

lid 1 VWEU, de vraag gesteld of de overige bepalingen onlosmakelijk met deze bepaling verbonden zijn. Zie hierover o.m. de memorie van toelichting bij de Wet van 2006, *Parl. St. Kamer*, 51-2180/001, p. 39, Brussel, 23 november 1995, *A.J.T.* 1996-1997, 100; X. Taton, ‘L’office du juge et la nullité en droit de la concurrence », annotation sous Bruxelles, 10 octobre 2008, *T.B.H.* 2009/5, 487-495 ; D. Vandermeersch, *De mededingingswet*, Kluwer 2007, p. 494-496; Y. Montagnie, “Prejudiciële vragen in de WBEM en de draagwijdte van de nietigheidssanctie in het Europese kartelverbod”, *Jaarboek Handelspraktijken en mededinging 2005*, 781; P. Wytinck, “Sancties, risico’s en kosten bij overtredingen van het mededingingsrecht” in *Gericht op mededinging. Liber Amicorum Bernard van de Walle de Ghelcke*, Maklu 2010; F. Wijckmans en F. Tuytschaever, *Distributieovereenkomsten in het Mededingingsrecht*, Larcier 2012, p. 23-24.

Cour de Cassation

29 février 2010 – FIAT Group Automobiles Belgium c/ Fortis Banque et TCI Auto Service

Champ d’application de l’article 101 TFUE – Effet sur le commerce intracommunautaire – caractère « sensible »

FIAT prétend devant la Cour de Cassation que l’arrêt attaqué de la Cour d’Appel de Bruxelles ne justifie pas légalement la décision selon laquelle le contrat de concession exclusive entre FIAT et TCI Auto Service tombe dans le champ d’application de l’article 101, paragraphe 1^{er}, du Traité sur le Fonctionnement de l’Union Européenne (à l’époque, l’article 85, paragraphe 1^{er} du Traité C.E.E.) puisque l’arrêt ne constate pas que son effet sur le commerce intracommunautaire et sur la concurrence au sein du marché intracommunautaire serait « sensible ».

« L’article 85, paragraphe 1er, du Traité C.E.E. prévoit 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 : a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d’achat ou de vente ou d’autres conditions de transaction, b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, c) répartir les marchés ou les sources d’approvisionnement.

La Cour de justice de l’Union européenne a rappelé, par arrêt du 24 septembre 2009 (Erste Group Bank, affaires jointes C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P), que, pour être susceptibles d’affecter le commerce entre États

membres, une décision, un accord ou une pratique doivent, sur la base d’un ensemble d’éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d’envisager avec un degré de probabilité suffisant qu’ils exercent une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d’échanges entre États membres et cela, de manière à faire craindre qu’ils puissent entraver la réalisation d’un marché unique entre États membres. Selon cette cour (arrêt du 25 novembre 1971, Béguelin, 22/71), l’accord doit en outre affecter de façon sensible le commerce entre États membres.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice (arrêts du 23 novembre 2006, Asnef-Equifax et Administración del Estado, C-238/05 et du 25 novembre 1971, Béguelin, 22/71) que l’incidence sur les échanges intracommunautaires peut résulter de la réunion de plusieurs facteurs. L’appréciation du caractère sensible de celle-ci dépend des circonstances de chaque espèce et doit prendre en compte différents éléments, comme le contexte économique et juridique de l’entente, la nature de celle-ci, les caractéristiques des produits concernés et, enfin, la position ainsi que l’importance qu’occupent les intéressés sur le marché en cause.

En l’espèce, l’arrêt attaqué considère que la demanderesse elle-même admet « que le contrat de concession du 15 septembre 1993 peut être qualifié d’entente prohibée au sens de l’article 85 du traité C.E.E. en ce qu’il comporte diverses clauses en matière notamment de zone réservée, d’interdiction de vente à des revendeurs, de non-concurrence et d’exclusivité de marque ». Il reproduit trois dispositions du contrat de concession pour illustrer son propos.

Il constate que le contrat litigieux constitue un contrat-type de concession de vente exclusive de véhicules de la marque Fiat, que la demanderesse impose à l’ensemble de son réseau de distributeurs.

Dans l’appréciation de la condition de l’affectation du commerce entre États membres, l’arrêt estime qu’il doit « être tenu compte de l’effet de réseau, en ce sens que si, considéré isolément, un contrat de concession de vente ne paraît pas susceptible d’affecter le commerce entre les États membres, il n’en est pas nécessairement de même lorsque le même concédant est lié de la même manière à tout un réseau même purement national de concessionnaires ».

L’arrêt considère que « les constructeurs automobiles pénètrent l’ensemble du marché commun, ou des parties substantielles de celui-ci, au moyen d’ensembles d’accords comportant des restrictions de concurrence analogues et [qu’]ils affectent ainsi non seulement la distribution et le service de vente et d’après-vente à l’intérieur des États membres mais aussi le commerce entre ceux-ci ».

Il se réfère expressément sur ce point au considérant n° 3 du règlement 123/85 du 12 décembre 1984 concernant l’application de l’article 85, paragraphe 3, du Traité C.E.E. à des catégories d’accords de distribution et de service de vente et d’après-vente de véhicules automobiles, qui prévoit que l’applicabilité de l’article 85, paragraphe 1er, du Traité C.E.E. à ces accords découle notamment du fait que les

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.