

*restrictions de concurrence et obligations convenues dans le cadre du système de distribution d'un constructeur sont en règle générale convenues sous une forme identique ou analogue dans l'ensemble du marché commun.*

*En considérant, sur la base de ces motifs, que le contrat litigieux est « de nature à affecter le commerce intra-communautaire » et « à fausser le jeu de la concurrence dans le marché intra-communautaire », l'arrêt constate le caractère sensible en l'espèce de l'incidence du contrat sur les échanges intracommunautaires et justifie légalement sa décision que le contrat litigieux tombe dans le champ d'application de l'article 85, paragraphe 1er, du Traité CEE.*

*Le moyen ne peut être accueilli. »*

### **Commentaar Herlinde Burez**

Het Hof van Cassatie oordeelt (in lijn met de conclusie van de Advocaat-Generaal) dat het hof van beroep de merkbaarheidsvereiste inzake de beperking van de mededinging en de beïnvloeding van de tussenstaatse handel impliciet mocht behandelen. Dit is enigszins verrassend gelet op artikel 2 van Verordening 1/2003 dat de bewijslast inzake (elk van de constitutieve bestanddelen van) artikel 101, lid 1, VWEU duidelijk integraal bij de partij legt die aanvoert dat er een schending voorligt. Dat het voldoende is dat een rechterlijke instantie, om een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU vast te stellen, de merkbaarheidsvereiste inzake zowel de beperking van de mededinging als de beïnvloeding van de tussenstaatse handel impliciet behandelt, was om die reden niet zo voor de hand liggend.

Het hierboven weergegeven arrest van het Hof van Cassatie bracht evenwel niet de meest noemenswaardige ontwikkeling in 2012 met zich mee inzake de merkbaarheidsvereiste; dat deed het Hof van Justitie in zijn arrest in de zaak Expedia (C-226/11) d.d. 13 december 2012. Het Hof van Justitie overwoog in het Expedia arrest (ov. 37) dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, een merkbare beperking van de mededinging vormt. Met andere woorden, aan de merkbaarheidsvereiste is volgens het Hof van Justitie steeds voldaan in geval van een doelbeperking.

Als uitsmijter nog dit: het mededingingsrecht wordt in deze zaak gebruikt als verdediging tegen een actie van FIAT (die beroep wou doen op de bankgarantie gesteld in het kader van de litigieuze concessieovereenkomst). In dat opzicht stelt zich de vraag waarom de vereiste van de (merkbare) beïnvloeding van de tussenstaatse handel het in deze zaak tot het hoogste Belgische gerechtshof heeft gehaald. Deze vereiste is immers een louter juridictionele vereiste geworden sinds de eerste volwaardige Belgische mededingingswet in werking trad op 1 april 1993: van zodra deze vereiste is vervuld, speelt het Europese mededingingsrecht. Is deze vereiste niet vervuld, dan speelt louter het nationale mededingingsrecht. Op

basis van de gekende gegevens valt moeilijk in te zien hoe men op grond van de Belgische mededingingsregels tot een andere conclusie zou zijn gekomen dan onder het Europese mededingingsrecht, nu het Belgische mededingingsrecht zich steeds heeft gespiegeld aan het Europese mededingingsrecht.

### **Cour d'appel de Liège**

#### **24 mai 2012 – C. MAQUET / SPRL BRASSERIE DU GRAND ENCLOS**

**Contrat de brasserie – clause d'approvisionnement exclusif – affectation du commerce entre états membres – restriction sensible de la concurrence – critères – accords « en amont » entre grossiste et brasseur**

Cet arrêt concerne, une fois de plus, l'analyse de la légalité en vertu du droit de la concurrence, d'une clause d'approvisionnement exclusif repris dans un contrat de brasserie. L'argumentation de la Cour d'appel de Liège mérite d'être citée dans son intégralité.

