

Rechtspraak in kort bestek

Jurisprudence (extraits)

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>.

A. Gewone rechters – Juges ordinaires

Bewerkt en geannoteerd door Peter Wytinck & Herlinde Burez

Cour d'Appel de Bruxelles (22 juin 2009)

CYTEC Industrie BV / SNF SAS

Absence de contradiction dans le raisonnement du tribunal arbitral – Respect de l'objectif de l'article 81 du Traité CE

Un tribunal arbitral avait décidé la nullité *ab initio* d'un contrat de livraison d'AMD pour violation de l'article 81 du Traité CE, parce qu'il empêchait, de manière durable, la société SNF SAS (ci-après « SNF ») d'accéder au marché de production d'AMD. Les deux parties contractantes, SNF et la BV CYTEC (ci-après « CYTEC »), ayant su (ou, au moins, dû savoir) que le contrat était nul, le tribunal arbitral avait (conformément au droit français qui était d'application) déterminé que chacune des parties pouvait réclamer à l'autre la moitié de son dommage subi du fait de la nullité du contrat. Le tribunal arbitral estima par la suite que SNF n'établissait pas qu'elle aurait pu obtenir d'AMD à des conditions plus favorables que celles obtenues en vertu du contrat et n'accorda dès lors pas de dommages et intérêts à SNF. Le tribunal arbitral accorda pourtant des dommages et intérêts d'environ 10 million d'euros à CYTEC. D'une part, le tribunal estimait que le contrat de 1993 avait privé CYTEC de la chance d'exécuter le contrat conclu en 1991 (remplacé avant son terme par celui de 1993) qui prévoyait des prix plus élevés que ceux convenus dans le contrat de 1993 et ce jusqu'à son terme (le 30 juin 1995). D'autre part, le tribunal considérait (pour la période du 1^{er} juillet 1995 au 31 jan-

vier 2000) que même en l'absence du contrat de 1993, SNF aurait dû s'approvisionner en AMD auprès de CYTEC.

Contrairement au tribunal de première instance de Bruxelles, la Cour d'Appel de Bruxelles (ci-après « la Cour ») vient de confirmer la validité des sentences arbitrales. Elle est d'avis que le raisonnement du tribunal arbitral se « comporte de deux étapes distinctes qui ont chacune un objet différent » et qui ne se contredisent pas. Le tribunal arbitral pouvait selon la Cour légalement décider d'une part que le contrat était anticoncurrentiel dans la mesure où il empêchait SNF d'entrer pendant 8 ans sur le marché de production de l'AMD et d'autre part « sans contredire sa décision relative au caractère anticoncurrentiel du contrat de 1993, légalement décider que, même en l'absence de celui-ci, SNF aurait acquis de CYTEC les mêmes quantités d'AMD jusqu'en janvier 2000, dans la mesure en effet où ce n'est qu'à cette date que la production d'AMD de SNF est devenue opérationnelle et suffisante et que celle-ci a cessé de s'approvisionner en AMD auprès de CYTEC ».

La Cour confirme en outre que le tribunal arbitral a « parfaitement respecté le droit communautaire de la concurrence et spécialement l'objectif poursuivi par l'article 81 du Traité CE. Ceci explique la raison pour laquelle SNF n'a pas subi de dommage et ne s'est dès lors pas vue octroyer des dommages et intérêts, puisqu'elle a pu être dé-

liée du contrat de 1993 au moment où elle aurait pu commencer à souffrir des effets éventuellement anticoncurrentiels liés à sa durée. »

La Cour considère aussi - cette fois à l'instar du premier juge - que le tribunal arbitral pouvait légalement décider que CYTEC ne disposait pas d'une position dominante puisqu'elle ne pouvait pas se comporter de manière indépendante du principal opérateur sur le marché.

Commentaires

Le jugement réformé a été signalé dans la présente rubrique (*TBM-RCB* 2007/4, pp. 57-58) où l'on trouvera un exposé plus élaboré des faits et a également fait l'objet d'une annotation rédigée par 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 qu'une note de D. DE MEULEMEESTER et M. PIERS, « Merits revisited? Arbitral Award, Public Policy and Annulment, The Belgian Experience », *ASA Bulletin*, 2007/3, pp. 630-642.

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-RCB* 2007/2, pp. 11-33 (12-16).

Voorzitter Rechtbank van Koophandel te Brussel (zetelend zoals in kort geding) 29 april 2009

NV Standaard Boekhandel / NV AMP

Misbruik van machtspositie – Geen arbitraire prijsverhoging

NV AMP (hierna “AMP”) nam de logistieke organisatie op zich voor de ophaling en terugzending van persleveringen bij de verkooppunten van NV Standaard Boekhandel (hierna “Standaard”) conform kaderovereenkomsten van onbepaalde duur. De overeengekomen minimumvergoeding per verkooppunt werd door AMP eenzijdig verhoogd, verhoging waarmee Standaard zich niet akkoord verklaarde. Hierop beëindigde AMP de kaderovereenkomst door middel van het geven van de contractueel voorziene opzegtermijn. De voorzitter werd gevraagd voor recht te zeggen dat AMP misbruik had gemaakt van haar machtspositie en derhalve artikel 3 WBEM had geschonden door de eenzijdige onredelijke wijziging van de minimumprijs met 210%.

De voorzitter is van oordeel dat AMP *“op de relevante, geografische en huidige markt van logistieke organisatie van levering van persartikelen een machtspositie heeft”* aangezien niet blijkt dat *“de andere ondernemingen actief op de markt als volwaardige concurrenten een gelijkaardige service zouden kunnen bieden gezien de logistieke organisatie van verweerster”* en de eigen organisatie van de diensten door Standaard *“problematisch voorkomt”*.

Evenwel meent de voorzitter dat het misbruik niet bewezen is aangezien AMP ernstige bedrijfsverliezen aantoonde voor het verleden en potentiële toekomstige verliezen aannemelijk maakt die slechts zouden worden opgevangen door de litigieuze verhoging. De voorzitter besluit dat *“de verhoging niet als arbitrair voorkomt en eiseres ondanks de probleemstelling in november 2008 zich beperkt heeft tot het betwisten hiervan met eis tot behoud van de bestaande toestand.”*

Commentaar

Zowel op het vlak van de vaststelling van een machtspositie, als het beoordelen van het bestaan van een misbruik is het vonnis zeer summier. Zo verwijst het vonnis naar het niet arbitraire karakter van de prijsverhoging, maar bevat het bijvoorbeeld geen verwijzing naar de prijspolitiek die wordt gevoerd bij vergelijkbare klanten van de dominante leverancier.

Hof van Cassatie 15 mei 2009

Brouwerij Haacht/ Broes Maria

Artikel 81 EG – Verordening 2790/99 – de minimis – marktaandeeldrempel – soortgelijke overeenkomsten – artikel 81 lid 3 - bewijslast

Deze zaak betrof opnieuw een geval van (de wettigheid van) een brouwerijcontract met het mededingingsrecht. In het bestreden arrest had het hof van beroep geoordeeld dat er sprake was van een merkbare beperking van de mededinging op Europees niveau, op grond van de volgende overwegingen:

*“2. Marktaandeel en parallelle overeenkomsten
Voor de beoordeling van de al dan niet geldigheid van exclusieve drankafnameovereenkomsten moet het marktaandeel van de betrokken partijen, in casu van Brouwerij Haacht, bepaald worden rekening houdend met alle producten (nationale en internationale bieren, wijnen, waters en andere niet-alcoholische dranken), ten einde na te gaan of door de opgelegde exclusiviteit de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie ongunstig kan worden beïnvloed en de vrije concurrentie op merkbare wijze beperkt.*

In haar conclusie verwijst Brouwerij Haacht naar een door de Confederatie van Belgische Brouwers opgestelde vergelijking van productiecijfers in hectolitergraad waaruit blijkt dat zij vóór 1992 een marktaandeel had van 5,25 pct. van de nationale biermarkt, tussen 1992 en 1993 van 5,23 pct., tussen 1993 en 1994 van 5,23 pct., tussen 1994 en 1995 van 5,48 pct., tussen 1995 en 1996 van 5,49 pct. en tussen 1996 en 1997 van 5,34 pct. telkens enkel berekend op haar eigen productie, die 3.000.000 hl overtrof. Bovendien legt Brouwerij Haacht de exclusieve afname op van tal van andere nationale en internationale bieren en andere dranken. Daarvan wordt enkel voor Palm reeds een marktaandeel op productiebasis opgegeven van 5,78 pct. in 1992 en 1993.

Uit een document opgesteld door de Europese Commissie op 29 september 2000 blijkt dat in de sector horeca en pils horeca het marktaandeel van de Brouwerij Haacht schommelt tussen 5 pct. en 8 pct. en dit voor de jaren 1992 tot en met 1998 andermaal enkel berekend op haar eigen productie.

Bovendien staat vast dat de Brouwerij Haacht met talrijke andere horecazaken soortgelijke parallelle exclusieve drankafnameovereenkomsten heeft afgesloten. Het gezamenlijk effect daarvan op de handel tussen de lidstaten en de mededinging moet dan ook in overweging worden genomen, zoals reeds beslist werd door het Europese Hof van Justitie in Brasserie de Haacht, zaak 23/67, arrest

van 12 december 1967, Jurispr. 1967, blz. 512; Bilger, zaak 43/69, arrest van 18 maart 1970, Jurispr. 1970, blz. 127 en Delimitis t. Henninger Bräu, zaak C-89/234, arrest van 28 februari 1991, Jurispr. 1991, blz. 935.

Rekening houdend met al deze gegevens mag derhalve worden aangenomen dat het marktaandeel van de Brouwerij Haacht in 1992 nagenoeg 10 pct. Bedroeg.

Het hof van beroep komt derhalve tot de vaststelling dat de eerste rechter ten onrechte heeft beslist dat “voornamelijk gelet op het gering marktaandeel van Brouwerij Haacht en ondanks een relatief hoog bindingspercentage, de marktbescherming door de betrokken overeenkomsten te klein is opdat er sprake zou zijn van een merkbare mededingingsbeperking op Europees niveau” en dat bijgevolg “de tussen partijen afgesloten drankafnameovereenkomsten niet dienen getoetst te worden aan de Verordening nr. 1984/83 van de Europese Commissie”.

Tegen deze beslissing werd door brouwerij Haacht een cassatievoorziening ingesteld. De grieven en de verwerping zijn als volgt:

Grievens

Eerste onderdeel

Schending van artikel 149 van de Grondwet.

1. Het hof van beroep stelt vast dat de overeenkomsten tussen de eiseres en de verweerster economisch en juridisch één geheel vormen en beoordeelt vervolgens het marktaandeel van de eiseres, “ten einde na te gaan of door de opgelegde exclusiviteit de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie ongunstig kan worden beïnvloed en de vrije concurrentie op merkbare wijze beperkt”.

