

Rechtspraak in kort bestek

Jurisprudence (extraits)

A. Gewone rechters / Juges ordinaires

*Bewerkt en geannoteerd door
Herlinde Burež & Peter Wytinck**

Dans la présente rubrique sont cités des extraits tirés d'une sélection d'arrêts et de jugements. Pour consulter la version complète des décisions, l'abonné peut se référer au site Internet de la revue. <http://www.tbm-rcb.be/index.aspx> - In deze rubriek wordt een selectie van uitspraken in kort bestek weergegeven. De volledige versie van de beslissingen kan de abonnee vinden op de website van het tijdschrift. <http://www.tbm-rcb.be/index.aspx>

1. Tribunal de Première Instance de Bruxelles 8 mars 2007 SNF SAS/CYTEC Industrie BV

Annulation de sentences arbitrales – Contradiction dans le raisonnement du tribunal arbitral – Violation de l'article 81 du Traité CE en donnant effet à un contrat jugé anti-concurrentiel

La société CYTEC Industrie BV (ci-après « CYTEC ») produit et commercialise la matière première AMD, indispensable pour la fabrication, par la société SNF SAS (ci-après « SNF »), des PMD. Les parties ont conclu un premier contrat de fourniture en 1991 couvrant la période du 1^{er} avril 1991 au 30 juin 1994. Ce contrat a été remplacé par un second en 1993. Par celui-ci, SNF s'engageait à acquérir, auprès de CYTEC, 100% de ses besoins en AMD pour une de ses usines si ses besoins dépassaient 17.000 tonnes métriques par année contractuelle. En 2000, SNF a souhaité résilier ledit contrat en invoquant une violation des articles 81 et 82 du Traité CE. Sur ce fait, CYTEC a initié une procédure d'arbitrage. SNF sollicita du tribunal de première instance de Bruxelles, l'annulation de sentences arbitrales prononcées à cette occasion.

Le tribunal arbitral avait conclu à l'absence de violation de l'article 82 du Traité CE. Il avait cependant décidé la

nullité *ab initio* de la totalité du contrat de 1993 pour violation de l'article 81 du Traité CE, parce qu'il empêchait, de manière durable, SNF d'accéder au marché de production de l'AMD. Les deux parties ayant su (ou, au moins, dû savoir) que le contrat était nul, le tribunal arbitral a estimé – en vertu de la *lex mercatoria* – que chacune des parties était en droit de réclamer à l'autre la moitié du dommage qu'elle avait subi du fait de la nullité du contrat.

Le tribunal arbitral estima que SNF n'établissait pas qu'elle aurait pu obtenir de CYTEC des conditions plus favorables que celles obtenues en vertu du contrat de 1993, ni qu'elle aurait pu se fournir en AMD à un meilleur prix auprès d'autres fournisseurs. Il n'accorda dès lors pas de dommages et intérêts à SNF. Le tribunal arbitral fit pourtant droit aux demandes en dommages et intérêts de CYTEC tant pour la période allant jusqu'au 30 juin 1995 (sur la base de la perte d'une chance d'exécuter le contrat conclu en 1991) que pour la période du 1^{er} juillet 1995 au 31 janvier 2000. En effet, pour cette dernière période, le tribunal arbitral estimait que, même en l'absence du contrat de 1993, SNF aurait dû s'approvisionner en AMD auprès de CYTEC.

Le tribunal de première instance a annulé l'intégralité des sentences arbitrales. En effet, même s'il estima que le tribunal arbitral avait pu légalement décider que CYTEC n'avait pas de position dominante, il considéra que le raisonnement du tribunal arbitral relatif à l'article 81 du Traité CE était entaché d'une contradiction.

*« Affirmer, comme le fait le tribunal arbitral [...] que **durant toute cette période** [réf: y compris au-delà de l'exécution du contrat de 1991], SNF aurait nécessairement acquis auprès de CYTEC les mêmes quantités que celles prévues au contrat de 1993 et ce, à des prix supérieurs, revient à nier le caractère anti-concurrentiel de ce*

* Advocaat

contrat. [...] La contradiction relevée nuit à l'effectivité du droit communautaire de la concurrence en raison des paradoxes suivants:

- CYTEC, qui a, comme SNF, conclu un contrat contraire à l'article 81 du Traité CE, obtient, suite à l'annulation de ce contrat, au titre de la moitié du préjudice subi, des montants plus élevés que ceux qu'elle aurait reçus en exécution de la convention nulle.
- SNF, qui dénonce un contrat contraire à une disposition d'ordre public y perd davantage que si elle s'était contentée d'exécuter le contrat jusqu'à son terme et de payer les dommages et intérêts réclamés par CYTEC pour l'inexécution du contrat de 1993.

Les sentences [...] sont donc contraires à l'article 81 du Traité CE dans la mesure où, par la solution qu'elles donnent au litige, elles reviennent à donner effet à un contrat jugé anti-concurrentiel. »

Commentaire

Le jugement est frappé d'appel.

Voir pour une discussion approfondie de l'invalidation des contrats contraire au droit de la concurrence ainsi que des demandes en dommages et intérêts afférentes, H. GILLIAMS et L. CORNELIS, « Private enforcement of the competition rules in Belgium », *TBM-RDC* 2007/2, pp. 11-33 (12-16).

Le jugement est également annoté dans A. MOURRE et L. RADICATI DI BROZOLO, « Chassé-croisé franco-belge – à propos de l'affaire Cytec », *Revue de l'Arbitrage* 2007/2, pp. 303-340, ainsi que dans D. DE MEULEMEESTER et M. PIERS, « Merits revisited? Arbitral Award, Public Policy and Annulment, the Belgian Experience », *ASA Bulletin*, 2007/3, pp. 630-642.

