ constate également que cette condition d'affectation sensible du commerce entre Etats membres n'était pas de nature à influencer le jugement définitif de l'affaire. En effet, cette condition délimite uniquement les champs d'application respectifs du droit européen et du droit belge de la concurrence, qui ont un contenu identique en la matière (*R.C.B.*, 2013/1, p. 29).

²³⁰ Cass., 28 juin 2012, C.10.0433.N, *R.C.B.*, 2013/1, p. 26 (extrait) et commentaire de A. FOCQUET, pp. 27 et s.

²³¹ Comme A. Focquet le remarque dans son commentaire, la formulation de l'arrêt n'est pas heureuse au sujet de la délimitation des champs d'application respectifs du droit de l'Union et du droit national en matière de nullité pour violation du droit européen de la concurrence. Il faut toutefois considérer que l'enseignement correct à retirer de cet arrêt est que le droit de l'Union prévoit une sanction de nullité absolue des accords restrictifs de concurrence, de sorte que les juges nationaux ne peuvent pas déroger à l'application de cette sanction sur la base de leur droit national. A l'inverse, le droit de l'Union ne détermine pas l'étendue de la nullité qui résulte de l'incompatibilité d'une clause du contrat avec l'interdiction des accords restrictifs de concurrence (A. FOCQUET, commentaire sous Cass., 28 juin 2012, *R.C.B.*, 2013/1, p. 27).

²³² Anvers, 29 mars 2010, 2009/AR/6, *R.C.B.*, 2010/2, p. 138 (somm.) et le commentaire de P. WYTINCK et H. BUREZ, pp. 140 et s., déjà cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2013/1, p. 26, n° 45.

²³³ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 353 et 354, n° 227.

²³⁴ A. FOCQUET, commentaire précité, p. 27.

²³⁵ Anvers, 25 mai 2009, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2009, p. 998, cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2013/1, p. 26, n° 45. Dans cet arrêt, la cour a prononcé la nullité des clauses relatives à la durée des obligations de non-concurrence, ce qui laissait incertain le point de savoir si cette nullité des clauses de durée impliquait la nullité des obligations de non-concurrence, ou le maintien de telles obligations avec une durée indéterminée permettant leur résiliation unilatérale.

²³⁶ Cass. (plén.), 25 juin 2015, C.14.0008.F; Cass., 23 janvier 2015, C.13.0579.N.

²³⁷ Jusqu'à l'entrée en vigueur du C.D.E., la liberté de commerce et d'industrie était consacrée par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. La liberté d'entreprendre est aujourd'hui énoncée aux art. II.2 à II.4 du C.D.E.

enseignement est également applicable aux clauses de non-concurrence contraires au droit de la concurrence²³⁸.

La majorité des commentateurs se sont ralliés à cette nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation²³⁹. Il semble donc acquis que, sauf exception légale et pour autant que cela réponde à l'intention des parties, les juges peuvent désormais réduire la durée des engagements de non-concurrence et maintenir ces engagements pour une durée admissible au regard de la liberté d'entreprise et du droit de la concurrence²⁴⁰. L'application de cette jurisprudence reste plus incertaine en présence de clauses de non-concurrence excessives en raison de leur champ matériel ou géographique ou en présence d'autres clauses entachées de nullité²⁴¹.

53. *Les conséquences de l'invalidité d'une décision de résolution de contrat.* Un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 2 décembre 2013²⁴² a considéré que le règlement (CE) n° 1400/2002 s'oppose à ce que l'importateur d'une marque automobile puisse justifier la résolution d'un contrat de réparateur agréé en invoquant le fait que le réparateur agréé, qui était également distributeur agréé de la même marque, avait manqué aux obligations issues du contrat de distributeur agréé. En d'autres termes, le sort du détaillant en tant que réparateur agréé ne pouvait pas être lié à la perte de son statut de distributeur agréé.

La cour d'appel s'est ensuite prononcée sur les conséquences de cette contrariété au droit de la concurrence en ce qui concerne la résolution du contrat de réparateur agréé. L'arrêt a d'abord considéré que l'invalidité de la résolution au regard du droit de la concurrence n'empêchait pas l'importateur de justifier cette résolution sur la base de clauses résolutoires ou d'autres motifs admis en droit commun. L'arrêt a

toutefois constaté qu'en l'espèce, l'importateur ne pouvait imputer au détaillant aucun manquement au contrat de réparateur agréé. L'arrêt a ainsi conclu à l'illicéité de la résolution de ce contrat.

En ce qui concerne les conséquences de cette illicéité, le détaillant réclamait, outre la poursuite de l'exécution du contrat, une indemnisation pour le préjudice subi du fait de la résolution fautive. La cour a dès lors analysé si l'exécution en nature du contrat de réparateur agréé était encore possible et (dans la mesure où l'importateur n'avait pas déposé de conclusions relatives à la sanction applicable) a ordonné la réouverture des débats pour que les parties concluent à ce sujet.

Il nous semble que, dans une telle situation, la résolution fautive du contrat devrait être requalifiée en résiliation unilatérale du contrat sans motif et sans préavis. Cette résiliation conserverait son caractère irrévocable, mais ouvrirait un droit à indemnisation au détaillant évincé²⁴³. L'exécution en nature du contrat ne serait dès lors pas légalement possible²⁴⁴.

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

54. *Une jurisprudence focalisée sur le secteur des professions libérales.* En vertu de l'article 101, 2., du T.F.U.E. et de l'article IV.1, § 2, du C.D.E.²⁴⁵, les décisions d'associations d'entreprises sont nulles de plein droit lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Comme en matière d'accords restrictifs de concurrence, la nullité des décisions d'associations d'entreprises peut être

²³⁸. Plusieurs auteurs envisagent expressément l'application de cette jurisprudence à des clauses de non-concurrence de plus d'un an figurant dans des contrats de franchise en violation de l'art. 5, 3., du règlement (UE) n° 330/2010 (P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite » (note sous Cass. (plén.), 25 juin 2015), *R.C.J.B.*, 2016/3, pp. 387 et s., spéc. pp. 425 et 426, n° 36; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015/34, pp. 717 et s., spéc., p. 721).

²³⁹. P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité ... », *o.c.*, p. 433, n° 44; F. PEERAER, « Het Hof van Cassatie erkent en bevestigt de mogelijkheid tot reductie van nietige concurrentiebedingen in het gemene recht » (note sous Cass., 23 janvier 2015 et 25 juin 2015), *R.G.D.C.*, 2016/4, pp. 188 et s.; F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie » (note sous Cass., 23 janvier 2015), *R.W.*, 2015-2016/30, pp. 1188 et s., spéc. p. 1193, n° 8. *Contra*: M.-L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence » (obs. sous Cass., 25 juin 2015), *J.T.T.*, 2015, pp. 484 et s., spéc. p. 485, n° 4, qui conteste que l'intention du débiteur de l'engagement de non-concurrence excessif puisse être de maintenir la validité partielle de cet engagement; A. SNYERS, « De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst » (note sous Cass., 23 janvier 2015), *R.D.C.*, 2016/4, pp. 368 et s., spéc. p. 374, n° 24, craint que cette jurisprudence n'ouvre la voie à une pratique généralisée de clauses de non-concurrence très larges dans les contrats d'acquisition.

²⁴⁰. A. SNYERS, « De rechterlijke matiging ... », *o.c.*, p. 372, n°s 15 et 16.

²⁴¹. A. SNYERS, « De rechterlijke matiging ... », *o.c.*, p. 373, n°s 19 et 20.

²⁴². Anvers, 2 décembre 2013, *R.C.B.*, 2014/4, p. 341.

²⁴³. Cette solution est également suggérée par H. BUREZ et A. FOCQUET, « De werking van groepsvrijstellingsverordening 1400/2002 en interactie met het Belgisch burgerlijk recht » (note sous Anvers, 2 décembre 2013), *R.C.B.*, 2014/4, pp. 342 et s., spéc. pp. 349 et 350, n°s 50 à 52. Les auteurs envisagent encore la situation où le détaillant évincé se porterait à nouveau candidat pour le réseau de distribution sélective des réparateurs agréés (pp. 350 et 351, n°s 53 à 57). A notre sens, il ne peut pas être exclu qu'un refus du détaillant évincé qui ne serait pas basé sur des critères de qualité objectifs du système de distribution sélective puisse être critiqué et sanctionné par une injonction de contracter (voy. *infra*, n° 95 sur la jurisprudence des juges de cassation en matière d'injonction de contracter).

²⁴⁴. Dans une affaire où elle siégeait comme juge des cessations et où elle avait constaté l'absence d'abus de position dominante et d'abus de droit, la cour d'appel de Bruxelles a rappelé que « le juge ne dispose pas du pouvoir de condamner à l'exécution en nature lorsqu'une partie met fin au contrat en exerçant le droit de résiliation unilatérale qui lui est reconnu » (Bruxelles, 27 février 2014, *R.C.B.*, 2014/4, p. 352; *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2014, p. 550, confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 25 avril 2013, A.C. 8582/2012, *inédit*).

²⁴⁵. Et l'art. 2, § 2, de la L.P.C.E. jusqu'au mois de septembre 2013.

invoquée soit à titre principal, soit de manière incidente en tant que moyen soulevé à l'appui ou à l'encontre d'une autre demande.

Au cours de la période examinée, l'effet anticoncurrentiel des normes relatives aux honoraires des pharmaciens et des architectes a été invoqué à titre de moyen de défense contre une demande d'annulation d'un marché public²⁴⁶, contre une sanction disciplinaire²⁴⁷ et contre une demande d'indemnisation pour résiliation unilatérale d'un contrat²⁴⁸.

55. Une défense victorieuse contre une demande d'annulation de marché public. Un arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 2011 fournit un exemple d'« euro-défense » invoquée à juste titre à l'encontre d'une décision d'association d'entreprises. Dans cette affaire, des architectes évincés postulaient l'annulation de l'attribution d'un marché public portant sur la conception d'un complexe de natation communal. Les requérants invoquaient notamment la violation d'une ancienne disposition du règlement de déontologie de l'Ordre national des architectes qui interdisait toute concurrence sur les prix entre architectes²⁴⁹. Le Conseil d'Etat a rejeté ce moyen au motif que cette disposition constituait une décision d'association d'entreprises contraire à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique²⁵⁰, aujourd'hui remplacé par l'article IV.1 du C.D.E.

56. Une défense rejetée dans une procédure de sanction disciplinaire. Dans un arrêt du 29 novembre 2013, la Cour de cassation a considéré qu'une sentence de suspension pour cause de ristournes excessives ne déniait pas au pharmacien le droit de faire concurrence, mais le sanctionnait pour manquement à l'honneur et à la dignité de la profession. Pour ce motif, la défense fondée sur le droit de la concurrence a été rejetée²⁵¹. Comme déjà indiqué dans la première partie de la chronique²⁵², on peut regretter le manque de critères d'appréciation objectifs permettant de distinguer les ristournes acceptables correspondant à une concurrence normale, des ristournes excessives portant atteinte à la déontologie professionnelle.

57. Les conséquences sur les contrats individuels. Lorsque la norme déontologique d'un ordre professionnel est contraire au droit de la concurrence, cette violation peut avoir des conséquences sur la validité des contrats individuels conclus entre les membres de cet ordre et leurs clients.

Lors de la période précédente, la cour d'appel de Gand a jugé que le consentement d'un client au prix d'une convention peut être entaché d'une erreur excusable, lorsque cet accord était basé sur la norme déontologique d'un ordre professionnel, et que cette norme avait été présentée à ce client comme obligatoire alors qu'elle était contraire au droit de la concurrence²⁵³.

En sens inverse, un arrêt plus récent de la cour d'appel d'Anvers a considéré que, lorsque l'architecte et le client ont librement convenu d'appliquer les honoraires et la clause d'indemnisation pour résiliation anticipée qui étaient prévus par une norme déontologique abrogée et déclarée contraire au droit de la concurrence, cet accord n'est pas entaché de vice de consentement et ne constitue pas en lui-même un accord ayant pour effet de restreindre la concurrence²⁵⁴.

Il faut en déduire qu'un client peut valablement consentir à l'application d'une ancienne norme déontologique déclarée anti-concurrentielle, pour autant que ce consentement ait été donné librement et en connaissance de cause.

2.3. Les actions en responsabilité

58. Plus d'actions en responsabilité mais peu de condamnations. Au cours de la période examinée, un plus grand nombre de jugements et arrêts a été prononcé sur des actions en dommages-intérêts pour infraction au droit de la concurrence. En particulier, trois affaires se sont distinguées par les décisions importantes auxquelles elles ont donné lieu: un cartel entre fabricants d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques²⁵⁵, un litige pour abus de position dominante entre opérateurs de téléphonie mobile²⁵⁶ et une action d'un transpor-

²⁴⁶. C.E., 31 mai 2011, n° 213.586, *N.J.W.*, 2011, p. 773, note F.V., « Mededinging architecten », p. 774.

²⁴⁷. Cass., 29 novembre 2013, D.11.0017.F.

²⁴⁸. Anvers, 19 janvier 2015, *T.B.O.*, 2015, p. 112.

²⁴⁹. Ancien art. 30, al. 2, du règlement de déontologie de l'Ordre des architectes du 16 décembre 1983, approuvé par arrêté royal du 18 avril 1985 (*M.B.*, 8 mai 1985, p. 6.577). Cette disposition a été abrogée.

²⁵⁰. C.E., 31 mai 2011, *précité*.

²⁵¹. Cass., 29 novembre 2013, *précité*. Dans cette affaire, la Cour avait déjà cassé une première sentence du conseil d'appel d'expression française de l'Ordre des pharmaciens, par un précédent arrêt du 18 septembre 2009, D.07.0026.F.

²⁵². *Voy. supra*, n° 14.

²⁵³. Gand, 15 février 2008, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2008, p. 814, et le commentaire de K. BAEKELANDT, « De interieurarchitect en zijn ereloon: invloed van de mededingingsregels op de geldigheid van overeenkomsten », pp. 819 et s., cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2013/1, p. 27, n° 51.

²⁵⁴. Anvers, 19 janvier 2015, *précité*.

²⁵⁵. Comm. néerl. Bruxelles, 24 avril 2015, *R.C.B.*, 2015/3, p. 212; Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *R.C.B.*, 2015/1-2, p. 37, note T. BONTINCK et P. GOFFINET, « Le jugement du 24 novembre 2014 du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles: le private enforcement au point mort? », pp. 47 et s.; Comm. Bruxelles, 18 avril 2011, 6816/2008, *inédit*.

²⁵⁶. Bruxelles, 26 février 2015, 2012/AR/1, disponible sur le site web de l'Autorité belge de la concurrence: www.abc-bma.be/fr/decisions/2012ar1-belga-com-base-mobistar (20 juillet 2017); Bruxelles, 6 novembre 2012, 2010/AR/3112, *inédit*; Bruxelles, 6 mars 2012, 2011/AR/856, *inédit*; Bruxelles, 1^{er} juin 2011, 2011/AR/856, *inédit*.

teur ferroviaire pour répercussion abusive du coût d'opportunité des quotas de CO² dans le prix de l'électricité²⁵⁷.

Malgré cette jurisprudence plus abondante, une seule condamnation a été prononcée pendant cette période, dans une affaire où la faute n'a d'ailleurs pas été directement déduite de la violation du droit de la concurrence, mais de l'inexécution d'un jugement de cessation d'une pratique concertée de refus de fourniture sur le marché de l'oxygénothérapie à domicile²⁵⁸. Les autres demandes ont été rejetées pour absence de violation du droit de la concurrence²⁵⁹ ou ont donné lieu à des mesures d'instruction encore en cours²⁶⁰. Cette constatation ne signifie pas nécessairement que le droit de la concurrence est insuffisamment appliqué par les juridictions belges. En effet, les demandes fondées sur le droit de la concurrence peuvent faire l'objet de règlements extrajudiciaires²⁶¹.

59. L'évolution récente de la législation. Les actions en dommages et intérêts sont spécialement concernées par les modifications introduites par la loi du 6 juin 2017 transposant la directive n° 2014/104/UE. C'est donc principalement dans ce chapitre que nous mettrons en évidence l'influence potentielle des nouvelles règles, en les comparant à la jurisprudence examinée.

60. La compétence internationale. En se fondant sur la décision de la Commission européenne du 21 février 2007 ayant sanctionné quatre fabricants européens d'ascenseurs et d'escaliers mécaniques pour leur participation à un cartel²⁶²,

l'Union européenne, représentée par la Commission européenne, a introduit une action en dommages-intérêts contre les sociétés sanctionnées devant le tribunal de commerce de Bruxelles²⁶³. Dans un jugement interlocutoire du 18 avril 2011, le tribunal de commerce ne s'est déclaré compétent qu'à l'égard des défenderesses belges, au motif que sa décision ne produirait d'effets qu'en Belgique. De manière étonnante, le tribunal n'a pas examiné la question de sa compétence internationale au regard du règlement (CE) n° 44/2001. D'une part, il a considéré que l'argument de connexité entre les demandes ne pouvait pas être retenu. D'autre part, il a exclu l'application des clauses de juridiction incluses dans les contrats concernés, estimant qu'il est le juge naturel et que la Commission a valablement renoncé à ces clauses en le saisissant²⁶⁴. Cette analyse n'est pas conforme aux dispositions du règlement (CE) n° 44/2001²⁶⁵, qui est pourtant applicable en l'espèce. Un appel a été introduit dans cette affaire²⁶⁶.