Het hof vermeldt de productiecijfers in hectoliter van de Confederatie van Belgische Brouwers die de eiseres zelf meedeelde en voegt daaraan toe dat de eiseres de exclusieve afname van tal van andere nationale en internationale bieren en dranken oplegt.

Vervolgens verwijst het arrest naar een document opgesteld door de Europese Commissie op 29 september 2000 waaruit volgens het hof blijkt dat voor de jaren 1992 t.e.m. 1998 het marktaandeel van de eiseres in de sectoren horeca en pils horeca schommelt tussen 5 en 8.

Volgens het hof (van beroep) staat het ook vast dat de eiseres met talrijke andere horecazaken soortgelijke parallelle exclusieve afnameovereenkomsten heeft gesloten, zodat het gezamenlijk effect daarvan op de mededinging eveneens in overweging moet worden genomen:

Op basis van deze gegevens neemt het hof (van beroep) dan aan dat het marktaandeel van eiseres in 1992 nagenoeg 10 pct. bedroeg.

2. De eiseres beriep zich voor het hof van beroep op de bekendmaking 2001/C 368/07 van de Commissie inzake de overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap ('De minimis-bekendmaking').

De eiseres gaf in haar conclusie aan dat zij de verlaagde drempel van 5 pct. in artikel 8 van de "de minimis-bekendmaking" op zichzelf van toepassing achtte maar dat zij anderzijds artikel 9 van diezelfde bekendmaking kon inroepen.

Dit laatste artikel bepaalt dat volgens de Commissie een overeenkomst de mededinging niet beperkt indien de drempel van 5 pct. gedurende twee achtereenvolgende kalenderjaren met niet meer dan twee procentpunten overschreden wordt.

Volgens de eiseres overschreed haar marktaandeel niet met meer dan twee procentpunt de drempel van 5 pct. Gedurende twee achtereenvolgende kalenderjaren en kon zij dus genieten van de "de minimis-bekendmaking" van de Commissie.

3. Het hof van beroep stelt onder verwijzing naar een document opgesteld door de Europese Commissie op 29 september 2000 vast dat voor de jaren 1992 t.e.m. 1998 het marktaandeel van de eiseres in de sectoren horeca en pils horeca schommelt tussen 5 en 8 pct. en neemt aan dat het marktaandeel van Brouwerij Haacht in 1992 nagenoeg 10 pct. bedroeg.

Het hof van beroep antwoordt echter niet op het verweer van de eiseres dat zij het voordeel van artikel 9 van de "de minimis-bekendmaking" van de Commissie kon inroepen, dat inhield dat een overeenkomst de mededinging niet beperkt indien de drempel van 5 pct. Gedurende twee achtereenvolgende kalenderjaren met niet meer dan twee procentpunten overschreden wordt.

In zoverre het arrest aldus het marktaandeel van de eiseres vaststelt en de invloed daarvan op de mededinging beoordeelt zonder te antwoorden op het verweer van de eiseres afgeleid uit de "de minimis-bekendmaking", is het niet regelmatig gemotiveerd en schendt het artikel 149 van de Grondwet.

Tweede onderdeel

Schending van artikel 149 van de Grondwet

4. Voor de beslissing dat het marktaandeel van de eiseres in 1992 nagenoeg 10 pct. bedroeg, verwijst het hof van beroep ook naar "de soortelijke parallelle exclusieve afnameovereenkomsten die de eiseres met talrijke andere horecazaken heeft gesloten".

Volgens het hof van beroep moet het gezamenlijk effect daarvan op de mededinging eveneens in overweging worden genomen.

Het hof van beroep laat evenwel in het ongewisse waaruit wordt afgeleid dat de eiseres met talrijke andere horecazaken soortgelijke parallelle exclusieve afnameovereenkomsten zou hebben gesloten.

De overweging dat de eiseres "met talrijke andere horecazaken soortgelijke parallelle exclusieve afnameovereenkomsten" zou hebben gesloten is dermate vaag en algemeen dat ze het Hof niet toelaat enige wettigheidscontrole uit te oefenen.

In zoverre het arrest voor de beslissing dat het marktaandeel van de eiseres in 1992 nagenoeg 10 pct. bedroeg verwijst naar de soortgelijke parallelle exclusieve afnameovereenkomsten die de eiseres met talrijke andere horecazaken zou hebben gesloten, is het derhalve evenmin regelmatig gemotiveerd en schendt het artikel 149 van de Grondwet.

Tweede middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 81, in het bijzonder lid 3, van het Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap, goedgekeurd bij de wet van 2 december 1957, gewijzigd bij Verdrag van 7 februari 1992, goedgekeurd bij de wet van 26 november 1992, bekrachtigd bij Verdrag van 2 oktober 1997, goedgekeurd bij de wet van 10 augustus 1998, verder 'EG-Verdrag' genoemd;
- artikel 5 van de Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. 1999 L 336/21, hierna de 'Groepsvrijstellingsverordening' genoemd.

Aangevochten beslissingen

Het hof van beroep onderzoekt of de overeenkomsten die de eiseres met de verweerster sloot en die volgens het arrest een merkbare invloed hebben op de mededinging, onder één van de groepsvrijstellingen vallen.

Het hof van beroep neemt met de eiseres aan dat in voorliggend geval de Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen geldt.

Het hof beoordeelt de overeenkomsten tussen de eiseres en de verweerster in het licht van deze groepsvrijstellingsverordening en stelt vast dat de bedongen exclusieve drankafnameplicht met een looptijd van 10 jaar onder ar-

tikel 5 van de Verordening valt. Het beoordeelt de toepassing van deze bepaling als volgt:

“Op deze termijn van 5 jaar is een uitzondering voorzien. Deze termijn geldt niet indien de contractgoederen of –diensten door de afnemer worden verkocht in de gebouwen en op de terreinen die eigendom zijn van de leverancier of door hem worden gehuurd van een derde, niet met de afnemer verbonden partij. In dit geval mag de duurtijd van het niet-concurrentiebeding de periode gedurende dewelke de afnemer de gebouwen en terreinen in gebruik heeft, evenaren.

De Brouwerij Haacht legt niet het bewijs voor dat de herberg in kwestie haar eigendom is of door haar wordt gehuurd van een derde niet met de afnemer verbonden partij zodat in casu de termijn van 5 jaar zijn volle rechtskracht blijft behouden.

Reeds hoger werd uiteengezet dat de overeenkomsten als één geheel dienen aangezien te worden en zodoende een looptijd hebben van 10 jaar, wat strijdig is met voornoemd artikel 5.

Wanneer echter een overeenkomst een clause bevat in strijd met artikel 5 van de Verordening dient, ingevolge de scheidbaarheidsregel vervat in dit artikel, enkel deze clause nietig te worden verklaard en blijft de rest van de overeenkomst genieten van de groepsvrijstelling. Hierin verschilt artikel 5 van artikel 4 van diezelfde Verordening waarin tevens uitsluitingsgronden zijn opgenomen, de zogenaamde ‘hardcore’ restricties, waarvan het bestaan de rechtsgeldigheid van de hele overeenkomst aantasten.

De aangegane overeenkomsten zijn derhalve enkel nietig in zoverre hierin voorzien is dat de exclusieve afnameverplichtingen meer dan 5 jaar gelden”.

Grievens

Schending van artikel 81, in het bijzonder lid 3, van het EG-Verdrag en van artikel 5 van de Groepsvrijstellingsverordening.

1. Het eerste lid van artikel 5 van de Groepsvrijstellingsverordening bepaalt dat “de in artikel 2 voorziene vrijstelling niet van toepassing is op elk van de volgende in verticale overeenkomsten vervatte verplichtingen: a) elk direct of indirect niet-concurrentiebeding, wanneer ht van onbepaalde duur is of de duur ervan vijf jaar overschrijdt; (...)”.

2. Het hof van beroep stel tin voorliggend geval vast dat de bedongen exclusieve afnameplicht met een looptijd van 10 jaar onverenigbaar is met artikel 5 van de groepsvrijstellingsverordening en leidt daaruit het volgende af:

“Wanneer echter een overeenkomst een clause bevat in strijd met artikel 5 van de Verordeing dient, ingevolge de scheidbaarheidsregel vervat in dit artikel, enkel deze clause nietig te worden verklaard en blijft de rest van de overeenkomst genieten van de groepsvrijstelling. Hierin verschilt artikel 5 van artikel 5 van diezelfde Verordening waarin tevens uitsluitingsgronden zijn opgenomen, de zo-

genaamde ‘hardcore’ restricties, waarvan het bestaan de rechtsgeldigheid van de hele overeenkomst aantasten. De aangegane overeenkomsten zijn derhalve nietig in zoverre hierin voorzien is dat de exclusieve afnameverplichtingen meer dan 5 jaar gelden”.

Verderop in het arrest, bij de beoordeling van de schade-eis van Brouwerij Haacht, overweegt het hof van beroep nogmaals dat “in 1998 de brouwerij immers niet van een groepsvrijstelling (genoot) daar op dat ogenblik de Verordening 1984/83 nog van toepassing was. Vanaf 1 juni 2000 genoot zij wel van een dergelijke groepsvrijstelling gele top het van kracht worden van de Verordening (EG), nr. 2790/99 die echter niet-concurrentiebedingen van meer dan 5 jaar, behoudens een uitzondering die in casu niet geldt, als nietig beschouwt”.

3. In haar conclusie voor het hof van beroep, voerde de eiseres aan dat de vaststelling dat een niet-concurrentiebeding niet voldoet aan de voorwaarden uiteengezet in artikel 5 van de Groepsvrijstellingsverordening enkel tot gevolg had dat de vrijstelling er niet op van toepassing is.

Uit de onverenigbaarheid van een contractclause met de voorwaarden uiteengezet in de Verordening volgt niet als dusdanig dat deze clause nietig is.

Indien de rechter vaststelt dat de toepassingsvoorwaarden voor de groepsvrijstelling niet voldaan zijn, moet hij integendeel overeenkomstig artikel 81, lid 3, van het EG-verdrag nagaan of de contractclause bijdraagt tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen (a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn en (b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Pas als de contractsclause met artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag onverenigbaar is en dus geen individuele vrijstelling kan genieten, zal zij van rechtswege niet geldig zijn.

De beslissing dat de contractsclause niet onder artikel 5 van de groepsvrijstellingsverordening valt en op die enkele grondslag tot de nietigheid ervan besluit, is dan ook in strijd met artikel 81, in het bijzonder lid 3 van het EG-verdrag en met artikel 5 van de Groepsvrijstellingsverordening.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Eerste onderdeel

1. De appelrechters oordelen op grond van de door hen vastgestelde gegevens dat het marktaandeel van de eiseres in 1992 nagenoeg 10 pct. bedroeg.

2. Zij verwerpen en beantwoorden zodoende het verweer van de eiseres afgeleid uit de “de minimalisatiebepaling” dat een overeenkomst de mededinging niet beperkt indien de drempel van 5 pct. gedurende twee achtereenvolgende kalenderjaren met niet meer dan twee procentpunten overschreden wordt.