*« C'est par de justes motifs que la cour adopte et fait siens et que n'énervent en rien les moyens soulevés par l'appelante que les premiers juges ont décidé que la clause d'approvisionnement exclusif contenue dans la convention du 1er mai 2000 n'était pas nulle au regard de l'article 81, § 1er, du traité CE (article 101 TFUE) et de l'article 2, § 1er, de la loi sur la protection de la concurrence économique (en abrégé LPCE).*

*L'article 81, § 1er, du Traité CE dispose que « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à (...) c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement (...) »*

*Actuellement, cette disposition est contenue dans l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (en abrégé TFUE), les termes « marché commun » ayant été remplacés par « marché intérieur ».*

*Quant à l'article 2, § 1er, de la LPCE, il énonce que « sont interdits, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à (...) c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement (...) ».*

*Tout accord ou décision interdits par les dispositions précitées est nul de plein droit, sans préjudice de l'application de l'article 81, § 3 du traité CE.*

« Les travaux préparatoires de la L.P.C.E. disposent que les articles 2 et 3 L.P.C.E., qui fondent en droit belge l'interdiction des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante, 'sont inspirés (...) directement par les règles européennes de concurrence' » en manière telle que c'est par « référence aux instruments législatifs européens et autres lignes directrices, ainsi qu'à la jurisprudence de la Commission et de la Cour de Justice » qu'il y a lieu de les appliquer (GERARD, Damien M.B., « Le droit belge des pratiques restrictives de concurrence », *Le nouveau droit belge de la concurrence*, C.U.P. vol. 124, février 2011, p.12 et 64). Cette règle vaut notamment pour l'appréciation du caractère « sensible » de la restriction de la concurrence (article 2 LPCE) qui n'est pas défini en droit belge.

Conformément à l'article 3.1 du Règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (101 et 102 TFUE), « Lorsque (...) les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées. »

Les parties ont conclu sur la violation des normes belges (article 2 LPCE) et de droit européen (article 81 traité CE – article 101 TFUE), bien qu'elles n'aient pas envisagé la question de l'appréciation de « l'affectation du commerce entre États membres » par les pratiques en cause qui subordonne l'application de l'article 81 du traité CE (101 TFUE). Cette appréciation « repose (...) sur l'identification d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait permettant d'envisager avec un degré de probabilité suffisant que la pratique en cause puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, et sensible sur les courants d'échanges entre États membres, c'est-à-dire, fondamentalement, entraver le fonctionnement du marché unique. Trois critères (...) sont régulièrement utilisés par le Conseil de la concurrence et les juridictions belges :

Le premier porte sur la présence d'opérateurs établis et/ou actifs dans d'autres États membres parmi les participants à une entente affectant le territoire national (...),

le deuxième critère (...) porte sur l'étendue géographique de la pratique en cause (...),

le troisième critère (...) porte sur le risque de cloisonnement du marché unique sur une base nationale. (...) » (GERARD, Damien M.B., *op.cit.*, pp. 15 à 17).

Force est de constater qu'en l'espèce, la position occupée par les parties sur le marché de la distribution de la bière dans le secteur « horeca » en Belgique est anecdotique. La convention du 1er mai 2000 porte sur le seul établissement de l'appelant et les quotas de vente de bières qui lui sont imposés sont dérisoires au regard des quantités vendues sur le marché en cause. A supposer qu'il doive également

être tenu compte des accords verticaux conclus « en amont » entre l'intimée et ses fournisseurs, dont la BRASSERIE DE DIEKIRCH établie au Grand-Duché de Luxembourg, il ressort des éléments auxquels la cour a pu avoir égard que ceux-ci n'ont pas pour effet de cloisonner le marché unique et d'affecter le commerce entre les États membres.

Par conséquent, l'article 81, § 1er, du traité CE (article 101, § 1er, TFUE) n'est pas applicable en tant que tel à l'accord en cause.

L'importance que revêt cette question est toutefois fort théorique dès lors que le droit matériel belge de la concurrence applicable en l'espèce est une transposition directe du droit européen.

Au risque d'être redondant, un rappel des principes qui gouvernent l'application de l'article 81, § 1er du traité CE (101, § 1er, TFUE) et mutatis mutandis l'article 2 de la LPCE, dans l'hypothèse d'un ensemble de contrats de distribution de bière dans un marché donné, doit être fait.

Selon la jurisprudence « Delimitis » de la Cour de justice de l'Union européenne (anciennement C.J.C.E., 28 février 1991, aff. C-234/89, Rec., 1991, p. I-935), il convient d'analyser les effets que produit le contrat en cause, en combinaison avec d'autres contrats du même type, sur les possibilités, pour les concurrents nationaux ou originaires d'autres États membres, de s'implanter sur le marché ou d'y agrandir leur part de marché.