61. Les clauses de règlement alternatif des différends. Dans l'affaire d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, le jugement du tribunal de commerce de Bruxelles du 29 mai 2007, commenté dans la première édition de la chronique, avait rejeté plusieurs moyens d'incompétence et d'irrecevabilité²⁶⁷. Dans son arrêt du 26 février 2015, la cour d'appel de Bruxelles a confirmé le rejet de ces moyens.

Pour rappel, deux moyens d'incompétence ont été soulevés dans cette affaire sur la base de clauses de règlement alterna-

²⁵⁷ Bruxelles, 14 janvier 2015, *R.D.C.*, 2015/8, p. 828; *R.C.B.*, 2016/1, p. 33; Bruxelles, 11 octobre 2011, R.G. 2010/AR/3112, *inédit*.

²⁵⁸ Comm. Liège (div. Liège), 7 décembre 2015, A/09/1851, *inédit*; Comm. Liège, 9 février 2012, A/2009/1851, *inédit*. Aucun appel n'a été introduit contre ces jugements.

²⁵⁹ Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014 et 24 avril 2015, *précités*, dans l'affaire du cartel des ascenseurs; Bruxelles, 14 janvier 2015, *précité*, dans l'affaire de répercussion du coût des quotas de CO²; Bruxelles, 21 juin 2011, *R.C.B.*, 2011/4, p. 305; *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2011, p. 978, qui rejette l'appel contre Civ. Bruxelles, 29 juin 2010, *R.C.B.*, 2010/3, p. 48 (somm.), commenté dans la première édition de la chronique; *R.D.C.*, 2013/1, p. 15, n° 23.

²⁶⁰ Bruxelles, 26 février 2015, *précité*, dans le litige entre opérateurs de téléphonie mobile; Comm. Malines, 3 novembre 2011, *A.M.*, 2013/3-4, p. 237.

²⁶¹ A la suite de l'arrêt précité de la cour d'appel de Bruxelles du 26 février 2015 ordonnant une mesure d'expertise dans une affaire d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, les parties ont conclu une convention de transaction pour un montant total de 120 millions d'euros (www.inpublic.globenewswire.com/2015/10/21/Communiqu%C3%A9+de+presse+commun+KPN+BASE+Company+Mobistar+et+Proximus+concluent+un+accord+transactionnel+des+litiges+li%C3%A9s+aux+tarifs+mobiles+HUG1960264.html;jsessionid=UF1ttCWZYf-9rS0x912JDyAvNyFIKxkU75wo2G5sWBk-2pV3vU0!464228890?sm_au=iVVVVRG0qr2GJDDr5 (20 juillet 2017)).

²⁶² Décision de la Commission du 21 février 2007, aff. COMP/E-1/38.823, *Ascenseurs et escaliers mécaniques*, C(2007) 512 final. Les recours contre cette décision ont été rejetés (T.U.E., 13 juillet 2011, T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07, *Rec.*, 2011, p. II-5129; C.J.U.E., ord. 15 juin 2012, C-493/11; C.J.U.E., ord. 15 juin 2012, aff. C-494/11 P; C.J.U.E., 18 juillet 2013, C-501/11 P; C.J.U.E., 24 octobre 2013, C-510/11 P).

²⁶³ La Région flamande et la Communauté flamande ont introduit une action parallèle dans la même affaire. Cette action n'a pas donné lieu aux mêmes incidents de procédure que l'action de l'Union européenne. La demande de la Région flamande et de la Communauté flamande n'a dès lors pas fait l'objet de décisions avant dire droit avant le jugement définitif déjà cité du 24 avril 2015.

Comm. Bruxelles, 18 avril 2011, *précité*.

²⁶⁴ En particulier, l'art. 5, 3. concernant la matière délictuelle ou quasi délictuelle, l'art. 6, 1. concernant les demandes connexes contre plusieurs défendeurs et les art. 23 et 24 concernant les clauses d'élection de for (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, dit « Règlement Bruxelles I »). Depuis le 10 janvier 2015, ce règlement est 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, dit « Règlement Bruxelles Ibis ».

²⁶⁵ Peut-être la cour d'appel de Bruxelles aura-t-elle l'opportunité d'appliquer les enseignements pragmatiques qui ont été fournis par l'arrêt de la Cour de justice du 21 mai 2015 (C.J.U.E., 21 mai 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel NV*, ECLI:EU:C:2015:335).

²⁶⁶ Comm. Bruxelles, 29 mai 2007, R.G. A/03/6791, *inédit*, commenté dans la première édition, *R.D.C.*, 2013/1, p. 28, n° 54.

tif des différends, qui figuraient dans une convention d'interconnexion²⁶⁸ et dans un contrat de transaction préalablement conclus par les parties.

En ce qui concerne la convention d'interconnexion, la cour d'appel a considéré que l'action en responsabilité pour abus de position dominante ne concernait pas l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention d'interconnexion, au sens de la clause de règlement alternatif de différends que celle-ci contenait²⁶⁹.

La cour a également jugé que la conclusion d'une transaction par laquelle les parties ont accepté de se désister d'une instance en cessation et d'obtenir un avis de l'IBPT²⁷⁰, ne peut fonder une fin de non-recevoir de l'action en responsabilité pour abus de position dominante²⁷¹.

62. *Autres fins de non-recevoir rejetées.* Dans le même arrêt, la cour d'appel a confirmé que la circonstance que la partie demanderesse est sous-capitalisée, que son actif net est inférieur au montant prévu par l'article 634 du Code des sociétés ou qu'elle ne respecte pas les obligations de couverture prévues par sa licence de mobilophonie, ne permettent pas de considérer que son intérêt à agir serait illégitime, ni que son action en responsabilité pour abus de position dominante deviendrait irrecevable²⁷².

63. *Le droit d'agir des acheteurs directs et indirects.* Pendant la période précédente, certaines décisions avaient déjà considéré qu'un acheteur indirect dispose de l'intérêt et de la qualité requis pour introduire une action en responsabilité extracontractuelle contre l'entreprise ayant commis une infraction au droit de la concurrence²⁷³. L'existence de l'infraction et du droit subjectif à l'indemnisation ne relève pas de la recevabilité, mais du fond de l'affaire. Cet enseignement a été confirmé pendant la période examinée.

Dans le dossier du cartel des ascenseurs, le tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles a été saisi d'une fin de non-recevoir, par laquelle une défenderesse soutenait que

l'Union européenne n'avait pas d'intérêt à agir puisqu'elle avait répercuté le dommage allégué sur les Etats membres. Le tribunal a rejeté ce moyen en considérant qu'il ne concernait pas la recevabilité, mais le fond de la demande²⁷⁴.

Dans l'affaire d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, la cour d'appel de Bruxelles a statué dans le même sens, tout en rappelant que les parties demanderesse n'avaient ni la qualité ni l'intérêt pour réclamer la réparation du préjudice subi par leurs clients²⁷⁵.

Le droit d'agir tant des acheteurs directs que des acheteurs indirects a été confirmé par les nouveaux articles XVII.72, XVII.83 et XVII.84 du C.D.E.²⁷⁶.

64. *Le droit d'agir de l'Union européenne.* Dans l'affaire du cartel des ascenseurs, le tribunal de commerce de Bruxelles a interrogé la Cour de justice à titre préjudiciel sur le droit de la Commission européenne d'agir d'abord comme autorité de concurrence et de sanctionner le cartel, et d'introduire ensuite une action en dommages-intérêts en tant que représentante de l'Union européenne en vue de réclamer la réparation du dommage qu'elle aurait subi du fait de ce même cartel²⁷⁷.

Dans son arrêt du 6 novembre 2012, la Cour de justice a confirmé le droit de la Commission d'agir en responsabilité au nom de l'Union dans ces circonstances. En particulier, la Cour de justice a considéré que le droit à un procès équitable ne s'oppose pas à la recevabilité de cette action en responsabilité, dans la mesure où la décision de la Commission est susceptible d'un contrôle juridictionnel, et que le juge national doit encore apprécier l'existence d'un préjudice et d'un lien causal. Selon la Cour de justice, le principe d'égalité des armes n'a pas non plus été violé, puisque la Commission n'a fondé son action en responsabilité que sur la version non confidentielle de sa décision d'infraction²⁷⁸.

65. *La prescription.* Jusqu'à la transposition de la directive n° 2014/104/UE, le droit belge ne prévoyait aucune règle de

²⁶⁸. Selon le cadre législatif applicable à l'époque des faits, l'interconnexion était définie comme « la liaison des réseaux de télécommunications utilisés par la même personne ou des personnes différentes, afin de permettre aux utilisateurs des services ou réseaux d'une personne de communiquer avec les utilisateurs des services ou réseaux de la même personne ou d'une autre personne ou d'accéder aux services fournis par une autre personne » (art. 68, 24°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques). La définition actuelle figure à l'art. 2, 19°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. La convention d'interconnexion est un contrat qui est conclu entre des opérateurs de réseaux de communications électroniques différents et qui règle les conditions de communication entre leurs réseaux respectifs.

²⁶⁹. Bruxelles, 26 février 2015, *précité*.

²⁷⁰. L'arrêt constate que l'IBPT ne disposait d'ailleurs que d'une compétence d'avis non contraignant selon la législation en vigueur à l'époque (art. 75, § 8, de la loi du 21 mars 1991).

²⁷¹. Bruxelles, 26 février 2015, *précité*.

²⁷². Bruxelles, 26 février 2015, *précité*, confirmant Comm. Bruxelles, 29 mai 2007, *précité*, commenté dans la première édition, *R.D.C.*, 2013/1, p. 28, n° 55.

²⁷³. Voy. la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2013/1, p. 28, n° 55.

²⁷⁴. Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *précité*.

²⁷⁵. Bruxelles, 26 février 2015, *précité*.

²⁷⁶. L'art. XVII.72 confirme le principe que « toute personne physique ou morale qui a subi un dommage causé par une infraction au droit de la concurrence a le droit de demander et d'obtenir la réparation intégrale du dommage, conformément au droit commun ». Les art. XVII.83 et XVII.84, concernant la question de la répercussion du surcoût, envisagent respectivement les actions des acheteurs directs et des acheteurs indirects (voy. *infra*, n° 77).

²⁷⁷. Comm. Bruxelles, 18 avril 2011, *précité*.

²⁷⁸. C.J.U.E., 6 novembre 2012, C-199/11, *Europese Gemeenschap / Otis e.a.*, ECLI:EU:C:2012:684.

prescription spécifique pour les actions en responsabilité fondées sur des infractions au droit de la concurrence. Ces actions étaient donc soumises aux délais de droit commun et, en particulier, au double délai (i) de 5 ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable, et (ii) de 20 ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage, qui est applicable aux actions en responsabilité extracontractuelle²⁷⁹.

Peu de temps avant la transposition de la directive, la Cour constitutionnelle a été saisie d'une question préjudicielle concernant l'application des règles de prescription du droit commun au contentieux de la concurrence. L'affaire concernait un abus de position dominante qui a été commis entre 1991 et avril 1996 par un importateur officiel d'une marque de motos et qui consistait notamment à imposer l'intervention d'un distributeur agréé pour la délivrance de certificats de conformité et de pièces de rechange. A la suite d'une plainte déposée en novembre 1995, l'abus a été condamné par une décision du Conseil de la concurrence du 21 janvier 1999²⁸⁰, qui a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 2 février 2009²⁸¹. Le pourvoi a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2011²⁸².

La question de la prescription s'est posée dans cette affaire parce que certains plaignants, qui sont des importateurs indépendants de motos, n'ont introduit leur action en responsabilité qu'en décembre 2006, c'est-à-dire plus de 11 ans après le dépôt de la plainte, plus de 10 ans après la fin des faits incriminés et plus de 7 ans après la condamnation de ces faits par le Conseil de la concurrence.

En ce qui concerne la question de la prescription de l'action en dommages-intérêts, le tribunal de commerce de Gand, division de Termonde, a constaté que la situation des victimes d'une infraction au droit de la concurrence est comparable à celle des victimes d'une infraction pénale. Sur cette

base, le tribunal a interrogé la Cour constitutionnelle sur la différence de traitement qui existe entre ces deux catégories de victimes du fait de l'absence d'une disposition similaire à l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale en droit de la concurrence²⁸³.

Dans l'arrêt prononcé en réponse à cette question, la Cour constitutionnelle a conclu au caractère discriminatoire de l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil²⁸⁴. Toutefois, plutôt que de comparer les régimes applicables aux victimes d'infractions pénales et d'infractions au droit de la concurrence – comme l'y invitait le juge du fond²⁸⁵ –, la Cour constitutionnelle s'est fondée sur sa propre analyse du contentieux de la responsabilité en droit de la concurrence. La Cour a ainsi considéré que l'établissement d'une infraction au droit de la concurrence dépend le plus souvent d'une analyse factuelle et économique complexe sur la base d'éléments de preuve non accessibles au public²⁸⁶. Pour ce motif, la Cour a estimé que l'obligation de la personne lésée d'introduire à titre conservatoire une action en dommages-intérêts avant qu'un jugement définitif soit rendu dans le cadre de la procédure administrative en ce qui concerne l'existence d'une infraction fait supporter à la personne lésée une charge de la preuve extrêmement lourde²⁸⁷, complique l'établissement par le juge civil du droit à la réparation du dommage²⁸⁸, et fait courir à la personne lésée un risque de condamnation aux dépens²⁸⁹. La Cour en a déduit que cette obligation d'agir à titre conservatoire porte une atteinte disproportionnée aux droits de la personne lésée²⁹⁰.

Le dispositif de l'arrêt en conclut que l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil est discriminatoire « *en ce que l'action civile en réparation du préjudice résultant d'une infraction en matière de concurrence peut se prescrire avant qu'une décision passée en force de chose jugée ait constaté l'existence d'une infraction en matière de concurrence* ». Le régime qui est ainsi préconisé par la Cour constitutionnelle est particulièrement vague. En effet, à la différence du régime applicable aux infractions pénales, en vertu duquel la

²⁷⁹. Art. 2262bis, § 1^{er}, al. 2 et 3, C. civ.

²⁸⁰. Cons. Concurrence, 21 janvier 1999, reflet par I. VAN HOUTTEGHEM et D. PUTZEYS, *R.D.C.*, 1999, p. 361.

²⁸¹. Bruxelles, 2 février 2009, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2009, p. 870, note H. BUREZ, « Geldboeten in het Belgische mededingingsrecht – stand van zaken », pp. 909 et s.; note T. CHELLINGSWORTH, « Naar een dubbele aanleg inzake mededingingsboetes. Of de variabele invulling van de volle rechtsmacht », *R.C.B.*, 2009/2, pp. 60 et s.

²⁸². Cass., 3 juin 2011, R.G. C.09.0227.N, *R.C.B.*, 2012/1, p. 19, note D. GERARD et B. DIELEN, « Het finale Honda-arrest van Cassatie: volle rechtsmacht, hervormingsbevoegdheid en marginale rechterlijke toetsing », pp. 20 et s.; *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2011, p. 1049, note H. GILLIAMS, « De onafhankelijke en onpartijdige rechter in het Belgische mededingingscontentieux », pp. 1054 et s.; *J.T.*, 2011, p. 758, note F. LOUIS, « La séparation des pouvoirs comme justification d'une limitation *contra legem* du rôle de la cour d'appel de Bruxelles dans le contentieux du contrôle des décisions du Conseil de la concurrence », pp. 761 et s.; *R.D.C.*, 2012/10, p. 985, note H. GILLIAMS, « Volle rechtsmacht in het Belgische mededingingscontentieux », pp. 986 et s.

²⁸³. Comm. Gand (div. Termonde), 23 octobre 2014, *R.C.B.*, 2014/4, p. 359. L'art. 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose que « l'action civile résultant d'une infraction (...) ne peut se prescrire avant l'action publique ».

²⁸⁴. C.C., 10 mars 2016, n° 38/2016.

²⁸⁵. La Cour constitutionnelle rappelle la question préjudicielle au point B.2. de son arrêt mais n'envisage plus la comparaison avec l'art. 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale dans la suite de son arrêt.

²⁸⁶. *Ibid.*, B.9.

²⁸⁷. *Ibid.*, B.9.

²⁸⁸. *Ibid.*, B.12.

²⁸⁹. *Ibid.*, B.13.

²⁹⁰. *Ibid.*, B.14.

date de prescription de l'action civile dépend de la date de prescription de l'action publique²⁹¹, l'arrêt exclut uniquement la prescription de l'action civile avant qu'une décision définitive constatant l'existence d'une infraction soit prononcée²⁹². Il en ressort que l'action en dommages et intérêts ne peut être prescrite avant que la décision de l'Autorité belge de la concurrence ne soit devenue finale, ou avant que l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles soit prononcé en cas de recours²⁹³. Toutefois, cette action serait prescrite dès le lendemain de la décision définitive dans la procédure administrative, lorsque plus de 5 ans se sont écoulés après la prise de connaissance du dommage et de l'identité de l'auteur de la faute par la victime²⁹⁴.