2. Bruxelles 15 juin 2007

La Febiac/la Wallonie Expo et l'UPTR

Absence de recours contre une décision du juge de fond de recourir ou non au mécanisme du renvoi préjudiciel – valeur contraignante de l'arrêt préjudiciel pour les juridictions statuant sur la cause – appel téméraire et vexatoire

L'arrêt est rendu à la suite de l'appel dirigé contre le jugement prononcé le 17 décembre 2004, dans le cadre d'une action en cessation, par le Président du tribunal de commerce de Bruxelles. La Febiac interdisait aux exposants de participer (in)directement à toute exposition prenant place en Belgique pendant une période de six mois précédant son salon bisannuel. Le Président avait considéré que l'extension par la Febiac de cette interdiction aux groupes 7 et 8 de sa réglementation enfreignait l'article 3 de la LPCE et lui fait interdiction de répéter cet acte. Il avait également posé une question préjudicielle à la 9^{ème}

chambre bis de la Cour d'appel de Bruxelles consistant à savoir si ladite interdiction constitue, en ce qu'elle est appliquée aux groupes 1 à 6 de la réglementation, une pratique restrictive de concurrence prohibée par les articles 2 et 3 de la LPCE.

Par son arrêt du 10 novembre 2005, la 9^{ème} chambre bis de la Cour d'appel de Bruxelles avait considéré que ladite disposition constituait un abus de position dominante dès lors que le règlement ne prévoyait pas de possibilité de dérogation en faveur d'exposants potentiels (appartenant aux groupes 1 à 8) qui pourraient souhaiter participer à une exposition concurrente qui ne menace pas avec un degré de gravité suffisant, de réduire l'impact des salons patronnés par la Febiac.

La Febiac a interjeté appel, le 1^{er} septembre 2006, du jugement précité du président du tribunal de commerce de Bruxelles.

La Febiac soutient tout d'abord que le premier juge aurait du également poser une question préjudicielle concernant l'application de l'interdiction aux exposants appartenant aux groupes 7 et 8. La Cour souligne que le premier juge n'y était pas obligé s'il estimait que la réponse à la question préjudicielle n'était pas indispensable pour rendre sa décision. De plus, la LPCE dispose que la décision du juge de poser ou de ne pas poser une question préjudicielle n'est susceptible d'aucun recours. La Febiac considère, ensuite, que le premier juge aurait dû motiver sa décision de procéder à un renvoi préjudiciel. La Cour souligne que « La Febiac perd de vue que le principe en l'espèce, est le renvoi [...] et ce n'est que lorsque le juge se trouve dans les cas visés à l'article 42 §2 de la LPCE qu'il peut s'en dispenser. » Ici également, la Cour réitère, qu'au surplus, la décision du premier juge n'était susceptible d'aucun recours.

La Febiac soutient finalement, à titre principal, que la Cour n'est pas tenue de se conformer à l'arrêt préjudiciel, et à titre subsidiaire, qu'elle n'est tenue de se conformer qu'aux points de droit et non aux constatations de fait, ce qu'est la constatation de l'existence d'une position dominante. La Cour estime que la position tenue à titre principal par la Febiac résulte d'une mauvaise lecture de l'article 42 §5 de la LPCE qui prévoit clairement que toute juridiction appelée à statuer dans la même affaire est tenue de se conformer à l'arrêt rendu et que la thèse subsidiaire (ainsi que les moyens relatifs à l'application ou non des articles 81 et 82 du Traité CE) est (sont) sans incidence dans la mesure où elle est tenue de se conformer à la décision rendue sur renvoi.

La Cour rejette ainsi tous les moyens invoqués par la Febiac. Elle constate que celle-ci se rend coupable d'abus de

position dominante dans les conditions citées dans l'arrêt préjudiciel précité.

La Cour considère par la suite qu' « [i]l ne pouvait échapper à la Febiac que l'article 42bis de la LPCE dispose sans ambiguïté que la décision du juge de recourir ou non à la procédure de la question préjudicielle est sans recours, et que la décision de la cour statuant sur une question préjudicielle a une valeur contraignante pour les juridictions statuant en prosécution de cause ou en appel de la décision qui serait attaquée. » La Cour, étant d'avis que la Febiac a donc adopté une attitude procédurale empreinte de mauvaise foi et a agi avec une légèreté coupable à la suite d'une erreur évidente d'appréciation quant aux chances de succès de son recours, fait droit aux demandes de Wallonie Expo et l'UPTR en leur allouant une indemnité à titre d'appel téméraire et vexatoire.

Commentaire

Voir Bruxelles le 10 novembre 2006, *TBM-RCB* 2006/4, pp. 289-306 annoté dans GARZANITI, L., GOFFINET, P. et BLOCKX, J., « L'affaire Wallonie expo ou l'illustration des objectifs divergents du droit européen de la concurrence », *TBM-RCB* 2006/4, pp. 307-318.

3. Pres. Comm. Bruxelles, 14 juin 2007

Siégeant comme en référé.

Sprl 3.14/Sabam

Abus de position dominante – refus d'accorder une autorisation de reproduction – contrat cadre – contrôle

Les principaux considérants du jugement sont les suivants:

« 2. Faits et Parties

La sprl 3.14 a pour objet de faire presser et de dupliquer sur un support sonore ou audiovisuel (cd, dvd, vidéo, audio) auprès d'un fabricant des œuvres d'artistes pour compte de clients ou pour son propre compte et ce, pour un nombre d'exemplaires déterminés.

La SABAM est une société de gestion des droits d'auteur dont ses membres, auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, disposent sur leurs œuvres.

La SABAM délivre les autorisations de reproduire les œuvres musicales de ses membres sur des supports physiques, tels que des CD ou des CD-R.

Les autorisations sont délivrées après le paiement d'un droit de reproduction mécanique et moyennant le respect de conditions générales de duplication.

Le droit est un pourcentage du prix de vente au détail (HTVA) des supports, sur lesquels les œuvres sont reproduites. Le montant total des droits est fixé en fonction du nombre de ces supports.

Les conditions générales prévoient des règles permettant le contrôle par la SABAM du respect des conditions de l'autorisation (entre autres, le nombre d'exemplaires reproduits, le prix de vente au grossiste). Parmi ces règles: l'obligation de s'adresser à un presseur ou un intermédiaire agréé par la SABAM.

La SABAM ne délivre des autorisations de pressage que si ce pressage est effectué par une personne qui a conclu avec elle un contrat intitulé « contrat cadre pour le pressage ou la duplication de supports en sous-traitance ».