Het onderdeel mist feitelijke grondslag.

Tweede onderdeel

3. De verwijzing naar het feit dat de eiseres soortgelijke overeenkomsten heeft gesloten met andere horeca-zaken, is niet vaag maar is een duidelijke feitelijke vaststelling die het hof van beroep niet nader hoefde toe te lichten.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede middel

4. Artikel 81, lid 1, EG-Verdrag bepaalt dat onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
- het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
- het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
- het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Artikel 81, lid 2, EG-Verdrag bepaalt dat de krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten van rechtswege nietig zijn.

Krachtens artikel 81, lid 3, EG-Verdrag kunnen de bepalingen van artikel 81, lid 1, buiten toepassing worden verklaard:

- voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen;
- voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemingsverenigingen;
- voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen; die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:
 - a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
 - b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

5. Op basis van de Verordening (EG) nr. 2790/99 van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, vallen deze overeenkomsten en gedragingen die aan bepaalde criteria beantwoorden, buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, EG-Verdrag.

Uit de richtsnoeren inzake verticale beperkingen, gepubliceerd in het Publicatieblad van de EG van 13 oktober 2000 en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG, met name het arrest van 30 april 1998, *Cabour SA*, C-230/96, en van 13 juli 2006, *Manfredi*, gevoegde zaken C-295/04 – C-298/04, volgt dat het gedeelte van de verticale overeenkomst dat buiten het toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening valt, niet a priori als onwettig wordt beschouwd, maar afzonderlijk moet worden onderzocht aan de hand van alle ter beschikking staande gegevens en rekening houdend met de economische en juridische context van de overeenkomst. In een dergelijk geval is de betrokken voorwaarde slechts nietig voor zover ze tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar wordt beperkt, de handel tussen lidstaten in merkbare mate ongunstig kan beïnvloeden en een vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG-Verdrag niet kan rechtvaardigen.

6. Zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, oordelen de appelrechters dat de exclusieve afnameverplichtingen in de betrokken overeenkomsten onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG-Verdrag vallen, maar kunnen genieten van de groepsvrijstelling van Verordening (EG), nr. 2790/99.

Zij oordelen verder dat de overeenkomsten terzake, die als een geheel dienen te worden beschouwd, echter een niet-concurrentiebeding bevatten in strijd met artikel 5 van Verordening (EG), nr. 2790/99.

7. Artikel 2 van Verordening (EG), nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, bepaalt dat de onderneming die zich op artikel 81, lid 3, van het Verdrag beroept, de bewijslast dient te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.

8. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat de eiseres voor het hof van beroep de bescherming heeft ingeroepen van artikel 81, lid 3, EG-Verdrag en heeft gepoogd aan te tonen dat terzake aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.

9. De rechter mag, krachtens het beschikkingsbeginsel, het voorwerp van de vordering niet ambtshalve wijzigen, hetzij, door ze uit te breiden, hetzij, door ze door een andere te vervangen. De rechter vermag weliswaar de door de partijen tot staving van hun vordering voorgedragen redenen ambtshalve aan te vullen, op voorwaarde echter dat hij geen geschil opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij zich enkel baseert op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd en dat hij noch het voorwerp, noch de oorzaak van de vordering wijzigt.

Bij arrest van 10 december 1995, van Schijndel, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, wijst het Hof van Justitie van de EG erop dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter er niet toe verplicht ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel aan de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.

10. De appelrechters vermochten derhalve naar recht te oordelen dat de aangegane overeenkomsten (op grond van artikel 81, lid 2, EG-Verdrag) nietig zijn in zoverre hierin bepaald is dat de exclusieve afnameverplichtingen meer dan 5 jaar gelden.

11. Het middel kan niet worden aangenomen.

Commentaar

Voor andere beslissingen mbt de brouwerijcontracten van Brouwerij Haacht en de vaststelling van marktaandelen zie o.m. Brussel, 23 juni 2005, *T.B.M.-R.C.B.* 2006/2, p. 107 met noot H. Viaene, “De prejudiciële vraag of hoe een vlag niet altijd de lading dekt”; Antwerpen, 14 maart 2006, *T.B.M.-R.C.B.* 2006/4, 349; Antwerpen, 7 november 2006, *T.B.M.-R.C.B.* . 2007/1, p. 90; Antwerpen, 5 maart 2007, *Jaarboek handelspraktijken 2007*, 880

Hof van Cassatie 12 juni 2009

Belgische Staat/Federatie van Cinema's van België, e.a.

Beroep tegen beslissingen van de Raad – veroordeling in de kosten – Artikel 76, § 2

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 18 maart 2008 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, dat uitspraak doet in hoger beroep tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging. Het beroep was ingesteld door UGC tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging. Het Hof van beroep kende het beroep van UGC toe en veroordeelde de Belgische Staat tot de proceskosten in hoofde van UGC. De Belgische Staat ging hiertegen in cassatieberoep.

II. Cassatiemiddel

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- het algemeen rechtsbeginsel houdende de rechten van verdediging;
- de artikelen 1017, 1018, 1021 en 1022, in de versie ervan zoals gewijzigd door de wet van 21 april 2007, van het Gerechtelijk Wetboek;
- de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 57, 58, 59, 60, 61, 75 en 76 van de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging.

Aangevochten beslissing

Het bestreden arrest: "Verklaart de beroepen gegrond, vernietigt de beroepen beslissing van 16 april 2007 van de Raad voor de mededinging. Zegt dat de verdere afhandeling van het verzoek van (de vierde verweerster, minstens in bindend- en gemeenverklaring opgeroepen partij) staat aan de Raad voor de mededinging door een anders samengestelde kamer. Veroordeelt (de eiser) tot betaling van de gedingkosten voor het (hof van beroep) rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, en begroot deze in hoofde van ieder van de (eerste drie verweersters) op 6.786,00 euro.

Op grond van de motieven:

"49. Het middel inzake de schending van artikel 19 van de WBEM houdt in dat de kamer van de Raad die de bestreden beslissing heeft genomen, niet was samengesteld zoals bepaald door de wet.

Artikel 19 WBEM bepaalt: 'De Raad wordt ingedeeld in kamers, elk bestaande uit drie raadsleden. De Algemene vergadering van de Raad legt jaarlijks de samenstelling van de kamers vast en kiest daaruit de voorzitters'.

(De eerste verweerster) heeft bij monde van haar advocaat op 30 maart 2007, 3 mei en 19 september 2007 aan de voorzitter van de Raad gevraagd om mededeling van de beslissing van de Algemene Vergadering inzake de samenstelling van de kamers zoals bedoeld in artikel 19 WBEM, maar geen beslissing in die zin vernomen of bekomen.

Zij leidt er uit af dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat zulke beslissing niet werd genomen.

52. In het arrest van 23 augustus 2007 heeft het hof overwogen, op basis van de duidelijke tekst van de wet en de parlementaire commentaar hierbij (Parl. Doc. 51 2180/001, p. 48, Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 2005/2006) dat, anders dan onder de vroegere regelgeving gold, de samenstelling van de kamers van de Raad niet meer toekomt aan zijn Voorzitter, maar aan de Algemene Vergadering (zie ook F. Wijckmans, De nieuwe Belgische mededingingswet, R.W. 2006-07, 632, nr. 42).

Geen enkele wettelijke bepaling voorziet in de mogelijkheid dat de Algemene Vergadering die bevoegdheid zou kunnen delegeren aan de Voorzitter. Ook van een initiatiefrecht van de Voorzitter inzake die samenstelling en de aanwijzing van de voorzitters van de kamers maakt artikel 19 WBEM overigens geen gewag.

Aangezien de Raad zijn bevoegdheden uitoefent bij kamers die bestaan uit drie raadsleden, behoudens uitzondering in de wet bepaald, kan de Raad zijn bevoegdheden niet uitoefenen zonder dat de in artikel 19 bedoelde beslissing is genomen door de Algemene Vergadering.

De bedoelde bepaling is dus essentieel voor de werking van de Raad.

53. Zoals alle overige bepalingen van de WBEM, behoort ook artikel 19 ervan tot de openbare orde.

Het strekt overigens tot waarborg zowel van de ondernemingen die verschijnen voor de Raad als van de leden van de Raad zelf die bij toepassing van artikel 19 boven elke verdenking van zaaksgerichte affectatie blijven.

54. De naleving van artikel 19 WBEM staat overigens niet aan een soepele werking van de Raad in de weg.

De minister merkt op dat wegens de mogelijke toepassing van artikel 44, §8, WBEM – bij beroep tegen een beslissing van een auditeur – minstens vier leden van de Raad beschikbaar dienen te blijven voor een bepaalde zaak.

De Raad telt evenwel twaalf leden, die allen zitting kunnen houden in alle zaken, die allen, zowel de zes voltijdse als de zes deeltijdse leden, en alleen en collegiaal kunnen zitting houden en die allen in aanmerking komen voor een aanwijzing door de Algemene Vergadering om de werkzaamheden van een kamer voor te zitten.

Er kan dus geen organisatorisch probleem rijzen.

55. *Aangezien de beslissingen bedoeld in artikel 19 ook tot waarborg strekken van de rechten van de ondernemingen voor de Raad, behoort hun inhoud publiek toegankelijk te zijn.*

Artikel 68, § 2, WBEM schrijft die publicatie in het Belgisch Staatsblad en op de website van de Raad voor de mededinging trouwens voor.

Er kon dus geen enkele reden bestaan om op het verzoek van (de eerste verweerster) niet in te gaan en die beslissingen niet mee te delen.

56. *Bij ontstentenis van publicatie van de beslissingen inzake de samenstelling van de kamers van de Raad zoals bepaald in artikel 68, §2, WBEM, kan de naleving van artikel 19 door het (hof van beroep) enkel worden getoetst indien de beslissing of minstens het administratief dossier waarin ze thuis hoort, doet blijken dat de kamer die over de zaak heeft beslist regelmatig is samengesteld (vgl. Cass. 15 februari 2007, www.juridat.be).*

Noch de bestreden beslissing, noch het administratief dossier doet evenwel blijken dat de kamer werd samengesteld zoals bepaald in artikel 19 WBEM.

Het middel betreffende de schending van artikel 19 WBEM moet dan ook worden aangenomen. Het verantwoordt de vernietiging van de bestreden beslissing.

(...)

105. *Wegens de vernietiging van de bestreden beslissing dient de Raad het verzoek van (de vierde verweerster, minstens in bindend- en gemeenverklaring opgeroepen partij) opnieuw te behandelen.*

Aangezien de Raad een administratief rechtscollege is, dient het anders te zijn samengesteld bij het hernemen van de behandeling van het verzoek.