Il est heureux que la directive n° 2014/104/UE et sa loi de transposition aient prévu un régime plus prévisible pour le calcul du délai de prescription des actions en dommages et intérêts. Premièrement, le délai de prescription de 5 ans ne commence à courir que lorsque le demandeur prend connaissance ou aurait dû raisonnablement avoir eu connaissance du comportement incriminé, du fait que ce comportement constitue une infraction au droit de la concurrence, du fait que cette infraction lui a causé un dommage, ainsi que de l'identité de l'auteur de l'infraction. Ensuite, même lorsque ces informations sont (réputées) connues du demandeur, le délai de prescription ne commence pas à courir avant que l'infraction ait cessé²⁹⁵. Pour les infractions continues ou répétées, il est précisé que l'infraction ne cesse que le jour où (la dernière) infraction a pris fin²⁹⁶. Enfin, la nouvelle législation organise une interruption de la prescription de l'action en dommages et intérêts par tout acte d'instruction ou de poursuite d'une autorité de concurrence²⁹⁷. Cette interruption prend fin le jour qui suit le jour au cours duquel la décision constatant une infraction est devenue définitive ou le jour au

cours duquel il a été mis un terme à la procédure administrative d'une autre manière²⁹⁸. En cas d'interruption par une procédure administrative en Belgique, le délai de prescription de 5 ans ne commencera donc à courir qu'à la fin de la procédure devant l'Autorité belge de la concurrence, ou en cas de recours, après le prononcé de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles²⁹⁹.

66. L'appréciation de la faute. En matière d'actions en dommages-intérêts pour pratique restrictive de concurrence, se pose la question récurrente de savoir si toute infraction au droit de la concurrence constitue une faute extracontractuelle ou non.

Dans le dossier d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, la cour d'appel de Bruxelles a rappelé la jurisprudence classique selon laquelle toute transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue une faute extracontractuelle si cette transgression est commise librement et consciemment. La cour d'appel a appliqué ce critère de manière particulièrement sévère, en considérant que la partie défenderesse avait pu déduire de certaines communications et décisions de la Commission européenne que le renforcement des effets de réseau était susceptible de constituer un abus de position dominante, quand bien même aucune condamnation explicite n'avait été prononcée pour une telle infraction à l'époque des faits³⁰⁰.

67. L'influence des décisions de la Commission européenne. Dans l'affaire du cartel des ascenseurs, le tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles a constaté en premier lieu qu'il était lié par la décision de constatation d'infraction de la Commission du 21 février 2007³⁰¹. Il s'agit d'une application de l'article 16, 1., du règlement n° 1/2003³⁰².

²⁹¹. Cette date de prescription de l'action publique peut être anticipée.

²⁹². Or, la date de la décision définitive dans la procédure administrative est une date particulièrement incertaine puisqu'elle dépend de facteurs externes tels que la rapidité de l'instruction par l'Autorité de la concurrence et l'introduction ou non de voies de recours.

²⁹³. L'arrêt ne semble pas reporter la date de prescription au-delà de l'instance en cassation. En effet, il utilise les termes de « décision passée en force de chose jugée » qui visent les décisions qui ne sont plus susceptibles de voies de recours ordinaires, et pas les termes de « décision irrévocable » qui excluent également toute possibilité de voie de recours extraordinaire.

²⁹⁴. En d'autres termes, la Cour constitutionnelle a prévu un régime qui était favorable aux demandeurs dans l'affaire concernée – puisque ceux-ci avaient agi en responsabilité pendant la procédure de recours contre la décision du Conseil de la concurrence – mais qui ne constituait pas un régime fiable pour l'ensemble des demandeurs en responsabilité.

²⁹⁵. Art. XVII.90, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.D.E.

²⁹⁶. Art. XVII.90, § 1^{er}, al. 2, C.D.E.

²⁹⁷. Par ces termes, le législateur vise tant l'Autorité belge de la concurrence que la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence des autres Etats membres de l'Union européenne (art. I.22, 6° et 7°, C.D.E.).

²⁹⁸. Art. XVII.90, § 2, C.D.E.

²⁹⁹. Le pourvoi en cassation ne devrait pas reporter la période d'interruption de la prescription. En effet, l'art. I.22, 11°, du C.D.E. définit la « décision définitive constatant une infraction » comme « une décision constatant l'existence d'une infraction au droit de la concurrence qui ne peut pas ou ne peut plus faire l'objet d'un recours par les voies ordinaires ». L'art. I.22, 9°, du même code crée toutefois un doute à ce sujet, car il définit l'« instance de recours » par référence aux « moyens de recours ordinaires » et inclut néanmoins parmi ces instances de recours la Cour de justice statuant sur un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne, ainsi que les juridictions nationales habilitées à réexaminer des décisions en appel se prononçant sur des décisions d'une autorité nationale de concurrence.

³⁰⁰. Bruxelles, 26 février 2015, *précité*.

³⁰¹. Comm. néerl. Bruxelles, 24 avril 2015, *précité*; Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *précité*.

³⁰². Cette disposition énonce que « [I]orsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission » (règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O. L. 1* du 4 janvier 2003, p. 1).

Selon le tribunal, la décision de la Commission contenait la preuve d'une faute extracontractuelle, puisqu'elle constatait non seulement que les défenderesses avaient violé l'article 81 du traité CE (l'actuel art. 101 T.F.U.E.), mais également qu'elles l'avaient fait librement et consciemment³⁰³. A l'inverse, cette décision ne suffisait pas à établir l'existence d'un dommage, puisque la Commission s'était fondée uniquement sur la possibilité que les prix aient été influencés par la pratique en cause et n'avait donc pas constaté qu'une telle influence avait effectivement eu lieu³⁰⁴.

68. *L'influence des décisions de l'Autorité belge de la concurrence.* Pendant la période examinée, les cours et tribunaux n'ont pas reconnu d'effet obligatoire aux décisions de l'Autorité belge de la concurrence, mais leur ont attaché une grande force probante.

En matière de délimitation du marché pertinent, le tribunal de commerce de Malines³⁰⁵ s'est ainsi rallié à l'analyse que le Conseil de la concurrence avait effectuée dans le cadre d'un dossier de concentration concernant la partie défenderesse³⁰⁶, avec d'autant plus de facilité que cette analyse avait été confirmée par la cour d'appel de Bruxelles³⁰⁷.

Dans l'affaire d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, la cour d'appel de Bruxelles ne s'est pas considérée liée par les décisions des autorités de la concurrence invoquées à titre de précédents par les parties³⁰⁸, en ce compris la décision du Conseil de la concurrence du 26 mai 2009 concernant la même différenciation tarifaire et les mêmes parties³⁰⁹. Il ressort toutefois de la partie de l'arrêt relative à l'appréciation de la position dominante de la défenderesse que la cour accorde une grande force probante aux constatations factuelles effectuées par le régulateur sec-

toriel – en l'occurrence l'IBPT – et le Conseil de la concurrence. En effet, la cour se fonde principalement sur les parts de marché déterminées par ces autorités, qu'elle confronte aux données fournies par la défenderesse. La cour considère ainsi que la défenderesse est présumée avoir occupé une position dominante sur le marché belge de la télécommunication mobile pendant la période de 1999 à 2005³¹⁰. A l'inverse, pour l'année 2006 – qui n'a pas été examinée par la décision précitée du Conseil de la concurrence –, la cour rejette l'action en responsabilité, au motif qu'elle ne dispose pas de données suffisamment précises et objectives pour apprécier la part de marché détenue par la défenderesse³¹¹.

Il a aussi été jugé qu'une décision de classement de plainte par l'auditorat de l'Autorité belge de la concurrence n'a pas d'autorité de chose jugée et n'empêche pas le plaignant d'invoquer la même violation du droit de la concurrence dans une action en responsabilité³¹².

A l'inverse, un jugement du tribunal de commerce de Liège a déduit l'absence d'infraction au droit de la concurrence de la renonciation de la partie demanderesse au recours qu'elle avait formé contre la décision de l'auditorat de classer sa plainte³¹³.

Aux fins de la transposition de la directive n° 2014/104/UE³¹⁴, l'article XVII.82 du C.D.E. accorde aux décisions de l'Autorité belge de concurrence un effet similaire à celui des décisions de la Commission européenne. En effet, la décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou d'une instance de recours constatant une infraction aux règles de concurrence constitue désormais une preuve irréfragable d'infraction devant les juridictions du même Etat membre³¹⁵, et une preuve *prima facie* d'infraction devant les juridictions des autres Etats membres³¹⁶.

³⁰³ Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *précité*. Comme T. BONTINCK et P. GOFFINET le constatent, le jugement a rapidement admis la présence d'une faute extracontractuelle, ce qui constitue une « extension subtile (...) de l'article 16, 1., du règlement n° 1/2003 » de la constatation d'une infraction au droit de la concurrence à celle d'une faute extracontractuelle (T. BONTINCK et P. GOFFINET, *o.c.*, pp. 52 et 53, n°s 38 à 42).

³⁰⁴ Voy. *infra*, n° 75.

³⁰⁵ Comm. Malines, 3 novembre 2011, *précité*.

³⁰⁶ En l'occurrence une décision du 29 novembre 2010: Besl. nr. 2010-C/C-48 van de Raad voor de Mededinging van 29 november 2010 betreffende het verzoek van Telenet tot opheffing van de voorwaarden opgelegd in Besl. nr. 2003-C/C-89. Cette décision est disponible sur le site web de l'Autorité belge de la concurrence: www.abc-bma.be/fr/decisions/10-cc-48-telenet (29 août 2017).

³⁰⁷ Bruxelles, 17 mai 2011, *R.C.B.*, 2011/4, p. 291, note J. BOUCKAERT et T. PEETERS, « Het recente eindarrest van het hof van beroep te Brussel over de voetbaluitzendrechten. De afgezwakte verplichting voor Telenet: *Pro Pro League?* », pp. 300 et s.

³⁰⁸ Bruxelles, 26 février 2015, *précité*. L'arrêt ne motive pas spécifiquement cette décision, ce qui s'explique probablement par le fait que toutes les parties ont formé un recours contre la décision du Conseil de la concurrence, et qu'elles ont donc probablement postulé l'absence d'autorité de cette décision dans le cadre de la procédure en dommages-intérêts.

³⁰⁹ Décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009, aff. CONC-P/K-05/0065, *Base / BMB*. Cette décision est disponible sur le site web de l'Autorité belge de la concurrence: www.abc-bma.be/fr/decisions/09-pk-10-belgacom-mobile (29 août 2017). Trois arrêts de la cour d'appel de Bruxelles et un arrêt de la Cour de cassation ont déjà été prononcés à la suite des recours introduits contre cette décision. Ces arrêts concernent toutefois uniquement l'accès au dossier et l'étendue de la pleine juridiction de la cour d'appel (Cass., 20 décembre 2013, R.G. H.13.1.F; Bruxelles (18° ch.), 6 mai 2010, 29 mai 2012 et 28 juin 2013, R.G. 2009/MR/3 à 8). Tous ces arrêts sont disponibles sur le site web de l'Autorité belge de la concurrence: www.abc-bma.be/fr/decisions/09-pk-10-belgacom-mobile (29 août 2017).

³¹⁰ L'arrêt examine aussi plusieurs facteurs additionnels confortant cette présomption de dominance (Bruxelles, 26 février 2015, *précité*).

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Bruxelles, 21 juin 2011, *précité*.

³¹³ Comm. Liège, 9 février 2012, *précité*.

³¹⁴ Art. 9 de la directive n° 2014/104/UE.

³¹⁵ Art. XVII.82, § 1^{er}, C.D.E. Cette règle risque de susciter des difficultés en Belgique, dans la mesure où l'Autorité belge de la concurrence est devenue une autorité administrative (art. IV.16 C.D.E.) et où l'art. 159 de la Constitution oblige les cours et tribunaux à vérifier d'office la légalité des décisions administratives.

³¹⁶ Art. XVII.82, § 2, C.D.E.

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

Dans l'affaire du cartel des ascenseurs, les sociétés défenderesses ont demandé au tribunal de commerce d'ordonner à l'Union européenne de produire tous ses documents d'adjudication, toutes les offres qu'elle avait reçues, les contrats qui avaient été conclus, les notes internes qui avaient été rédigées, ainsi que les échanges de correspondances qui avaient eu lieu, en rapport avec des immeubles situés en Belgique entre mai 1996 et janvier 2004. Le tribunal a rejeté cette demande, aux motifs que les défenderesses auraient dû solliciter le prononcé d'un jugement avant dire droit en cours de procédure concernant ces demandes, plutôt que d'attendre les débats relatifs au fond de l'affaire et que le tribunal n'était pas convaincu de l'intérêt et de la pertinence des pièces sollicitées par les défenderesses³¹⁷.

A l'inverse, le tribunal de commerce de Malines a accueilli une demande de production forcée de documents, aux motifs que la partie demanderesse rendait la présomption d'abus de position dominante de la défenderesse suffisamment vraisemblable et que les pièces dont la production était sollicitée étaient de nature à compléter utilement les éléments de preuve apportés par la demanderesse³¹⁸.

Dans l'affaire concernant la répercussion du coût d'opportunité des quotas de CO² dans le prix de l'électricité, le tribunal de première instance a jugé, de manière assez sévère, que le fait qu'il soit très difficile, voire impossible, pour la partie demanderesse d'apporter la preuve concrète de l'abus, ne peut avoir pour conséquence de décharger cette partie de la charge légale de la preuve, ni de l'autoriser à se limiter à quelques affirmations dont la véracité devrait ultérieurement apparaître des mesures d'instruction à ordonner par le juge³¹⁹. En degré d'appel, la cour n'a pas suivi ce raisonnement, et a ordonné une mesure d'expertise avant dire droit³²⁰.

Une mesure d'expertise apparaît souvent appropriée en présence de griefs d'abus de position dominante déduits de pratiques tarifaires³²¹.

La loi transposant la directive n° 2014/104/UE consacre plusieurs dispositions à la question de la divulgation des preuves³²². En particulier, en ce qui concerne les demandes de production forcée, les cours et tribunaux pourront « ordonner à une autre partie ou à un tiers la production de certains éléments de preuves pertinents ou de catégories pertinentes de preuves qui se trouvent en sa possession »³²³. Les documents à produire peuvent donc désormais aussi être requis par catégories et non plus uniquement de manière individuelle³²⁴.

70. *La protection des informations confidentielles en cas de mesures d'instruction.* Le prononcé d'une mesure de production forcée de documents ou d'une mesure d'expertise entraîne souvent des questions de protection de la confidentialité des secrets d'affaires.

Dans une affaire où un exploitant de chaînes de télévision reprochait un abus de discrimination tarifaire à un câblo-opérateur, un jugement du 3 novembre 2011 du tribunal de commerce de Malines a ordonné la production forcée des contrats ou, à défaut, des factures contenant les tarifs de transport, de distribution et de rémunération des contenus, pratiqués par ce câblo-opérateur vis-à-vis des principales chaînes de télévision concurrentes. Le tribunal a constaté que le Code judiciaire ne contenait aucune disposition protégeant les informations confidentielles et les secrets d'affaires, et n'a de ce fait assorti la mesure de production forcée d'aucune modalité de protection des informations commercialement sensibles. Le dispositif du jugement rappelle les sanctions susceptibles de s'appliquer en cas d'inexécution de l'ordre de production forcée³²⁵.

Cette approche, refusant toute protection aux secrets d'affaires, paraît anachronique depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 2012³²⁶. Cet arrêt a été prononcé dans une affaire où un producteur d'électricité demandait à l'Etat belge de réparer le dommage qu'il avait subi en raison de prétendues illégalités commises en rapport avec l'attribution

³¹⁷. Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *précité*. Même si le jugement ne l'affirme pas, le fait que la demande ait été rejetée a probablement motivé cette constatation d'absence d'intérêt des documents dont la production était sollicitée par les défenderesses. Pour une critique du motif fondé sur la demande tardive de production, voy. T. BONTINCK et P. GOFFINET, *o.c.*, pp. 50 à 52, n°s 24 à 32.

³¹⁸. Comm. Malines, 3 novembre 2011, *précité*.

³¹⁹. Civ. Bruxelles, 20 septembre 2010, R.G. 2009/2765/A, *inédit*, cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2013/1, pp. 28 et 29, n° 58.

³²⁰. Bruxelles, 11 octobre 2011, *précité*. A la suite de cette expertise, la cour d'appel a jugé que la répercussion de ce coût d'opportunité ne constituait pas un abus de position dominante (Bruxelles, 14 janvier 2015, *précité*).

³²¹. Bruxelles, 26 février 2015, *précité*, qui modifie la mission d'expertise qui avait été ordonnée par Comm. Bruxelles, 29 mai 2007, *inédit*.

³²². Art. XVII.74 à XVII.81 C.D.E.

³²³. Art. XVII.74, § 1^{er}, C.D.E.

³²⁴. La production de preuves ne devient pas pour autant automatique. Il y a toujours lieu pour les cours et tribunaux d'apprécier si une mesure d'instruction doit être ordonnée ou non. La loi énonce plusieurs critères pour cette appréciation. En particulier, la partie qui sollicite la production de preuves doit présenter une justification motivée et la production des preuves doit être limitée à ce qui est proportionné.

³²⁵. Le jugement a mentionné la sanction de dommages et intérêts de l'art. 882 du Code judiciaire, ainsi que l'infraction de destruction, altération ou dissimulation frauduleuse d'un document dont la production en justice a été ordonnée, visée à l'art. 495bis du Code pénal (Comm. Malines, 3 novembre 2011, *précité*).

³²⁶. Cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 174, obs. E. DE LOPHEM, « Couvrez cette pièce que je ne saurais voir », pp. 176 et s.

de concessions pour l'installation d'éoliennes en Mer du Nord. Pour établir son manque à gagner, la partie demanderesse devait communiquer à l'expert de nombreuses informations commercialement sensibles relatives à sa stratégie, son savoir-faire et ses calculs prévisionnels de rentabilité. Dans ce contexte, la Cour de cassation a validé, en application du droit à la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la mesure prévue par la cour d'appel de Bruxelles prévoyant que les pièces confidentielles communiquées à l'expert soient rassemblées dans une *data room* dans laquelle les autres parties pourraient les consulter sans possibilité de les recopier ni d'en prendre copie.