Ce contrat prévoit entre autres une possibilité pour la SABAM d'avoir accès au stock et aux bureaux du co-contractant ainsi qu'aux documents permettant de vérifier les informations relatives à la fabrication et de contrôler par recoupement la fabrication, les recettes et les dépenses et les stocks de supports.

La SPRL 3.14 a signé le contrat cadre le 29 juillet 2001.

Le 12 décembre 2005, la SABAM a effectué un contrôle chez 3.14.

La SABAM a constaté lors de ce contrôle que 3.14 pressait un nombre d'exemplaires en plus du nombre pour lequel elle avait reçu l'autorisation et qu'elle stockait ces exemplaires au cousoù son client lui aurait demandé un nouveau pressage, ces exemplaires étant par la suite détruits.

Par sa lettre du 23 décembre 2005, la SABAM a fait grief à 3.14 de les faire détruire globalement (au poids), sans possibilité pour la SABAM de vérifier quels CD étaient détruits et dans quelles quantités. Elle a enjoint à 3.14 de faire figurer dans les prochains PV de destruction, en regard de chaque numéro de catalogue, la quantité effectivement détruite.

Elle a également prié 3.14 d'informer préalablement la SABAM de tout surpressage, les quantités non autorisées ne pouvant être délivrées que moyennant une autorisation préalablement obtenue auprès de la SABAM.

Le 11 janvier 2006, 3.14 s'est plainte du fait que le contrôle avait été effectué sans préavis, au moment de la surcharge de travail de fin d'année et qu'en raison de ce contrôle, elle n'avait pu s'occuper de clients et avait perdu des commandes. Elle a averti la SABAM qu'à l'avenir, elle n'accepterait plus d'être contrôlée sans en avoir été préalablement avertie. Elle a ajouté que la SABAM n'avait pas à s'occuper de la manière dont elle gérait son stock.

Suite à une réunion tenue le 22 février 2006 entre les parties, la SABAM a adressé le 31 mars 2006 une lettre dans laquelle elle propose d'autoriser 3.14 à effectuer des pressages excédentaires, moyennant notification préalable par 3.14. Elle propose également d'envoyer à ses frais un contrôleur pour vérifier les quantités détruites et demande à 3.14 de fournir à son service de contrôle les renseignements lui permettant d'enrayer la piraterie et les reproductions illicites sur CD-R.

Le 22 septembre 2006, 3.14 a informé la SABAM qu'elle ne renouvellerait pas le contrat à son terme du 31 décembre 2006.

Le 21 décembre 2006, la SABAM a confirmé à 3.14 qu'elle refuserait les autorisations (31 janvier 2007, 1er mars 2007).

Le 6 mars 2007, le conseil de 3.14 a estimé qu'en refusant de délivrer des autorisations de reproduction à sa cliente au motif que celle-ci n'était pas en relation contractuelle avec la SABAM, la SABAM abusait de sa position dominante. Il a ajouté que sa cliente n'excluait pas de travailler avec la SABAM sur la définition de conditions de pressage, qui seraient assorties à chaque autorisation de reproduction la concernant.

Les parties se sont réunies le 14 mars 2007.

3.14 a cité la SABAM le 15 mars 2007.

Le 15 mars également, la SABAM a confirmé qu'elle donnerait une suite favorable aux demandes d'autorisation introduites par 3.14 pendant le laps de temps nécessaire à la communication des pièces et à l'organisation d'une deuxième réunion.

Les négociations ont échouées, 3.14 proposant des conditions générales de pressage applicables à chaque autorisation de reproduction et prévoyant entre autres l'obligation pour la SABAM d'avertir 3.14 15 jours avant d'effectuer un contrôle ce que la SABAM a refusé.

Le 23 avril 2007, le conseil de la SABAM a informé officiellement le conseil de 3.14 que les autorisations seraient refusées à partir du soir-même.

3. Examen

Mesures urgentes et provisoires

Les parties s'accordent pour déclarer que cette demande est actuellement sans objet.

Abus de position dominante ?

La SABAM ne conteste pas avoir une position dominante. Elle conteste en abuser.

3.14 n'établit pas que le refus de la SABAM de lui accorder une autorisation de reproduction serait abusif.

L'auteur a seul le droit de reproduire ou d'autoriser la reproduction de son œuvre.

La SABAM, en qualité de gestionnaire des droits de ses membres, a donc le droit de fixer les conditions auxquelles son autorisation sera soumise et donc les conditions auxquelles elle accordera ou non sa licence.

La SABAM impose la conclusion d'un contrat standard afin de pouvoir contrôler si les conditions de l'autorisation donnée sont respectées par l'entreprise de pressage ou l'intermédiaire.

Le prix de l'autorisation étant fixé en fonction du nombre d'exemplaires, il est légitime que la SABAM veuille vérifier si le nombre d'exemplaires réellement pressé correspond bien au nombre de supports, pour lesquels les droits de reproduction ont été payés et qu'elle veuille effectuer ce contrôle auprès des intermédiaires et des presseurs qui

centralisent les informations ou qui effectuent le travail matériel de reproduction et qui expédient les supports.

Imposer la conclusion d'un contrat cadre prévoyant et organisant les possibilités de contrôle et les mécanismes de ce contrôle ou l'adhésion à un tel contrat comme condition d'octroi de l'autorisation n'est dès lors pas abusif.

3.14 refusant de conclure un tel accord, la SABAM a des lors justifié de façon objective son refus d'accorder à 3.14 les autorisations de pressage.

La demanderesse n'établit pas en quoi le contenu de ce contrat cadre serait un abus de position dominante.

Les dispositions du contrat permettent en effet à la SABAM de s'assurer que les droits payés correspondent bien aux quantités déclarées. Ces dispositions du contrat ont donc pour but d'assurer la perception correcte des droits d'auteur.

Ces dispositions ne donnent pas des droits exorbitants à la SABAM qui, si elle découvre des erreurs dans la comptabilité de son cocontractant ou des exemplaires en nombre plus important, devra toujours obtenir un titre exécutoire de la part d'un juge avant de pouvoir demander réparation à son cocontractant.

En l'espèce, la demanderesse n'a d'ailleurs été contrôlée qu'une seule fois en quatre ans durant un après-midi (ce qu'elle ne conteste pas).

