



Rapport annuel 2003

Annexes

Volume 4

Arrêts de la Cour d'Appel de Bruxelles relatifs aux décisions du Conseil de la concurrence et de son Président



Jaarverslag 2003

Bijlagen

Deel 4

Arresten van het Hof van Beroep te Brussel met betrekking tot beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn Voorzitter

Raad voor de Mededinging
Koning Albert II-laan, 9
1210 Brussel

Tel.: + 32 . 2 . 206.42.67
Fax : + 32 . 2 . 203.89.76

e-mail : RACO@mineco.fgov.be

Verantwoordelijke uitgever :
Stefaan Raes,
Koning Albert II-laan, 9 te 1210 Brussel.

Conseil de la concurrence
Bd du Roi Albert II, 9
1210 Bruxelles

Tél.: + 32 . 2 . 206.42.67
Fax : + 32 . 2 . 203.89.76

e-mail : RACO@mineco.fgov.be

Editeur responsable :
Stefaan Raes,
Bd du Roi Albert II, 9 à 1210 Bruxelles.

Bijlagen - Annexes

Volume 4 - Deel 4

5. ARRESTEN VAN HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL M.B.T. BESLISSINGEN VAN DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING en VAN ZIJN VOORZITTER - ARRETS DE LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES RELATIFS AUX DECISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE et DE SON PRESIDENT.....	3
5.1. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 30.06.2003, BIAC/NV Restair en AOC/BAR.....	3
5.2. Cour d' appel de Bruxelles, neuvième chambre, 06.11.2003, Loterie Nationale/l' Etat Belge c. Daube Daniel.....	21
5.3. Hof van Beroep te Brussel, negende kamer bis, 10.11.2003, NV Lyfra Partagro/BVBA Tabavin t. Belgische Staat.....	24
5.4. Cour d' appel de Bruxelles, neuvième chambre bis, 25.11.2003, Bureau Technique Verbrugghen/AIB Vincotte Belgium/ARGB/Electro-test ASBL/Apragaz ASBL/O.C.B. VZW c. l' Etat Belge.....	31
5.5. Cour d' appel de Bruxelles, neuvième chambre bis, 25.11.2003, ATK VZW ktn c. l' Etat Belge.....	63

ARREST

N° 142

Rep. Nr. 2003/4561

9de kamer bis

Het **Hof van Beroep te BRUSSEL**, negende kamer bis, na beraadslaging, spreekt volgend arrest uit :

A.R. nr. 2001/MR/2 + 2001/MR/3 + 2001/MR/6 + 2001/MR/7

INZAKE 2001/MR/2 en 2001/MR/3 :

1. **BRUSSELS INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY N.V.**, afgekort **BIAC**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Vooruitgangstraat 80,

eerste appellante

vertegenwoordigd door Mr. WYTINCK Peter, advocaat te 1060 BRUSSEL, H. Wafelaertsstraat 47-51;

2. **RESTAIR N.V.**, met maatschappelijke zetel te 9051 SINT-DENIJS-WESTREM, Maaltekouter, ingeschreven in het handelsregister te Gent, onder het nummer 170.642, en met exploitatiezetel te 1930 Zaventem, Luchthaven Brussel-Nationaal, ingeschreven in het handelsregister te Brussel onder nummer 573.378,

tweede appellante

vertegenwoordigd door Mr. EYSKENS Werner, advocaat te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan, 268 A en Mr. ARTS Dirk, advocaat te 1000 BRUSSEL, Kortenberglaan 60;

Eindarrest

(vernietiging)

IN AANWEZIGHEID VAN :

1. **De BELGISCHE STAAT**, vertegenwoordigd door de Minister van Economie, waarvan het kabinet gevestigd is te 1000 Brussel, de Meeûsquare 23,

vertegenwoordigd door Mr. VERVAEKE Eric, advocaat te 2000 Antwerpen, Lange Nieuwstraat 21-23;

2. **AIRLINE OPERATORS COMMITTEE V.Z.W.**, afgekort **AOC**, met zetel te 1930 ZAVENTEM 2, Luchthaven Brussel Nationaal b 78,

vertegenwoordigd door Mr. WOUTERS Mia, advocaat te 1180 BRUSSEL, Vossendreef 6 b 11;

3. **De beroepsvereniging BOARD OF AIRLINES REPRESENTATIVES**, afgekort **BAR**, met zetel te 1083 BRUSSEL, Oscar Maesschalkstraat 25 b 5,

vertegenwoordigd door Mr. WOUTERS Mia, advocaat te 1180 BRUSSEL, Vossendreef 6 b 11;

INZAKE 2001/MR/6 :

1. **AIRLINE OPERATORS COMMITTEE V.Z.W.**, afgekort **AOC**, met zetel te 1930 ZAVENTEM 2, Luchthaven Brussel Nationaal b 78,
2. **De beroepsvereniging BOARD OF AIRLINES REPRESENTATIVES**, afgekort **BAR**, met zetel te 1083 BRUSSEL, Oscar Maesschalkstraat 25 b 5,

appellanten.

vertegenwoordigd door Mr. WOUTERS Mia, advocaat te 1180 BRUSSEL, Vossendreef 6 b 11;

IN AANWEZIGHEID VAN :

1. **BRUSSELS INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY N.V.**, afgekort **BIAC**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Vooruitgangstraat 80,

vertegenwoordigd door Mr. WYTINCK Peter, advocaat te 1060 BRUSSEL, H. Wafelaertsstraat 47-51;

2. **RESTAIR N.V.**, met maatschappelijke zetel te 9051 SINT-DENIJS-WESTREM, Maaltekouter, ingeschreven in het handelsregister te Gent, onder het nummer 170.642, en met exploitatiezetel te 1930 Zaventem, Luchthaven Brussel-Nationaal, ingeschreven in het handelsregister te Brussel onder nummer 573.378,

vertegenwoordigd door Mr. EYSKENS Werner, advocaat te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan, 268 A en Mr. ARTS Dirk, advocaat te 1000 BRUSSEL, Kortenberglaan 60;

3. **De BELGISCHE STAAT**, vertegenwoordigd door de Minister van Economie, waarvan het kabinet gevestigd is te 1000 Brussel, de Meeûsquare 23,

vertegenwoordigd door Mr. VERVAEKE Eric, advocaat te 2000 Antwerpen, Lange Nieuwstraat 21-23;

INZAKE 2001/MR/7 :

1. **AIRLINE OPERATORS COMMITTEE V.Z.W.**, afgekort **AOC**, met zetel te 1930 ZAVENTEM 2, Luchthaven Brussel Nationaal b 78,
2. **De beroepsvereniging BOARD OF AIRLINES REPRESENTATIVES**, afgekort **BAR**, met zetel te 1083 BRUSSEL, Oscar Maesschalkstraat 25 b 5,

appellanten.

vertegenwoordigd door Mr. WOUTERS Mia, advocaat te 1180 BRUSSEL, Vossendreef 6 b 11;

IN AANWEZIGHEID VAN :

1. **BRUSSELS INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY N.V.**, afgekort **BIAC**, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Vooruitgangstraat 80,

vertegenwoordigd door Mr. WYTINCK Peter, advocaat te 1060 BRUSSEL, H. Wafelaertsstraat 47-51;

2. **RESTAIR N.V.**, met maatschappelijke zetel te 9051 SINT-DENIJS-WESTREM, Maaltekouter, ingeschreven in het handelsregister te Gent, onder het nummer 170.642, en met exploitatiezetel te 1930 Zaventem, Luchthaven Brussel-Nationaal, ingeschreven in het handelsregister te Brussel onder nummer 573.378,

vertegenwoordigd door Mr. EYSKENS Werner, advocaat te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan, 268 A en Mr. ARTS Dirk, advocaat te 1000 BRUSSEL, Kortenberglaan 60;

3. **De BELGISCHE STAAT**, vertegenwoordigd door de Minister van Economie, waarvan het kabinet gevestigd is te 1000 Brussel, de Meeûsquare 23,

vertegenwoordigd door Mr. VERVAEKE Eric, advocaat te 2000 Antwerpen, Lange Nieuwstraat 21-23;

In de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3

Gelet op:

- het arrest van de 9^{de} kamer bis van het Hof van beroep te Brussel van 25 februari 2002,
- de brief van de Raad voor de Mededinging van 29 maart 2002, toegekomen ter griffie van het Hof op 3 april 2002, waarin deze mededeelt geen schriftelijke opmerkingen te willen maken,
- de schriftelijke opmerkingen voor de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economie, ingediend ter griffie op 12 april 2002,
- de schriftelijke opmerkingen voor AOC en BAR, ingediend ter griffie op 29 mei 2002,

- de schriftelijke opmerkingen voor BIAC, ingediend ter griffie op 28 juni 2002,
- de schriftelijke opmerkingen voor Restair, ingediend ter griffie op 28 juni 2002, en
- de schriftelijke opmerkingen voor AOC en BAR, ingediend ter griffie op 6 september 2002;

In de zaak 2001/MR/6

Gelet op:

- de beslissing nr. 2001 – E/A – 14 van 30 maart 2001 van de Raad voor de Mededinging,
- het verzoekschrift tot hoger beroep van AOC en BAR, ingediend ter griffie op 18 juni 2001,
- de schriftelijke opmerkingen voor AOC en BAR, ingediend ter griffie op 29 mei 2002,
- de schriftelijke opmerkingen voor BIAC, ingediend ter griffie op 28 juni 2002,
- de schriftelijke opmerkingen voor Restair, ingediend ter griffie op 28 juni 2002, en
- de schriftelijke opmerkingen voor AOC en BAR, ingediend ter griffie op 6 september 2002;

In de zaak 2001/MR/7

Gelet op:

- de beslissing nr. 2001 – E/A – 14 van 30 maart 2001 van de Raad voor de Mededinging,
- het verzoekschrift van AOC en BAR, ingediend ter griffie op 19 juni 2001,
- de schriftelijke opmerkingen voor AOC en BAR, ingediend ter griffie op 2 juli 2001,
- de schriftelijke opmerkingen voor AOC en BAR, ingediend ter griffie op 29 mei 2002,
- de schriftelijke opmerkingen voor BIAC, ingediend ter griffie op 28 juni 2002,
- de schriftelijke opmerkingen voor Restair, ingediend ter griffie op 28 juni 2002, en
- de schriftelijke opmerkingen voor AOC en BAR, ingediend ter griffie op 6 september 2002;

I. RELEVANTE FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

1. Op 30 juni 1993 werd tussen de rechtsvoorgangers van BIAC en Restair een overeenkomst gesloten, genoemd “exploitatie-overeenkomst salons voor luchtvaartmaatschappijen of andere commerciële maatschappijen”.

Krachtens die overeenkomst verleende BIAC aan Restair het recht om in de luchthaven te Zaventem zogenaamde “VIP lounges”, of salons, uit te baten, waar luchtvaartmaatschappijen of andere commerciële ondernemingen hun klanten kunnen ontvangen.

Het recht was exclusief, met als uitzondering dat luchtvaartmaatschappijen die ten minste 25% van het totaal aantal passagiers van de luchthaven vervoeren zelf “VIP lounges” mochten inrichten, zo zij daartoe met BIAC een overeenkomst sloten. In de praktijk kon alleen Sabena van die uitzondering gebruik maken.

Bepaalde zones van de luchthaven werden daartoe aan Restair toegewezen.

De overeenkomst werd gesloten voor tien jaar, met mogelijkheid van verlenging voor opeenvolgende periodes van vijf jaar.

2. Op 1 juni 1995 heeft BIAC die overeenkomst aangemeld bij de Dienst voor de Mededinging. De aanmelding werd geregistreerd met nummer E/A – 95/0016.

BIAC wilde een verklaring door de Raad voor de Mededinging te bekomen, luidens dewelke het verbod vervat in artikel 2, § 1 van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging niet van toepassing was, of, ten minste, een verklaring door de Raad waarbij dat verbod buiten toepassing wordt verklaard, overeenkomstig artikel 2, § 3 van dezelfde Wet.

3. Bij brief van 29 september 1999 heeft de Dienst zijn verslag voorgelegd aan de Raad.

Volgens de Dienst is het verbod vervat in artikel 2, § 1, wel degelijk van toepassing, en kan het niet buiten toepassing worden verklaard overeenkomstig artikel 2, § 3.

De Dienst stelde de Raad voor volgende beslissingen te nemen:

- verplichting tot verwijdering van de clausules die artikel 2, § 1 schenden, meer bepaald het vereiste dat een uitzondering op de exclusiviteit alleen werd toegestaan aan luchtvaartmaatschappijen die 25% van de passagiers van de luchthaven vervoeren, de duur van de overeenkomst, en de aanwijzing van Restair als uitbating van de nieuwe “pier”, die bij het sluiten van de overeenkomst in het vooruitzicht was gesteld,
- verplichting tot aanwijzing van een tweede cateraar voor de luchthaven, en
- betaling door BIAC van een boete, op grond van de overweging dat de overeenkomst pas op 1 juni 1995 werd aangemeld, terwijl BIAC reeds sinds maart 1994 een vergoeding ontving van Restair; de boete dient 1.736.063 BEF (43.035,88 euro) te bedragen, gelijk aan 5% van de tot en met mei 1995 door BIAC van Restair te ontvangen vergoeding.

4. Op 30 maart 2001 heeft de Raad voor de Mededinging als volgt beslist (beslissing nummer E/A – 14):

“Stelt vast dat de aangemelde overeenkomst valt onder art. 2 § 1 WBEM, zodat er geen negatieve verklaring conform de art. 6 en 30 WBEM wordt verleend;

Verleent aan de aangemelde overeenkomst conform de art. 2 § 3 en 29 § 1 WBEM een individuele vrijstelling voor de periode van 1 juli 1995 tot 31 december 1997;

Verklaart zich onbevoegd om te oordelen over het huidig verzoek voor de periode vanaf 1 januari 1998;

Legt aan de N.V. BIAC en de N.V. Restair een geldboete op van HONDERDVIJFTIGDUIZEND FRANK (150.000 BFr.) elk wegens laattijdige aanmelding van de overeenkomst;”

De som van 150.000 BEF bedraagt thans 3.718,40 euro.

5. Zowel BIAC (nummer 2001/MR/2 van de algemene rol van het Hof) als Restair (nummer 2001/MR/3 van de algemene rol van het Hof) hebben hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 maart 2001.

In beide rechtsplegingen (2001/MR/2 en 2001/MR/3) heeft de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economie, een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst ingediend.

Ook de V.Z.W. Airline Operators Committee, afgekort AOC, en de beroepsvereniging Board of Airlines Representatives, afgekort BAR, hebben in dezelfde rechtsplegingen eveneens een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst ingediend.

6. Bij tussenarrest van 25 februari 2002 heeft de 9^{de} kamer bis van het Hof van beroep te Brussel, in de zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, als volgt beslist:

- het hoger beroep in de zaak 2001/MR/2, ingesteld door BIAC, en dit in de zaak 2001/MR/3, ingesteld door Restair, beide gericht tegen de beslissing nummer 2001-E/A-14 van 30 maart 2001 van de Raad voor de Mededinging, worden gevoegd,
- beide hogere beroepen worden ontvankelijk verklaard,
- de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt geschorst, in zoverre zij een geldboete oplegt aan BIAC en aan Restair, en
- de terugbetaling van die geldboeten wordt bevolen.

Voorts worden termijnen bepaald voor de schriftelijke opmerkingen met het oog op de behandeling van de grond van de zaak.

7. Intussen hadden AOC en BAR zelf hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 maart 2001, zelfs tot twee maal toe (nummers 2001/AR/6 en 2001/AR/7 van de algemene rol van het Hof).

II. VORDERINGEN VOOR HET HOF VAN BEROEP

1. BIAC vordert in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3 als volgt, volgens de formulering in haar schriftelijke opmerkingen, ingediend ter griffie op 28 juni 2002:

“(haar) hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, en de bestreden beslissing van de Raad voor de Mededinging gedeeltelijk te hervormen, met name:

in hoofdorde:

- vast te stellen dat de aangemelde overeenkomst artikel 2, § 1 van de Wet van 5 augustus 1991 niet schendt,
- vast te stellen dat bijgevolg geen geldboete wegens laattijdige aanmelding kan verschuldigd zijn, en vast te stellen dat het niet nodig is om uitspraak te doen over de toepasselijkheid van de Grondafhandelingsrichtlijn,

in subsidiaire orde

- vast te stellen dat de aangemelde overeenkomst voor de gehele duur ervan wordt vrijgesteld onder artikel 2, § 3 van de Wet van 5 augustus 1991,
- vast te stellen dat deze Grondafhandelingsrichtlijn niet toepasselijk is op het aangemelde VIP loungecontract, alternatief, dat geen uitspraak moet worden gedaan over de mogelijke toepasselijkheid van deze Richtlijn,
- vast te stellen dat de oorspronkelijk aanmeldende partij, (...) BIAC, geen geldboete verschuldigd is wegens laattijdige aanmelding,

de tussenkomst van enerzijds de Belgische Staat en anderzijds AOC en BAR onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren en hen te veroordelen in de kosten van het geding (...).”

In de zaken 2001/MR/6 en 2001/MR/7 vordert BIAC het hoger beroep van AOC en BAR onontvankelijk te verklaren, en hen te veroordelen in de gerechtskosten.

In subsidiaire orde vraagt zij uitspraak te doen overeenkomstig het beschikkende gedeelte van haar schriftelijke opmerkingen van 28 juni 2002 in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3.