La cour d'appel de Bruxelles a également ordonné des mesures de protection des informations confidentielles dans l'affaire concernant la répercussion du coût d'opportunité des quotas de CO² dans le prix de l'électricité. Dans ce cas, la cour a imposé des modalités précises concernant l'analyse et la divulgation des pièces. Tout d'abord, les experts devaient identifier, parmi les pièces confidentielles communiquées par le producteur d'électricité, en tant que défendeur, celles qu'ils estimaient pertinentes pour leur analyse. Les experts devaient ensuite communiquer à la partie demanderesse une description générique de ces pièces. Sur demande motivée de la partie demanderesse, les conseils de celle-ci pouvaient consulter ces pièces, en présence des experts et des conseils du défendeur, sans pouvoir prendre de copies ni de notes. Les experts pouvaient également faire établir par le défendeur des versions non confidentielles des pièces, en remplaçant notamment les chiffres par des fourchettes³²⁷.

Les nouvelles dispositions introduites dans le C.D.E. afin de transposer la directive n° 2014/104/UE confèrent un fondement légal à cette jurisprudence protégeant les secrets d'affaires. En effet, l'article XVII.75 du C.D.E. confirme le pouvoir du juge d'ordonner la production de preuves contenant des informations confidentielles lorsqu'il l'estime pertinent dans le cadre de l'action en dommages et intérêts. Dans ce cas, le juge devra toutefois prendre des mesures efficaces de protection de ces informations³²⁸.

71. *Les autres incidents en cours d'expertise.* Dans certains cas, des manquements des experts ont été sanctionnés dans le cadre d'affaires du droit de la concurrence. Ainsi, dans l'affaire d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, la cour d'appel de Bruxelles a constaté l'absence de réponse des experts à de nombreuses observations et pièces de la défenderesse. La cour a de ce fait suspendu le dépôt du rapport final d'expertise par arrêt du 1^{er} juin 2011³²⁹, et a ensuite ordonné le remplacement des experts et le recommencement de l'expertise *ab ovo* par un arrêt du 6 mars 2012³³⁰.

72. *L'assistance de la Commission européenne.* Dans un jugement du 5 septembre 2014, le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles a fait usage de la possibilité prévue par l'article 15, 1., du règlement (UE) n° 1/2003, en demandant que la Commission européenne l'informe sur l'état d'avancement d'une instruction qu'elle avait ouverte, de produire les pièces de ce dossier d'instruction pertinentes pour la procédure pendante devant le tribunal, et de fournir un avis sur les rapports entre les faits invoqués par les parties demanderesse dans leur action en responsabilité et les faits faisant l'objet de l'instruction de la Commission³³¹.

73. *Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle.* La théorie du concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle peut représenter un obstacle à une action en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence dans un contexte contractuel. En effet, cette théorie enseigne qu'une action pour faute extracontractuelle (notamment pour violation du droit de la concurrence) ne peut être introduite entre des parties contractantes que si la demanderesse démontre avoir subi un dommage non purement contractuel, c'est-à-dire un dommage qui ne consiste pas dans la privation d'un avantage qui aurait dû être normalement retiré du contrat³³².

Dans le litige entre opérateurs de téléphonie mobile, un moyen de défense a été soulevé sur la base d'un prétendu cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle.

³²⁷ Bruxelles, 6 novembre 2012, 2010/AR/3112, *inédit*.

³²⁸ La disposition fournit une liste exemplative de mesures de protection, telles que « la possibilité d'occulter des passages sensibles en demandant la production de versions non confidentielles aux détenteurs de preuves, de demander des résumés des informations réalisés par des experts sous une forme globale ou une forme non confidentielle, de conduire des audiences à huis clos ou de limiter le cercle des personnes autorisées à prendre connaissance des preuves ». Comme l'arrêt de la Cour de cassation du 2 novembre 2012 le démontre, il est nécessaire de protéger la confidentialité d'informations commercialement sensibles dans d'autres affaires que celles qui sont fondées sur le droit de la concurrence ou qui opposent des concurrents. La prochaine transposition de l'article 9 de la directive (UE) n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (*J.O. L. 157* du 15 juin 2016, p. 1) devrait fournir un cadre législatif d'application générale sur cette question. Le délai de transposition expire le 9 juin 2018.

³²⁹ Bruxelles, 1^{er} juin 2011, 2011/AR/856, *inédit*.

³³⁰ Bruxelles, 6 mars 2012, 2011/AR/856, *inédit*. De nouveaux experts ont été désignés par un arrêt du 1^{er} octobre 2012 (2011/AR/856, *inédit*). Les pourvois contre les arrêts du 1^{er} juin 2011 et du 6 mars 2012 ont été rejetés par un arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2013 (C.12.65.F-C.12.120.F-C.12.625.F). Les experts ont formé tierce opposition contre l'arrêt du 6 mars 2012 ordonnant leur remplacement. Cette voie de recours a été déclarée irrecevable par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 19 septembre 2014 (2012/AR/1648).

³³¹ Civ. néerl. Bruxelles, 5 septembre 2014, *R.C.B.*, 2015/1-2, p. 86. Le site web de la Commission ne fournit pas d'information sur la suite qui a été réservée à cette demande d'assistance: www.ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html (29 août 2017).

³³² Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730, note V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », pp. 732 et s.; Cass., 23 mai 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 583; Cass., 25 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 210.

tuelle. Ce moyen a été rejeté tant par le tribunal de commerce que par la cour d'appel de Bruxelles, qui ont tous deux jugé que lorsqu'une action en responsabilité extracontractuelle pour abus de position dominante est fondée sur des pratiques tarifaires de détail, elle ne concerne pas l'exécution d'un contrat d'interconnexion liant les parties. Par voie de conséquence, il n'y a pas de cumul des deux types de responsabilité civile³³³.

74. Le lien de causalité. Conformément à la théorie de l'équivalence des conditions, la causalité entre une faute et un dommage est établie, dès lors que, sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*³³⁴. Inversement, le juge doit écarter la responsabilité de l'auteur d'une faute lorsqu'il constate que, sans cette faute, le dommage se serait tout de même produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*.

La seule affaire qui a conduit à une condamnation pendant la période examinée, a suscité un jugement intéressant sur les questions d'appréciation du lien causal et du dommage. Dans ce dossier, la demanderesse a critiqué avec succès une pratique concertée de refus de fourniture d'oxygène médical gazeux³³⁵, qui est une des trois méthodes d'oxygénothérapie avec l'oxygène médical liquide et le concentrateur d'oxygène. La demanderesse a réclamé des dommages-intérêts pour quatre chefs de dommage distincts. Un de ces chefs de dommage a été rejeté pour rupture du lien de causalité avec la faute constatée.

En l'occurrence, la demanderesse a soutenu que le refus de livraison d'oxygène gazeux l'aurait empêché de fournir les centres de pneumologie des hôpitaux en concentrateurs d'oxygène, car ceux-ci n'acceptent de s'approvisionner qu'auprès de fournisseurs proposant les trois méthodes d'oxygénothérapie. Sur ce chef de demande, le tribunal de commerce de Liège a constaté que la demanderesse reconnaissait qu'elle n'aurait en toute hypothèse pas pu fournir d'oxygène liquide aux hôpitaux. Il a dès lors jugé qu'il n'y avait pas de lien causal entre la perte de chiffre d'affaires de la demanderesse auprès des hôpitaux, d'une part, et la pratique fautive de refus de fourniture d'oxygène gazeux, d'autre part³³⁶.

75. L'existence du dommage. Dans l'affaire du cartel des ascenseurs, c'est en raison de l'absence de preuve de l'exis-

tence d'un dommage que le tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles a rejeté les demandes de l'Union européenne, de la Région flamande et de la Communauté flamande. Celles-ci soutenaient avoir dû payer un surcoût pour l'entretien des ascenseurs de leurs bâtiments en raison du cartel conclu par les défenderesses. Le tribunal a toutefois considéré que la décision de la Commission européenne n'avait pas établi l'existence effective d'une inflation des prix, que certains cartels peuvent ne pas mener à des augmentations de prix pour le client, et que les rapports d'expertise unilatéraux déposés par les demanderessees n'étaient pas suffisamment représentatifs, concluants et robustes pour établir la preuve qu'elles avaient subi un surcoût pendant la période litigieuse. Pour ces motifs, le tribunal a débouté les demanderessees³³⁷.

La question de l'opportunité d'ordonner une mesure d'inspection – notamment une expertise – se pose également au niveau de l'appréciation de l'existence et de la quantification du dommage. A ce sujet, il convient de rappeler que les parties demanderessees n'ont pas de droit à obtenir une expertise, et qu'un tribunal peut rejeter définitivement une action en responsabilité s'il n'est pas convaincu de l'existence d'un dommage concret. Dans l'affaire du cartel des ascenseurs, le tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles a aussi rejeté les demandes d'expertise que l'Union européenne, la Région flamande et la Communauté flamande avaient formulées à titre subsidiaire, au motif que ces demanderessees n'avaient pas rendu vraisemblable que le cartel ait causé un surpris dans les marchés d'ascenseurs qu'elles ont attribués³³⁸. A l'inverse, le tribunal de commerce de Liège n'a pas hésité à ordonner une expertise sur la quantification du dommage dans l'affaire concernant l'oxygénothérapie³³⁹.

C'est au sujet de la preuve du dommage que la loi de transposition de la directive n° 2014/104/UE entraîne le changement législatif le plus important. En effet, l'article XVII.73 du C.D.E. prévoit une présomption réfragable selon laquelle l'infraction commise dans le cadre d'un cartel cause un dommage. Il appartient donc désormais aux parties défenderesses, membres du cartel, de prouver que l'entente n'a pas causé de dommage à la partie demanderesse. Comme il est délicat de reconstituer le scénario contrefactuel en l'absence d'infraction au droit de la concurrence (c.-à-d. de déterminer quelle aurait été la situation sur le marché en l'absence de l'entente), il est probable qu'une telle présomption aidera

³³³. Bruxelles, 26 février 2015, *précité*, confirmant Comm. Bruxelles, 29 mai 2007, *précité*.

³³⁴. Cass., 30 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 994.

³³⁵. La pratique concertée de refus de fourniture a été sanctionnée dans le cadre d'une procédure en cessation (Prés. Comm. Namur, 30 avril 2008, A/07/1414; Liège, 5 février 2009, *R.C.B.*, 2009/1, p. 56, note D. GERARD, « Du juge et de la preuve d'une pratique concertée », pp. 60 et s.; Cass., 13 décembre 2010, C.09.0264.F-C.09.0428.F, déjà commentés dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2013/1, pp. 12 et 13, n° 17).

³³⁶. Comm. Liège (div. Liège), 7 décembre 2015, *précité*. Dans un jugement interlocutoire, le tribunal avait considéré que la rupture du lien de causalité était une question juridique qui ne pouvait pas être soumise à l'appréciation de l'expert (Comm. Liège, 10 janvier 2013, A/2009/1851, *inédit*). Cette décision a obligé l'expert à poursuivre ses investigations sur ce chef de demande qui a ultérieurement été rejeté en prosécution de cause.

³³⁷. Comm. néerl. Bruxelles, 24 avril 2015, *précité*; Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *précité*.

³³⁸. Comm. néerl. Bruxelles, 24 avril 2015, *précité*; Comm. néerl. Bruxelles, 24 novembre 2014, *précité*. Ce rejet de la demande d'expertise est critiqué par T. BONTINCK et P. GOFFINET (*o.c.*, p. 55, n° 52).

³³⁹. Comm. Liège, 9 février 2012, *précité*.

souvent les demandeurs à obtenir une indemnisation, fut-ce à l'issue d'une expertise destinée à quantifier le dommage subi.

76. La quantification du dommage. Conformément au principe de la réparation intégrale du dommage, le dommage correspond à la différence négative entre la situation réelle dans laquelle la victime se trouve à la suite de la faute commise, et la situation hypothétique dans laquelle la victime se serait trouvée en l'absence de cette faute. L'appréciation du dommage requiert par conséquent l'identification du scénario contrefactuel, c'est-à-dire le scénario qui se serait produit en l'absence de la faute³⁴⁰.

Dans l'affaire déjà citée de refus de fourniture d'oxygène médical gazeux, le tribunal de commerce de Liège a pris des décisions intéressantes sur l'évaluation des trois autres chefs de dommage invoqués par la demanderesse³⁴¹.

Dans le premier chef de demande, la demanderesse a réclamé la perte de bénéfice due à l'impossibilité de fournir de manière conjointe une bouteille de réserve d'oxygène gazeux avec chaque concentrateur d'oxygène qu'elle a fourni aux patients pendant la période d'infraction. Sur ce chef de demande, le tribunal a exposé que, lorsque la partie demanderesse a été victime d'un refus de fourniture pendant une période limitée et a ensuite été approvisionnée, le bénéfice dont elle a été privée peut être évalué en comparant les résultats que la demanderesse a réalisés pendant la période de refus de fourniture avec les résultats qu'elle a réalisés après qu'il ait été mis fin à l'infraction. Ces derniers résultats doivent toutefois être rectifiés afin de tenir compte du fait que le refus de fourniture peut avoir eu pour effet de réduire également les résultats postérieurs à la période d'infraction³⁴².

Sur la base de la même méthode de comparaison temporelle³⁴³, le tribunal a rejeté le deuxième chef de demande pour absence de préjudice. La demanderesse prétendait qu'elle aurait fourni davantage de patients en concentrateurs d'oxygène si elle avait pu proposer conjointement des bouteilles d'oxygène gazeux de réserve. A ce sujet, le tribunal a constaté que le concentrateur d'oxygène était un nouveau produit sur le marché et que le refus de fourniture en oxygène gazeux avait uniquement empêché la demanderesse de lier ce nouveau produit à une bouteille de réserve d'oxygène

gazeux. De plus, le tribunal a constaté que la part de marché de la demanderesse avait progressé de manière linéaire avant, pendant et après la période d'infraction. A défaut d'autres éléments convaincants apportés par la demanderesse, le tribunal a dès lors jugé que le refus de fourniture d'oxygène gazeux n'avait pas fait perdre de clientèle à celle-ci.

Sur le dernier chef de demande consistant dans des frais de démarchage supplémentaires, le tribunal a estimé que le refus de fourniture en oxygène gazeux avait imposé à la demanderesse un changement de stratégie commerciale, qui lui a causé un dommage, à évaluer *ex aequo et bono*.

Le tribunal a enfin précisé que, en présence d'une dette de valeur telle que la réparation du dommage causé par une infraction au droit de la concurrence, la capitalisation des intérêts n'est pas soumise aux conditions prévues par l'article 1154 du Code civil, mais doit être ordonnée lorsque la réparation intégrale du dommage le justifie.

77. La répercussion du surcoût. La quantification de la répercussion du surcoût aux acheteurs indirects est une question difficile en matière d'évaluation du dommage causé par une infraction au droit de la concurrence. Pendant la période examinée, deux arrêts avant dire droit ont abordé cette question.

Dans l'affaire concernant la répercussion du coût d'opportunité des quotas de CO² dans le prix de l'électricité, un transporteur ferroviaire, important consommateur d'électricité, avait introduit une action en responsabilité à l'encontre de son fournisseur d'électricité. Ce dernier soutenait que le transporteur ferroviaire avait intégralement répercuté le surcoût qu'il avait subi aux voyageurs et qu'aucune expertise n'était par conséquent requise. La cour d'appel a rejeté ce moyen en considérant que, même en cas de répercussion intégrale aux voyageurs, le transporteur pouvait avoir subi un dommage parce qu'il n'avait pas pu offrir des tarifs plus bas à ses clients et avait de ce fait potentiellement perdu de la clientèle³⁴⁴.

Dans l'affaire opposant les opérateurs de téléphonie mobile, les parties demanderesse invoquaient aussi la violation de l'obligation réglementaire d'orientation sur les coûts³⁴⁵. A

³⁴⁰. 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., spéc. pp. 1051 et 1052, n^{os} 3 et 4.

³⁴¹. Comm. Liège (div. Liège), 7 décembre 2015, *précité*, qui statue sur les conclusions de l'expert qui a été désigné dans ce dossier.

³⁴². En l'occurrence, le jugement a validé le raisonnement de l'expert judiciaire, qui avait retenu un taux de 70,79% pour le placement de bouteilles de réserve d'oxygène gazeux auprès des patients fournis en concentrateur d'oxygène. Ce taux correspond à la valeur médiane entre la thèse de la demanderesse (une bouteille de réserve avec 100% des concentrateurs d'oxygène) et les résultats réels de la demanderesse après la fin de la période d'infraction (taux de placement des bouteilles de réserve de 41,58%).

³⁴³. Il s'agit d'une des méthodes proposées par le *Guide pratique* de la Commission européenne du 11 juin 2013, SWD(2013) 205, points 38 à 48. La méthode de comparaison temporelle semble d'ailleurs la méthode qui est la plus fréquemment utilisée par les cours et tribunaux au sein de l'Union européenne pour quantifier le surcoût causé par un cartel (J.-F. LABORDE, « Cartel damages claims in Europe: How courts have assessed overcharges », *Concurrences*, 2017/1, pp. 36 et s., spéc. p. 39, n^o 24).

³⁴⁴. Bruxelles, 11 octobre 2011, *précité*.