L'obligation de pressage ou de duplication par des fabricants liés contractuellement avec la SABAM ou par des fabricants liés contractuellement avec une autre société d'auteurs n'a pas pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence sur le marché de la duplication.

La concurrence existe bien entre les presseurs qui sont signataires du contrat cadre (plus de 40).

La demanderesse n'établit pas que la SABAM appliquerait des conditions inégales à des prestations équivalentes.

L'octroi d'autorisations à 3.14 ne le démontre nullement compte tenu du contentieux existant entre les parties et de la volonté des parties de le régler.

Un tel grief est par ailleurs contradictoire avec l'exigence de 3.14 d'appliquer des conditions à la conclusion de chaque autorisation de reproduction, conditions différentes de celles du contrat standard, exigence qui impliquerait que la SABAM applique à 3.14 des conditions différentes de celles applicables aux autres presseurs... (...) »

Commentaire

Concernant SABAM, mais bien que dans un contexte différent voyez également Bruxelles, 3 novembre 2005, RCB-TBM 2006/4, p. 319 avec note Damien Gérard et Mona Chammas, « La politique tarifaire de la SABAM au crible du droit de la concurrence »; Cons. Concurrence, 30 août 2000, Radio Tienen e.a / Sabam, M.B. 9 janvier 2001; Bruxelles, 21 janvier 2002; Prés. Conseil de la Concurrence, 27 mars 1995 et 4 septembre 1995, Inter-mosane et Interest/SABAM et AGICOA, Auteurs et Me-

dia, 1996, p. 42 et 47; Anvers, 19 janvier 1994, *Limburgs Rechtsleven*, 1994, p. 74; Bruxelles, 14 mars 2003, SA-BAM/TVi, *Auteurs et Media*, 2003, 357.

B. Raad voor de Mededinging/Hof van beroep Conseils de la Concurrence/Cour d'appel

*Bewerkt en geannoteerd door
Karel Marchand**

1. Beslissing inzake restrictieve mededingingspraktijken – *Décision en matière de pratiques restrictives*

Beslissing nr. 2007-I/O-19 van 21 augustus 2007
Zaak MEDE-I/O-00/0027: Orde der Dierenartsen
Artikel 2 W.B.E.M. – rechtstreeks of zijdelings bepa-
len van aan- of verkoopprijzen – verbod. Verjaring –
handelingen die verjaring stuiten. Redelijke termijn –
overschrijding – criteria. Orde der Dierenartsen – on-
dernemingsvereniging – geen mogelijkheid tot opleg-
gen van geldboetes onder oude W.B.E.M.

Op 25 mei 2000 heeft de toenmalige Minister van Economie, Charles Picqué, het toenmalige Korps Verslaggevers verzocht een onderzoek op te starten naar de tarieven voor diergeneeskundige prestaties opgelegd door de Orde der Dierenartsen. Alle dokters in de veeartsenijkunde woonachtig in België zijn lid van de Orde. De Raden van de Orde oefenen het tuchtrechtelijk toezicht uit op de leden van de Orde. Het tuchtrechtelijk toezicht had onder meer betrekking op de naleving door de dierenartsen van de door de Orde verspreide minimumtarieven.

De Orde der Dierenartsen beriep zich in eerste instantie op de verjaring van de feiten. Overeenkomstig artikel 88, §1 W.B.E.M. mogen zaken die langer dan 5 jaar geleden zijn niet het voorwerp uitmaken van een onderzoek. Naast de verjaring wierp de Orde van Dierenartsen ook op dat de redelijke termijn voor de behandeling van het dossier overschreden was. De Raad verwierp beide verweermiddelen om volgende redenen.

"(...) Als de Raad ervan uitgaat dat het laatste feit dateert van 17 mei 2001 zoals de Orde beweert, is de verjarings-termijn tussentijds gestuit door onderzoeksdaaden van de

auditeur zoals de verscheidene verzoeken om inlichtingen in 2002, de toezending van de punten van bezwaar aan de Orde op 19 augustus 2005 en de neerlegging van het verslag bij de Raad op 20 december 2005. Er was noch verjaring op het moment dat de auditeur het onderzoek opende (artikel 48, §1 oude WBEM, artikel 88, §1 nieuwe WBEM), noch is er thans sprake van verjaring op het moment dat de Raad beslist, aangezien de laatstgenoemde onderzoeksdaad dateert van 20 december 2005. Elke stuitingsdaad doet een nieuwe termijn van vijf jaar lopen (artikel 48, §2 oude WBEM, artikel 88, §2 nieuwe WBEM).

Gelet op de rechtspraak ter zake, moet bij de beoordeling van de termijn rekening gehouden worden met de omstandigheden van de zaak, het procesgedrag van partijen, de ingewikkeldheid van de zaak en het belang ervan voor de betrokkenen.

In deze zaak is er rekening houdend met deze criteria, geen sprake van een onredelijke lange termijn in de zin van artikel 6 EVRM tussen het begin van het onderzoek (mei 2000) en de afronding van de zaak middels de onderhavige beslissing. (...) Met de auditeur dient ook te worden vastgesteld dat de Orde meermaals uitstel vroeg voor het antwoorden op verzoeken om inlichtingen. Tenslotte zijn er geen belangen van de Orde in het geding die door de genoemde termijn in het gedrang kwamen.

De Raad merkt op dat, een overschrijding van de redelijke termijn in ieder geval alleen maar kan of behoeft te worden gesanctioneerd wanneer het onredelijke tijdsverloop het recht van verdediging zou hebben aangetast. Daarom is geen begin van bewijs aangebracht voor de Raad. (...) Derhalve wordt het beroep op de overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM en het daaruit voortvloeiende rechtsbeginsel, door de Raad verworpen."

Een tweede probleem dat ter sprake kwam was of de onderzochte feiten wel een inbreuk vormden op de mededingingswet. De Raad komt op grond van volgende ar-

* Belgische Mededingingsautoriteit - UGent.