Après avoir délimité le marché en cause, il faut déterminer si celui-ci est difficilement accessible compte tenu, notamment, de la nature et l'importance de contrats similaires, de la taille des producteurs présents sur le marché et de son degré de saturation. Les contrats conclus par la brasserie concernée peuvent éventuellement contribuer à l'« effet cumulatif de blocage » de ce marché (ou encore effet « de fermeture » ou « de verrouillage ») produit par l'ensemble des contrats similaires relevés sur celui-ci. La responsabilité de cet effet doit être imputée aux brasseries qui y contribuent de manière significative en raison de leur position sur le marché (part de marché de la brasserie ou du groupe auquel elle appartient, nombre de points de vente liés par rapport au nombre total de débits de boissons relevés sur le marché, mais aussi durée manifestement excessive des contrats individuels conclus par la brasserie par rapport à la durée moyenne des contrats de fourniture de bière généralement conclus sur le marché). Selon les points 7, alinéa 1er, b et 8 de la « Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) » (2001/C 368/07, J.O.C.E., 2001, 22 décembre 2001, C363/13), « lorsque sur un marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif d'accords de vente de biens ou de services contractés par différents fournisseurs ou distributeurs (effet cumulatif de verrouillage de réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires sur le marché) », « les accords entre entreprises non concurrentes qui affectent le commerce

entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1 du traité (...) si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse pas (5 %) sur aucun des marchés affectés par l'accord. » En outre, « On considère que les fournisseurs ou distributeurs individuels dont la part de marché n'exède pas 5 % ne contribuent en général pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage. Un effet cumulatif de verrouillage n'existera vraisemblablement pas si moins de 30 % du marché en cause est couvert par des (réseaux parallèles d') accords ayant des effets similaires. »

Dans son arrêt du 5 juillet 2001, le Tribunal de l'Union européenne (anciennement Trib. 1ère inst. C.E., 5 juillet 2001, Roberts, T-25/99, Rec., 2001, p. II-1881) a précisé que si le réseau d'accords d'un brasseur grossiste avec ses clients individuels (dit accords « en aval ») ne contribuait pas en lui-même de manière significative à l'effet cumulatif de blocage du marché, il ne pouvait toutefois être fait abstraction des réseaux d'accords existants entre ce grossiste et ses fournisseurs, à savoir les brasseurs nationaux (dit accords « en amont ») qui peuvent participer à cet effet lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

- d'une part, les accords « en amont » doivent contenir une disposition pouvant s'analyser comme « une obligation d'achat (engagement d'achat de quantités minimales, obligations de stockage ou obligations de non-concurrence) » ;
- d'autre part, il faut que ces accords « en amont » soient à ce point contraignants que l'accès au réseau d'accords « en aval » du brasseur grossiste ne soit plus possible, ou à tout le moins soit rendu très difficile pour d'autres brasseurs. « En effet, si l'effet contraignant des accords "en amont" est limité, d'autres brasseurs ont la possibilité de conclure des contrats de fournitures avec le brasseur grossiste et d'accéder ainsi au réseau d'accord "en aval" de ce dernier. Il serait ainsi en mesure d'avoir accès à tous les établissements faisant partie dudit réseau sans qu'il soit nécessaire de conclure des accords séparés avec chaque point de vente. »

Enfin, comme l'ont rappelé les premiers juges, « la notion d'entreprise, au sens de l'article 81, § 1er, du traité CE, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause – même si du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales – consistant en une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé (cf. l'arrêt du Tribunal de première instance du 20 mars 2002 (HFN, aff. T-9/99, Rec., p. II-1487) et l'arrêt du Tribunal de première instance du 11 décembre 2003 (Minoan Lines, aff., T-66/99, Rec., p. II-5515). » (jugement, feuillet 60). En l'espèce, il n'est pas contesté que le marché en cause est celui de la distribution de la bière dans le secteur « horeca » en Belgique. Il est également constant qu'à l'époque des faits, les parts de ce marché se répartissent entre les bras-

seurs nationaux détenant plus de 5 % de ce marché selon les proportions suivantes :

- Interbrew (actuellement InBev) : environ 56 %
- Alken-Maes : environ 13 %
- Palm : environ 7 %
- Haacht : environ 6 %.