³⁴⁵. Cette obligation était prévue à l'époque des faits par l'art. 106, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 21 mars 1991. Le régime actuel est prévu à l'art. 62, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005.

cet égard, la cour d'appel a interrogé les demanderesse sur le sujet de la refacturation des tarifs prétendument excessifs de terminaison mobile de l'opérateur dominant à leurs propres clients. Les demanderesse ont répondu qu'elles avaient intégralement refacturé ces tarifs à leurs clients. La cour a par conséquent conclu que les demanderesse n'avaient subi aucun dommage du fait du surcoût. Lors de l'audience, une des demanderesse a toutefois ajouté que le niveau excessif des tarifs qu'elle a de ce fait refacturés a eu un effet indirect sur ses propres tarifs de détail. Ce nouvel argument n'a toutefois pas été pris en compte par la cour, dans la mesure où il constituait une demande nouvelle qui ne pouvait être introduite oralement³⁴⁶. *A contrario*, cet arrêt admet que le dommage qu'un acheteur direct peut avoir subi en raison d'une infraction au droit de la concurrence ne consiste pas nécessairement dans le seul surcoût, mais qu'il est susceptible de concerner toute situation où l'acheteur indirect se trouve dans une situation plus défavorable (et l'acheteur direct a donc une offre moins attractive) que s'il n'y avait pas eu d'infraction.

Au sujet de cette problématique de la répercussion du surcoût par les acheteurs directs sur les acheteurs indirects, les articles XVII.83 à XVII.85 du C.D.E. ont introduit un système de double présomption visant à favoriser les actions en dommages et intérêts tant des acheteurs directs que des acheteurs indirects. En effet, lorsque l'action est introduite par un acheteur direct, c'est aux défenderesses qu'incombe la charge de prouver la répercussion du surcoût³⁴⁷. À l'inverse, si l'action est introduite par un acheteur indirect, celui-ci supporte la charge de la preuve de la répercussion du surcoût, mais est réputé avoir apporté cette preuve lorsqu'il a démontré l'infraction, le surcoût pour l'acheteur direct, et son propre achat de biens ou de services concernés par l'infraction³⁴⁸. Il s'agit d'une présomption réfragable, puisque le défendeur peut toujours démontrer l'absence de répercussion du surcoût sur l'acheteur indirect³⁴⁹.

78. La responsabilité en cas de faute commune. Dans l'affaire précitée concernant le marché de l'oxygénothérapie, le tribunal du commerce de Liège a rappelé qu'en tant que faute commune ayant contribué à la réalisation du même dommage, une pratique concertée fait naître une responsabilité *in solidum* dans le chef de ses auteurs³⁵⁰.

En vertu de l'article XVII.86, § 1^{er}, du C.D.E., les entreprises et/ou associations d'entreprises qui ont commis par un comportement conjoint une infraction au droit de la concurrence

sont à présent solidairement responsables du dommage causé par ladite infraction. Ce changement de qualification a pour effet de rendre applicables les effets dits « secondaires » de la solidarité passive dans le cadre des actions en dommages-intérêts pour infraction au droit de la concurrence³⁵¹. Parmi ces effets secondaires, il y a lieu de noter ceux qui sont consacrés par les articles 1206 et 1207 du Code civil, aux termes desquels les poursuites ou demandes d'intérêts formées contre l'un des débiteurs solidaires respectivement interrompent la prescription ou font courir les intérêts à l'égard de tous les débiteurs solidaires.

79. La qualification d'une action en justice comme abus de position dominante. Dans la première édition de la chronique, nous avons constaté que certains défendeurs, notamment dans les procédures en cessation et en référé, tentaient de qualifier les actions introduites à leur encontre comme des actes restrictifs de concurrence afin de contester la recevabilité et le fondement de ces actions³⁵².

Pendant la période examinée, une situation similaire s'est présentée dans le cadre d'une procédure au fond. Repobel a assigné une société importatrice de copieurs et d'appareils multifonctions en vue de l'entendre condamner au paiement de la rémunération prévue par la réglementation belge en matière de reprographie. La société défenderesse a non seulement invoqué l'absence de conformité de la réglementation belge avec le droit de l'Union mais a également introduit une demande reconventionnelle en dommages et intérêts contre Repobel, qui aurait commis un abus de position dominante en appliquant une réglementation incompatible avec le droit de l'Union. Le tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté cette demande aux motifs que Repobel ne fixe pas elle-même le montant de la rémunération réclamée et qu'elle ne fait qu'exécuter la réglementation en vigueur³⁵³.

2.4. Les procédures d'arbitrage

80. L'arbitrabilité des litiges en droit de la concurrence et l'annulation des sentences arbitrales. Le caractère d'ordre public du droit de la concurrence ne s'oppose pas à ce qu'une demande d'annulation d'un accord restrictif de concurrence soit soumise à la procédure d'arbitrage convenue par les parties. Les arbitres sont toutefois tenus d'appliquer le droit de la concurrence au litige dont ils sont saisis et, le cas échéant, de soulever eux-mêmes son application si les parties ne l'ont

³⁴⁶. Bruxelles, 26 février 2015, précité.

³⁴⁷. Art XVII.83 C.D.E.

³⁴⁸. Art. XVII.84 C.D.E.

³⁴⁹. Avec ces présomptions en sens opposés, la directive crée un risque de décisions contradictoires en cas d'actions simultanées de la part de demandeurs situés à différents niveaux de la chaîne de distribution (voy. X. TATON, « Droit de la concurrence et de la régulation », in R. JAFFERALI (coord.), « Chronique de législation en droit privé (1^{er} juillet-31 décembre 2013) – Seconde partie », *J.T.*, 2014/26, pp. 491 et s., spéc. p. 492, note 86).

³⁵⁰. Comm. Liège (div. Liège), 7 décembre 2015, précité.

³⁵¹. *Exposé des motifs* du projet de loi du 12 avril 2017, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2413/1, p. 43.

³⁵². *R.D.C.*, 2014/3, pp. 228, 229 et 233, n°s 63 et 76.

³⁵³. Civ. Bruxelles, 16 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013/12, p. 702.

pas invoqué³⁵⁴. En outre, les juges étatiques saisis d'une demande d'annulation d'une sentence nationale, ou d'une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence nationale ou étrangère³⁵⁵, doivent, le cas échéant, d'office, annuler la sentence ou refuser sa reconnaissance ou son exequatur en cas de violation du droit de la concurrence³⁵⁶.

Pendant la période examinée, le droit de la concurrence a été invoqué dans une affaire en tant que moyen d'ordre public justifiant l'annulation d'une sentence arbitrale. La procédure concernait une demande de paiement de redevances pour l'usage d'un brevet européen. Afin de s'opposer à cette demande, la partie défenderesse s'est prévalu du fait que le brevet litigieux avait été réduit, à la suite d'une procédure d'opposition, après la fin du contrat de licence entre les parties. Les parties ont débattu de l'interprétation à donner à l'effet rétroactif des modifications de brevets, qui est prévu par l'article 68 de la convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens³⁵⁷.

Le tribunal arbitral compétent a rendu une sentence arbitrale interlocutoire le 24 juin 2005, décidant que la réduction du brevet postérieure à la fin du contrat n'influençait pas l'appréciation des droits des parties. La sentence définitive du 27 juin 2006 a déterminé le montant des redevances dues pour l'usage du brevet, en se fondant notamment sur des informations issues de correspondances confidentielles entre avocats. Par deux jugements du 19 décembre 2007, le tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté les demandes d'annulation de ces sentences arbitrales.

La cour d'appel de Bruxelles a réformé les deux jugements par deux arrêts du 5 avril 2011³⁵⁸. En ce qui concerne le droit de la concurrence, la cour a jugé que le droit européen de la concurrence s'oppose à ce que des contrats de licence dérogent aux effets que la convention sur le brevet européen attache à la réduction d'un brevet. Par conséquent, les arbitres

auraient dû statuer sur la nullité éventuelle du contrat de licence litigieux³⁵⁹. Le second arrêt a annulé la sentence définitive à titre de conséquence de l'annulation de la sentence interlocutoire et pour le motif supplémentaire que le tribunal arbitral ne pouvait pas ordonner la production aux débats d'informations issues d'un échange de correspondances confidentielles entre avocats³⁶⁰.

Les pourvois formés contre ces arrêts ont été rejetés par un arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 2012³⁶¹.

81. *Les nouvelles dispositions relatives aux modes de résolution amiable s'appliquent à l'arbitrage.* La directive n° 2014/104/UE a prévu certaines dispositions tendant à favoriser la résolution amiable des demandes de dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence. En particulier, la directive a exclu que des recours contributaires puissent être introduits par des coauteurs de l'infraction à l'encontre d'un coauteur qui est partie à un règlement consensuel conclu avec la partie lésée³⁶². Il s'agit d'une règle parfaitement justifiée dans le cadre d'un règlement amiable, puisqu'elle évite au coauteur qui transige de continuer à subir le risque de recours contributaires de la part d'autres coauteurs. Sans cette règle, le risque contributoire supporté par le coauteur l'inciterait à ne pas transiger.

De manière étonnante, la directive a défini le « règlement consensuel du litige » comme « tout mécanisme permettant aux parties de parvenir à un règlement extrajudiciaire d'un litige relatif à une demande de dommages et intérêts »³⁶³. Dans les considérants de la directive, il est expressément précisé que l'arbitrage est un mécanisme de règlement consensuel des litiges³⁶⁴. La loi du 6 juin 2017 a fidèlement transposé la directive sur ce point, et a donc inclus l'arbitrage dans la liste des modes de « résolution amiable des litiges »³⁶⁵.

³⁵⁴ Sur la base d'une lecture littérale de l'arrêt *Eco Swiss* cité *infra*, note 356, O. VAN DER HAEGEN soutient que seuls les juges étatiques, et non les arbitres, seraient tenus de soulever d'office l'application du droit de la concurrence aux litiges dont ils sont saisis (O. VAN DER HAEGEN, « European Public Policy in Commercial Arbitration: Bridge over Troubled Water? », *MJ*, 2009, pp. 449 et s., spéc. pp. 470 et 471). La distinction semble toutefois plutôt théorique en ce qui concerne les cas dans lesquels les sentences arbitrales sont susceptibles de faire l'objet de demandes d'annulation, de reconnaissance ou d'exequatur devant des juges étatiques tenus de soulever d'office la question du respect du droit de la concurrence.

³⁵⁵ Sur ces procédures postérieures au prononcé de sentences arbitrales, voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I « Le droit belge », 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 462 à 493 et 509 à 552, n^{os} 562 à 606 et 614 à 661; t. II « Le droit international », 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1041 à 1130, n^{os} 960 à 1024; P. DE BOURNONVILLE, « L'arbitrage », in G. DE LEVAL, J.-F. TAYMANS et M. RENARD-DECLAIRFAYT (dirs.), *Rép. not.*, t. 13, livre 6, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 194, 195, 202, 203, 205 à 215, 217 à 225, n^{os} 247, 262, 263, 269 à 290, et 293 à 304.

³⁵⁶ C.J.C.E., 1^{er} juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV*, *Rec.*, 1999, p. I-3055.

³⁵⁷ Approuvée par une loi du 8 juillet 1977 (*M.B.*, 30 septembre 1977).

³⁵⁸ Bruxelles, 5 avril 2011, 2008/AR/716, *inédit*; Bruxelles, 5 avril 2011, 2008/AR/717, *inédit*.

³⁵⁹ Bruxelles, 5 avril 2011, 2008/AR/716, *précité*.

³⁶⁰ Bruxelles, 5 avril 2011, 2008/AR/717, *précité*.

³⁶¹ Cass., 14 juin 2012, C.11.0556.N-C.11.0557.N. Cet arrêt de la Cour de cassation est en lui-même peu intéressant parce qu'il rejette le pourvoi contre le premier arrêt pour cause de lecture inexacte de l'arrêt attaqué et de manque de précision. Le pourvoi contre le second arrêt est déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt dans la mesure où l'annulation de la sentence définitive restait en toute hypothèse justifiée en tant que conséquence de l'annulation de la sentence interlocutoire.

³⁶² Art. 19, 1. et 2., de la directive n° 2014/104/UE. En tant qu'elle s'applique aux règlements transactionnels, cette règle ne fait que confirmer le régime déjà consacré par l'art. 1285, al. 2, du Code civil.

³⁶³ Art. 2, 21°, de la directive n° 2014/104/UE.

³⁶⁴ Considérant 48 de la directive n° 2014/104/UE.

³⁶⁵ Art. I.22, 18°, C.D.E.

Il s'agit à l'évidence d'une confusion entre modes consensuels et modes extrajudiciaires de règlement des conflits. L'arbitrage est certes une procédure extrajudiciaire, mais elle n'a de consensuel que la décision initiale des parties d'y avoir recours en cas de litige. Cette confusion crée une différence de traitement injustifiable entre les coauteurs d'une même infraction au droit de la concurrence, selon qu'ils peuvent ou non se prévaloir d'une clause d'arbitrage liant la partie lésée. Les deux catégories de coauteurs pourront contester la demande de réparation de la partie lésée; mais les coauteurs qui le feront dans le cadre d'une procédure arbitrale échapperont en plus à tout recours contributoire de la part de leurs coauteurs.

2.5. Les actions en cessation

82. Les généralités. Conformément à la théorie de la concurrence illicite, toute violation d'une disposition légale peut constituer une pratique contraire aux pratiques honnêtes de marché, lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts professionnels d'un autre vendeur³⁶⁶. Une infraction au droit belge ou au droit européen de la concurrence peut donc être invoquée à l'appui d'une action en cessation³⁶⁷.

Pendant la période examinée, de nombreux demandeurs ont introduit des actions en cessation en invoquant des infractions au droit de la concurrence³⁶⁸, et spécialement des cas d'abus de position dominante³⁶⁹. Dans d'autres cas, le juge

des cessations a ordonné d'office la réouverture des débats afin d'entendre les parties sur l'application du droit de la concurrence. Tel a par exemple été le cas dans le cadre d'une action par laquelle la demanderesse soutenait qu'une démarche visant à favoriser son concurrent était contraire aux pratiques honnêtes du marché³⁷⁰.

La législation relative au droit des pratiques du marché et de son action en cessation a été modifiée au cours de la période examinée. En effet, la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur³⁷¹ a été remplacée, en date du 31 mai 2014, par le Livre VI du C.D.E.³⁷². L'action en cessation est aujourd'hui organisée par le titre I^{er} du Livre XVII du même code³⁷³, qui est entré en vigueur à la même date³⁷⁴. Ces changements législatifs n'ont toutefois pas modifié la théorie de la concurrence illicite, qui constitue le fondement de la sanction des infractions au droit de la concurrence au moyen de l'action en cessation³⁷⁵. La jurisprudence prononcée pendant la période examinée conserve donc sa pertinence aujourd'hui.

83. La compétence internationale. Pendant la période examinée, des questions de droit international privé se sont posées dans une affaire concernant l'accès à des données téléphoniques en Hongrie.

Dans cette 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 téléphoni-

³⁶⁶. 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, p. 481; Cass., 2 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 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.

³⁶⁷. Dans l'introduction de la première édition de cette chronique, nous avons remarqué qu'une jurisprudence non négligeable des juges de cessation s'était déjà développée sur cette base avant 2004 (voy. *R.D.C.*, 2013/1, p. 6, n^o 2).

³⁶⁸. Outre les décisions examinées *infra*, voy. Prés. Comm. Bruxelles, 21 mars 2012, A/11/08065, *inédit*, où une demande reconventionnelle a sollicité la cessation de contrats de distribution exclusive en tant qu'accords restrictifs de concurrence. Cette demande a été rejetée par le président du tribunal (voy. *supra*, n^o 20). Le président du tribunal de commerce de Termonde a également été saisi d'une demande reconventionnelle en cessation fondée sur la violation du droit de la concurrence par un accord d'exclusivité conclu entre la défenderesse sur reconvention et un tiers. Le président n'a toutefois pas fondé son jugement sur le droit de la concurrence. Il a constaté que la demande de cessation n'était dirigée que contre les déclarations de la défenderesse sur reconvention aux détaillants selon lesquelles elle disposait d'un droit d'approvisionnement exclusif. Or, dans son jugement sur la demande principale, le président avait déjà constaté que la demanderesse sur reconvention disposait également d'un droit d'approvisionnement propre. Sur cette base, les déclarations de la défenderesse sur reconvention ont été qualifiées de trompeuses et leur cessation a été ordonnée par le président (Prés. Comm. Termonde, 3 avril 2013, A/13/215, *inédit*).

³⁶⁹. Outre les décisions examinées *infra*, voy. Prés. Comm. Bruxelles, 23 décembre 2015, *R.C.B.*, 2016/2, p. 188; Bruxelles, 27 février 2014, *R.C.B.*, 2014/4, p. 352; *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2014, p. 550, confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 25 avril 2013, A.C. 8582/2012, *inédit*.

³⁷⁰. Prés. Comm. Mons, 18 novembre 2011, A/11/738, *inédit*, qui a été saisi d'une action en cessation dirigée contre une lettre circulaire qui a été envoyée par un assureur de responsabilité automobile à ses réparateurs agréés et qui leur demande de travailler exclusivement avec une société déterminée de dégrèlage (débosselage sans peinture).

³⁷¹. *M.B.*, 12 avril 2010, p. 20.803.

³⁷². Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du Titre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au Livre VI, dans les Livres I^{er} et XV du Code de droit économique (*M.B.*, 30 décembre 2013, p. 103.506). La date d'entrée en vigueur a été fixée au 31 mai 2014 par l'article 1^{er} d'un arrêté royal du 28 mars 2014 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique (*M.B.*, 29 avril 2014, p. 35.211).