¹ De beslissingen van de Raad voor de Mededinging en het Auditoraat zijn te raadplegen via de website van de Belgische mededingingsautoriteiten: www.mededinging.be – www.concurrence.be.

gumentatie tot de terechte conclusie dat er wel degelijk sprake was van een inbreuk:

"(...) Een beroepsorganisatie moet worden aangemerkt als ondernemingsvereniging in de zin van het kartelverbod wanneer zij de regels vaststelt waarin de wil besloten ligt dat de aangesloten leden in het kader van hun economische activiteit een bepaald gedrag zouden volgen.

In deze zaak volgt de Raad de auditeur in zijn standpunt dat de minimumtarieven voor diergeneeskundige prestaties opgelegd door de Orde der Dierenartsen, te kwalificeren zijn als een besluit van een ondernemingsvereniging.

De bepaling van de minimumtarieven had tot doel de concurrentie tussen de dierenartsen onderling te beperken. Minimumtarieven zijn gelijk te stellen aan prijsafspraken. In geval van dergelijke ernstige concurrentiebeperkingen volstaat het vast te stellen dat er van tariefstelling sprake is, om te besluiten dat de beperking ook merkbaar is."

Na te hebben vastgesteld dat er sprake is van een inbreuk op de W.B.E.M., diende de Raad zich uit te spreken over de mogelijkheid om een boete op te leggen aan de Orde der Dierenartsen:

"Artikel 36 van de oude WBEM voorzag niet in boetes voor ondernemingsverenigingen. In deze zaak zijn de inbreukmakende feiten door de Auditeur gekwalificeerd als een besluit van een ondernemingsvereniging. (...)Derhalve kan aan de Orde enkel in haar hoedanigheid van ondernemingsvereniging op grond van artikel 36 oude WBEM geen boete worden opgelegd.

De Raad is van oordeel dat het legaliteitsbeginsel en het verbod op retroactieve werking van de wet, gebieden dat, voor wat betreft de sanctionering in deze zaak, alleen de oude WBEM kan worden toegepast. De nieuwe wet zou in dat opzicht alleen retroactief kunnen worden toegepast indien zij milder is voor het betrokken rechtssubject, hetgeen manifest niet het geval is.

De Raad kan uit billijkheidsoverwegingen rekening houden met de duur van het onderzoek, zelfs wanneer niet is komen vast te staan dat er sprake is van een aantasting van het recht van verdediging door de overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM."

Noot: Zie ook: Beslissing nr. 2007-I/O-05 van 29 januari 2007, T.B.M. 2007/3, 57-63 met noot J. BLOCKX, P. GOFFINET en J. VANDENBERGHE, "Enkele lijken uit de kast: de zaak Fedoba, of de niet steeds even gemakkelijke verhouding tussen het Europese en het Belgische mede-

dingsrecht", T.B.M. 2007/3, 64-73; T. Heremans, "Mededingingsrecht en professionele zelfreglementering. Twee vingeroefeningen voor het Hof van Cassatie", T.B.M. 2007-1, 31-39; K. GEENS, "Vrij beroep en mededinging: deontologie is een remedie tegen, tucht dikwijls een gevolg van marktfalen", in L. Cornelis en M. Storme (ed.), Liber Amicorum Tijdschrift voor Privaatrecht en Marcel Storme, Brussel, Story-Scientia, 2004, 283-295.

2. Beslissingen inzake voorlopige maatregelen – Décisions en matière de mesures provisoires

**Beslissing nr. 2007-V/M-18-AUD van 31 juli 2007
Zaak MEDE-V/M-07/0008: Belgische Distributiedienst N.V. / De Post N.V.**

Voorlopige maatregelen – artikel 3 W.B.E.M. – intrekking verzoek om voorlopige maatregelen – gevolgen

N.V. Belgische Distributie is gespecialiseerd in de huis-aan-huis bezorging van niet- geadresseerde zendingen (voornamelijk reclamefolders). De Post N.V. is eveneens actief inzake de bedeling van niet-geadresseerde zendingen. Zij doet daarvoor beroep op haar postbodes en haar 100% dochter Deltamedia. Volgens N.V. Belgische Distributie maakt De Post N.V. misbruik van haar machtspositie op de markt van de bedeling voor geadresseerde zendingen tot 50 gr. Zij zou dit met name doen door kruis-subsidiëring waarbij zij haar activiteiten en deze van Deltamedia op de markt voor de bedeling van niet geadresseerde zendingen subsidieert met de monopoliewinsten die zij genereert op de markt van de verzending van geadresseerde zendingen van minder dan 50 gram. Concurrenten zouden deze niet kostendekkende prijzen niet kunnen hanteren. Lopende de procedure kondigt Deltamedia aan dat zij haar product PubliPack voor de verzending van niet-geadresseerde zendingen stopzet. N.V. Belgische Distributie trekt daarop haar verzoek tot voorlopige maatregelen in. Dit heeft volgens de auditeur tot gevolg dat de zaak zonder voorwerp wordt.

"(...)Op 13 juni 2007 heeft Deltamedia N.V. (hierna Deltamedia), een dochteronderneming van De Post, een persbericht verspreid waarin het haar voornemen bekendmaakt om haar "PubliPack"-product stop te zetten en zich toe te spitsen op de uitreiking van kranten. Dit persbericht werd door de raadsman van De Post diezelfde dag bezorgd aan de auditeur.

Op 13 juli 2007 heeft de raadsman van BD de auditeur meegedeeld dat BD het verzoek om voorlopige maatregelen intrekt. BD handhaaft vooralsnog haar klacht ten gronde.

Aangezien BD, volgend op het persbericht van Deltamedia, op 23 juli 2007 beslist heeft om haar verzoek tot voorlopige maatregelen in te trekken, valt het voorwerp van deze zaak weg.

De auditeur verklaart bijgevolg het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen zonder voorwerp."

Noot: Zie beslissingen in gelijkaardige zaken: Beslissing nr. 2005-V/M-13 van 18 maart 2005, *Driem. Tijdschrift RvM* 2005/01, 40; Beslissing nr. 2001-V/M-07 van 14 februari 2001, Raad voor de Mededinging, *Jaarverslag 2001 – Bijlagen*, 116 en J. YSEWYN, "Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 1998", *T.B.H.* 1999, 838.