2. Restair vordert, zowel in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, als in de zaken 2001/MR/6 en 2001/MR/7, als volgt, volgens de formulering in haar schriftelijke opmerkingen, ingediend ter griffie op 28 juni 2002, die in al die zaken gelijkluidend zijn:

“(…) het hoger beroep van Restair onvankelijk en gegrond te verklaren:

zich te beraden en uit te spreken over de samenvoeging van de zaken met rolnummer 2001/MR/6 en met rolnummer 2001/MR/7 met de reeds gevoegde zaken met rolnummer 2001/MR/2 en 2001/MR/3,

de vordering van AOC en BAR om de huidige zaak te willen voegen met de klacht die door AOC en BAR in 1994 werd neergelegd bij de Dienst voor de Mededinging, minstens de behandeling op te schorten totdat de Raad voor de Mededinging uitspraak heeft gedaan in die zaak, ongegrond te verklaren,

de vordering van AOC en BAR om de behandeling van huidige zaak op te schorten overeenkomstig (artikel) 736 Ger.W. tot op de dag van de overlegging van documenten ongegrond te verklaren,

voor zover het Hof zelf toegang heeft gekregen tot stukken waartoe Restair in het kader van de procedure voor de Raad geen toegang heeft (...) verkregen, Restair de mogelijkheid te geven alsnog deze stukken te kunnen raadplegen en desgevallend aanvullende schriftelijke opmerkingen te kunnen neerleggen,

de bestreden beslissing van de Raad voor de Mededinging te hervormen, en

in hoofdorde

- vast te stellen dat de aangemelde overeenkomst niet binnen het toepassingsgebied van artikel 2 § 1 WEM valt en derhalve het daarin neergelegde verbod niet schendt,
- vast te stellen dat Restair geen geldboete verschuldigd is wegens laattijdige aanmelding,
- vast te stellen dat de vrijwillige tussenkomst van de Belgische Staat onvankelijk doch ongegrond is,
- vast te stellen dat de vrijwillige tussenkomst van AOC en BAR onvankelijk doch ongegrond is,
- vast te stellen dat elk der partijen die verschijnen voor het Hof van Beroep zijn eigen kosten zal dragen,

in ondergeschikte orde

indien het Hof van Beroep van oordeel zou zijn dat de aangemelde overeenkomst toch in het toepassingsgebied van artikel 2 § 1 WEM valt:

- vast te stellen dat de aangemelde overeenkomst kan worden vrijgesteld voor de gehele duur van de overeenkomst op grond van artikel 2 § 3 WEM,
- bijgevolg vast te stellen dat de Richtlijn 96/67/EG niet van toepassing is of, dat zelfs als Richtlijn 96/67/EG van toepassing zou zijn vast te stellen dat dit niet raakt aan de mogelijkheid om krachtens artikel 2 § 3 WEM een vrijstelling te verlenen,
- vast te stellen dat Restair geen geldboete verschuldigd is wegens laattijdige aanmelding,

- vast te stellen dat elk der partijen die verschijnen voor het Hof van Beroep zijn eigen kosten zal dragen.”

3. AOC en BAR vorderen, zowel in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, als in de zaken 2001/MR/6 en 2001/MR/7, als volgt, zoals geformuleerd in hun schriftelijke opmerkingen, ingediend ter griffie op 29 mei 2002, die in al die zaken gelijkkluidend zijn:

“de samenvoeging te willen bevelen van de procedures (...),

gebruik te maken van haar recht en huidige zaak overeenkomstig artikel 30 Ger.W. of artikel 31 Ger.W. te willen voegen met de klacht die door (AOC en BAR) in 1994 werd neergelegd, minstens de behandeling op te schorten totdat de Raad uitspraak heeft gedaan in deze zaak (artikel 1072 Ger.W.),

de behandeling van de zaak op te schorten overeenkomstig artikel 736 Ger.W. tot op de dag van de overlegging van de documenten vermeld (in het overwegende gedeelte),

subsidiar: de beslissing van de Raad in die mate te hervormen en te willen zeggen voor recht:

- dat de aangemelde overeenkomst een overtreding inhoudt van artikel 2 WBEM en niet in aanmerking kan komen voor een vrijstelling,
- dat de Belgische overheden enkel tot in december 1997 gerechtigd waren om de aangemelde overeenkomst vrij te stellen,
- dat mocht de overeenkomst voor een vrijstelling in aanmerking komen zij enkel kan worden vrijgesteld mits de door (AOC en BAR) in het overwegende gedeelte gesuggereerde voorwaarden minstens worden nageleefd.”

4. De Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economie, vordert het volgende, volgens zijn schriftelijke opmerkingen in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, ingediend ter griffie op 12 april 2002:

“de beide hogere beroepen ongegrond te verklaren,

gebruik te maken van de volheid van rechtsmacht, en de zaak in zijn geheel opnieuw te beoordelen,

te beslissen dat de op 1 juni 1995 door de N.V. BATC, later BIAC, aangemelde overeenkomst dd. 30 juni 1993, meer specifiek wat betreft de artikelen I.1, II.1 en XVII.4, een overeenkomst vormen die ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging op de Belgische betrokken markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, die verboden is bij art. 2 § 1 WBEM en dat er geen negatieve verklaring overeenkomstig artikel 6 WBEM af te leveren (is),

derhalve te zeggen dat er een restrictieve mededingingspraktijk bestaat en te bevelen dat deze beëindigd wordt, desgevallend volgens door het Hof voor te schrijven modaliteiten,

te bepalen dat er geen aanleiding is om een individuele vrijstelling van de aangemelde overeenkomst te verlenen, noch voor de periode vanaf 1 juli 1995 tot 31 december 1997, noch voor de periode vanaf 1 januari 1998 (...),

aan de NV BIAC en aan de NV. Restair elk een geldboete op te leggen overeenkomstig het voorstel geformuleerd door de Dienst Mededinging in zijn verslag aan de Raad voor de Mededinging dd. 29 september 1999.”

III. VOEGING

In de zaak 2001/MR/6 alsmede in de zaak 2001/MR/7, wordt hoger beroep ingesteld tegen dezelfde beslissing nummer 2001 – E/A – 14 van 30 maart 2001 van de Raad voor de Mededinging als in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3.

Zij werden alle behandeld en in beraad genomen ter terechtzitting van de 9^{de} kamer bis van het Hof van 9 september 2002.

Het past dan ook de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, de zaak 2001/MR/6 en de zaak 2001/MR/7 te voegen en samen te berechten.

IV. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP IN DE ZAAK 2001/MR/6

Artikel 43bis, § 2, tweede lid WBEM bepaalt dat hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging op straffe van onontvankelijkheid van rechtswege uit te spreken, wordt ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift, dat binnen een bepaalde termijn moet worden ingediend ter griffie van het Hof van beroep te Brussel.

Het verzoekschrift dat AOC en BAR in de zaak 2001/MR/6 hebben ingediend ter griffie op 18 juni 2001 draagt geen originele handtekening, maar alleen een fotokopie van de handtekening van de raadsman van appellanten.

Het hoger beroep moet dan ook onontvankelijk worden verklaard.

AOC en BAR blijken het ermee eens te zijn dat met het verzoekschrift in de zaak 2001/MR/6 geen ontvankelijk hoger beroep is ingesteld. De volgende dag, 19 juni 2001, hebben zij immers een tweede verzoekschrift tot hoger beroep ingediend, in de zaak 2001/MR/7, dat inhoudelijk identiek is, maar wel door hun raadsman ondertekend is.

V. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP IN DE ZAAK 2001/MR/7

1. BIAC betwist de ontvankelijkheid van het hoger beroep van AOC en BAR, op grond van de overweging dat zij niet het vereiste belang zouden hebben om de beslissing van de Raad voor de Mededinging met dat rechtsmiddel aan te vechten.

Artikel 43bis, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging (hierna kortheidshalve: WBEM), dat ten aanzien van het belang bij het hoger beroep relevant is, luidt als volgt:

“Het beroep waarin artikel 43 voorziet, kan worden ingesteld door de voor de Raad betrokken partijen, door de indiener van de klacht alsook door elke persoon die een belang kan doen gelden en die aan de Raad gevraagd heeft te worden gehoord. Het beroep kan eveneens door de Minister worden ingesteld, zonder dat deze een belang moet bewijzen.”

AOC en BAR kunnen alleen hoger beroep instellen indien zij te beschouwen zijn als “een persoon die een belang kan doen gelden en die aan de Raad gevraagd heeft te worden gehoord”.

2. Op 13 juli 1994 hebben AOC en BAR bij de Dienst voor de Mededinging klacht ingediend tegen de overeenkomst tussen BIAC en Restair van 30 juni 1993, wegens schending van artikel 2, § 1 Wet 5 augustus 1991. De klacht werd geregistreerd met nummer I/O – 94/0010.

Het is na die klacht dat BIAC de overeenkomst op 1 juni 1995 bij de Dienst heeft aangemeld.

Bij brief van 7 april 2000 van hun raadsman verzoeken AOC en BAR aan de Raad voor de Mededinging, met verwijzing naar hun klacht van 13 juli 1994 (nummer I/O 94/0010), om te mogen “tussenkomen” in de procedure volgend op de aanmelding (nummer E/A 95/0016).

Op 18 april 2000 heeft de Voorzitter van de Raad geantwoord dat AOC en BAR niet konden “tussenkomen” in de procedure E/A 95/0016, aangezien zij er geen partij in waren, doch dat zij wel konden worden gehoord. Die hoorzitting heeft plaatsgevonden op 3 mei 2000.