106. *De drie (eerste verweersters) vragen ieder om dek Osten van de rechtspleging voor het (hof van beroep) ten laste te leggen van (de vierde verweerster, minstens in bindend- en gemeenverklaring opgeroepen partij) en (de eiser) in solidum.*

Als onderdeel van die kosten vorderen ze eveneens een vergoeding voor de honoraria en kosten die ze tot dusver hebben moeten dragen wegens de bijstand van een advocaat.

(De eerste en de tweede verweersters) vragen daarenboven een vergoeding voor die bijstand tijdens de procedure voor de Raad voor de mededinging.

(De vierde verweerster, minstens in bindend- en gemeenverklaring opgeroepen partij) vraagt geen rechtsplegingsvergoeding en meent overigens niet te kunnen worden veroordeeld tot de door (de eerste drie verweersters) gevorderde bedragen.

107. *Betreffende de begroting van de rechtsplegingsvergoeding overweegt het (hof van beroep) dat de (eerste drie verweersters) een beroep hebben moeten doen op hooggespecialiseerde raadslieden die zeer uitgebreide*

beschouwingen hebben moeten ontwikkelen in bepaald complexe materie.

Ze hebben voor het hof ook een procedure in verschillende stadia, ieder met zijn specificiteit, moeten voeren.

De vorderingen van (de eerste drie verweersters), die strekken tot vernietiging van een beslissing zijn niet in geld waardeerbaar.

Rekening houdend met het geheel van de voormelde bijzonderheden die eigen zijn aan de voorliggende zaak en met de reglementair bepaalde maxima en minima wordt het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding wegens de rechtspleging voor het hof voor ieder van de (eerste drie verweersters) bepaald op 6.600,00 euro”.

Grievens

Eerste onderdeel

De procedure van toezicht op de concentraties, zoals geregeld door de artikelen 57 en volgende van de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging is een procedure van administratieve machtiging, die verschilt van de procedures die betrekking hebben op beperkende feitelijke gedragingen of op alle zaken tussen partijen die beweren houder te zijn van een subjectief recht.

Het gevolg van deze karakteristiek bestaat erin dat de procedure van hoger beroep, zoals geregeld door de artikelen 75 en 76 van voormelde wet, bij het Hof van Beroep te Brussel geen geding, noch geschil aanhangig maakt, respectievelijk, in de zin van de aangehaalde artikelen 1017 en 1022 van het Gerechtelijk Wetboek.

De uitgaven en kosten van deze procedure in hoger beroep worden dan ook niet geregeld door de desbetreffende bepalingen van titel IV van boek II, vierde deel, van het Gerechtelijk Wetboek.

Hieruit volgt dat het bestreden arrest de eiser onwettig veroordeelt tot de gedingkosten ten belope van 6.786,00 euro te voordele van elk van de eerste drie verweersters, zoals voorzien in titel IV van boek II, vierde deel van het Gerechtelijk Wetboek, omdat deze bepalingen niet toepasselijk zijn (schending van de aangehaalde artikelen 1017, eerste lid, 1018, 1021 en 1022 van het Gerechtelijk Wetboek) op een procedure inzake administratieve machtiging (schending van de artikelen 57, 58, 59, 60, 61, 75 en 76 van de aangehaalde wet van 15 september 2006).

Tweede onderdeel

1. Krachtens het aangehaald artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, verwijst ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, tenzij bijzondere wetten anders bepalen.

Aldus kan enkel iemand die partij was in het geding tot die kosten worden veroordeeld.

Men is slechts partij als men met een persoonlijk belang betrokken is in een rechtsgeding, waarbij men tegen de andere partij(en) conclusie heeft genomen.

Een derde, die geen partij was, kan dan ook niet op die grondslag veroordeeld worden.

Hieruit volgt dat de eiser niet wettig op grond van voormeld artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek is veroordeeld tot de gedingkosten ten belope van 6.786,00 euro ten voordele van elk van de eerste drie verweersters (Schending van het aangehaald artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

2. Ook al zijn de artikelen 1382 en volgende inzake de quasi-delictuele aansprakelijkheid te aanzien als een bijzondere wet die anders bepaalt, dan nog kan het eindvonnis de gedingkosten slechts ten laste leggen van een partij in het geding.

De regel is immers dat, hoewel een partij in beginsel alleen in de kosten kan worden veroordeeld als zij in het ongelijk wordt gesteld, de kosten, ondanks haar gelijk, haar toch ten laste kunnen worden gelegd als ze door haar schuld zijn veroorzaakt.

Men is slechts partij als men met een persoonlijk belang betrokken is in een rechtsgeding, waarbij men tegen de andere partij(en) conclusie heeft genomen.

Een derde, die geen partij was, kan dan ook niet op die grondslag veroordeeld worden.

Hieruit volgt dat de eiser, die geen partij was (schending van het aangehaald artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek), niet wettig op grond van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek inzake de quasi-delictuele aansprakelijkheid is veroordeeld tot de gedingkosten ten belope van 6.786,00 euro ten voordele van elk van de eerste drie verweersters (schending van de artikelen 1382 tot en met 1384 van het Burgerlijk Wetboek).

3. Er bestaat geen regel, noch bijzondere bepaling krachtens dewelke de gedingkosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste dienen te worden gelegd van de eiser, wanneer een hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de mededinging in concentratiezaken wordt ingewilligd en de bestreden beslissing wordt vernietigd.

Hieruit volgt dat het bestreden arrest de eiser, die geen partij was in het geding en bij ontbreken van een bijzondere wet die anders bepaalt (Schending van het aangehaald artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek), onwettig veroordeeld tot de gedingkosten ten belope van 6.786,00 euro ten voordele van elk van de eerste drie verweersters, terwijl die kosten enkel ten laste kunnen worden gelegd van de in het ongelijk gestelde partij (schending van het aangehaald artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek).

Derde onderdeel

Op straffe van schending van zijn recht van verdediging, kan niemand veroordeeld worden dan na de mogelijkheid te hebben gekregen zijn verweer te voeren.

In casu wordt de eiser door het bestreden arrest veroordeeld tot betaling van de gedingkosten van de procedure

voor het hof van beroep, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen en begroot in hoofde van ieder van de drie eerste verweersters op 6.786,00 euro.

De eiser was nochtans geen partij, noch aanwezig in de procedure beslecht door voormeld arrest.

Hieruit volgt dat het bestreden arrest dat de eiser veroordeelt tot gedingkosten van de eerste drie verweersters ten bedrage van 6.786,00 euro, zonder dat de eiser de mogelijkheid had voorafgaandelijk hieromtrent zijn verweer te voeren, eisers recht van verdediging schendt (schending van het algemeen rechtsbeginsel houdende het recht van verdediging).

III. Beslissing van het hof

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

1. De verweersters werpen op dat het cassatieberoep, in de hypothese dat de eiser geen partij was in de procedure voor het hof van beroep, voorbarig is aangezien tegen de beslissing nog verzet kan worden gedaan.

2. Krachtens artikel 1076 van het Gerechtelijk Wetboek loopt de termijn om cassatieberoep in te stellen, ten aanzien van de niet-verschenen partij eerst vanaf de dag waarop verzet tegen de bij verstek gewezen beslissing niet meer toelaatbaar is. Uit die bepaling volgt dat het cassatieberoep van een niet-verschenen partij tegen de verstekbeslissing niet ontvankelijk is, wanneer tegen de beslissing nog verzet kan worden aangetekend.

3. De eiser die door het bestreden arrest in de kosten is veroordeeld, is geen niet-verschenen partij in de zin van vermeld artikel 1076 die nog verzet zou kunnen aantekenen, maar is door die veroordeling partij in de bestreden beslissing geworden.

4. Geen enkele bepaling belet dat een cassatieberoep zou worden ingesteld door een partij die nog over het buitengewoon rechtsmiddel van het derden verzet beschikt.

5. De eiser kan terzake aldus geldig een cassatieberoep instellen.

Het middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep kan niet worden aangenomen.

Middel

Eerste onderdeel

6. Artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat in dit wetboek gestelde regels van toepassing zijn op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek.

Voornoemd artikel betekent dat een in het Gerechtelijk wetboek gestelde regel op een bepaalde rechtspleging niet van toepassing is, wanneer die regel wordt tegengesproken of wanneer de rechtspleging anders geregeld wordt

ofwel door een vroegere, niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepaling, ofwel door een latere wetsbepaling.

7. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat artikel 2 van het *Gerechtelijk Wetboek in de regel van toepassing is op de rechtspleging voor het Hof van Beroep te Brussel met toepassing van artikel 75 van de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging* (hierna: *wet economische mededinging*).

8. *Het onderdeel dat ervan uitgaat dat deze procedure geen geding of geschil is in de zin van het Gerechtelijk Wetboek, faalt naar recht.*

Tweede onderdeel

9. *Wanneer het Hof van Beroep te Brussel, het hoger beroep ingesteld door een economische entiteit tegen de beslissing van de Raad voor de Mededinging of diens voorzitter, gegrond verklaart, kan de Belgische Staat in de regel worden veroordeeld in de kosten. Geen andere partij kan voor deze kosten aansprakelijk worden gesteld.*

Het onderdeel dat uitgaat van het tegendeel, faalt naar recht.

Derde onderdeel

10. *Artikel 76, §2, van de wet economische mededinging bepaalt dat de minister het dossier ter plaatse op de griffie van het Hof van beroep te Brussel kan raadplegen en schriftelijke opmerkingen kan indienen.*

11. *De minister kon terzake derhalve kennis nemen van het verzoek om hem in de kosten te veroordelen en desbetreffend een standpunt innemen.*

12. *Het onderdeel dat ervan uitgaat dat de eiser betreffende de veroordeling in de gedingkosten geen verweer heeft kunnen voeren, mist feitelijke grondslag.*

Commentaar

De beslissing van het Hof van beroep in het bestreden arrest ivm de kosten is vaste rechtspraak van het Hof. Zie o.m. ook het hierna gepubliceerde arrest van het hof van 22 juni 2009, Belgacom/Telenet/ VZW Liga beroepsvoetbal; Zie verder o.m. ook Brussel, 18 november 2008, Portima/CRM, zaak 2007/MR/1; Brussel, 22 oktober 2008, UGC/Kinopolis, A.R. 2008/MR/5

Zie over de problematiek ook Viaene, H., “De opschortingsverplichting verduidelijkt – Wie moet de gerechtskosten in mededingingsprocedures voor het hof van beroep betalen?” *R.A.B.G.* 2004/11, 654-657.