³⁷³. Loi du 26 décembre 2013 portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution dans le Livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » du Code de droit économique (*M.B.*, 28 janvier 2014, p. 6.918); loi du 26 décembre 2013 portant insertion du Livre XVII « Procédures juridictionnelles particulières » dans le Code de droit économique, et portant insertion d'une définition et d'un régime de sanctions propres au Livre XVII dans ce même code (*M.B.*, 28 janvier 2014, p. 6.923).

³⁷⁴. Art. 2 et 3 de l'arrêté royal précité du 28 mars 2014.

³⁷⁵. Selon J. STUYCK, le nouvel art. XVII.1 du C.D.E. faciliterait même davantage les actions en cessation pour infraction au droit belge de la concurrence, en supprimant la condition d'atteinte aux intérêts professionnels aux intérêts d'une ou plusieurs autres entreprises (J. STUYCK, « De wisselwerking tussen het mededingingsrecht en het recht inzake marktpraktijken », in D. DAUCHEZ, A. MÜLLER et A. VAN MELKEBEKE (coords.), « Panel – 'Private enforcement in België' », *R.C.B.*, 2015/4, pp. 300 et s., spéc. p. 301, n^o 29).

que hongrois de lui fournir les données des abonnés à ses services téléphoniques fixes en Hongrie.

Dans un jugement assez succinct, le président du tribunal de commerce de Bruxelles s'est déclaré compétent, a constaté l'application du droit belge et a rejeté la demande en cessation pour absence de fondement³⁷⁶. Les arrêts de la cour d'appel de Bruxelles du 8 mars 2012³⁷⁷ et du 13 novembre 2014³⁷⁸ sont plus amplement motivés et méritent davantage d'attention.

En ce qui concerne la compétence internationale des juges de cessation belges, la cour d'appel de Bruxelles a confirmé la jurisprudence qu'elle avait développée dans une précédente affaire similaire qui avait été introduite par le même demandeur contre l'opérateur téléphonique autrichien³⁷⁹. La cour a constaté que le demandeur était empêché de fournir des annuaires téléphoniques européens et hongrois sur le marché belge, que le dommage était ainsi localisé en Belgique, et que les juges belges étaient donc compétents en vertu de l'article 5, 3., du règlement (CE) n° 44/2001³⁸⁰. La cour a précisé que cette disposition concernant la matière délictuelle ou quasi délictuelle s'applique aussi aux actions en cessation, même si celles-ci ne permettent pas d'ordonner la réparation du dommage³⁸¹.

84. La loi applicable. En ce qui concerne la loi applicable au litige, la cour d'appel de Bruxelles a conclu (comme elle l'avait fait dans la précédente affaire sur les données téléphoniques autrichiennes) à l'application du droit belge et, plus particulièrement, de la loi du 6 avril 2010 sur les pratiques du marché. Toutefois, dans cette nouvelle affaire, la cour a fondé sa décision sur les articles 4 et 6 du règlement (CE)

n° 864/2007 qui a été publié dans l'intervalle³⁸². Ces dispositions font dépendre la loi applicable du lieu où le dommage survient, et en cas d'acte restreignant la concurrence, du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être. Après avoir constaté que l'acte incriminé produisait ses effets sur le marché belge, la cour a conclu à l'application du droit belge³⁸³.

85. 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 domicile du défendeur ou du lieu où l'obligation alléguée de collaboration commerciale est née³⁸⁴.

Au regard de ce deuxième critère de compétence territoriale, deux analyses différentes apparaissent au sein de la jurisprudence. Dans une première thèse, le président se déclare compétent dès que le siège d'exploitation du demandeur en cessation, victime du refus de vente, se situe dans son arrondissement³⁸⁵. Dans une deuxième thèse, seul le président du lieu où la décision de refus de vente a été prise est compétent³⁸⁶.

86. Le délai de prescription. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 avril 2010, l'action en cessation d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché est soumise à un délai de prescription spécifique, en vertu duquel l'action « ne peut plus être intentée un an après que les faits dont on se prévaut ont pris fin »³⁸⁷.

L'action en cessation n'est donc pas prescrite lorsque les derniers éléments de fait incriminés datent de moins d'un an avant l'introduction de l'action³⁸⁸.

³⁷⁶ Prés. Comm. Bruxelles, 15 février 2010, A.C. 3340/2009, inédit.

³⁷⁷ Bruxelles, 8 mars 2012, 2010/AR/1129, inédit.

³⁷⁸ Bruxelles, 13 novembre 2014, R.C.B., 2015/3, p. 203, note E. WIJCKMANS, pp. 209 et s.

³⁷⁹ Cass., 23 juin 2005, R.G. C.04.186.F, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2005, p. 630, qui a rejeté le pourvoi contre Bruxelles, 21 novembre 2003, 2002/AR/1723, inédit, déjà cité dans la première édition de la chronique, R.D.C., 2014/3, p. 220, n° 39.

³⁸⁰ Depuis le 10 janvier 2015, cette disposition est remplacée par l'art. 7, 2., du règlement (UE) n° 1215/2012.

³⁸¹ Bruxelles, 8 mars 2012, précité. L'arrêt a également indiqué que la circonstance que le juge belge doit aussi interpréter la loi hongroise pour se prononcer sur le litige, ne justifiait pas que le juge hongrois soit considéré comme le juge le plus adéquat pour connaître de la demande.

³⁸² 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 »), qui est entré en vigueur le 11 janvier 2009.

³⁸³ Bruxelles, 8 mars 2012, précité, qui a constaté à juste titre que le lieu du domicile du défendeur et le lieu où a été prise la décision incriminée étaient sans pertinence pour la détermination de la loi applicable.

³⁸⁴ 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.

³⁸⁵ Prés. Comm. Termonde, 26 juin 2013, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2013, p. 1274, et le commentaire de J. BOCKEN, « Baas in eigen netwerk? Vrachtwagenproducent mag distributeur wisselstukken niet weigeren omdat hij geen hersteller is », pp. 1282 et s. La motivation de ce jugement est toutefois critiquable en ce qu'elle justifie la compétence territoriale du président du tribunal par le fait que la pratique incriminée produit des effets dans l'arrondissement du président saisi. Ce critère de localisation des effets ne correspond pas nécessairement à celui du lieu de naissance ou d'exécution de l'obligation litigieuse, au sens de l'art. 624 du Code judiciaire.

³⁸⁶ Gand, 6 janvier 2014, 2013/AR/2414, inédit, qui a réformé le jugement précité du président du tribunal de commerce de Termonde du 26 juin 2013, qui a constaté son incompétence et qui a renvoyé l'affaire à la cour d'appel de Bruxelles en tant que juge d'appel du juge territorialement compétent, conformément à l'art. 643 du Code judiciaire. Cet arrêt est également critiquable en ce qu'il semble confondre la localisation de l'obligation litigieuse avec la localisation de la violation de cette obligation.

³⁸⁷ Article 117 de la loi du 6 avril 2010, aujourd'hui remplacé par l'art. XVII.5 du C.D.E.

³⁸⁸ Anvers, 24 septembre 2015, R.C.B., 2016/2, p. 165, confirmant Prés. Comm. Anvers, 17 juin 2014, R.C.B., 2014/4, p. 356; *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2014, p. 669.

87. *L'action en cessation conserve un objet tant qu'il y a risque de récidive.* Comme il s'agit d'une action comme en référé, l'urgence est légalement présumée dans le cadre d'une action en cessation d'une pratique contraire aux pratiques honnêtes du marché³⁸⁹. Il est donc inutile pour le défendeur de soutenir que l'action commerciale incriminée a pris fin avant le prononcé du jugement, sauf si le risque de récidive est objectivement exclu en l'espèce³⁹⁰.

A ce titre, il a été jugé que la contestation du caractère infractionnel d'une campagne de rabais de fidélité par la partie défenderesse pouvait être de nature à confirmer le maintien d'un risque de récidive³⁹¹. Cette appréciation peut paraître trop sévère au regard du droit de l'entreprise défenderesse de contester en justice les griefs qui lui sont imputés par le demandeur.

88. *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 pratiques honnêtes du marché³⁹².

Cette jurisprudence a été appliquée à une action en cessation par laquelle un courtier reprochait à l'assureur dont il était l'intermédiaire, d'avoir réduit ses pouvoirs de gestion et de réduction de prix. Le président du tribunal de commerce de Bruxelles a jugé que la faute ainsi reprochée n'était pas de nature extracontractuelle. A l'inverse, il ressort du jugement qu'une action en cessation pour abus de position dominante serait envisageable en cas d'application de conditions discriminatoires entre les courtiers. En l'espèce, le jugement rejette également ce grief pour absence de preuve³⁹³.

Cette jurisprudence a aussi été invoquée dans une affaire où la résiliation d'un contrat était contestée par des clients au motif que cette résiliation se fondait sur une augmentation de prix qu'ils considéraient comme excessive, discriminatoire et constitutive d'abus de position dominante. La cour d'appel de Bruxelles a rappelé qu'en tant que juge des cessations, elle ne peut pas statuer sur des litiges ayant exclusive-

ment une base contractuelle, mais que tel n'est pas le cas d'une action visant à constater le caractère abusif d'une résiliation de contrat³⁹⁴.

Dans une autre affaire où un réparateur de motos avait été exclu du réseau sélectif de la marque³⁹⁵, la cour d'appel de Gand s'est interrogée sur la possibilité pour un demandeur en cessation de solliciter le prononcé d'une injonction positive de contracter pour une durée indéterminée. Après avoir ordonné la réouverture des débats à ce sujet³⁹⁶, la cour d'appel a constaté que la demande introduite par le réparateur constituait bien une action extracontractuelle, puisqu'elle concernait une pratique qualifiée de contraire aux pratiques honnêtes de marché indépendamment de tout contrat³⁹⁷. Comme il est expliqué ci-dessous lors de l'analyse des ordres de cessation, la cour a encore discuté de l'importance du contexte contractuel du dossier lors de la définition de son ordre de cessation³⁹⁸.

89. *La charge de la preuve et les mesures d'instruction.* Conformément au droit commun, c'est le demandeur en cessation qui doit apporter la preuve de ses griefs. Pendant la période examinée, les juges de cessation ont appliqué les règles sur la charge de la preuve à plusieurs reprises pour rejeter des demandes en cessation et des demandes de mesures d'instruction insuffisamment étayées.

Ainsi, une action tendant à la constatation de la contrariété d'un système de distribution sélective à l'interdiction des accords restrictifs de concurrence a été rejetée parce que les demanderesses en cessation n'avaient pas systématiquement examiné les conditions d'application de cette interdiction et n'avaient pas fourni de preuves ou d'éléments rendant vraisemblable la réunion de ces conditions³⁹⁹.

En matière d'abus de position dominante, il a été jugé qu'une demanderesse qui soutient que la défenderesse occupe une position dominante sur le marché (en tant qu'unique distributeur de kits de qualité pour la réparation de murs de spas) doit rendre cette affirmation crédible en déposant au moins un rapport d'expertise unilatéral qui établit que les autres produits disponibles sur le marché ne peuvent pas remplacer ceux distribués par la défenderesse⁴⁰⁰.

³⁸⁹. 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*, C.U.P., vol. 87, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7 et s., spéc. p. 60.

³⁹⁰. Liège, 15 mai 2007, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2007, p. 502, cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2014/3, p. 222, n° 42.

³⁹¹. Anvers, 24 septembre 2015, *précité*, confirmant Prés. Comm. Anvers, 17 juin 2014, *précité*.

³⁹². Cass., 4 juin 1993, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 1993, p. 498.

³⁹³. Prés. Comm. Bruxelles, 24 juin 2013, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2013, p. 1287.

³⁹⁴. Bruxelles, 29 mai 2012, *R.D.C.*, 2012, p. 1007.

³⁹⁵. Le jugement prononcé en première instance par le président du tribunal de commerce de Termonde a été examiné dans la première édition de la chronique (Prés. Comm. Termonde, 3 novembre 2010, cité dans *R.D.C.*, 2014/3, pp. 226 et 227, n° 56).

³⁹⁶. Gand, 4 décembre 2013, *R.G.* 2010/AR/3351, *inédit*.

³⁹⁷. Gand, 1^{er} octobre 2014, *R.C.B.*, 2015/3, p. 177, note H. BUREZ et A. FOCQUET, « Van de regen in de drop », pp. 186 et s.

³⁹⁸. Voy. *infra*, n° 95.

³⁹⁹. Bruxelles, 25 juin 2013, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2013, p. 346; *R.C.B.*, 2014/2, p. 138 (extrait).

⁴⁰⁰. Prés. Comm. Termonde, 30 novembre 2011, 2003/2011, *inédit*. Dans le même sens: Prés. Comm. Bruxelles, 24 juin 2013, *précité*, qui a reproché au demandeur en cessation de n'apporter aucune pièce au soutien de ses prétentions relatives à la position dominante de la défenderesse et l'abus que celle-ci aurait commis.

Dans le même sens, une demande de production de documents relative à la part de marché de la défenderesse a été rejetée au motif que la demanderesse ne déposait pas de pièces unilatérales rendant vraisemblable le fait que la part de marché de la défenderesse serait tellement grande qu'il puisse être question d'une position dominante⁴⁰¹.

La seule référence à une part de marché de 30,50% ne suffit pas davantage à établir une position dominante lorsque la partie demanderesse n'apporte aucun élément spécifique supplémentaire de nature à rendre la dominance de la défenderesse vraisemblable⁴⁰².

Dans une affaire où la demanderesse en cessation avançait des indices, relatifs à la fermeture du marché, particulièrement minces, le président a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner d'office des mesures d'instruction et qu'il ne lui incombait pas de se substituer à la demanderesse dans la constitution de son dossier⁴⁰³.

A l'inverse, une mesure d'expertise a été ordonnée par le juge des cessations dans une action relative à des prix excessifs, qui avait été introduite lors de la période précédente⁴⁰⁴. Dans son évaluation du niveau de prix qui serait économiquement justifié, l'expert a exclu les coûts indirects invoqués par le fournisseur en position dominante, aux motifs que ce fournisseur n'avait pas établi à suffisance la répartition de ces coûts entre les différentes activités qu'il exerce. L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, qui a repris la conclusion de l'expert⁴⁰⁵, a été cassé par la Cour de cassation au motif qu'il reportait ainsi illégalement la charge de la preuve sur le défendeur en cessation⁴⁰⁶.

90. *L'avis de la Commission européenne.* Dans l'affaire déjà citée d'accès à des données téléphoniques hongroises⁴⁰⁷, la cour d'appel de Bruxelles a demandé à la Commission européenne de donner son avis sur le refus de l'opérateur historique hongrois de fournir les informations relatives à ses abonnés, notamment au regard de l'interdiction des abus de position dominante et de la directive n° 2002/22/CE sur le service universel dans le secteur des communications électroniques⁴⁰⁸. Un commentateur s'est étonné de ce que la

cour d'appel ait émis une telle demande d'assistance dans cette affaire, où la cour semblait disposer de toutes les informations factuelles nécessaires⁴⁰⁹.

Dans son avis, remis 5 mois plus tard, la Commission européenne a constaté que l'opérateur téléphonique hongrois occupait une position dominante sur le marché en amont de l'accès aux données relatives à ses abonnés. Sur cette base, elle a considéré que les critères du refus abusif de fourniture semblaient réunis, et elle a estimé qu'une interprétation du droit hongrois conforme au cadre européen des services de communications électroniques ne justifiait pas un tel refus de fourniture de données de la part de l'opérateur hongrois⁴¹⁰. Dans son arrêt définitif, la cour d'appel de Bruxelles a suivi l'avis de la Commission européenne⁴¹¹. Cet arrêt a suscité de nouvelles réflexions critiques du même commentateur, qui a rappelé que les cours et tribunaux n'étaient pas liés par les avis de la Commission européenne, que celle-ci n'était pas une juridiction, qu'elle ne disposait pas nécessairement de toutes les informations pertinentes sur les faits de l'affaire, que ses avis pouvaient être influencés par les objectifs de sa politique de concurrence, et que les cours et tribunaux devaient dès lors considérer les avis de la Commission avec un œil critique⁴¹².

91. *Les décisions des autorités de concurrence.* Comme les juges du fond⁴¹³, les juges de cessation semblent également accorder beaucoup de poids aux précédents émanant de la Commission européenne et de l'Autorité belge de la concurrence.

Les juges de cessation se rallient ainsi généralement aux définitions de marché qui sont fournies dans les décisions de contrôle des concentrations⁴¹⁴.

Le président du tribunal de commerce de Mons a cependant pris soin de remarquer qu'une décision de classement d'une plainte par l'auditorat était fondée sur la politique de priorités de celui-ci et non sur l'irrecevabilité ou le non-fondement de la plainte. Le président y a vu un indice de l'applicabilité potentielle du droit de la concurrence à la pratique concernée⁴¹⁵.

⁴⁰¹ Prés. Comm. Termonde, 29 avril 2015, A/14/4344, R.D.C., 2016/8, p. 787.

⁴⁰² Prés. Comm. Termonde, 29 avril 2015, A/14/4229, inédit.

⁴⁰³ Prés. Comm. Mons, 26 octobre 2012, précité.

⁴⁰⁴ Bruxelles, 14 janvier 2010, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2010, p. 1026; Prés. Comm. Bruxelles, 10 juin 2009, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2009, p. 1096, déjà cités dans la première édition de la chronique, R.D.C., 2014/3, p. 224, n° 49.