Aldus hebben AOC en BAR gevraagd aan de Raad om te worden gehoord, en is de Raad op dat verzoek ingegaan. Eén van de twee vereisten voor een ontvankelijk hoger beroep door AOC en BAR is aldus vervuld. Dit wordt ten andere door BIAC erkend.

3. AOC en BAR hebben bij de Dienst voor de Mededinging klacht ingediend tegen de overeenkomst tussen BIAC en Restair van 30 juni 1993, waarvan de latere aanmelding heeft geleid tot de beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 maart 2001, die zij thans in hoger beroep aanvechten.

De klacht strekt ertoe te horen zeggen dat die overeenkomst getroffen wordt door het verbod vervat in artikel 2, § 1 WBEM, en dat er geen reden is om dat verbod overeenkomstig artikel 2, § 3 WBEM buiten toepassing te horen verklaren.

De beslissing van 30 maart 2001 in de zaak E/A – 95/0016 is niet geheel in overeenstemming met het doel dat AOC en BAR als klagende partijen in de zaak I/O – 94/0010 voor ogen hadden.

AOC en BAR ontlenen hun belang bij hoger beroep aan de mogelijke invloed van de beslissing van 30 maart 2001 op de verdere behandeling van hun klacht door de verslaggever van het korps verslaggevers bij de Dienst voor de Mededinging en door de Raad voor de Mededinging zelf.

Aldus is ook het andere vereiste voor een ontvankelijk hoger beroep door AOC en Bar vervuld.

4. Volgens BIAC hebben AOC en BAR geen eigen belang bij het instellen van de rechtsvordering voor het Hof van beroep te Brussel, dat een rechtscollege van de rechterlijke orde is, maar oefenen zij een collectief belang uit, en zijn zij daarenboven daartoe niet eens bevoegd krachtens hun statuten.

Belang bij hoger beroep wordt echter ontleend aan de wens om een nadelige beslissing te horen teniet doen of wijzigen.

Overigens kunnen AOC en BAR belang doen gelden bij de naleving van artikel 2 WBEM wat betreft het inrichten van “VIP lounges” in de luchthaven te Zaventem.

AOC is een vereniging zonder winstoogmerk. Haar leden zijn vertegenwoordigers van luchtvaartmaatschappijen en van vliegtuigafhandelingsmaatschappijen.

Volgens artikel 2 van haar statuten heeft zij tot doel “de ontwikkeling van een goede relatie tussen de luchtvaartmaatschappijen, de luchtvaartautoriteiten, het bestuur der luchtvaart, regeringsinstanties en andere bij de luchtvaartindustrie betrokken ondernemingen, vliegtuigafhandelingsmaatschappijen, veiligheidsmaatschappijen, hotels enz.”.

De nagestreefde naleving van artikel 2 WBEM is in overeenstemming met dit maatschappelijk doel.

BAR is een beroepsvereniging, in de zin van de wet van 31 maart 1898. Haar doel is behartiging van de beroepsbelangen van haar leden, vertegenwoordigers van luchtvaartmaatschappijen.

De naleving van artikel 2 WBEM strookt met de beroepsbelangen van de leden van BAR. Het hoger beroep van AOC en BAR in de zaak 2001/MR/7 is ontvankelijk.

VI. ONTVANKELIJKHEID VAN DE TUSSENKOMSTEN IN DE GEVOEGDE ZAKEN 2001/MR/2 EN 2001/MR/3

1. BIAC betwist de ontvankelijkheid van de tussenkomst door AOC en BAR in de zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, op grond van dezelfde overwegingen die haar betwisting van de ontvankelijkheid van het hoger beroep van die partijen in de zaken 2001/MR/6 en 2001/MR/7 ondersteunen, en die betrekking hebben op de ontstentenis van belang.

AOC en BAR kwalificeren hun optreden als procespartij in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3 als een “vrijwillige tussenkomst”.

In zoverre zij in hun “verzoekschrift in vrijwillige tussenkomst” de wijziging van de bestreden beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 maart 2001 nastreven, stellen zij in wezen hoger beroep in tegen die beslissing.

In dat opzicht verschillen de vrijwillige tussenkomsten niet van de hogere beroepen in de zaken 2001/MR/6 en 2001/MR/7. Wat het vereiste belang betreft kan dan ook worden verwezen naar hetgeen is beslist in verband met de ontvankelijkheid van het hoger beroep in de zaken 2001/MR/6 en 2001/MR/7.

In zoverre AOC en BAR met hun vrijwillige tussenkomst de bevestiging van de beslissing van 30 maart 2001 nastreven, verzet geen enkele regel zich tegen hun optreden als procespartij voor het Hof van beroep.

In tegenstelling tot hetgeen BIAC voorhoudt, gaat het niet om een tussenkomst, voor het eerst in hoger beroep, die strekt tot het bekomen van een veroordeling. In zoverre zij geen appellanten zijn, concluderen zij immers tot bevestiging van de aangevochten beslissing.

De tussenkomst van AOC en BAR in de samengevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3 is dan ook ontvankelijk.

2. BIAC betwist eveneens de ontvankelijkheid van de tussenkomst van de Belgische Staat in de samengevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3.

Hoewel de verzoekschriften “tot vrijwillige tussenkomst” en de schriftelijke opmerkingen werden ingediend namens “de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economie”, moeten zij geacht worden uit te gaan van de Minister van Economische Zaken.

In de verzoekschriften “tot vrijwillige tussenkomst”, ingediend ter griffie op 19 juni 2001 in de zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, vraagt hij alleen akte te verlenen van zijn vrijwillige tussenkomst.

In zijn eerste schriftelijke opmerkingen, ingediend ter griffie op 19 juni 2001 in de zaak 2001/MR/2 en op 20 juni 2001 in de zaak 2001/MR/3, waarvan het beschikkende gedeelte werd hernomen in zijn latere schriftelijke opmerkingen, ingediend ter griffie op 12 april 2002, stelt hij hoger beroep in tegen de beslissing van 30 maart 2001, die reeds in hoger beroep werd bestreden door BIAC en Restair.

De vraag is dus niet of de Belgische Staat of de Minister van Economische Zaken kan tussenkomen in de rechtspleging voor het Hof, maar wel of hij hoger beroep kan instellen.

Artikel 43bis, § 2, eerste lid WBEM bepaalt dat de Minister van Economische Zaken hoger beroep kan instellen tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging, zonder van een belang te moeten doen blijken.

Krachtens het volgende lid moet het hoger beroep wel, op straffe van onontvankelijkheid van rechtswege uit te spreken, worden ingesteld bij verzoekschrift, ingediend ter griffie van het Hof van beroep te Brussel binnen een termijn van dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing.

De kennisgeving van de beslissing van 30 maart 2001 aan de Minister is geschied bij ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs van 4 april 2001, bij toepassing van artikel 40bis WBEM.

De schriftelijke opmerkingen, waarbij hoger beroep werd ingesteld, werden buiten de termijn van dertig dagen ingediend ter griffie. De “tussenkomst” kan dan ook niet worden aangemerkt als het hoger beroep bedoeld in artikel 43bis, § 2, eerste lid WBEM.

Krachtens artikel 43bis, § 2, vierde en vijfde lid WBEM, is incidenteel beroep mogelijk, indien het door de Minister wordt ingesteld binnen een maand na ontvangst van de brief waarbij hem kennis wordt gegeven van kopie van het verzoekschrift tot hoger beroep van de appellant. Die kennisgeving dient op straffe van onontvankelijkheid van het hoger beroep te geschieden binnen vijf dagen na indiening ter griffie van het verzoekschrift.

Het verzoekschrift tot hoger beroep voor BIAC werd ingediend ter griffie op 30 april 2001 (2001/MR/2) en dat voor Restair op 2 mei 2001 (2001/MR/3).

De Minister erkent er kennis van te hebben gekregen, en doet niet gelden dat de kennisgeving meer dan vijf dagen op de indiening van het verzoekschrift tot hoger beroep zou zijn gevolgd.

De schriftelijke opmerkingen, waarbij de Minister hoger beroep heeft ingesteld, werden bijgevolg eveneens buiten de wettelijke termijn ingediend.

De Minister van Economische Zaken heeft dus geen ontvankelijk hoger beroep ingesteld.

Zijn verzoekschriften “tot vrijwillige tussenkomst” en schriftelijke opmerkingen kunnen dan ook alleen in aanmerking genomen worden als de schriftelijke opmerkingen die de Minister

in elke rechtspleging in hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging kan indienen, overeenkomstig artikel 43bis, § 2, achtste lid WBEM.

VII. BETROKKENHEID VAN DE BELGISCHE STAAT, VERTEGENWOORDIGD DOOR DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN, IN DE ZAAK 2001/MR/7

In het verzoekschrift tot hoger beroep van AOC en BAR in de zaak 2001/MR/7 is vermeld dat hun hoger beroep is “gericht tegen” de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economische Zaken.

Het hoger beroep tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging kent echter geen geïntimeerde partij.

Artikel 43bis, § 2, derde lid WBEM schrijft niet voor dat in het verzoekschrift de identiteit wordt vermeld van de partij tegen wie het hoger beroep is gericht.