Hof van beroep te Brussel 22 juni 2009

Belgacom/Telenet/Liga Beroepsvoetbal

Opheffing voorwaarden concentratie – rechten van verdediging – toegang tot het dossier – bewijslast

Bij beslissing van 12 november 2003 had de Raad voor de Mededinging de overname van Canal+ door Telenet goedgekeurd mits naleving van de in de beslissing opgenomen voorwaarden. Telenet heeft op 7 november 2007 bij de Raad een verzoek ingediend om een deel van deze voorwaarden te horen opheffen. Meer bepaald strekt het verzoek bij de Raad in essentie tot aanpassing van voorwaarde 2.a van de Canal+ beschikking “voor zover zij betrekking heeft op de uitzendrechten van de voetbalwedstrijden van de eerste afdeling van de Belgische competitie”. Het Hof van beroep stelt vast dat met die aanpassing, Telenet beoogde dat, indien zij de uitzendrechten van de Belgische competitie zou bekomen, zij niet langer verplicht zou zijn deze, via haar betaalzender waarin deze rechten worden ondergebracht, ter beschikking te stellen van andere concurrerende distributieplatforms. De Raad voor de Mededinging heeft bij beslissing van 25 maart 2008 het verzoek van Telenet gegrond verklaard. Tegen deze beslissing heeft Belgacom beroep ingesteld. Het Hof van beroep vernietigt de beslissing van de Raad, en stuurt het dossier terug naar de Raad, om grond van volgende overwegingen:

V. Beoordeling

Eerste en tweede middel: schending van het recht om gehoord te worden, van het recht op verdediging en van de motiveringsplicht

Betreffende de toegang tot het dossier

50. Het hof verwijst naar de toepasselijke beginselen in verband met de toegang van een derde belanghebbende tot het onderzoeksdossier en het gemotiveerd verslag van de auditeur in het kader van de toepassing van artikelen 57 §2 en 58 §2, eerste lid, 3° WBEM zoals uiteengezet in eerdere beslissingen (zie o.a. arrest van 22 oktober 2008 in de zaak 2008/MR/5, randnr. 39).

51. Er is geen wettelijk geregelde toegang tot concentratiedossiers voor derde belanghebbenden.

In overeenstemming met het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2008 in de zaak TECTEO (AR H.07.001.F)¹ hebben belanghebbende derden geen algemeen recht van toegang tot concentratiedossiers. Toegang kan enkel verleend worden tot bepaalde (niet-vertrouwelijke) stukken wanneer dit strikt noodzakelijk is om hen in staat te stellen hun standpunt over de weerslag

van de concentratie op de mededinging op nuttige wijze uiteen te zetten. Dezelfde regel geldt mutatis mutandis voor beslissingen van de Raad naar aanleiding van een verzoek tot herziening van eerder in een concentratiezaak opgelegde voorwaarden.

52. Bij tussenbeslissing van 15 februari 2008 besliste de Raad dat BELGACOM een voldoende belang doet blijken om gehoord te worden maar weigerde haar de toegang tot het gemotiveerd verslag van de auditeur en het onderzoeksdossier met betrekking tot het verzoek van TELENET. De Raad steunde haar beslissing met name op de overweging dat BELGACOM reeds voldoende kennis bezat van de feiten en gegevens om de kamer van de Raad op nuttige wijze haar standpunt kenbaar te maken over de invloed op de markt van de door TELENET gevorderde herziening van de voorwaarden en dat het bijgevolg niet strikt noodzakelijk was dat BELGACOM tot de gevraagde stukken toegang zou krijgen. Tevens overwoog de Raad dat Belgacom door de voorliggende beslissing reeds op de hoogte was van de belangrijkste inhoud van het gemotiveerd verslag van de auditeur.

53. Vooreerst dient vastgesteld te worden dat Belgacom de tussenbeslissing van 15 februari 2008 niet heeft aangewezen als bestreden beslissing en dus geen hoger beroep heeft ingesteld tegen de beslissing van de Raad waarbij de toegang wordt geweigerd.

Ten overvloede en voor zover beide middelen gesteund zijn op de afwezigheid van toegang tot stukken uit het dossier² met name het gemotiveerd verslag van de auditeur en van het onderzoeksdossier met betrekking tot het verzoek van Telenet, dient opgemerkt dat Belgacom kennelijk zelf de toegang tot deze documenten ook niet (meer) strikt noodzakelijk acht voor het uitoefenen van haar recht op hoger beroep en voor de uiteenzetting van haar standpunt vóór het hof. In onderhavige beroepsprocedure heeft Belgacom immers niet om toegang tot deze stukken gevraagd, noch in haar schriftelijke opmerkingen noch ter gelegenheid van haar pleidooi. Het komt echte aan Belgacom als belanghebbende derde die door de Raad gehoord wordt toe om aannemelijk te maken dat ze daadwerkelijk toegang behoeft tot de betreffende dossierstukken om haar recht om gehoord te worden effectief te kunnen uitoefenen. Door in hoger beroep deze toegang niet

² In haar schriftelijke opmerkingen voor de Raad vermeldt Belgacom ook dat zij geen toegang heeft gekregen tot het verzoekschrift van Telenet noch tot de inventaris van het dossier. In haar verzoekschrift in hoger beroep verwijst Belgacom verder naar het haar niet bekend zijn van het standpunt van Telenet en in haar schriftelijke opmerkingen voor het Hof ook nog naar de schriftelijke opmerkingen van Telenet op het gemotiveerd verslag.

¹ Cass. 22 januari 2008, TBH 4/2008, p. 350.

(meer) te vragen maar niettemin een uitvoerige argumentatie te voeren ten aanzien van de bestreden beslissing toont Belgacom juist aan dat de toegang tot deze stukken niet strikt noodzakelijk is.

54. Het Hof dient dan ook niet verder in te gaan op de vraag of de tussenbeslissing van de Raad waarbij toegang aan Belgacom werd geweigerd inhoudelijk deugdelijk is gemotiveerd in feite en rechte.

55. De middelen voor zover gesteund op de weigering tot toegang tot het gemotiveerd verslag van de auditeur, het onderzoeksdossier en het verzoek van Telenet inbegrepen de schriftelijke opmerkingen op dit verslag kunnen dan ook niet tot vernietiging van de bestreden beslissing leiden.

Betreffende de aanwezigheid tijdens de hoorzitting van de Raad

56. Belgacom klaagt zich verder over het feit dat zij niet aanwezig mocht zijn op het ogenblik dat de auditeur-generaal zijn verslag mondeling toelichtte en Telenet en LBV haar respectieve argumenten tijdens de hoorzitting van de Raad van 29 februari 2008. Met name voert Belgacom aan dat zij op die manier niet kon weten of de auditeur-generaal tijdens zijn mondelinge uiteenzetting-nog vasthield aan het standpunt uiteengezet in het gemotiveerd verslag.

57. In de mate dat Belgacom zich steunt op het haar door de Raad toegekende recht als belanghebbende derde om gehoord te worden teneinde aanwezig te kunnen zijn op het ogenblik dat de auditeur of de andere partijen in de procedure gehoord werden dient opgemerkt dat Belgacom kennelijk geen verzoek in die zin tot de Raad heeft gericht. Uit de stukken van het proceduredossier blijkt ook nergens dat Belgacom zich heeft verzet tegen of op enig ogenblik voorbehoud heeft gemaakt in verband met het horen door de Raad van de andere partijen in haar afwezigheid.

58. Belgacom toont evenmin aan dat haar aanwezigheid tijdens het horen van de auditeur en de andere partijen strikt noodzakelijk zou geweest zijn om haar standpunt over het verzoek van Telenet nuttig uiteen te kunnen zetten. Zij toont in concreto niet aan in welke mate zij, mocht zij kennis gehad hebben van een mogelijks gewijzigd standpunt van de auditeur, een wezenlijk andere invulling zou gegeven hebben aan haar hoorrecht tijdens de hoorzitting van 29 februari 2008. Belgacom geeft met name niet aan welke pertinente bijkomende elementen in feite of in rechte zij in dat geval op de zitting zou aangevoerd hebben. Zij beperkt er zich enkel toe te stellen dat zij haar standpunt dienaangaande niet heeft kunnen weergeven en dat bijgevolg haar rechten op verdediging zijn geschon- den.

59. Belgacom kan evenmin gevolgd worden waar zij aanvoert dat haar recht om gehoord te worden noodzakelijk impliceert dat zij volledig in kennis wordt gesteld van de

gronden waarop de uiteindelijke beslissing van de Raad gesteund zal worden om daarop te kunnen reageren.

Artikel 15 van het procedurebesluit van 31 oktober 2006 betreffende de procedures inzake bescherming van de economische mededinging bepaalt dat hoorzittingen niet openbaar zijn en dat natuurlijke of rechtspersonen afzonderlijk of in aanwezigheid van andere opgeroepen personen gehoord worden.

Uit het recht om gehoord te worden door de Raad kan een belanghebbende derde dus geen recht afleiden om aanwezig te zijn op het ogenblik dat de auditeur of andere partijen of derden gehoord worden door de Raad. Naar analogie met de toegang tot het dossier moet worden gesteld dat de Raad op verzoek van die belanghebbende partij, desgevallend na akkoord van de auditeur respectievelijk de andere partij of belanghebbende derde, die aanwezigheid kan toestaan indien zij dit noodzakelijk acht.

Deze grief moet dan ook worden verworpen.

Betreffende de mogelijkheid een standpunt in te nemen over de gronden weerhouden in de beslissing

60. Belgacom meent in het algemeen dat het recht om gehoord te worden als belanghebbende derde in de procedure voor de Raad zou inhouden dat zij op de hoogte dient te zijn van de gronden die uiteindelijk in de bestreden beslissing worden weergegeven teneinde zich met kennis van zaken te kunnen uitdrukken over de voorgenomen beslissing, inclusief over de motivering die desbetreffend in de beslissing wordt opgenomen. In concreto zou Belgacom niet in gelegenheid geweest zijn haar standpunt uit te drukken op daadwerkelijke, nuttige en geïnformeerde wijze omdat geen enkele informatie waarover zij beschikte liet vermoeden dat de Raad uiteindelijk zou beslissen tot opheffing van de tweede voorwaarde. Zij heeft naar eigen zeggen enkel kunnen reageren op de zeer summier weergegeven standpunten van Telenet en de auditeur, welke uiteindelijk in de bestreden beslissing zelfs niet werden weergegeven.

Vooreerst dient opgemerkt dat Belgacom niet kan verwachten dat de Raad haar op voorhand zou informeren over haar intenties met betrekking tot een beslissing die nog dient genomen te worden. De Raad is immers niet gebonden aan de door partijen of de auditeur ingenomen standpunten en kan van hun standpunten op gemotiveerde wijze afwijken in de uiteindelijke beslissing. Het is met name aan Belgacom om een standpunt in te nemen over de gevolgen van een mogelijke herziening of opheffing van de tweede voorwaarde op de marktsituatie zonder de intenties van de Raad vooraf te kennen. Belgacom dient er bijgevolg van uit te gaan dat de Raad deze tweede voorwaarde zou kunnen opheffen, wat ook het standpunt is dat ingenomen werd door de auditeur of de argumenten zijn die werden aangevoerd door de verzoekende partij of door Belgacom.