⁴⁰⁵ Bruxelles, 29 mai 2012, précité.

⁴⁰⁶ Cass., 26 décembre 2014, C.12.0488.N, R.C.B., 2015/3, p. 235.

⁴⁰⁷ Bruxelles, 8 mars 2012, précité.

⁴⁰⁸ Directive n° 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (J.O. L. 108 du 24 avril 2002, p. 51).

⁴⁰⁹ E. WIJCKMANS, commentaire sous Bruxelles, 8 mars 2012, R.C.B., 2013/1, p. 35, qui se demandait si la cour d'appel de Bruxelles n'utilisait pas une telle demande d'assistance comme une manière de déléguer son pouvoir de juridiction à la Commission.

⁴¹⁰ L'avis de la Commission européenne du 7 août 2012 est disponible sur le site web de la Commission: www.ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html (11 juillet 2017).

⁴¹¹ Bruxelles, 13 novembre 2014, précité.

⁴¹² E. WIJCKMANS, note sous Bruxelles, 13 novembre 2014, R.C.B., 2015/3, pp. 209 et s., spéc. pp. 210 et 211.

⁴¹³ Voy. *supra*, n° 68.

⁴¹⁴ Anvers, 24 septembre 2015, précité, confirmant Prés. Comm. Bruxelles, 17 juin 2014, précité.

⁴¹⁵ Prés. Comm. Mons, 26 octobre 2012, A/11/738, inédit.

Dans un arrêt du 29 mai 2012, la cour d'appel a en outre jugé qu'il ne peut être déduit d'une décision de la Commission européenne, autorisant certaines modifications d'une convention-type sur la base de l'ancien règlement n° 17⁴¹⁶, que les modifications ultérieures de cette convention-type seraient également conformes au droit de la concurrence, ni qu'elles ne pourraient pas être constitutives d'abus de position dominante⁴¹⁷.

92. *L'effet réflexe du droit de la concurrence sur la violation de la norme de loyauté.* Dans la première édition de la chronique⁴¹⁸, nous avons remarqué qu'un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000 a accueilli la théorie de l'effet réflexe⁴¹⁹ en matière de refus de contracter⁴²⁰. Bien qu'un arrêt ultérieur de la Cour de cassation du 25 octobre 2001 ait limité le champ d'application de cette théorie⁴²¹, cet arrêt de 2001 est étonnamment passé dans l'oubli. Ce mouvement jurisprudentiel s'est poursuivi pendant la période examinée.

En matière de refus de contracter, les juges de cassation ont adhéré de façon unanime à l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000. Tous les jugements pertinents rappellent que le refus de vente n'est illicite qu'en cas d'infraction au droit de la concurrence ou d'abus de droit⁴²². Après une analyse approfondie de la jurisprudence antérieure, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a considéré qu'un refus de contracter est abusif lorsqu'il est opposé de manière déraisonnable, arbitraire, sans intérêt suffisant ou sans fondement⁴²³.

Dans certains jugements, l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000 est appliqué dans des circonstances différentes de celles du refus de contracter, par exemple dans le cas de démarches déconseillant à des tiers de contracter avec d'autres fournisseurs que le partenaire désigné⁴²⁴.

Par contre, l'application de la théorie de l'effet réflexe nous semble avoir été implicitement remise en question en

matière de rabais de fidélité. En effet, le président du tribunal de commerce d'Anvers a ordonné la cessation d'une campagne de rabais de fidélité qui était menée par une entreprise ne disposant pas d'une position dominante. Le président condamne plus précisément le fait que le rabais de fidélité prenne la forme d'un mécanisme de sanction (déchéance du rabais) en cas de commande auprès d'un concurrent, et le fait que la perte du rabais s'étende à d'autres produits vendus par l'entreprise⁴²⁵. A l'appui de son appel contre ce jugement, la défenderesse a invoqué spécifiquement l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2000 et l'effet limitatif du droit de la concurrence sur le droit des pratiques du marché. La cour d'appel d'Anvers a néanmoins confirmé le jugement entrepris, en considérant que le mécanisme de sanction constituait un abus de droit en ce qu'il entravait l'accès de concurrents au marché⁴²⁶. Comme il a déjà été indiqué dans la première partie de cette chronique⁴²⁷, le raisonnement de la cour est critiquable car il qualifie un effet d'exclusion du marché comme un abus de droit, alors même que le droit de la concurrence n'interdit cet effet d'exclusion qu'en cas d'accord ou de position dominante et que les critères de l'abus de droit ne sont pas non plus appliqués.

93. *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 défendeur⁴²⁸.

Certains jugements se limitent toutefois à identifier les pratiques restrictives de concurrence et à en ordonner la cessation. En ce sens, un jugement du président du tribunal de commerce de Mons du 21 janvier 2011 a considéré que la Sabam abusait de sa position dominante sur le marché des droits d'auteur d'œuvres musicales, (i) en augmentant ses tarifs à charge des discothèques sur la base de critères sans

^{416.} Règlement n° 17 du Conseil: premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (*J.O.* 13 du 21 février 1962, p. 204).

^{417.} Bruxelles, 29 mai 2012, *précité*.

^{418.} *R.D.C.*, 2014/3, pp. 224 et 225, n° 52.

^{419.} Selon la théorie de l'effet réflexe, une pratique qui restreint la concurrence mais qui n'est pas contraire au droit européen ou belge de la concurrence ne peut pas être interdite en tant que pratique contraire aux pratiques honnêtes du marché.

^{420.} Cass., 7 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 249, note 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.

^{421.} Cass., 25 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2004, p. 162, note 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.

^{422.} Prés. Comm. Bruxelles, 5 décembre 2012, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2012, p. 621; Prés. Comm. Dendermonde, 30 novembre 2011, *précité*.

^{423.} Prés. Comm. Bruxelles, 5 décembre 2012, *précité*. Dans le même sens: Prés. Comm. Bruxelles, 1^{er} février 2013, 2012/1811, *inédit*, dont le raisonnement repose toutefois sur la requalification d'une demande de cessation d'un système de distribution sélective en demande de cessation d'un refus de vente. En degré d'appel, la cour d'appel de Bruxelles a statué sur la qualification initiale de la demande et l'a rejetée pour défaut de preuve (Bruxelles, 25 juin 2013, *précité*).

^{424.} Prés. Comm. Mons, 18 novembre 2011, *précité*.

^{425.} Prés. Comm. Anvers, 17 juin 2014, *précité*.

^{426.} Anvers, 24 septembre 2015, *précité*.

^{427.} Voy. *supra*, n° 23.

^{428.} D. MOUGENOT, *L'action en cessation: les particularités procédurales d'un mécanisme atypique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 117 et 118, n° 50.

rapport avec leurs chiffres d'affaires, (ii) en refusant d'utiliser un système informatique comparant les fichiers des œuvres protégées et des œuvres diffusées dans la discothèque des demanderesse, ainsi que (iii) en se réservant le droit de déroger aux règles de compétence territoriale supplétives de l'article 624 du Code judiciaire. Après avoir identifié ces trois abus, le jugement a condamné la Sabam à cesser ces pratiques sans autre précision⁴²⁹.

A l'inverse, la cour d'appel de Bruxelles a pris soin de préciser les conséquences concrètes de son ordre de cessation dans une affaire d'augmentation abusive des prix suivie d'une résiliation des contrats de fourniture qui avaient été conclus avec les clients contestant cette augmentation. La cour a considéré que la résiliation des contrats trouvait son origine dans une augmentation de prix constitutive d'abus de position dominante, et que cette résiliation constituait donc elle-même un refus abusif de vente. En termes de conséquences financières, la cour a décidé que le fournisseur en position dominante n'était pas autorisé à réclamer la partie du forfait mensuel minimal qui excédait le niveau de prix économiquement justifié⁴³⁰. Comme des injonctions de poursuite des livraisons avaient déjà été prononcées dans cette affaire, la cour a encore indiqué que le fournisseur ne pouvait conserver que la partie économiquement justifiée des sommes payées par les clients. Enfin, pour s'assurer du respect de l'ordre de cessation, la cour a encore ordonné au fournisseur de communiquer des extraits de l'arrêt à tous ses clients⁴³¹.

94. Les mesures ordonnées en cas de refus de contracter – Injonction d'émettre une offre. Dans l'affaire d'accès aux données téléphoniques hongroises, la cour d'appel de Bruxelles a suivi l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2005 qui avait été prononcé dans le précédent autrichien, et selon lequel, 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 précitée⁴³².

Sur cette base, la cour d'appel a imposé à l'opérateur historique hongrois de communiquer au demandeur une offre de fourniture de la liste d'informations relatives à ses abonnés dans des conditions équitables, raisonnables, loyales, non discriminatoires et orientées vers les coûts⁴³³. L'arrêt ne motive pas spécifiquement le fondement juridique de ces critères auxquels il a soumis l'offre à fournir par l'opérateur hongrois⁴³⁴. Il semble toutefois ressortir de la motivation de l'arrêt sur l'absence de justification objective pour le refus de fourniture, que la cour d'appel a considéré que ces conditions d'offre étaient imposées par une interprétation du droit hongrois conforme au cadre européen des services de communications électroniques⁴³⁵.

95. 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 contracter. 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 concurrence⁴³⁶.

Lorsque le président constate l'illégalité du motif pour lequel un détaillant a été refusé au sein d'un réseau de distribution sélectif, il ordonne que le détaillant soit accepté dans ce réseau, pour autant qu'il réponde aux critères de sélection autres que celui qui a été invalidé⁴³⁷. La seule existence d'un réseau de distribution sélectif ne confère toutefois pas un droit personnel d'approvisionnement à tout détaillant. Le refus d'inclusion au sein d'un tel réseau de distribution ne peut donc être sanctionné qu'en cas d'abus de position dominante⁴³⁸.

⁴²⁹ Prés. Comm. Mons, 21 janvier 2011, R.G. A/08/1189, *inédit*, faisant suite à un jugement de réouverture des débats du 26 mars 2010 cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2014/3, p. 224, n° 49 et note 209.

⁴³⁰ L'arrêt reste imprécis sur le niveau de prix qui serait économiquement justifié dans cette affaire. En effet, l'arrêt retient trois causes de prix excessif, consistant dans (i) le dépassement du niveau retenu par l'expert, (ii) la mise de retours d'inventus à charge des clients, et (iii) la différence de traitement entre les clients selon l'importance de leurs chiffres d'affaires. Seule la première de ces trois critiques fait l'objet d'une évaluation chiffrée dans l'arrêt (voy. *supra*, n°s 31 et 34).

⁴³¹ Bruxelles, 29 mai 2012, *précité*. Pour violation des règles sur la charge de la preuve, cet arrêt a été partiellement cassé par l'arrêt de la Cour de cassation du 26 décembre 2014, déjà cité, qui a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel d'Anvers (voy. *supra*, n° 89).

⁴³² Cass., 23 juin 2005, *précité*, analysé dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2014/3, p. 226, n° 55.

⁴³³ Bruxelles, 13 novembre 2014, *précité*, qui précise aussi que la liste d'informations relatives aux abonnés doit être « complète, exacte, mise à jour et expurgée des informations relatives aux abonnés qui ne souhaitent pas figurer dans l'annuaire ».

⁴³⁴ L'arrêt a accueilli la demande en cessation qui sollicitait l'imposition de tels critères.

⁴³⁵ En particulier, l'article 25, 2., de la directive n° 2002/22/CE précitée énonce que « les Etats membres veillent à ce que toutes les entreprises qui attribuent des numéros de téléphone à des abonnés répondent à toutes les demandes raisonnables de mise à disposition, aux fins de la fourniture de services de renseignements téléphoniques accessibles au public et d'annuaire, des informations pertinentes, sous une forme convenue et à des conditions qui soient équitables, objectives, modulées en fonction des coûts et non discriminatoires ».

⁴³⁶ Voy. la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2014/3, pp. 226 et 227, n° 56.

⁴³⁷ Prés. Comm. Termonde, 26 juin 2013, *précité*. Comme le constate le commentaire de J. BOCKEN, il est donc encore possible que ce détaillant soit exclu du réseau de distribution s'il ne remplit pas d'autres conditions valablement imposées par l'importateur des produits (*Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2013, pp. 1285 et 1286). Ce jugement a été réformé par un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 11 mars 2015 (*Annales Pratique du commerce et Concurrence*, 2015, p. 732), qui est commenté *supra*, n° 19.

⁴³⁸ Prés. Comm. Termonde, 29 avril 2015, A/14/4344, *précité*; Prés. Comm. Termonde, 29 avril 2015, A/14/4229, *précité*.

La cour d'appel de Gand s'est interrogée sur la mesure à ordonner dans une affaire où un réparateur de motos avait été exclu du réseau sélectif de la marque. En première instance, le président du tribunal de commerce de Termonde avait imposé au fabricant de reconnaître le demandeur comme un site de réparation agréé⁴³⁹. En degré d'appel, la cour d'appel de Gand a confirmé que le refus de livrer les outils et informations nécessaires à l'entretien et à la réparation des motos de la marque constituait un abus de position dominante. La cour a toutefois refusé d'ordonner la reconnaissance du réparateur comme site de réparation agréé aux motifs que ce serait imposer un contrat à la partie défenderesse et qu'il n'était pas démontré qu'un réseau de réparateurs agréés de la marque existerait encore au moment du prononcé de l'arrêt. Par contre, la cour a imposé à la partie défenderesse de livrer les pièces de rechange, les outils spécifiques, les programmes informatiques et les informations et formations nécessaires à l'entretien et à la réparation des motos, aux mêmes conditions que celles appliquées aux autres distributeurs de la marque⁴⁴⁰.

Des commentateurs de l'arrêt ont critiqué cette solution aux motifs qu'elle aboutit à la même conséquence pratique qu'une injonction de contracter à durée indéterminée, et que la cour aurait donc dû se déclarer incompétente⁴⁴¹. Cette critique nous semble dépourvue de fondement. En effet, si le refus de contracter à des conditions déterminées constitue une pratique contraire aux pratiques honnêtes de marché dont la cessation peut être ordonnée, la cessation d'un tel refus implique nécessairement que la partie condamnée accepte de contracter à ces conditions.

96. *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 litige⁴⁴².

Dans l'affaire précitée d'abus de position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, la cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée sur l'autorité de chose jugée qu'il y avait lieu d'attribuer à un jugement du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 12 décembre 2005 ayant rejeté une action en cessation d'un nouvel entrant contre l'opéra-

teur historique pour absence de position dominante de cette dernière en 2005⁴⁴³. L'arrêt a considéré que ce jugement de cessation disposait d'une autorité positive de chose jugée ayant la valeur d'une présomption irréfragable vis-à-vis de ce nouvel entrant, mais qu'il n'empêchait pas l'autre concurrent, en tant que partie tierce à la procédure en cessation, d'apporter la preuve contraire. L'arrêt a ainsi abouti à une solution curieuse, consistant à constater la position dominante de l'opérateur historique en 2005 vis-à-vis d'un concurrent mais pas vis-à-vis de l'autre⁴⁴⁴.

97. *La qualification d'une action en cessation comme infraction au droit de la concurrence.* La jurisprudence examinée présente plusieurs cas dans lesquels le défendeur a invoqué le droit de la concurrence à titre de cause d'irrecevabilité ou d'absence de fondement de l'action en cessation dirigée à son encontre. Les causes de nullité des contrats soulevées à titre d'« euro-défenses » ont déjà été examinées ci-dessus⁴⁴⁵. À côté de cette situation bien connue en matière d'actions en responsabilité contractuelle, le droit de 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 juridictions⁴⁴⁶.

Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 5 mai 2011 a rejeté le moyen de défense qui avait été soulevé par l'opérateur d'un moteur de recherche selon lequel les éditeurs de presse francophone et germanophone et leur société de gestion de droits intellectuels instrumentalisaient l'action en cessation pour restreindre l'accès au marché de ce moteur de recherche. La cour a considéré qu'il s'agissait là d'un procès d'intention dépourvu de preuve factuelle⁴⁴⁷.

Dans un jugement du 19 juillet 2013, le président du tribunal de commerce d'Anvers a fait droit à l'argument d'un organisateur de festivals musicaux qui contestait le montant des droits à payer à la Sabam et qui soutenait que la demande d'interdiction de reproduire les œuvres protégées lors d'un festival constituait un abus de position dominante. Selon le jugement, bien que l'organisateur du festival était effectivement en retard de paiement des droits d'auteur, la Sabam aurait demandé la cessation dans le seul but de soustraire ses

⁴³⁹. Prés. Comm. Termonde, 3 novembre 2010, cité dans *R.D.C.*, 2014/3, pp. 226 et 227, n° 56.

⁴⁴⁰. L'injonction de livraison n'a pas été étendue aux accessoires et à l'habillement car ce ne sont pas des produits nécessaires à l'entretien et à la réparation des motos (Gand, 1^{er} octobre 2014, *R.C.B.*, 2015/3, p. 177, note H. BUREZ et A. FOCQUET).

⁴⁴¹. H. BUREZ et A. FOCQUET, « Van de regen in de drop » (note sous Gand, 1^{er} octobre 2014), *R.C.B.*, 2015/3, pp. 186 et s., spéc. pp. 189 et 190, n°s 16 à 18.

⁴⁴². C. DALCQ et S. UHLIG, « Vers et pour une théorie générale ... », *o.c.*, p. 61.

⁴⁴³. Prés. Comm. Bruxelles, 12 décembre 2005, A.C. 1911/2005, *inédit*, cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2014/3, p. 222, n° 43.