Artikel 43bis, § 2, vierde en vijfde lid WBEM bepalen wel dat de appellante kopie van het verzoekschrift ter kennis moet brengen van de partijen die kennis hebben gekregen van de bestreden beslissing, van de Raad voor de Mededinging en van de Minister, en dat incidenteel beroep kan worden ingesteld. Overeenkomstig artikel 40bis WBEM zijn de partijen die kennis hebben gekregen van de bestreden beslissing “de partijen, de eisers en de Minister”.

Uit die bepalingen volgt echter evenmin dat een hoger beroep tegen de Minister van Economische Zaken moet zijn gericht, en zeker niet dat hij in het verzoekschrift tot hoger beroep moet zijn vermeld.

De hier bedoelde vermelding in het verzoekschrift tot hoger beroep in de zaak 2001/MR/7 is dan ook overtuigend.

De Belgische Staat is niet betrokken in de rechtspleging.

De Minister van Economische Zaken kon schriftelijke opmerkingen maken, zoals in elke rechtspleging in hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging (artikel 43bis, § 2, achtste lid WBEM).

Hij heeft in de zaak 2001/MR/7 van die mogelijkheid echter geen gebruik gemaakt.

VIII. VOEGING MET DE KLACHT VAN AOC EN BAR OF OPSCHORTING VAN DE BEHANDELING

Op 13 juli 1994 hebben AOC en BAR bij de Dienst voor de Mededinging klacht ingediend tegen de overeenkomst tussen BIAC en Restair van 30 juni 1993, wegens schending van artikel 2, § 1 Wet 5 augustus 1991. De klacht werd geregistreerd met nummer I/O – 94/0010.

AOC en BAR vragen dat het Hof die klacht tegelijk zou behandelen met het hoger beroep tegen de beslissing van 30 maart 2001, of, ten minste, de behandeling van dat hoger beroep zou opschorten tot de Raad voor de Mededinging uitspraak heeft gedaan over de klacht.

De procedure in verband met de klacht nummer I/O – 94/0010 kan echter niet voor het Hof worden gebracht, noch door AOC en BAR, noch door het Hof zelf.

Het Hof van beroep te Brussel is bevoegd om kennis te nemen van het hoger beroep tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging of van zijn voorzitter (art. 43 WBEM).

AOC of BAR doen niet gelden dat inzake hun klacht een beslissing is getroffen, en stellen er zeker geen hoger beroep tegen in.

Overwegingen betreffende de wenselijkheid om de aanmelding (E/A – 95/0016) en de klacht (I/O – 94/0010) tezamen te behandelen, of de vrees dat inzake de klacht een beslissing zou worden getroffen waarvan de uitvoering onverenigbaar zou zijn met deze – van de Raad of van het Hof – inzake de aanmelding, volstaan niet om het Hof een bevoegdheid te verlenen die zij wettelijk niet heeft.

Opschorting van de behandeling van het hoger beroep tegen de beslissing inzake de aanmelding tot door de Raad uitspraak is gedaan over de klacht, is evenmin mogelijk. Het Hof is verplicht uitspraak te doen over de ingestelde hogere beroepen.

Op de vragen van AOC en BAR tot voeging van de klacht met het hoger beroep tegen de beslissing inzake de aanmelding, of tot opschorting van de behandeling van het hoger beroep, kan dan ook niet ingegaan worden.

IX. OPSCHORTING VAN DE BEHANDELING WEGENS NIET-MEDEDELING VAN STUKKEN

AOC en BAR vragen dat de behandeling van de hogere beroepen zou worden opgeschort tot zij mededeling hebben bekomen van de aangemelde overeenkomst tussen BIAC en Restair, alsmede van de overeenkomsten tussen BIAC en Sabena en tussen Restair en de overige luchtvaartmaatschappijen.

AOC en BAR kunnen echter geen aanspraak maken op inzage van de stukken van het dossier van de procedure, of op mededeling van andere stukken.

Inzage van het dossier van de procedure voor de Raad voor de Mededinging komt immers alleen toe aan “de ondernemingen op wier activiteit het onderzoek betrekking had”, alsook, eventueel, aan “de indiener van de klacht” (zie art. 27, § 1, eerste lid WBEM).

In de zaak nummer E/A – 95/0016, die hier in hoger beroep aanhangig is, gaat het om een aanmelding van een overeenkomst. Alleen BIAC en Restair zijn de ondernemingen op wier activiteit het onderzoek betrekking had. Een klacht ligt aan het onderzoek in deze zaak niet ten grondslag.

Nu AOC en BAR voor de Raad geen kennis konden nemen van de stukken van het dossier E/A – 95/0016, en zeker geen mededeling van stukken door BIAC en Restair konden bekomen, moet hetzelfde gelden in de appèlprocedure. Het enkele instellen van hoger beroep kan immers niet tot gevolg hebben dat zij rechten zouden verkrijgen die zij voor de Raad niet hadden.

Op het verzoek tot opschorting van de behandeling van de zaak wegens niet-mededeling van stukken kan dan ook niet worden ingegaan.

X. GROND VAN DE HOGERE BEROEPEN

1. Op 29 september 1999 heeft de Dienst voor de Mededinging zijn verslag betreffende de aanmelding nummer E/A – 95/0016 overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging.

Bij brief van 18 februari 2000 heeft de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging aan BIAC en Restair kopie van het verslag gestuurd, en hen uitgenodigd het dossier te raadplegen op het secretariaat van de Raad.

Vervolgens werd de zaak vastgesteld voor mondelinge behandeling voor een kamer van de Raad voor de Mededinging op 23 februari 2001, waarna op 30 maart 2001 de bestreden beslissing werd uitgesproken.

2. Artikel 27, § 1 WBEM bevat samengevat volgende bepalingen inzake de samenstelling van het dossier dat door partijen geraadpleegd kan worden vooraleer de Raad voor de Mededinging een beslissing treft:

- De Voorzitter van de Raad kan, op eigen initiatief of op verzoek van de belanghebbende ondernemingen, de mededeling aan partijen van stukken weigeren, teneinde het zakengeheim te beschermen. De desbetreffende stukken worden uit het dossier verwijderd (tweede lid).

- De Voorzitter van de Raad kan beslissen een stuk dat wegens het zakengeheim bescherming verdient niet uit het dossier te verwijderen, indien hij meent dat het noodzakelijk is voor de beslissing en dat de mededeling ervan aan partijen een kleiner nadeel met zich brengt dan het nadeel dat zou voortvloeien uit een aantasting van de mededinging (derde lid).

- De Voorzitter van de Raad kan aan partijen of aan de verslaggever een niet-vertrouwelijke versie vragen van de stukken die wegens het zakengeheim bescherming verdienen (vierde lid).

Artikel 27, § 1, vijfde lid WBEM besluit dat de beslissing van de Raad over de grond van de zaak niet kan steunen op de stukken die uit het dossier zijn verwijderd.

3. Een formele beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, waarbij de mededeling van stukken werd geweigerd ter bescherming van het zakengeheim, en de verwijdering van die stukken uit het dossier werd bevolen, bevindt zich niet in het dossier van de procedure dat door het secretariaat van de Raad aan de griffie van het Hof werd overgemaakt.

4. Het dossier van de procedure dat door het secretariaat van de Raad aan de griffie van het Hof werd overgemaakt bevat een inventaris en stukken.

Niet alle stukken die in de inventaris zijn opgenomen, worden echter gevoegd. Naast de vermelding van elk stuk in de inventaris volgt de aanduiding van een classificatie A, B, of C.

De legende die bij de inhoudstafel is gevoegd luidt als volgt:

A = volledig toegankelijk

B = toegankelijk voor de Raad en voor de aanmeldende partijen

C = toegankelijk enkel voor de Raad en voor de auteur van het document.

De classificatie C werd toegekend aan de documenten 3.4 (in zijn vertrouwelijke versie), 3.5.2, 3.5.3, 3.5.4, 3.5.5, 3.5.6, 3.6, 3.19, 3.19.1, 3.24.1 en 3.24.2.

De stukken met classificatie C werden uit het dossier verwijderd.

Dit is gebeurd vooraleer partijen in de rechtspleging voor de Raad voor de Mededinging toegang tot het dossier hebben verkregen.

Het dossier van de procedure dat door het secretariaat van de Raad aan de griffie van het Hof werd overgemaakt, en toegankelijk was voor de partijen in de appèlprocedure en voor het Hof zelf, bevat wel de inventaris waarin de stukken met classificatie C zijn vermeld, doch niet die stukken zelf.

5. De bestreden beslissing werd dus gewezen zonder dat partijen kennis hebben kunnen nemen van bepaalde stukken van het dossier van de zaak betreffende de aanmelding nummer E/A – 95/0016.

In de bestreden beslissing is vermeld dat de Raad zelf de stukken met classificatie C niet in aanmerking heeft genomen.

6. Het recht van verdediging vereist evenwel dat partijen toegang hebben tot alle stukken van het dossier, zowel degene die de beslissing van de Raad voor de Mededinging die zij nastreven ondersteunen, als deze die de Raad tot een andere beslissing zouden kunnen leiden, en dat de Raad van alle stukken kennis kan nemen.