De beperkte deelname van BELGACOM aan het debat voor de Raad is een onvermijdelijke consequentie verbonden aan de positie van BELGACOM als belanghebbende derde met hoorrecht. Het feit dat het opheffen van de voorwaarde niettemin gevolgen kan hebben op de rechtspositie van BELGACOM verklaart de beroepsmogelijkheid waarover zij beschikt maar vereist niet noodzakelijk dat zij als “buitenstaander” in de procedure voor de Raad op dezelfde wijze en in dezelfde mate participeert aan het debat als de auditeur en de rechtstreeks bij de concentratie betrokken partij aan wie de tweede voorwaarde werd opgelegd.

61. BELGACOM kan daarom niet gevolgd worden in de extensieve invulling van haar hoorrecht als derde belanghebbende waarbij zij kennelijk het hoorrecht (van derden) met de rechten van verdediging (van betrokken partijen in de concentratieprocedure) verwacht. Voor een zogenaamd versterkt (in vergelijking met een concentratieprocedure) hoorrecht waarover zij zou beschikken is er ook geen enkele wettelijke basis; Als derde belanghebbende waaraan de Raad een hoorrecht heeft toegekend kan BELGACOM als dusdanig geen aanspraak maken op de rechten van verdediging zoals die toekomen aan een betrokken partij. Het feit dat BELGACOM een duidelijk belang inroept bij het behoud van de tweede voorwaarde verandert haar rechtspositie in dit verband niet. Het doel van het hoorrecht is immers om haar als betrokken derde in de gelegenheid te stellen de Raad afdoende te informeren over de weerslag van een opheffing of wijziging van de in de Canal+ beslissing opgelegde voorwaarden op de marktsituatie en niet zozeer de vrijwaring van haar rechten en belangen.

In zoverre beide middelen gesteund zijn op een beweerde schending van de rechten van verdediging dienen zij eveneens te worden verworpen.

Betreffende het motiveringsgebrek

62. Belgacom voert zijdelings ook een motiveringsgebrek aan in de bestreden beslissing daar waar die beslissing niet aangeeft welke de standpunten waren (en waarom de Raad ervan afwijkt in haar beslissing) van (i) de Dienst voor de mededinging; (ii) de auditeur (en of hij al dan niet op de hoorzitting vasthield aan het standpunt uiteengezet in het gemotiveerd verslag) en (iii) de andere marktspelers.

63. In zoverre de beide middelen op dit punt verwijzen naar een inhoudelijke ondeugdelijke motivering van de bestreden beslissing hebben zij geen betrekking op de schending van het recht om gehoord te worden of de andere procedurele rechten van Belgacom en dient deze grief behandeld te worden in het kader van de grieven met betrekking tot de grond van de zaak (zie hierna het vijfde middel).

Het derde middel: schending van de procedurevoorschriften en rechten van de verdediging

64. Dit middel berust op het feit dat de bestreden beslissing in overweging neemt (randnummer 41) dat Belgacom geweigerd heeft om vertrouwelijke informatie over het aantal abonnees van Belgacom TV dat door het Belgisch voetbal wordt aangetrokken aan de Raad te verstrekken terwijl de Raad hier nochtans uitdrukkelijk om verzocht had. De Raad leidt hier uit af dat dit aantal klanten wel niet overweldigend groot zal geweest zijn.

Belgacom poot deze terughoudende proceshouding te verantwoorden door te stellen dat het om uiterst gevoelige informatie gaat die niet in handen van Telenet mocht komen en dat deze informatie wel degelijk werd overgemaakt aan de auditeur in haar antwoord op het verzoek om inlichtingen.

De Raad beschikte echter kennelijk niet (officieel) over deze gegevens en verzocht bij monde van haar Voorzitter op 27 februari 2008 per email vooralsnog om de mededeling ervan. Om redenen van confidentialiteit is Belgacom op dit verzoek echter niet ingegaan. Belgacom erkent dat zij er zich wel van bewust was dat de Raad haar beslissing toch niet zou kunnen laten steunen op een vertrouwelijke versie van deze gegevens waartoe de verzoekende partij Telenet geen toegang zou krijgen gelet op het bepaalde in artikel 57, §4 van de WBEM dat naar analogie wordt toegepast.

In essentie komt de grief van Belgacom er op neer dat zij niet tot de mededeling van die gegevens aan de Raad is overgegaan omdat (i) zij er kon van uitgaan dat dit gezien het standpunt van de auditeur in zijn gemotiveerd verslag (dat gunstig was voor Belgacom's stelling) niet meer echt nodig was; (ii) deze informatie reeds was overgemaakt aan de auditeur en (iii) zij noch van de Raad noch van Telenet de garanties heeft gekregen dat de geleverde informatie beschermd zou blijven.

65. Zoals eerder reeds aangegeven kon Belgacom er niet zomaar vanuit gaan dat de Raad het standpunt van de auditeur zou volgen wat betreft de opheffing van de voorwaarden, vermits de Raad niet gebonden is door de conclusies van het gemotiveerd verslag. Zij kon er bijgevolg niet redelijkerwijs van uitgaan dat de mededeling van de betreffende gegevens niet meer echt nodig zou zijn. Het feit dat de Raad die gegevens heeft opgevraagd wees trouwens afdoende in een andere richting.

Gelet op de duidelijke bewoordingen van artikel 57, §4 WBEM kon de Raad in haar beslissing inderdaad geen rekening houden met gegevens van BELGACOM waartoe TELENET geen toegang kreeg om redenen van vertrouwelijkheid. Dat de Raad en TELENET niet bereid bleken aan een “passende” oplossing voor dit dilemma van BELGACOM mee te werken kan hen in het licht van het voorgaande ook niet ten kwade worden geduid. BELGACOM kan in de gegeven omstandigheden geenszins overtuigen wanneer zij de procedurele onmogelijkheid tot het

meedelen van door de Raad pertinent geachte gegevens inroept en dient de gevolgen van haar proceshouding te aanvaarden.

66. Er kan dan in casu ook geen sprake zijn van enige schending van procedurale rechten van BELGACOM (of van haar rechten van verdediging), temeer daar steeds demogelijkheid bestond en bestaat precieze cijfers over het aantal “voetbalklanten” te vervangen door een orde van grootte. Dat BELGACOM deze oplossing niet heeft gekozen versterkt het vermoeden van de Raad dat deze gegevens op z'n minst niet doorslaggevend waren. Ook voor het hof acht BELGACOM het kennelijk niet nuttig deze gegevens of zelfs een benaderende orde van grootte mee te delen.

67. Her derde middel is dan ook eveneens ongegrond.

Het vierde middel: schending van de motiveringsplicht

68. Het hof herinnert eraan dat de motiveringsplicht van de Raad vooreerst een formele vereiste is waaraan wordt voldaan zodra haar beslissing met redenen is omkleed, zelfs wanneer de redenen in feite of in rechte onjuist zouden zijn. De Raad is echter niet gehouden op alle middelen en overwegingen van in de procedure betrokken partijen of belanghebbende derden met hoorrecht te antwoorden en motiveert haar beslissing formeel indien zij behoorlijk en afdoende de redenen aangeeft die deze schragen op een wijze die de betrokkenen toelaat na te gaan waarom zij werd genomen en een rechterlijke toetsing van de motieven ervan mogelijk is.

69. Belgacom voert als concrete grief aan dat de door haar tijdens de procedure naar voor gebrachte middelen en elementen in de bestreden beslissing geheel onbeantwoord blijven. Daarenboven zou de Raad niet antwoorden op de elementen en conclusies vervat in het gemotiveerd verslag van de auditeur hoewel de Raad er van afwijkt. Ook het uiteindelijk op de hoorzitting ingenomen standpunt van de auditeur-generaal wordt niet weergegeven in de bestreden beslissing.

70. Belgacom wijst met name op haar argumentatie in verband met de zeer beperkte impact van de tweede voorwaarde op Telenet terwijl de Raad diezelfde voorwaarde, zonder verder in te gaan op die argumentatie van Belgacom, als proportioneel zwaar zou hebben aangemerkt.

71. Volgens Belgacom zou de Raad minstens moeten aangeven waarom zij het standpunt van de auditeur of de conclusies van het gemotiveerd verslag niet volgt.

72. In tegenstelling tot wat Belgacom aanvoert stelt de Raad niet dat de tweede voorwaarde als dusdanig zeer of disproportioneel zwaar zou zijn voor Telenet.

De Raad is enkel van oordeel dat het handhaven van de tweede voorwaarde disproportioneel belastend is voor Telenet nu het ‘uiterst onzeker’ is dat deze tweede voorwaarde Belgacom zou toelaten een groter marktaandeel te verwerven (randnr. 43). Volgens de Raad weegt de last

van de voorwaarde niet op tegen het zeer gering voordeel ervan voor Belgacom zeker nu er een biedprocedure bestaat die Belgacom in de gelegenheid stelt rechtstreeks voetbaluitzendrechten te verwerven zonder op de tweede voorwaarde een beroep te moeten doen (randnr. 44 en 46 in fine).

De Raad geeft trouwens aan dat op zichzelf genomen de tweede voorwaarde niet disproportioneel zwaar voor Telenet is gelet op het in de Canal+ beslissing aangenomen retail model voor de tweede voorwaarde waarbij een aantal belangrijke beperkingen worden opgelegd zoals het feit dat de klantenrelatie met Telenet behouden blijft.

Het argument van Belgacom berust met andere woorden op een gebrekkige lezing van de bestreden beslissing.

73. Wat betreft het gebrek aan weergave van het standpunt van de auditeur in de bestreden beslissing dient vooreerst opgemerkt dat de Raad in haar tussenbeslissing van 15 februari 2008 over het hoorrecht van Belgacom een samenvatting opneemt van de conclusies van het gemotiveerd verslag. In de bestreden beslissing zelf wordt echter niet woordelijk ingegaan op de inhoud van het gemotiveerd verslag of het standpunt van de auditeur ingenomen tijdens de hoorzitting.

74. Met Telenet kan worden vastgesteld dat noch de WBEM noch het Procedurebesluit van de Raad uitdrukkelijk voorschrijven dat deze dient te antwoorden op de inhoud van het verslag van de auditeur, wanneer hij de conclusie ervan niet beaamt.

Uit het stelsel van de WBEM, dat steunt op de werkzaamheden van het auditoraat, volgt nochtans dat het rapport van de auditeur een hoeksteen vormt in de redengeving van de raadsbeslissing en tegelijk een toetssteen in het licht van een eventuele afwijkende mening van de Raad.

Zodoende dient uit de motivering van de raadsbeslissing, zo zij de door de auditeur aangereikte gegevens niet expliciet weergeeft, minstens het afwijkend standpunt van de auditeur te kunne worden afgeleid.