⁴⁴⁴. Bruxelles, 26 février 2015, *précité*. L'arrêt ordonne ainsi une expertise pour la période de 1999 à 2004 pour l'action d'un concurrent, et pour la période de 1999 à 2005 pour l'action de l'autre concurrent.

⁴⁴⁵. Voy. *supra*, n° 44.

⁴⁴⁶. Comme cela avait déjà été constaté pendant la période précédente par 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.

⁴⁴⁷. Bruxelles, 5 mai 2011, *A.M.*, 2012/2-3, p. 202.

tarifs à tout contrôle judiciaire. Pour ce motif, le jugement a rejeté l'action de la Sabam en qualifiant celle-ci d'abus de position dominante⁴⁴⁸. Cette décision a été vraisemblablement motivée par des considérations pragmatiques liées aux circonstances de l'espèce⁴⁴⁹. Par arrêt du 2 juin 2014, la cour d'appel d'Anvers a réformé ce jugement en considérant que l'action de la Sabam visait à mettre un terme à la violation établie des droits d'auteur et qu'elle ne constituait donc pas un abus de position dominante⁴⁵⁰.

Nous pouvons également citer un jugement du président du tribunal de commerce de Mons et de Charleroi, division Mons, du 31 octobre 2014 concernant une pratique de comparaison des prix pratiqués par des enseignes concurrentes de la grande distribution. Le jugement a considéré que la défenderesse violait l'article VI.17 du C.D.E. relatif aux conditions de licéité de la publicité comparative, en ne permettant pas à la demanderesse un accès aisé aux données sur la base desquelles le baromètre des prix d'un magasin avait été publié. Parmi ses moyens de défense, la défenderesse soutenait que la délivrance des listes de données constituerait un échange d'informations entre concurrents contraire au droit de la concurrence. Le jugement a constaté que les prix pratiqués dans la grande distribution changent rapidement de sorte que les données de prix présentent rapidement un caractère historique. Sur cette base, le jugement a considéré que l'éventualité d'une entente ou d'une pratique concertée ne pourrait se concevoir qu'en cas de demandes de vérification répétées, et il a limité son ordre de cessation dans cette mesure. Tout en ordonnant la cessation de toute publicité comparative qui s'accompagnerait d'une interdiction pour les concurrents d'accéder à une copie des listes de données de comparaison, le jugement a autorisé l'interdiction d'accès à ces listes de données en cas de demandes d'accès répétitives susceptibles de donner accès à des données stratégiques⁴⁵¹.

2.6. Les actions en référé

98. Les généralités. Le juge des référés est compétent pour ordonner des mesures provisoires dans les litiges dont il reconnaît l'urgence⁴⁵². La jurisprudence prononcée pendant la période examinée confirme que le droit de la concurrence

est beaucoup moins souvent invoqué en référé qu'en cessation. En effet, nous n'avons identifié que deux décisions pertinentes prononcées en référé.

99. Une vaine tentative de prolonger une obligation de livraison plus de 10 ans après la résiliation du contrat. La première décision concerne une affaire ancienne dans laquelle un contrat de fourniture de diamants avait été résilié en 2003 parce que le distributeur ne remplissait pas les critères qualitatifs du nouveau système de distribution sélective. Le distributeur a obtenu plusieurs injonctions imposant la poursuite des livraisons de diamants, d'abord auprès des juges des référés puis de la part du président du Conseil de la concurrence statuant sur demandes de mesures provisoires⁴⁵³. Après que la cour d'appel de Bruxelles ait annulé ces mesures provisoires par arrêt du 26 mars 2013⁴⁵⁴, le distributeur a réactivé une procédure en référé pendante devant la cour d'appel de Gand afin d'obtenir une nouvelle prolongation de l'exécution du contrat.

Dans l'intervalle, les plaintes du distributeur auprès de la Commission européenne et de l'Autorité belge de la concurrence avaient été définitivement rejetées, respectivement par un arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 11 juillet 2013⁴⁵⁵ et par une décision de classement de l'auditorat du 15 octobre 2014⁴⁵⁶.

Dans son arrêt en référé du 1^{er} décembre 2014⁴⁵⁷, la cour d'appel de Gand commence par rappeler l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 février 2010 selon lequel, après l'expiration de la durée de validité d'une première 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 antérieure⁴⁵⁸.

La cour d'appel rejette ensuite la demande du distributeur pour défaut d'urgence et absence d'apparences de droit. En ce qui concerne le défaut d'urgence, la cour constate que 11 ans s'étaient déjà écoulés depuis la résiliation du contrat, que le demandeur n'avait pas diligenté la procédure judiciaire au fond, qu'il avait eu le temps nécessaire pour réorienter ses activités, et que la cour d'appel de Bruxelles avait déjà consi-

⁴⁴⁸ Prés. Comm. Anvers, 19 juillet 2013, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2013, p. 1193.

⁴⁴⁹ Y. VAN COUTER et S. DE SMEDT, « Sabam vs. Tomorrowland: maakt Sabam (opnieuw) misbruik van haar machtspositie? » (commentaire sous Prés. Comm. Anvers, 19 juillet 2013), *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2013, pp. 1201 et s., spéc. p. 1208, n° 18.

⁴⁵⁰ Anvers, 2 juin 2014, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2014, p. 1081.

⁴⁵¹ Prés. Comm. Mons et Charleroi (div. Mons), 31 octobre 2014, *Annales Pratique du commerce & Concurrence*, 2014, p. 198.

⁴⁵² Art. 584 C. jud.

⁴⁵³ Cette affaire a déjà été mentionnée dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2014/3, p. 233, n° 75.

⁴⁵⁴ Bruxelles, 26 mars 2013, *R.C.B.*, 2013/4, p. 399, note G. RYELANDT, « L'application des articles 793 et s. C. jud. aux décisions rendues dans le droit de la concurrence », pp. 396 et s.

⁴⁵⁵ T.U.E., 11 juillet 2013, aff. jointes T-108/07 et T-354/08, *Diamanthatel A. Spira / Commission*, ECLI:EU:T:2013:367.

⁴⁵⁶ Décision BMA-2014/P/K-22-AUD de l'auditorat du 15 octobre 2014, aff. MEDE-P/K-09-0019, *Diamanthatel A. Spira / De Beers*, www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/2014PK22-BMA-AUD_PUB.pdf (18 juillet 2017).

⁴⁵⁷ Gand, 1^{er} décembre 2014, 2010/RK/119, *inédit*.

⁴⁵⁸ Cass., 18 février 2010, C.09.54.N, déjà cité dans la première édition de la chronique, *R.D.C.*, 2014/3, p. 233, n° 75.

taté que la prolongation de mesures provisoires ne se justifiait pas. L'absence de droits apparents est quant à elle justifiée par le rejet des plaintes du demandeur par le Tribunal de l'Union européenne et par l'auditorat de l'Autorité belge de la concurrence, par l'absence de démonstration d'une position dominante ou d'un abus du défendeur, et par le fait que le demandeur avait déjà bénéficié d'une durée de préavis supérieure à celle à laquelle il pouvait prétendre sur pied de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée⁴⁵⁹. Il ne se justifiait dès lors pas d'ordonner en référé une nouvelle prolongation de l'exécution du contrat.

100. *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'années⁴⁶⁰. Une ordonnance du président du tribunal de commerce de Tongres du 15 mars 2013 confirme la tendance des juges des référés à se limiter à une approche superficielle des moyens fondés sur le droit de la concurrence⁴⁶¹. En effet, le juge a considéré qu'une analyse approfondie du grief d'infraction au droit de la concurrence excéderait l'objet de la procédure en référé, mais que la contestation sérieuse du droit exclusif de la partie intervenante suffisait à considérer que celle-ci ne bénéficiait pas d'apparences de droit suffisantes, justifiant le rejet de la demande en référé⁴⁶².

3. BESLUIT / CONCLUSIONS

101. *De inhoudelijke toepassing van het mededingingsrecht.* In vergelijking met de rechtspraak besproken in het Overzicht 2004-2010, ontwaren we dezelfde grote lijnen in de rechtspraak van de Belgische hoven en rechtbanken voor de periode 2011-2015.

Inzake de toepassing van het Belgisch versus het Europees mededingingsrecht blijft nog steeds verwarring bestaan tussen de begrippen merkbare beïnvloeding van de tussenstaatse handel en merkbaarheid. In de meeste gevallen heeft dit echter geen invloed op de beslissing ten gronde: het gaat vaak om problemen die onder de drempels van de *de minimis*-bekendmaking vallen en dus zowel onder Belgisch als Europees mededingingsrecht geen merkbare beperking van het mededingingsrecht vormen. Ook in de periode 2011-2015 betreffen heel wat zaken klachten tegen beperkingen van de mededinging in individuele contracten (m.n. exclusiviteitsclausules in brouwerijcontracten), die op basis van de *de minimis*-bekendmaking afgewezen werden.

Horizontale mededingingsbeperkingen komen relatief weinig aan bod in de rechtspraak. Het gaat meestal om niet-concurrentiebedingen die echter in eerste instantie worden getoetst aan het principe van de vrijheid van handel en slechts uitzonderlijk aan de principes van het mededingingsrecht. In de periode 2011-2015 is het aantal beslissingen inzake ondernemingsverenigingen sterk teruggelopen. Deze trend valt ook op te merken in de beslissingspraktijk van de Belgische Mededingingsautoriteit. Het arrest waarbij het Hof van Cassatie een beroepsverbod bevestigde, dat was opgelegd door de Franstalige Orde van Apothekers aan één van haar leden omwille van het toekennen van excessieve

kortingen, is wel vermeldenswaard. Deze uitspraak stelt dat de eer en de waardigheid van het beroep de beroepsvereniging toelaat om op te treden tegen kortingen die niet aan het beroep zijn aangepast. Deze uitspraak lijkt ons niet in overeenstemming met de principes van de vrije mededinging die ook op vrije beroepen van toepassing zijn.

Net zoals in de periode 2004-2010 handelen de meeste geschillen inzake verticale beperkingen over de toepassing van criteria van, en de toegang tot, selectieve distributienetwerken en het afdwingen van territoriale of klantenbescherming in het kader van exclusieve distributie. In de meeste gevallen konden de rechters zich, na een onderzoek van de relevante markt en de marktaandeelen van de partijen, houden bij de vaststelling dat de mededinging niet merkbaar werd beperkt. Een terugkerend probleem hier is de zware bewijslast die op de eisende partij rust. In de context van selectieve distributie kwamen enkele interessante zaken voor betreffende de beteugeling van online verkoop. Gelet op het toenemende belang van e-commerce, valt het te verwachten dat online beperkingen in de toekomst een meer prominente rol zullen spelen in de rechtspraak. In de besproken periode bleef de focus bij verticale beperkingen echter liggen op de sectoren van de motorvoertuigen (selectieve distributie) en van de brouwerijen en kansspelen (exclusieve distributie). Exclusiviteitsbedingen worden door de rechter doorgaans getrouw getoetst aan de relevante Europese groepsvrijstelling.

Wat betreft het verbod op misbruik van machtspositie blijft de Belgische rechtspraak in de ban van enkele grote geschillen die erg lang blijven aanslepen. De meeste zaken die in dit

⁴⁵⁹. Aujourd'hui remplacée par les art. X.35 à X.40 C.D.E.

⁴⁶⁰. 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 »*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 113 et s., spéc. pp. 115 à 125, n^{os} 5 à 18.

⁴⁶¹. Cette tendance avait déjà été constatée lors de la période précédente (*R.D.C.*, 2014/3, p. 231, n^o 73).

⁴⁶². En l'espèce, la demanderesse a obtenu une injonction d'exécution de son contrat de fourniture avec la défenderesse, et le tribunal a écarté le moyen de la partie intervenante selon lequel celle-ci aurait obtenu un droit exclusif de fourniture pour les mêmes produits (Comm. Turnhout (réf.), 15 mars 2013, C/13/00008, *inédit*).

overzicht worden besproken, waren reeds het voorwerp van discussie in het Overzicht 2004-2010. Het gaat daarbij zowel om prijsgerelateerde misbruiken (roofprijzen, wurgprijzen, excessieve prijzen en prijsdiscriminatie) als om niet-prijsgerelateerde misbruiken (in hoofdzaak leveringsweigeringen).

De hoven en rechtbanken volgen nauwgezet de rechtspraak op Europees niveau, alsook de beslissingspraktijk en toepasselijke richtsnoeren van de Europese Commissie met betrekking tot de definiëring van de relevante markt, de interpretatie van het begrip machtspositie, alsook van de vaststelling van een misbruik, met name wat betreft de focus op het afscherpende effect van uitsluitingspraktijken (in het bijzonder in het kader van roof- en wurgprijzen).

De Belgische rechtspraak levert ook interessante stof voor discussie op in verband met uitbuitingspraktijken (m.n. excessieve prijzen). De belangrijke vraag hier is hoe ver de rechter mag gaan in het beteugelen van het gedrag van de dominante onderneming. In de meeste gevallen beperkt de rechter zich tot een marginale toetsing. Dat is o.i. echter niet steeds het geval en waagt de rechter zich soms op het gladde ijs van te verregaande interventie in het prijsbeleid van de dominante onderneming. Ook inzake uitsluitingspraktijken, en met name in het kader van de motivering van leveringsweigering, stellen de Belgische rechters zich doorgaans terughoudend op en houden ze zich aan een marginale toetsing.

Tot slot blijft de bewijslast een enorm probleem voor de partij die een inbreuk aanvoert, zowel om in eerste instantie een machtspositie aan te tonen, als, in tweede instantie, om een misbruik te bewijzen, in het bijzonder wanneer het gaat om een prijsgerelateerd misbruik. De rechter stelt daarom meer en meer een deskundige aan, maar dat neemt niet alle moeilijkheden weg, vooral indien de opdracht van de deskundige niet voldoende ruim of duidelijk is geformuleerd. De uitspraak van het Hof van Cassatie in de *AMP*-sage is daarvan de beste illustratie.

102. *En droit privé et en droit de la procédure.* Sous l'angle du droit privé et du droit de la procédure, la jurisprudence prononcée pendant la période examinée permet de constater des solutions constantes pour certaines questions litigieuses et d'annoncer des évolutions prochaines sur d'autres questions.

En matière de nullité des accords restrictifs de concurrence, la jurisprudence examinée s'est fixé une méthode d'analyse rigoureuse qu'elle applique de manière constante, notamment dans les domaines des contrats de brasserie et de fourniture de jeux de hasard où des exceptions de nullité sont

fréquemment invoquées. Les arrêts de la Cour de cassation de 2015 sur la réduction des clauses de non-concurrence excessives annoncent toutefois de nouveaux débats sur les conséquences de la nullité partielle tant des engagements de non-concurrence que des autres engagements contractuels contraires au droit de la concurrence.

Grâce à des actions en dommages-intérêts plus nombreuses que pendant la période précédente, la jurisprudence fournit désormais des indications plus précises sur l'appréciation de la faute, du dommage et de la répercussion du surcoût. Pour l'avenir, la loi du 6 juin 2017 transposant la directive n° 2014/104/UE ne bouleverse pas la matière, mais introduit de nouvelles règles spécifiques destinées à encourager les actions en dommages-intérêts pour violation du droit de la concurrence, telles que la présomption de dommage en cas de cartel et la possibilité d'obtenir la production forcée de catégories de preuves pertinentes⁴⁶³. Ces nouvelles dispositions fournissent également aux cours et tribunaux une base légale explicite pour la mise en œuvre de mesures de protection des informations confidentielles dans le cadre de telles actions opposant fréquemment des concurrents.

Les procédures arbitrales restent peu fréquentes en droit de la concurrence pendant la période examinée. Pour l'avenir, la loi du 6 juin 2017 pourrait encourager l'insertion de clauses d'arbitrage en tant que mesure de limitation des risques. En effet, l'assimilation étonnante de l'arbitrage à un mode consensuel de règlement des conflits a pour conséquence de réduire les risques de recours contributaires en cas de cartel.

La procédure en cessation est toujours fort utilisée, en particulier dans des circonstances de refus de fourniture ou d'exclusion d'un réseau de distribution⁴⁶⁴. Malgré la jurisprudence abondante, le régime applicable aux actions en cessation donne encore lieu à des hésitations sur des questions importantes telles que la théorie de l'effet réflexe, les conséquences d'un contexte contractuel et l'objet des mesures qui peuvent être ordonnées en cas de sanction d'un refus de contracter.

Le succès de l'action en cessation contribue vraisemblablement au recours plus limité à l'action en référé. Les incertitudes persistantes sur l'appréciation des droits des parties par les juges des référés n'encouragent pas non plus l'introduction de telles procédures en droit de la concurrence. En effet, même si le nombre de décisions qui ont été prononcées en référé pendant la période examinée n'est pas significatif, il est remarquable qu'une des rares décisions confirme encore la tendance des juges des référés à se limiter à une approche superficielle des moyens fondés sur le droit de la concurrence.

⁴⁶³ Selon J. ADYNS, « De richtlijn schadevorderingen. Quel dommage, quel intérêt? », *R.C.B.*, 2015/4, pp. 306 et s., spéc. p. 319, n° 86, la directive n° 2014/104/UE permettrait ainsi de lever les principaux obstacles aux actions en dommages-intérêts en droit belge.

⁴⁶⁴ Voy. toutefois J. STUYCK, « De wisselwerking ... », *o.c.*, p. 302, n° 39, qui estime que la procédure en cessation est globalement moins utilisée qu'auparavant pour des affaires de droit de la concurrence.