Alleen de stukken waarvan de Voorzitter van de Raad, krachtens de hem bij wet verleende bevoegdheid, heeft beslist dat zij niet aan partijen mogen worden medegedeeld, omdat aldus het zakengeheim zou worden geschonden, mogen uit het dossier worden verwijderd.

Het blijkt niet dat de Voorzitter die beslissing heeft getroffen betreffende de stukken met classificatie C.

Die stukken zijn dan ook ten onrechte uit het dossier verwijderd. Door BIAC en Restair er geen toegang te verlenen, en er geen rekening mee te houden, heeft de Raad het recht van verdediging van BIAC en Restair miskend, en moet zijn beslissing worden tenietgedaan.

7. Daarenboven heeft de Dienst voor de Mededinging, die het verslag heeft opgesteld dat op 29 september 1999 aan de Raad werd overgemaakt, wel kennis genomen van de stukken met classificatie C. Volgens die classificatie kan Raad, en dus de Dienst zelf, wel van die stukken kennis nemen.

Hoewel de kamer van de Raad die de bestreden beslissing heeft gewezen overweegt met de stukken met classificatie C geen rekening te houden, heeft zij het verslag van de Dienst uiteraard wel in aanmerking genomen.

De opstellers van dat verslag hebben de verwijderde stukken kunnen inzien.

Bijgevolg hebben BIAC en Restair zich niet met kennis van alle stukken die tot het verslag hebben geleid tegen de inhoud van dat verslag kunnen verweren. Dit was alleen toelaatbaar geweest indien de Voorzitter van de Raad na afsluiting van het onderzoek had beslist dat bepaalde stukken uit het dossier dienden te worden verwijderd om het zakengeheim te beschermen.

Ook in dat opzicht is het recht van verdediging van BIAC en Restair geschonden, zodat de aangevochten beslissing tenietgedaan moet worden.

8. Het komt uitsluitend aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging toe om te beslissen of bepaalde stukken uit het dossier moeten worden verwijderd om het zakengeheim te beschermen, overeenkomstig artikel 27, § 1 WBEM.

Beslist de Voorzitter niet tot verwijdering uit het dossier van alle of sommige stukken met classificatie C, dan moeten zij door de Dienst of de Raad bij het dossier worden gevoegd, zodat BIAC en Restair er kennis kunnen van nemen.

Na vernietiging van de bestreden beslissing op voormelde gronden kan het Hof dan ook niet verder uitspraak doen, en kan de rechtspleging alleen voor de Raad van de Mededinging worden hernomen.

OM DEZE REDENEN :

HET HOF, rechtdoende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;

Verder uitspraak doende na het arrest van 25 februari 2002 in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3,

Voegt de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3, de zaak 2001/MR/6 en de zaak 2001/MR/7,

Verklaart het hoger beroep van de V.Z.W. Airline Operators Committee (AOC) en de beroepsvereniging Board of Airlines Representatives (BAR) in de zaak 2001/MR/6 onontvankelijk,

Verklaart het hoger beroep van dezelfde in de zaak 2001/MR/7 wel ontvankelijk,

Verklaart de tussenkomst van dezelfde in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3 ontvankelijk,

Zegt dat de tussenkomst van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economie, in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3 in werkelijkheid aan te merken is als, enerzijds, een hoger beroep van de Minister van Economische Zaken tegen de aangevochten beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 maart 2001, en, anderzijds, als de schriftelijke opmerkingen van de Minister voor Economische Zaken in de rechtspleging in hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging,

Verklaart het hoger beroep van de Minister van Economische Zaken in de gevoegde zaken 2001/MR/2 en 2001/MR/3 onontvankelijk,

Verwerpt het verzoek van de V.Z.W. Airline Operators Committee (AOC) en de beroepsvereniging Board of Airlines Representatives (BAR) tot voeging van de procedure inzake hun klacht nummer I/O – 940010 voor de Dienst voor de Mededinging met de voorliggende hogere beroepen, en tot opschorting van de behandeling van de hogere beroepen tot over die klacht uitspraak is gedaan,

Verwerpt het verzoek van de V.Z.W. Airline Operators Committee (AOC) en de beroepsvereniging Board of Airlines Representatives (BAR) tot opschorting van de behandeling van de hogere beroepen wegens niet-mededeling van stukken,

Doet de bestreden beslissing nummer 2001 – E/A – 14 van 30 maart 2001 van de Raad voor de Mededinging in de zaak nummer E/A – 95/0016 volledig teniet,

Veroordeelt de V.Z.W. Airline Operators Committee (AOC) en de beroepsvereniging Board of Airlines Representatives (BAR) tot de gerechtskosten van het hoger beroep met uitzondering van deze van de Belgische Staat, begroot op 687,91 euro (€ 185,92 + € 55,78 + € 446,21) jegens N.V. BIAC, op 557,77 euro (€ 55,78 + € 55,78 + € 446,21) jegens N.V. Restair, en op 669,33 euro (€ 55,78 + € 55,78 + € 55,78 + € 55,78 + € 446,21) jegens henzelf, en de Belgische Staat in de eigen gerechtskosten van het hoger beroep, begroot op 557,77 euro (€ 55,78 + € 55,78 + € 446,21).

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke **negende kamer bis** van het hof van beroep te Brussel, op 30 juni 2003

waar aanwezig waren en zitting hielden :

S. RAES,
Ch. SCHURMANS,
B. LYBEER,
K. BATSELIER,

Raadsheer dd. Voorzitter,
Raadsheer,
Raadsheer,
E.a. adjunct-griffier.

La **COUR D'APPEL de Bruxelles**, neuvième chambre bis, après en avoir
délibéré, prononce l'arrêt suivant :

N° 1998/MR/1
R. N° 2003/ 6783

EN CAUSE DE :

LOTERIE NATIONALE, société anonyme de droit public dont le siège est établi à 1040 Bruxelles, rue Belliard, 25-33,

appelante,
défenderesse originaire en mesure provisoire, représentée par Maître Philippe Vlaemminck, avocat à 9000 Gent, Gebroeders Vandeveldestraat, 68,

plaideur : Maître M. Cornut,

CONTRE :

DAUBE Daniel, domicilié à Sombreffe, section de Ligny, rue Harzée, 32,

intimé, demandeur originaire en mesure provisoire,
qui ne comparaît pas ni personne en son nom,

Concurrence
définitif

EN PRESENCE DE:

L'ETAT BELGE, représenté par le ministre des Affaires Economiques, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs, 23,

Art.41 §2.2 loi du 5/8/91
Art.41 §2.5 loi du 5/8/91

mis à la cause en application de l'article 43, alinéa 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique,

représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20, et Maître Anne Vallery, avocat à 1040 Bruxelles, rue de la Loi, 15,

plaideur: Maître C. de Potter.

Vu:

- la décision n°98.VMP-01 rendue le 14 janvier 1998 par le président f. f. du Conseil de la concurrence, rejetant la demande de mesure provisoire formée le 26 février 1997 à l'encontre de La Loterie Nationale et notifiée le même jour aux parties;
- la requête d'appel déposée le 12 février 1998 par La Loterie Nationale tendant à obtenir, sur la base d'une autre motivation, la confirmation de la décision entreprise ;
- l'arrêt rendu le 13 mai 2003 par la cour ordonnant d'office la réouverture des débats en application de l'article 774, alinéa 2 du Code judiciaire.

1. Attendu que l'article 4, § 1^{er} et § 4 de la loi du 19 avril 2002 a transformé La Loterie Nationale, établissement public sous le contrôle de l'Etat, en une société anonyme de droit public, sans interruption de sa personnalité juridique ;

Qu'il n'y a dès lors pas lieu à reprise d'instance dans le chef de l'appelante ;

2. Attendu que l'objet de la réouverture des débats porte sur la recevabilité de l'appel interjeté le 12 février 1998 par La Loterie Nationale contre la décision rendue le 14 janvier 1998 par le président ff du Conseil de la concurrence; que cette décision, statuant sur pied de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, rejetait la demande formée, le 21 février 1997 par Daniel Daube tendant à obtenir que, avant qu'il soit statué sur le fondement de sa plainte déposée le 6 novembre 1995 à l'encontre de La Loterie Nationale, celle-ci soit condamnée à mettre à la disposition de sa librairie une valideuse Lotto Joker on line sous peine d'une astreinte de 100.000 BEF par jour;

Qu'il y a ainsi lieu de s'interroger sur l'intérêt qu'a La Loterie Nationale de relever appel d'une décision qui déboute Daniel Daube de sa demande de mesure provisoire ;

3. Attendu que la partie qui relève appel d'une décision doit, sous peine d'irrecevabilité de son recours, justifier d'un intérêt qui existe au moment où elle intente ce recours (A. Kohl, Appel en droit judiciaire, Ed. Swinnen 1990, n° 188) ; qu'aux termes de l'article 18 du Code judiciaire, cet intérêt doit être né et actuel (Cass. 5 janvier 1990, Pas. 1990, n° 526) ; que cet intérêt consiste en tout avantage matériel ou moral - effectif et non théorique - que le demandeur peut retirer de la procédure qu'il intente (Ch. Van Reepinghen, Rapport sur la réforme judiciaire, M.B. 1994, p. 39) ; que celui qui ne justifie pas d'un intérêt concret et positif mais seulement d'un intérêt abstrait ou théorique est irrecevable à agir en justice (Bruxelles, 9 mars 2000, R.P.S. 2000, p. 182; Liège, 8 décembre 1993, Bull. contr. 1996, 1615; comp. Mons 3 mars 1997, JLMB 2001, 381 ; Bruxelles, 6 février 1997, Pas. 1997, II, 18).