75. Een vergelijking tussen het gemotiveerd verslag en de bestreden beslissing leert dat in casu de Raad wel degelijk – zij het impliciet – de belangrijkste standpunten en argumenten van de auditeur vervat in het gemotiveerd verslag beantwoordt. Met name gaat de Raad nader in p de discussie over wat het concurrentieel oogmerk was van de Canal+ beslissing bij het opleggen van de tweede voorwaarde, op het belang van ontwikkelingen die zich sinds 2003 hebben voorgedaan op de capaciteitsmarkt en of die het opheffen van de voorwaarde, op het belang van ontwikkelingen die zich sinds 2003 hebben voorgedaan op de capaciteitsmarkt en of die het opheffen van de voorwaarde kunnen verantwoorden, over de waarde van voetbalcontent als differentiatiefactor voor de alternatieve distributieplatforms en het mogelijk dubbel gebruik tussen de tweede voorwaarde en de biedprocedure van de LBV. Nochtans kan hieruit niet met zekerheid afgeleid worden

welk standpunt hieromtrent door de auditeur uiteindelijk werd ingenomen tijdens de hoorzitting.

76. Daarenboven blijkt uit een zittingsnota in het procedure dossier van de Raad dat de auditeur-generaal overtuigd is van de noodzaak om het verzoek van Telenet te onderzoeken in het licht van het dossier van de uitzendrechten van de Belgische voetbalcompetitie. Hij is van oordeel, na een onderzoek van verschillende hypothesen, dat het aanpassen van de tweede voorwaarde gepast kan zijn mits opleggen van een “no single buyer rule” (een verbod om alle loten te verwerven) aan Telenet. Op dit concrete voorstel van de auditeur-generaal wordt door de Raad impliciet geantwoord in randnummer 48 van de bestreden beslissing waar hij stelt dat de tweede voorwaarde kan interfereren met de LBV biedprocedure en dat het opheffen van de tweede voorwaarde “zonder meer” de meest gepaste oplossing is:

“Het komt de kamer van de Raad in de voorliggende rechtspleging niet toe uitspraak te doen over de voorwaarden van de biedprocedure, of over de wijze waarop zij moet worden toegepast, of het resultaat waartoe zij in concreto moet leiden. De opheffing van de Voorwaarde zonde rmeer is in die optiek de meest gepaste oplossing”.

Omwille van het niet uitdrukkelijk weergeven in de bestreden beslissing van het standpunt en het betreffende concrete voorstel van de auditeur-generaal en de feitelijke onmogelijkheid om dit standpunt en voorstel af te leiden uit de overwegingen van de Raad kan de draagwijdte en pertinentie van het desbetreffende motief in functie van de uiteindelijke beslissing moeilijk worden ingeschat. Met name is het niet mogelijk om, zonder kennis van de inhoud van voormelde zittingsnota, te begrijpen wat het opheffen “zonder meer” van de tweede voorwaarde in deze context betekent. Een belanghebbende partij kan in de gegeven omstandigheden niet met kennis van zaken op dit punt de motivering van de bestreden beslissing inhoudelijk betwisten in de procedure voor het hof.

Het feit dat het voorstel van de auditeur om in een bepaalde hypothese de tweede voorwaarde toch te behouden door de Raad wordt afgewezen zonder dat de Raad de inhoud en draagwijdte van dit voorstel verduidelijkt in haar beslissing maakt bijgevolg een miskennis uit van de motiveringsplicht zodat de desbetreffende grief gegrond is.

Vijfde middel: schending van de motiveringsplicht, manifeste beoordelingsfout en miskennis van de initiële Canal+ beslissing

77. Belgacom wijst er op dat het uitgangspunt bij de beoordeling van een verzoek tot opheffing van bepaalde voorwaarden (die door Telenet aanvaard werden om de concentratie met Canal+ mogelijk te maken) de initiële beslissing is en dat overeenkomstig de rechtspraak van het hof de Raad moet nagaan of de mededingingsrechtelijke problemen waaraan de initiële beslissing wilde verhelpen door het opleggen van de voorwaarden nog steeds

aanwezig zijn of niet. Volgens Belgacom bestaan die problemen nog steeds en dienen de voorwaarden bijgevolg gehandhaafd te blijven. Belgacom meent dat de bestreden beslissing op deze vraag echter niet ingaat en bijgevolg de motiveringsplicht schendt. De test die de Raad toepast berust volgens Belgacom op een aantal manifeste beoordelingsfouten en op een miskennis van de inhoud en draagwijdte van de Canal+ beslissing, met name wat betreft de doelstellingen die zij nastreefde.

Het hof heeft reeds eerder aangegeven dat de Raad alvorens te beslissen om in het kader van een eerdere concentratiebeslissing opgelegde voorwaarden te wijzigen of te herroepen deugdelijk moet aangeven hoe in het licht van de overwegingen van de oorspronkelijke beslissing uit de relevante, concrete, op impact toetsbare, actuele en prospectieve gegevens blijkt dat het – teneinde de significante belemmering van de mededinging tegen te gaan waartoe initieel het opleggen van de voorwaarden noodzakelijk was – nu niet meer nodig of nuttig is om de voorwaarden (onverkort) te handhaven.

Deze noodzakelijkheidstoets impliceert met name dat de Raad nagaat of er dan geen omstandigheden zijn waarin het behoud van de voorwaarden verantwoord is, in het bijzonder wanneer het opheffen of aanpassen van die voorwaarden tot gevolg kunnen hebben dat de betrokken onderneming haar machtspositie kan herwinnen (arrest 18 maart 2008, zaken 2007/MR/2, 2007/MR/3 & 2007/MR/4, randnr. 82 en 96).

78. Volgens Telenet, hierin gevolgd door de Raad, hebben zich sinds 2003 belangrijke veranderingen voorgedaan in de concurrentiële omstandigheden die een opheffing van de tweede voorwaarde verantwoorden (cfr. Supra randnr. 21).

79. In het licht van de (mogelijke) doelstellingen van de Canal+ beslissing analyseert de Raad de gewijzigde marktomstandigheden en stelt terecht vast dat sinds 2003 de marktsituatie is gewijzigd door het feit dat:

(i) Canal+ niet meer de enige betaalzender in Vlaanderen is met premium content en dat er kennelijk geen grote toegangsbelemmeringen voor het aanbieden van betaalzenders meer bestaan;

(ii) de kabeloperatoren niet meer de enige aanbieders zijn op de capaciteitsmarkt van de broadcastingdiensten daar ondertussen alternatieve distributieplatforms (Belgacom TV in 2005 en TV Vlaanderen in 2006) tot de markt zijn toegetreden en verdere toelichting (digitaal terreestriël zenderpark VRT) mag verwacht worden;

(iii) tengevolge van de digitalisering bijkomende netwerkcapaciteit beschikbaar is voor betaalzenders op de kabel.

80. Volgens de Raad beoogde de Canal+ beslissing met de tweede voorwaarde om aan nieuwe betaalzenders een alternatief te bieden wanneer zij op de kabel om louter technische of commerciële redenen zouden worden geweerd. De Raad overweegt in de bestreden beslissing echter dat naar deze mogelijke uitsluitingseffecten geen spe-

cifiek onderzoek meer werd gevoerd zodat het bestaan van dit risico niet met zekerheid kan worden uitgesloten (randnr. 30). In dit opzicht kan de ratio van de tweede voorwaarde niet geacht worden te zijn verdwenen in tegenstelling tot wat Telenet beweert.

81. De Raad stelt verder evenwel vast dat de toegenomen concurrentie op de betrokken detailmarkt van de pay TV diensten en de groothandelsmarkt van capaciteit voor transmissie van broadcastingdiensten geenszins het resultaat zijn van de in de Canal+ beslissing opgelegde tweede voorwaarde. Deze voorwaarde werd immers nooit effectief toegepast nu Belgacom TV zelf de voetbaluitzendrechten exclusief van de LBV heeft verworven in 2005. Ook de andere alternatieve platforms zouden niet om de toepassing van de tweede voorwaarden gevraagd hebben. De Raad besluit dat omdat de tweede voorwaarde niet noodzakelijk is gebleken er geen dwingende reden is om ze te handhaven (randnr. 37).

82. Ondergeschikt, en voor zover de Canal+ beslissing ook beoogde (wat de Raad enkel als hypothese aanneemt) om die alternatieve infrastructuren te blijven beschermen en toe te laten marktaandeel te verwerven ten koste van de machtspositie van Telenet op de capaciteitsmarkt is de Raad van oordeel dat de tweede voorwaarde niet doelmatig en niet proportioneel is.

Zelfs de exclusieve beschikking over voetbaluitzendrechten stelde en stelt Belgacom immers niet in staat ernstig afbreuk te doen aan de machtspositie van Telenet (randnr. 41). De Raad steunt zich daarbij op de vooralsnog geringe aangroei van de abonnees van Belgacom TV (marktaandeel van 5% op de detailmarkt in Vlaanderen; dit wordt representatief geacht voor de groothandelsmarkt) en de weigering van randnr. 64). Dit geldt a fortiori indien Telenet in de toekomst de voetbalrechten opnieuw zou verwerven. De tweede voorwaarde garandeert in dat geval immers geen enkele exclusiviteit aan Belgacom waardoor de aantrekkingskracht van de live voetbaluitzendingen nog vermindert (randnr. 42). De Raad acht het uiterst onzeker dat Belgacom met toepassing van de tweede voorwaarde extra marktaandeel zou kunnen verwerven ten koste van Telenet (randnr. 43).

83. Zelfs in de hypothese dat Belgacom ook een deel van die rechten exclusief zou verwerven tijdens de biedprocedure van de LBV en de tweede voorwaarde zou kunnen laten spelen om ook het lot verworven door Telenet te kunnen uitzenden, acht de Raad dat dit voordeel slechts een heel bescheiden bijdrage kan leveren en dat de last van de voorwaarde voor Telenet niet opweegt tegen dit geringe voordeel.

84. Belgacom betwist de stelling van de Raad dat de marktomstandigheden significant zouden gewijzigd zijn en wijst daartoe op het heel beperkt klantenverlies van Telenet. De machtspositie van Telenet op de capaciteitsmarkt zou niet wezenlijk gewijzigd zijn en Telenet zou nog steeds een onvermijdelijke partner zijn voor open netzen-

ders en betaalzenders die eindgebruikers in Vlaanderen in grote getale willen bereiken. De marktevolutie kan bijgevolg een wijziging of opheffing van de tweede voorwaarde niet verantwoord worden volgens Belgacom.

85. Telenet stelt terecht dat de noodzakelijkheidstest inhoudt dat de opgelegde voorwaarden niet verder mogen gaan dan wat nodig is om de mededingingsrechtelijke problemen te remediëren. Volgens Telenet had de Canal+ beslissing niet tot doel de capaciteitsmarkt open te breken maar om de problemen voortvloeiend uit de concentratie te verhelpen. Belgacom meent daarentegen dat de Canal+ beslissing de machtspositie van Telenet wel wilde openbreken en dat concurrentiële problemen in verband met die machtspositie nog steeds aanwezig zijn.

In de Canal+ beslissing is er effectief ook sprake van een objectief om de machtspositie van de kabeloperatoren te verkleinen naast de wens van de Raad om de toegankelijkheid van betaalzenders tot de capaciteitsmarkt te bevorderen.