3. Beslissingen inzake vereenvoudigde concentraties – Décisions en matière concentrations en procédure simplifiée

Beslissing nr. 2007-C/C-17-AUD van 25 juli 2007
Zaak Mitiska N.V./ Brantano N.V./ AS Lathouwers N.V./ Fun Belgium N.V. – Relevante markt: distributie van schoenen en nevenartikelen, outdoor- en vrijetijdsartikelen, speelgoed en seizoensgebonden artikelen

"(...) Daarenboven heeft Mitiska op 3 juni 2007 schriftelijk om ontheffing verzocht, op grond van artikel 5, §4 van het koninklijk besluit van 31 oktober 2006 betreffende het aanmelden van concentraties, van het verstrekken van bepaalde inlichtingen die vereist zijn in het aanmeldingsformulier. Mede rekening houdende met de prenotificatiecontacten met de aanmeldende partij, heeft de auditeur deze ontheffing diezelfde dag schriftelijk verleend."

Noot: Over prenotificatie in het Belgisch mededingingsrecht zie: T. MUSSCHOOT, "De prenotificatie in België in het licht van recente evoluties", *T.B.M.* 2006, 85-95.

Beslissing nr. 2007-C/C-20-AUD van 23 augustus 2007
N.V. Nuon/ N.V. Essent – relevante markt: elektriciteit, gas, warmte en aanvullende diensten

Décision n° 2007-C/C-22-AUD du 28 août 2007
P&V Assurances/ ING Insurance – marché concerné: assurances

Beslissing nr. 2007-C/C-23-AUD van 5 september 2007
Koninklijke BAM groep NV/ Betonac N.V.en Bixervo N.V. – relevante markt: wegenbouw en burgerlijke bouw-kunde

Beslissing nr. 2007-C/C-24-AUD van 13 september 2007

KPN Mobile International B.V./ Versatel Belgium N.V./ Tele2 Belgium N.V. – relevante markt: mobiele telecommunicatiediensten, vaste telefonie en breedbandinternet.

4. Beroep tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging – Appel contre des décisions du Conseil de la Concurrence

Brussel, tussenarrest nr. 2007/MR/2; 2007/MR/3; 2007/MR/4 van 23 augustus 2007.

Beroep tegen Raad voor de Mededinging beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007.

Partijen: België Federatie Cinema's V.Z.W., mede inzake Kinopolis Group N.V.; Utopolis Belgium N.V., mede inzake België Federatie Cinema's V.Z.W., Kinopolis Group N.V.; UGC Belgium N.V., mede inzake België Federatie Cinema's V.Z.W., Kinopolis Group N.V.

Concentratiecontrole – verzoek tot schorsing onthef-fingsbeslissing door derde belanghebbende – ontvan-kelijkheid. Samenstelling kamer – schending van arti-kel 19 W.B.E.M. – gevolgen. Toegang tot het dossier door derde belanghebbenden – geweigerd – schending van het recht om gehoord te worden. Relatie concen-tratiecontrole en restrictieve mededingingspraktijken

De fusie tussen de groep Bert en de groep Claeys tot de Kinopolis Groep werd in 1997 ter goedkeuring voorgelegd aan de Raad voor de Mededinging. De Raad stelde toen vast dat door de fusie de gezamenlijke machtspositie van de beide groepen versterkt zou worden (Raad voor de Mededinging, beslissing van 17 november 1997, zaak nr. 97-C/C-25, *B.S.* 05.02.1998, 3276). Gelet op het feit dat de economische en technische vooruitgang evenwel opwoog tegen de aantasting van de mededinging keurde de Raad de concentratie goed, zij het onder voorwaarden. De opgelegde voorwaarden dienden gedurende 10 jaar door de Kinopolis Groep gerespecteerd te worden. Deze termijn zou stilzwijgend verlengd worden, tenzij de Raad op verzoek van de partijen ingediend zes maanden voor het verstrijken van die termijn, zou beslissen de voorwaarden op te heffen. In een beslissing van 16 april 2007 heeft de Raad op verzoek van de Kinopolis Groep, alle voorwaarden opgeheven.² Tegen deze beslissing werd beroep aangekend door concurrenten van de Kinopolis Groep.

Een eerste vraag waar het Hof zich diende over uit te spreken hield verband met de mogelijkheid voor derde belanghebbende ondernemingen om het Hof te verzoeken

² Te consulteren via: http://www.mededinging.be/organization_market/competition/jurisprudence/122007cc12_verzoek_Kinopolis_opheffing_pub.pdf. Zie ook de vorige aflevering Rechtspraak in kort bestek, *T.B.M.* 2007/3, 89.

een beslissing van de Raad te schorsen. Het Hof komt op grond van volgende overwegingen tot de conclusie dat dergelijke verzoeken ontvankelijk zijn:

"(...) Artikel 76 §2 schrijft voor dat het beroep waarin artikel 75 van de WBEM voorziet ook kan worden ingesteld door elke persoon die overeenkomstig artikel 57 §2 WBEM een belang kan doen gelden en die aan de Raad gevraagd heeft te worden gehoord.

De drie verzoekende partijen voldoen ieder aan dit voorschrift en bijgevolg is hun hoger beroep ontvankelijk wat hun hoedanigheid betreft. Het is eveneens ontvankelijk wat hun vereist belang aangaat omwille van volgende redenen.

De Raad heeft geoordeeld dat ze een voldoende belang doen blijken en hieruit mag worden afgeleid dat de Raad van oordeel was dat de thans beroepen beslissing van die aard is dat ze de belangen van de concurrenten van Kinepolis kan schaden doordat hun positie op de markt erdoor kan wijzigen.

(...) Ook moet er rekening mee worden gehouden dat de beslissing die het hof zou nemen hun belangen kan beïnvloeden.

(...) Het Hof beaamt evenmin dat de verzoekers niet gerechtigd zijn een schorsingsverzoek in te dienen en dat zulks voorbehouden is aan de onderneming die het voorwerp is van de beslissing.

Deze stelling, die met name stoelt op het onderscheid tussen bepalingen in de oude WBEM (artikel 43 bis §4) en het nieuwe voorschrift vindt nochtans geen steun in enige wetsbepaling, noch in de wetsgeschiedenis.