Attendu que La Loterie Nationale soutient que, même si le président du Conseil de la concurrence a débouté le demandeur Daube de ses prétentions à défaut pour ce dernier de démontrer un préjudice grave, imminent et irréparable dès lors que celui-ci avait remis sa librairie, elle a un intérêt pour relever appel de cette décision car elle constitue un précédent qui lui serait préjudiciable en ce que le président du Conseil de la concurrence s'est implicitement déclaré compétent pour connaître de la demande - ce qu'elle contestait - et surtout parce qu'il est fait état, dans la motivation de cette décision, de ce que « *à tout le moins prima facie, La Loterie Nationale a appliqué à l'égard de ses partenaires commerciaux que sont les librairies Daube et Suiveng des conditions inégales à des prestations équivalentes, ce qui est constitutif d'infraction à l'article 3 de la loi du 5 août 1991* »;

Attendu que La Loterie Nationale perd de vue que la décision prise par le président du Conseil de la concurrence sur pied de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 LPCE est une décision en tous points analogue à celle rendue par une juridiction des référés en droit commun; que sa décision ne peut être que provisoire en laissant intacts les droits des parties (article 1039 du Code judiciaire) ;

Que la décision dont appel ne peut constituer, de par sa motivation, un précédent qui serait préjudiciable à La Loterie Nationale alors que l'autorité qui s'attache à cette décision est limitée au provisoire en telle sorte que le juge du fond ne peut être lié par ce qui a été décidé dans une telle instance (Fettweis, Manuel de procédure civile, Faculté de droit de Liège, 1987, n° 367) ;

Qu'il apparait ainsi clairement que le seul but poursuivi par La Loterie Nationale en relevant appel d'une décision qui ne prononçait aucune condamnation à son encontre est de se constituer, pour l'avenir, une jurisprudence qu'elle pourrait faire valoir dans d'autres litiges sans égard au fait qu'il s'agit d'une décision rendue au provisoire dans un litige bien déterminé;

Que La Loterie Nationale ne justifie dès lors pas d'un intérêt processuel à relever appel de la décision du président du Conseil de la concurrence du 14 janvier, 1998 l'opposant au libraire Daube, ce qui rend son appel irrecevable ;

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, statuant par défaut à l'égard de Daniel Daube et contradictoirement pour le surplus,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Dit l'appel de La Loterie Nationale irrecevable ;

La condamne aux dépens d'appel, liquidés à 185,92 + 50,82 + 456,12 euros en ce qui la concerne et à 456,12 euros en ce qui concerne l'Etat belge;

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre bis de la Cour d'Appel de Bruxelles, le 6 novembre 2003 où étaient présents:

Jean-Pierre Collin,
Martine Regout,
Isabelle Diercxsens,
Patricia Delguste,

Président,
Conseiller,
Conseiller,
Greffier.

ARREST

N°195

Rep. Nr. 2003/6876

9de kamer bis

Het **Hof van Beroep te BRUSSEL**, negende kamer bis, na beraadslaging, spreekt volgend arrest uit :

A.R. nr. 2002/MR/4

INZAKE VAN :

1. **N.V. LYFRA PARTAGRO**, met maatschappelijke zetel te 2160 Wommelgem, Kapelstraat 100, ingeschreven in het handelsregister te Antwerpen onder nummer 278.452,
2. **B.V.B.A. TABAVIN**, met maatschappelijke zetel te 1150 Sint-Pieters-Woluwe, Kerkstraat 114, ingeschreven in het handelsregister te Brussel onder nummer 482.288,

appellanten.

vertegenwoordigd door Meester Bernadette Van Lidth loco Meester Didier Putzeys, advocaat te 1060 Brussel, Sint Bernardusstraat 76;

IN AANWEZIGHEID VAN :

De MINISTER VAN ECONOMIE, waarvan de kantoren gevestigd zijn te 1000 Brussel, de Meeûsquare 23,

vertegenwoordigd door Meester Jean-François De Bock, advocaat te 1060 Brussel, Tasson-Snelstraat 38, waar keuze van woonplaats is gedaan.

Gelet op :

- het verzoekschrift, ingediend ter griffie van het Hof op 30 augustus 2002, waarbij appellanten hoger beroep instellen tegen de beslissing 2002-C/C-58 van de Raad voor de Mededinging gewezen op 2 augustus 2002 ;
- de schriftelijke opmerkingen van de Raad voor de Mededinging neergelegd op 3 december 2002 ;
- de schriftelijke opmerkingen voor de Minister van Economie neergelegd op 4 december 2002, 30 april 2003, 19 mei 2003 en 10 juni 2003;
- de besluiten voor appellanten, neergelegd op 4 maart 2003, 5 maart 2003, 6 mei 2003, 5 juni 2003;

Rapport annuel 2003 Annexes - Jaarverslag 2003 Bijlagen

De mondelinge behandeling vond plaats ter terechtzittingen van 26 mei 2003 en 16 juni 2003, waarop de zaak in beraad werd genomen.

PROCEDUREVOORGAANDEN

1. Bij overeenkomst van 11 juni 2002, afgesloten in uitvoering van een intentieverklaring van 5 juni 2002, heeft de N.V. Lyfra Partagro het cliënteel, de voorraden, sommige exploitatiegoederen – inzonderheid vijf bestelwagens - en het personeel van de afdeling groothandel in tabaksproducten en rookwaren van de B.V.B.A. Tabavin overgenomen.

Deze overeenkomst bepaalt dat de N.V. Lyfra Partagro de heer Johan Dewit, zaakvoerder van de BVBA Tabavin, in dienst zal nemen als handelsvertegenwoordiger, en verder dat :

« - de heer Dewit erop zal toezien dat hij in hoofde van het cliënteel geen verwarring sticht als trad hij nog op als zaakvoerder/vertegenwoordiger van de overdrager ;

- het cliënteel welke hij zou aanbrengen na de indiensttreding bij de overnemer automatisch, uitsluitend en exclusief toekomt aan de overnemer »

De overeenkomst werd gesloten « onder de uitdrukkelijk opschortende en desgevallend ontbindende voorwaarde van goedkeuring of het uitblijven van tijdig protest vanwege de Raad voor de Mededinging ».

Deze concentratie werd op 17 juni 2002 aangemeld bij de Raad van de Mededinging.

De heer Johan Dewit trad in dienst van de N.V. Lyfra Partagro op 17 juni 2002, krachtens een arbeidsovereenkomst voor handels-vertegenwoordiging afgesloten op 6 juni 2002 voor een periode van twee jaar om na deze termijn te worden omgezet in een overeenkomst van onbepaalde duur.

2. De Raad voor de Mededinging heeft de concentratie goedgekeurd onder meer op grond van de vaststelling dat het marktaandeel van de N.V. Lyfra Partagro op de betrokken markt- in waarde uitgedrukt-, dat 18,85 % bedraagt, na concentratie met 0,96% zou stijgen, en op grond van de overweging dat deze kleine toename geen invloed heeft op de positie van de overnemer t.a.v. de dichtste rivalen.

De Raad heeft verder vastgesteld dat de aanmeldende partijen een inbreuk hadden gepleegd op artikel 12 § 4 van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 tot Rapport annuel 2003 Annexes - Jaarverslag 2003 Bijlagen

bescherming van de economische mededinging, dat als volgt luidt : « Tot de Raad voor de Mededinging een beslissing neemt betreffende de toelaatbaarheid van de concentratie, kunnen de betrokken ondernemingen slechts de uit de concentratie voortvloeiende maatregelen nemen welke de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmeren en de marktstructuur niet duurzaam wijzigen ». Volgens de bestreden beslissing bestaat de inbreuk in het feit dat de N.V. Lyfra Partagro de zaakvoerder van de BVBA Tabavin in dienst nam, vooraleer de Raad een beslissing nam.

De vaststelling van een inbreuk steunt op de volgende overwegingen :

«Vanaf de inwerkingtreding oefent de betrokkene zijn vorige activiteit als zaakvoerder van een familiebedrijf uit als handelsvertegenwoordiger. Hierbij moet hij er meteen over waken niet de indruk te wekken nog langer voor de overdrager op te treden. Het door hem aangebracht cliënteel behoort exclusief toe aan de overnemer.

Deze uit de aangemelde overeenkomst voortvloeiende maatregel belemmert de omkeerbaarheid van de concentratie, ook omdat in geval van deconcentratie partijen niet de minste garantie kunnen geven dat de betrokkene zal worden gereïntegreerd in het bedrijf van de overdrager ».

De Raad heeft bij toepassing van artikel 38 van dezelfde wet de NV Lyfra Partagro veroordeeld tot een geldboete van 35.000 euro en de BVBA Tabavin tot een geldboete van 2.500 euro.