Men mag evenwel niet aannemen dat het een aparte bedoeling geweest zou zijn van de Raad om in het kader van een concentratiebeslissing met de tweede voorwaarde afbreuk te doen aan een reeds vooraf bestaande machtspositie van Telenet op de capaciteitsmarkt behoudens in de mate dat dit noodzakelijk was om op een structurele manier te verhelpen aan de bijkomende significante mededingingsbelemmeringen die uit concentratie zouden ontstaan (zoals een verdere versterking van de machtspositie van Telenet op de capaciteitsmarkt en mogelijke uitsluitingseffecten). Het afbreuk doen aan een reeds voorafbestaande machtspositie van Telenet op de capaciteitsmarkt kan dus hoogstens een ondergeschikte of zijdelingse doelstelling zijn geweest in functie van een andere hoofddoelstelling.

De concrete hoofddoelstelling van de tweede voorwaarde bestond kennelijk in het vermijden van uitsluitingseffecten (op commerciële en technische gronden) voor nieuwe betaalzenders nu Telenet na de overname van Canal+ dominant was zowel op de capaciteitsmarkt als op de markt van het aanbieden van betaalzenders. Hiertoe diende kansen gegeven te worden voor de ontwikkeling van alternatieve platforms (andere dan de kabel) door het wegnemen van toetredingsdrempels. In de Canal+ beslissing oordeelde de Raad in 2003 dat toetreding op de capaciteitsmarkt niet mogelijk was zonder toegang tot prime content en met name live voetbaluitzendrechten inzake de Belgische competitie.

86. Voor deze overweging was met name de toenmalige exclusiviteit inzake voetbaluitzendrechten waarover Telenet beschikte anno 2003 van wezenlijk belang. Uit de Canal+ beslissing blijkt nergens dat de tweede voorwaarde zinvol zou geweest zijn mocht Telenet niet over exclusieve voetbaluitzendrechten beschikken en deze toegangsdrempel dus niet zou bestaan. Het is dan ook niet meer dan lo-

gisch dat de tweede voorwaarde slechts speelt op het ogenblik dat Telenet exclusief over die rechten beschikt.

De Raad kan echter niet zonder meer ertoe besluiten dat omdat de tweede voorwaarde in de praktijk niet noodzakelijk is gebleken voor de lancering van het Belgacom TV platform zij verder niet meer noodzakelijk kon zijn zonder te onderzoeken wat naar alle waarschijnlijkheid de gevolgen zouden zijn voor de machtspositie van Telenet en de daarmee samenhangende toetredings- of expansiedrempels op de capaciteitsmarkt in de hypothese dat net Belgacom maar Telenet (opnieuw) de exclusieve voetbalrechten zou verworven hebben.

Met name neemt de Raad niet in overweging of een beroep op de tweede voorwaarde in de hypothese dat Belgacom geen exclusieve rechten had verworven dan niet juist essentieel zou geweest zijn om Belgacom toe te laten als nieuwe speler tot de markt toe te treden of er zich te handhaven. De Raad betoogt enkel dat Belgacom maar weinig kijkers van Telenet zou kunnen overnemen bij toepassing van de tweede voorwaarde en in elk geval minder dan wanneer Belgacom over exclusieve rechten zou beschikken. Dit gegeven neemt echter niet weg dat – indien Telenet de exclusieve voetbalrechten had kunnen behouden of verwerven – de lancering of het voortbestaan van Belgacom TV, zonder de toepassing van de tweede voorwaarde en dus zonder voetbalcontent ernstig in het gedrang had kunnen komen.

Nu bij gebrek aan de toepassing van een no single buyer rule door de LBV, niet kan uitgesloten worden dat Telenet in de toekomst opnieuw de volledige exclusieve live uitzendrechten van de Belgische competitie zou verwerven dient bijgevolg nagegaan te worden of in die hypothese de toepassing van de tweede voorwaarde niet noodzakelijk blijft om te vermijden dat Telenet marktaandeel zou herwinnen ten koste van de alternatieve platforms waarvan de Canal+ beslissing het bestaan noodzakelijk achtte om uitsluitingseffecten ten nadele van andere betaalzenders op de kable te vermijden.

Het hof volgt de Raad waar die stelt dat de tweede voorwaarde voor het ontstaan van alternatieve platforms niet noodzakelijk is gebleken, en dat zelfs de exclusiviteit in hoofde van Belgacom kennelijk ook niet van aard is geweest substantieel afbreuk te doen aan het marktaandeel van Telenet op de kleinhandelsmarkt voor TV diensten. Belgacom bewijst ook niet het tegendeel. Het relatieve effect van de voetbaluitzendrechten op het marktaandeel van Belgacom sluit echter niet uit dat een herwonnen exclusiviteit in hoofde van Telenet een toename van marktaandeel op de detailmarkt zou kunnen opleveren en bijgevolg tot een versterkte machtspositie op de capaciteitsmarkt zou kunnen leiden.

De Raad is met name in gebreke gebleven om na te gaan, ingeval de tweede voorwaarde zou worden opgeheven, of het verwerven in de toekomst van exclusiviteit door Telenet de door de Canal+ beslissing gewenste structurele

concurrentieeffecten op de capaciteitsmarkt niet opnieuw teniet doet door een expansiedrempel op te werpen voor de alternatieve platforms en Telenet niet in de gelegenheid zal stellen, gezien haar nog steeds sterke positie op de capaciteitsmarkt en/of op de detailmarkt van betaalde televisieuitzendingen, opnieuw marktaandeel en een machtspositie te verwerven of te versterken ten nadele van de alternatieve platforms en van andere betaalzenders die niet op de kabel terecht kunnen en uiteindelijk ten nadele van de consument.

De Raad diende zich met andere woorden af te vragen of het dan niet gerechtvaardigd is de tweede voorwaarde te handhaven in het geval en voor zover dat de LBV in haar biedprocedure zou nalaten een “no single buyer rule” op te nemen waardoor alle in aanmerking komende distributieplatforms evenwichtige pakketten van exclusieve live uitzendingen van het Belgisch eerste klasse voetbal rechtstreeks of onrechtstreeks kunnen verwerven.

87. Bij het beoordelen van de mogelijke concurrentiële gevolgen van het afschaffen van de tweede voorwaarde in de hypothese dat Telenet de exclusieve voetbaluitzendrechten met betrekking tot de Belgische competitie zou verwerven komt het aan de Raad toe om aanvullende elementen aangebracht door Telenet en de tussenkomende partijen mede in overweging te nemen of alleszins de pertinentie ervan te onderzoeken. Het betreft hier ondermeer de belangrijke geografische dekking van het kabelnetwerk en de technologische verschillen tussen de platforms, het werkelijke belang van de (exclusieve transmissie van) voetbal content als differentiatiefactor op infrastructuurniveau, de mogelijke verlaging van de toetredingsdrempels inzake pay TV en de werkelijke concurrentieverhoudingen tussen de betrokkenen in het licht van de ontwikkelingen in de richting van ‘triple play’ of ‘multiple play’ en de voortgezette evolutie naar digitale TV.

88. Bij haar concurrentiële analyse dient de Raad uit te gaan van geactualiseerde marktgegevens en betrouwbare vooruitzichten over toekomstige ontwikkelingen. Het is daarbij gepast zich af te vragen of digitale en analoge TV wel als substituten kunnen beschouwd worden. De beschikbare gegevens dateren van eind 2007. Het feit dat het verzoek van Telenet geen dringend karakter meer heeft ten gevolge van de toekenning van de voetbalrechten voor de komende drie seizoenen aan Belgacom stelt de Raad in de gelegenheid de nodige marktonderzoeken te laten uitvoeren.

89. Tenslotte en niet in het minst komt het aan de Raad toe de situatie te beoordelen vanuit het gebruikersbelang dat in casu vereist dat er voldoende en kwaliteitsvolle keuzemogelijkheden bestaan inzake betaalzenders en distributieplatforms waarop naar live voetbaluitzendingen kan gekeken worden door zoveel mogelijk kijkers. Het toekennen gedurende een beperkte periode van exclusieve rechten dienaangaande aan één of meer platforms kan verantwoord zijn om toetreding van nieuwe spelers op de

capaciteitsmarkt te bevorderen zoals het hof reeds heeft aangegeven in haar arrest van 28 juni 2006 (AR 2005/MR/2 & 2005/LR/5) of om het aanbod en de technologische vernieuwing te stimuleren maar zal normaal op langere termijn de efficiëntie en het consumentenbelang niet dienen en vraagt om een regelmatige herevaluatie van de situatie door de Raad.

Het vijfde middel is eveneens gegrond.

Zesde middel: onduidelijkheid van de bestreden beslissing

90. Het middel komt er op neer dat Belgacom vraagt om in ondergeschikte orde de bestreden beslissing te vernietigen in zoverre zij Telenet in de gelegenheid zou stellen – in een welbepaalde interpretatie – om haar betaalteleviesenders niet meer beschikbaar te stellen van zodra er voetbal content (uitzendingen eerste klasse Belgisch voetbal) zou zijn in opgenomen.

91. Aangezien uit de behandeling van de in hoofdorde aangevoerde middelen volgt dat de beslissing wordt vernietigd behoeft dit middel dat in wezen strekt tot verduidelijking van de bestreden beslissing geen verdere beantwoording. Het zal aan de Raad staan om desgevallend deze door Belgacom aangevoerde onduidelijkheid nader te overwegen.

Het zesde middel is dus niet gegrond.

C. Verdere opvolging

92. Wegens de vernietiging van de beslissing dient de Raad het verzoek van Telenet opnieuw te behandelen. Aangezien de Raad een administratief rechtscollege is dient de kamer anders te zijn samengesteld bij het herneemen van de behandeling van het verzoek van Telenet.

D. De Gerechtskosten

93. Wanneer een hoger beroep tegen een beslissing van de Raad in concentratiezaken wordt ingewilligd en de bestreden beslissing wordt vernietigd, dienen de gedingkosten in hoger beroep, de rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste gelegd te worden van de Belgische Staat.

94. De vordering in hoger beroep is niet in geld waardeerbaar. Het is dan ook gepast Belgacom een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen zoals door haar begroot op een basisbedrag van 1.200 EUR.

Commentaar

De Canal+ beschikking van de Raad van 12 november 2003 in de zaak 2003-C/C/-89 werd gepubliceerd in het *Driemaandelijks tijdschrift van rechtspraak* 2003/04 van de Raad op p. 72 e.v. – te raadplegen via http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/jurisprudence_2003_04.pdf

De beslissing van de Raad van 25 maart 2008 waarbij het verzoek van Telenet werd gegrond verklaard is gepubliceerd op de website van de Raad: <http://mineco.fgov.be/>

[organization_market/competition/jurisprudence/112008cc11_Verzoek_Telenet_herziening_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/112008cc11_Verzoek_Telenet_herziening_pub.pdf)