Blijkens de memorie van toelichting en inzonderheid de artikelsgewijze commentaar was het de bedoeling van de wetgever om aan het hof een algemene schorsingsbevoegdheid toe te kennen wegens de verregaande impact die de beslissingen van de Raad voor de Mededinging kunnen hebben op de markt en ondernemingen (...).

Artikel 76§4 WBEM schrijft voor dat de tenuitvoerlegging geheel of gedeeltelijk kan worden geschorst op verzoek van 'de belanghebbende'.

Blijkens de wetsgeschiedenis wordt de bevoegdheid uitgeoefend op 'uitdrukkelijk verzoek van de belanghebbende partijen' (...).

Er is geen aanwijsbare reden om aan te nemen dat 'de belanghebbende' die bedoeld wordt in dit wetsartikel anders moet worden begrepen dan de 'persoon die een belang kan doen gelden' vermeld in §2 van hetzelfde wetsartikel."

Vooraleer in te gaan op de grieven wijst het Hof erop dat de beoordeling in het kader van een schorsingsverzoek een *prima facie* beoordeling van de zaak impliceert. De

beoordeling van het Hof in het kader van het schorsingsverzoek zal dus niet noodzakelijk dezelfde zijn als deze in de procedure ten gronde:

"(...) In het algemeen overweegt het hof dat binnen het bestek van een schorsingsverzoek krachtens wetsbepaling de vordering beoordeeld wordt alvorens recht te doen.

Dit houdt in dat het hof slechts heeft na te gaan of de ernst van één of meer middelen van die aard is dat moet worden aangenomen dat bij de beoordeling ten gronde hun aanvoering vermoedelijk zal leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing.

Er wordt in dit stadium van de rechtspleging dus in de regel niet ingegaan op alle details van de standpunten en van de gegevens van het dossier."

Een eerste grief die het Hof diende te onderzoeken had betrekking op de samenstelling van de kamer van de Raad voor de Mededinging die de bestreden beslissing genomen heeft. Volgens één van de appellanten was de kamer onwettig samengesteld. Op grond van volgende argumenten komt het Hof – *prima facie* - tot de conclusie dat dit inderdaad het geval was:

"(...) De wetgever heeft zodoende een voorheen toegepaste werkwijze waarbij over de samenstelling van een kamer van de Raad door de voorzitter en eventueel zaakgericht kon worden beslist (artikel 4 van het huishoudelijk reglement van de Raad voor de Mededinging) verlaten en geselecteerd voor de waarborg van een goeddeels transparant stelsel waarbij de samenstelling van iedere kamer op voorhand en bij collegiale beslissing wordt vastgelegd.

Het prerogatief om te beslissen over de samenstelling van de kamers en om hun voorzitters aan te wijzen komt toe aan de algemene vergadering.

(...) Geen van de voorliggende dossierstukken die door de Raad voor de Mededinging aan het hof werden overgemaakt (...) doet blijken dat over de samenstelling van de kamer die de beroepen beslissing heeft getroffen, werd beslist door de algemene vergadering van de Raad, zoals bepaald in artikel 19 WBEM.

(...) Wanneer de kamer die over een zaak heeft te beslissen niet is samengesteld op de wijze die door de wet is bepaald, heeft zulks de nietigheid van haar beslissingen tot gevolg.

De voorschriften die deze samenstelling betreffen, raken immers de openbare orde."

Vervolgens diende het Hof zich uit te spreken over de vraag of het recht van derde belanghebbende onderne-

mingen om gehoord te worden, geschonden is door het feit dat de toegang tot het dossier tijdens de rechtspleging voor de Raad voor de Mededinging werd geweigerd. Het Hof komt na onderzoek tot de overweging dat dit wel degelijk het geval is:

"(...) De behandeling van het verzoek van Kinopolis situeert zich in de fase van opvolging van de beslissing waarbij een concentratie werd toegelaten onder een aantal gedragsvoorwaarden.

Onder de vigeur van de huidige WBEM zou de Raad bij hypothese dus beslist hebben om na de aanmelding de procedure van bijkomend onderzoek in te zetten, zoals bedoeld in artikel 58 §2, eerste lid 3°.

In dit geval van bijkomend onderzoek wordt de verdere rechtspleging voor de Raad beschreven in artikel 59 WBEM.

Er moet worden aangenomen dat de rechtspleging die gevoerd wordt wegens de inhoud van gedragsvoorwaarden die werden beslist als gevolg van de toepassing van artikel 58 §2, eerste lid 3° WBEM door dezelfde beginselen wordt beheerst als deze die gelden voor de procedure van bijkomend onderzoek.

Artikel 59§3, dat die procedure beheerst, verleent aan de 'personen die overeenkomstig artikel 57 §2 tussenkomen' het recht om schriftelijke opmerkingen in te dienen na de neerlegging van het bijkomend verslag van de auditor.

(...) Toch moet worden aangenomen dat, eens een persoon de hoedanigheid van belanghebbende heeft verkregen, zijn recht om te worden gehoord niet kan worden losgekoppeld van het recht om toegang te hebben tot dossierstukken.

Beide zijn immers vereist om een daadwerkelijke inhoud te geven aan het fundamenteel recht op verdediging dat volgens de beginselen van het communautaire recht ook het nationale mededingingsrecht moet doortrekken.

Aan de behoorlijke naleving van het recht op verdediging staat overigens niet in de weg dat in zaken die de toepassing van de WBEM betreffen, het recht op inzage van dossierstukken wordt onderworpen aan de beperkingen die vereist zijn wegens het mogelijk vertrouwelijk karakter van dossiergegevens of dat de omvang van het inzage-recht wordt afgelijnd in functie van de noden van de als belanghebbend partijen erkende personen om hun recht om te worden gehoord behoorlijk te kunnen uitoefenen."

Tot slot spreekt het Hof zich nog uit over de relatie tussen concentratiecontrole en het onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken:

"(...) Ook de principiële kritiek betreffende de redengeving die het bestaan van gedragsvoorwaarden overbodig acht ingevolge de mogelijke toepassing van de artikelen 2 en 3 WBEM versus 81 en 82 EG-verdrag lijkt niet irrelevant.