Il n'est pas discuté du fait que l'appelant s'est engagé à s'approvisionner en bière exclusivement auprès de l'intimée pour une durée de dix ans pour une quantité minimale de 50 hectolitres par an, que les parties à la convention du 1er mai 2000 ne sont pas des concurrents et que sur le marché en cause, il existe des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires qui couvrent au moins 30 % de celui-ci. En principe, conformément à la jurisprudence *Delimitis* et la communication « de minimis » de la Commission, si l'intimée ne détient pas plus de 5 % du marché en cause, elle ne possède pas une position significative sur celui-ci et la convention du 1er mai 2000 ne restreint pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, § 1er du traité CE et de l'article 2 de la LPCE.

Dès lors qu'il n'est pas contestable que l'intimée est une entreprise indépendante au sens de l'article 81, § 1er du traité CE et que sa part dans le marché en cause pour les années 2004 à 2008 (seules données disponibles, mais qui sont relativement constantes), oscille entre 0,05 et 0,06 %, la convention litigieuse n'est pas contraire à l'article 81, § 1er du traité CE (10, § 1er, TFUE) ni mutatis mutandis à l'article 2, § 1er, de la LPCE. Au regard de la part du marché en cause détenue par l'intimée, le fait que la convention ait été conclue pour une durée de dix ans ne remet pas en cause cette conclusion.

L'intimée a conclu le 29 mai 2000 un contrat d'approvisionnement exclusif avec la SA de droit luxembourgeois BRASSERIE DE DIEKIRCH (devenue BRASSERIE DE LUXEMBOURG). Ce contrat concerne uniquement la fourniture de bière à l'établissement de l'appelant. L'intimée s'est obligée à fournir dans l'établissement de l'appelant au moins 700 hectolitres de bière de la BRASSERIE DE DIEKIRCH à l'exclusion de toutes autres bières du même type pendant la durée de la convention, laquelle est fixée à dix ans et prend cours le 1er mai 2000. L'exclusivité consentie s'explique par le fait que la BRASSERIE DE DIEKIRCH s'est engagée à participer à l'investissement de l'appelant en lui prêtant une somme de 240.000 BEF, en prenant en charge le coût de la réparation de son enseigne pour environ 10.000 BEF et en modifiant son installation de débit pour 48.955 BEF. Cet accord « en amont » entre l'intimée, brasseur grossiste, et la BRASSERIE DE DIEKIRCH, brasseur fournisseur, de même que tout autre accord de fourniture passé entre la première et d'autres brasseurs fournisseurs ou nationaux pourraient avoir un effet contraignant sur le marché en cause, pour autant que soit démontré que ces accords rencontrent les deux conditions énoncées par le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt Roberts, précité.



*Oltre la convention du 29 mai 2000 avec la SA BRASSERIE DE DIEKIRCH, il n'est pas contesté que l'intimée a également signé le 20 août 2000 un contrat de concession quasi exclusive de vente avec la BRASSERIE D'ORVAL. Cette concession est limitée au territoire de la province de Luxembourg et à une partie de celle de Namur. Elle est partagée avec huit autres distributeurs et ne concerne que la Trappiste d'Orval.*

*Rien ne permet de démontrer que « la Brasserie du Grand Enclos a vraisemblablement conclu des obligations de non-concurrence similaires avec d'autres brasseurs fournisseurs. » Il n'est nullement établi que « l'intimée a implicitement admis avoir conclu plusieurs contrats d'approvisionnement exclusifs 'en amont' » (les conclusions de l'appelant du 30 septembre 2011, page 5).*

*Au contraire, il ressort des pièces produites par l'intimée que celle-ci était à l'époque des faits effectivement à même de se fournir auprès d'un très grand nombre d'autres brasseries, petites et grandes et de leur donner ainsi accès aux débits de boissons qu'elle fournissait. L'abondance de ses fournisseurs démontre à suffisance que l'intimée n'était pas liée à d'autres brasseries par des contrats d'approvisionnement exclusif « en amont » que ce soit pour des bières de type « pils » ou des bières spéciales.*