De doeleinden van het proactieve concentratietoezicht – voorkomen van marktstructuren die een machtspositie kunnen doen ontstaan of versterken waardoor de mededinging wordt beperkt – lijken bij die benadering veronachtzaamd."

Noot: Over toegang tot het dossier zie: I. BUELENS, "Toegang tot het dossier in Belgische mededingingszaken: een onontgonnen terrein", (noot onder Brussel 25 februari 2002), in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2002*, Mechelen, Kluwer, 2003, 882-910.

Brussel, tussenarrest nr. 2007/MR/1 van 24 september 2007

Beroep tegen Raad voor de Mededinging, beslissing nr. 2007-V/M-07 van 14 februari 2007

Partijen: C.V.B.A. Portima / N.V. Computer Resource Management – DEV en N.V. Computer Resource Management – TEC

De N.V.'s Computer Resource Management – DEV en Computer Resource Management – TEC, hierna CRM, hadden bij de Raad voor de Mededinging klacht ingediend tegen C.V.B.A. Portima wegens misbruik van machtspositie. CRM heeft samen met de klacht een verzoek tot bekomen van voorlopige maatregelen gericht tot de Voorzitter van de Raad. Portima wordt onder andere het hanteren van dumpingprijzen, misleidende reclame en desinformatie en het koppelen van producten aangewreven. Bij beslissing van 14 februari 2007 legt de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging bepaalde voorlopige maatregelen op aan Portima. Portima kan zich niet vinden in deze uitspraak en tekent hoger beroep aan. In eerste instantie vraagt zij het Hof om bij beslissing alvorens recht te doen, de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te schorsen.

Het Hof diende zich eerst en vooral uit te spreken over de schending van de rechten van de verdediging. Volgens Portima waren haar rechten geschonden door het feit dat het dossier niet correct samengesteld was. Portima was van oordeel dat zij hierdoor geen effectieve toegang had gekregen tot het volledige dossier. Op grond van volgende argumenten komt het Hof tot de conclusie dat er inderdaad sprake is van een schending:

"(...) Het staat prima facie vast dat er onzekerheid heerst over de precieze samenstelling van het dossier waarop

zowel de conclusies van het Korps van Verslaggevers als de bestreden beslissing van de voorzitter van de Raad steunen, bij ontstentenis van nummering van de bladzijden, van de aanduiding van totaal aantal bladzijden per stuk (al dan niet met bijlagen) en van aanduiding in de inventaris van de aard van een reeks stukken die daarin worden opgenomen onder de vage vermelding "bijlage".

Ten onrechte oordeelt de beroepen beslissing dat deze bezwaren niet relevant zijn omdat nummering en vermelding van het aantal bladzijden op zich nooit de zekerheid kan bieden dat het Korps van Verslaggevers voor het opstellen van zijn verslag geen andere stukken in aanmerking heeft genomen dan deze die zich in het door Portima geraadpleegde onderzoeksdossier bevinden, en concludeert op basis van deze overweging dat moet worden aangenomen dat het Korps zich correct van zijn ambtsplichten heeft gekweten.

De eisen van de rechtszekerheid vergen dat de ondernemingen die het voorwerp uitmaken van een onderzoek behoorlijk in kennis worden gesteld van de inhoud van het dossier waarop de mededingingsautoriteit haar optreden steunt, om gebeurlijk te kunnen aantonen dat rekening werd gehouden met belastende elementen die aan haar niet voorgelegd of dat geen rekening werd gehouden met onlastende elementen.

In onderhavig geval en gelet op het feit dat de beroepen beslissing zelf niet verwijst naar welbepaalde stavingstukken, doch eerder in algemene bewoordingen naar de informatie verzameld tijdens het onderzoek, kan het middel leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

(...) Het staat prima facie vast dat de wijze waarop de inventaris van de stukken is opgemaakt Portima niet in staat heeft gesteld na te gaan of, en in welk opzicht, de niet-overlegging van bepaalde stukken haar verdediging kon schaden."

Het Hof neemt ook een duidelijk standpunt in over de wijze waarop vertrouwelijke stukken behandeld moeten worden:

"Bij ontstentenis van voorafgaande beslissing over het vertrouwelijk karakter van de stukken die aan Portima niet zijn overgelegd staat het daarenboven niet vast of deze stukken uit het dossier werden verwijderd én of met deze stukken al dan niet rekening werd gehouden hetzij door het Korps van Verslaggevers ter ondersteuning van zijn conclusies, hetzij door de voorzitter van de Raad.

(...) De beroepen beslissing kan niet worden beaamd waar ze stelt dat de ontstentenis van beslissing betreffen-

de de vertrouwelijke behandeling van informatie dient gelijkgesteld te worden met een impliciete beslissing tot goedkeuring van het met reden omkleed voorstel dat het Korps van Verslaggevers maakt, voor elk document, in de inventaris van het onderzoeksdossier."

In zijn arrest spreekt het Hof zich ook uit over de actualiteitswaarde van de stavingstukken en de weerslag ervan op de beslissing van de Voorzitter:

"Tussen de data van het syntheseverslag (25 februari 2005), de in beraadstelling (28 juni 2005) en de datum van de bestreden beslissing (14 februari 2007) zijn vierentwintig, respectievelijk twintig maanden verlopen.

De stavingstukken overgemaakt door de klagers en de gegevens van het onderzoek dateren grotendeels van 2002, 2003 en 2004.

De klacht dateert van 3 september 2003 en betreft andere vermeende restrictieve mededingingspraktijken dan de praktijken die in de bestreden beslissing aan Portima worden verweten, zoals deze a contrario voortvloeien uit het dispositief van deze beslissing.

Aldus staat prima facie vast dat de beroepen beslissing tot het nemen van voorlopige maatregelen niet steunt op een analyse van de markt en van de gedragingen van Portima op het ogenblik waarop de dringende maatregelen werden bevolen.

De noodzaak tot het bevelen van dringende maatregelen in afwachting van een beslissing van de Raad over de gegrondheid van de klacht, kan dan nog bezwaarlijk worden aangenomen."