*A défaut d'avoir accordé une exclusivité à d'autres brasseurs « en amont », l'intimée est libre de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs pour toutes les bières et autres produits vendus dans les débits de boissons avec lesquels elle a signé des contrats d'approvisionnement « en aval », à la seule exception de l'établissement de l'appelant, mais uniquement pour les bières de la BRASSERIE DE DIEKIRCH et de la brasserie d'ORVAL dont elle partage toutefois l'exclusivité avec d'autres brasseurs sur un territoire limité.*

*En conséquence, les accords conclus « en amont » par l'intimée n'ont qu'un faible effet contraignant, d'autres brasseurs pouvant conclure des accords « en amont » avec l'intimée et accéder ainsi à son réseau d'accords « en aval », ce qui est avéré par les pièces déposées par l'intimée.*

*A défaut de pouvoir rattacher les accords « en aval » avec les accords ou réseaux d'accords « en amont » des brasseurs nationaux, il est indifférent d'analyser la place qu'occupe la SA BRASSERIE DE DIEKIRCH (devenue BRASSERIE DU LUXEMBOURG) au sein d'INBEV ni la part du marché en cause que celles-ci détiennent seules ou en vertu de réseaux d'accords parallèles.*

*En conséquence, la clause d'approvisionnement exclusif contenue dans la convention du 1er mai 2000 n'est pas nulle au regard de l'article 81, § 1er du traité CE (101, § 1er, TFUE) et, en conséquence, de l'article 2, § 1er, de la LPCE. »*

#### **Commentaar Herlinde Burez**

Het hof van beroep te Luik toont in zijn arrest blijk van een verfijnde mededingingsrechtelijke analyse van de brouwerijcontracten. Het volgt daarbij trouw de *De Minimis* mededeling van de Europese Commissie en de *Delimitis* test zoals

gepreciseerd en verfijnd in de latere rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Voor andere rechtspraak inzake de verenigbaarheid van brouwerijcontracten met het Europese en Belgische mededingingsrecht, zie bijv. 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; Cass. 15 mei 2009, T.B.M.-R.C.B. 2009/4; Antwerpen 25 mei 2009, T.B.M.-R.C.B. 2011/1, p. 37 en Cass. 10 juni 2010, T.B.M.-R.C.B. 2011/1, p. 41 met noot H. Burez, “*Belgisch bier brengt Hof van Cassatie van de wijs*”.

#### **Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.)**

#### **8 mars 2012 – Kapitol – Magyar Telekom**

#### **Arrêt interlocutoire – Demande d'avis à la Commission**

“ *IV. Discussion*

*b) L'article 102 TFEU et les articles 3 et 4 de la loi du 10 juin 2006*

*“17. (...) Afin de définir précisément le marché en cause dans le cadre de l'application de la disposition précitée Kapitol expose qu'elle exploite en Belgique un site internet d'annuaires téléphoniques permettant aux usagers d'accéder gratuitement aux données des abonnés au téléphone en Europe. Elle fournit en Belgique, un service d'annuaires téléphoniques destiné à des entreprises belges et commercialise en Belgique, des annuaires téléphoniques européens sous la forme de cd roms et de dvd roms.*

*Dans le cadre de cette activité, elle souhaite créer un annuaire hongrois, compléter son annuaire européen et ainsi, satisfaire les consommateurs et entreprises belges accédant ou souhaitant accéder à celui-ci, ce qu'elle ne peut faire actuellement en raison du refus de Magyar Telekom de lui communiquer les données relatives à ses abonnés sous la forme requise. Kapitol considère qu'elle se situe sur le marché des annuaires téléphoniques qu'elle distingue du marché des renseignements téléphoniques sur lequel elle n'est pas active.*

*18. Pour fournir les services que constituent ses activités, Kapitol doit pouvoir accéder aux données essentielles à ses services. Elle soutient que le marché de l'accès aux données des abonnés au téléphone de Magyar Telekom est une infrastructure essentielle détenue par cette dernière et qu'il existe au moins deux marchés d'accès à ces infrastructures :*

- *D'une part, le simple accès en ligne des données des abonnés au téléphone qui est suffisant pour la fourniture d'un service de renseignements téléphoniques international par les opérateurs de télécommunication ;*
- *D'autre part, la mise à disposition physique des données des abonnés au téléphone qui est nécessaire pour l'édition d'annuaires téléphoniques.*