3. Appellanten vragen het Hof de bestreden beslissing teniet te doen in zoverre een geldboete wordt opgelegd en te zeggen dat er geen aanleiding was tot het opleggen van een geldboete.

In ondergeschikte orde betogen zij dat de opgelegde geldboeten buitensporig zijn, en verminderd moeten worden.

De Minister van Economie concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

BEOORDELING

Ten aanzien van de Belgische Staat

4. In het verzoekschrift tot hoger beroep hebben appellanten de Belgische Staat als geïntimeerde aangewezen.

De Belgische Staat kan die hoedanigheid echter niet hebben.

Hij hoeft in de appèlprocedure niet betrokken te zijn, en dient dan ook buiten de zaak te worden gesteld.

De Minister die de Economische Zaken in zijn bevoegdheid heeft, en die thans Minister van Economie wordt genoemd, is er wel toe gerechtigd schriftelijke opmerkingen ter griffie van het Hof te doen toekomen (artikel 43bis, § 2, achtste lid van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging).

De schriftelijke opmerkingen die voor de Belgische Staat werden ingediend kunnen geacht worden door de Minister van Economie te zijn ingediend.

De raadsman van de Belgische Staat heeft ter zitting van 26 mei 2003 ten andere verklaard tevens op te treden als raadsman van de Minister van Economie.

De vraag van appellanten de schriftelijke opmerkingen van de Minister van Economie, neergelegd op 30 april 2003, uit de debatten te weren

5. Dit verzoek is zonder voorwerp geworden, aangezien op de zitting van 26 mei 2003 aan partijen de mogelijkheid werd gegeven aanvullende schriftelijke opmerkingen te maken.

Ten gronde

6. Appellanten voeren terecht aan dat de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordiging, afgesloten tussen de N.V. Lyfra Partagro en de heer Johan Dewit, niet kan worden bestempeld als een maatregel die de omkeerbaarheid van de aangemelde concentratie belemmert of de marktstructuur duurzaam wijzigt.

7. Uit de gegevens verstrekt door de partijen in het kader van de aanmelding, waarvan de juistheid niet werd bestreden, blijkt dat de BVBA Tabavin slechts 146 afnemers had op een totaal van 62.500 in België aanwezige verkooppunten van tabaksproducten.

Uit dezelfde gegevens blijkt verder dat de afnemers van Tabavin kleine operatoren waren, hoofdzakelijk dagbladhandelaars.

Het marktaandeel van Tabavin die als groothandelaar actief was, was verder zo gering dat het te verwaarlozen is.

Op de betrokken markt – gedefinieerd door de Raad als de totale markt van tabaksproducten bestemd voor doorverkoop aan de detailhandel -, nam Tabavin immers de dertiende plaats in, omringd door 47 concurrenten waarvan het

marktaandeel kleiner is dan 3% en 6 concurrenten met een marktaandeel tussen 22 % en 5 %.

Hieruit volgt dat indien zou vaststaan dat het bestaande cliënteel van Tabavin, ook in geval de concentratie werd verboden, aan de overnemende onderneming trouw zou blijven, dit geen significante noch duurzame gevolgen kan hebben op de marktstructuur.

8. Uit de aangemelde overeenkomst moet worden afgeleid dat indien de concentratie niet was goedgekeurd, alle overgedragen activa met inbegrip van het op het tijdstip van de concentratie bestaande klantenbestand - met name 146 klanten-, terug naar de BVBA Tabavin zouden zijn gegaan.

De overeenkomst werd immers aangegaan onder de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde van goedkeuring van de concentratie door de Raad voor de Mededinging.

Dit brengt met zich mede dat indien de concentratie niet was goedgekeurd :

- de N.V. Lyfra Partagro zich had moeten onthouden om de afnemers van de BVBA Tabavin actief te benaderen met het oog op de instandhouding van de kortstondige handelsrelaties die gebeurlijk ingevolge de concentratie zouden zijn totstandgekomen tussen haarzelf en deze afnemers.

- de BVBA Tabavin zich had moeten onthouden om de door de heer Johan Dewit aan de N.V. Lyfra Partagro *na zijn indiensttreding* aangebrachte cliënteel actief te benaderen.

Zoals de verzoekende partijen terecht stellen, kan de clause luidens dewelke het cliënteel dat de heer Dewit na zijn indiensttreding zou kunnen aanbrengen aan de overnemer toebehoort, niet slaan op afnemers die behoren tot het cliënteel dat ingevolge de concentratie door de BVBA Tabavin zelf is overgedragen, doch enkel op de afnemers die aangebracht zouden worden tussen het tijdsptip waarop de heer Dewit in dienst trad van de overnemer en het tijdstip waarop de beslissingstermijn voor de Raad verstreek, met name gedurende een termijn van 45 dagen vanaf 17 juni 1992.

Het enkele feit dat de BVBA Tabavin deze afnemers -waarvan het aantal enkel zeer gering kan zijn- niet tot haar eigen klantenbestand had kunnen rekenen in geval de concentratie niet werd goedgekeurd, bijvoorbeeld in het kader van een andere concentratieoperatie, kan geenszins leiden tot de vaststelling dat de litigieuze maatregel de omkeerbaarheid van de aangemelde concentratie belemmert of de marktstructuur enigzins wijzigt.

9. Uit het voorgaande volgt tevens dat het feit dat de aanmeldende partijen niet de waarborg konden bieden, althans volgens de Raad en de Minister, dat de heer Dewit Johan opnieuw geïntegreerd zou worden in het bedrijf van de overdrager, niet ter zake dienend is.

De gebeurlijke instandhouding van de arbeidsovereenkomst ondanks een beslissing tot niet toelaatbaarheid, had in hoofde van de N.V. Lyfra Partagro de verbintenis teweeggebracht om geen gebruik te maken van de gegevens –zoals klantenbestand- die enkel met het oog op de verwezenlijking van de concentratie werden overgemaakt.

Dat het overstappen van de heer Dewit als handelsvertegenwoordiger van de BVBA Tabavin naar de NV Lyfra Partagro plaatsvond in het kader van de voorgenomen concentratie, volstaat uiteraard niet om zulke courante praktijk in het economisch leven te bestempelen als een maatregel ter verwezenlijking van de concentratie zelf.

Verder blijkt uit het proces-verbaal van de zitting voor de Raad dat de aanmeldende partijen bij monde van hun gemeenschappelijke vertegenwoordiger, uitdrukkelijk hebben verklaard, dat « indien de concentratie niet wordt goedgekeurd dan zal de zaakvoerder terug naar Tabavin gaan ». Er is geen reden voorhanden om de waarachtigheid van deze verklaring in twijfel te trekken en desbetreffend waarborgen te eisen.

Veronderstellen dat de NV Lyfra Partagro ondanks een ongunstige beslissing, de zaakvoerder en medeëigenaar van een concurrerende vennootschap in dienst zou houden – al dan niet als handelsvertegenwoordiger- is daarentegen zeer onredelijk.

10. In tegenstelling tot wat de Minister betoogt is de enkele vaststelling dat de gesloten arbeidsovereenkomst juridische gevolgen heeft en de partijen tot die overeenkomst bindt, irrelevant.

Gezien het doel van het voorafgaande toezicht van concentratie, dient nog te worden aangetoond dat bedoelde juridische gevolgen het onmogelijk zouden maken, in geval de concentratie wordt geweigerd, dat de aanmeldende partijen snel hun vroegere positie op de betrokken markt terug zouden vinden alsook de onafhankelijkheid die onmisbaar is om opnieuw als concurrenten te rivaliseren. Dit bewijs wordt niet geleverd.

11. Het hoger beroep is geheel gegrond.

Het past de gerechtskosten die door de succesvolle appèlprocedure worden teweeggebracht, ten laste van de Belgische Staat te leggen.

OM DEZE REDENEN :

HET HOF, rechtdoende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;

Stelt de Belgische Staat buiten de zaak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond ;

Doet de bestreden beslissing teniet inzoverre deze geldboeten oplegt aan de aanmeldende partijen, huidige appellanten,

Laat de gerechtskosten van het hoger beroep van appellanten, begroot op 687,99 euro (€ 186 + € 55,78 + € 446,21) en deze van de Minister van Economie, begroot op 446,21 euro, ten laste van de Belgische Staat.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke **negende kamer bis** van het hof van beroep te Brussel, op 10 november 2003

waar aanwezig waren en zitting hielden :

S. RAES,

Raadsheer dd. Voorzitter,

Ch. SCHURMANS,

Raadsheer,

B. LYBEER,

Raadsheer,

K. BATSELIER,

E.a. adjunct-griffier.

La **COUR D'APPEL de Bruxelles**, neuvième chambre bis, après en avoir
délibéré, prononce l'arrêt suivant :

N^{os} 2003/MR/1
2003/MR/2
2003/MR/3
2003/MR/4
2003/MR/5
2003/MR/6

EN CAUSE DE :

R. N° 2003/7315

I. N° 2003/MR/1

BUREAU TECHNIQUE VERBRUGGHEN, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, boulevard Clovis, 15,

appelante, représentée par Maître Yves Lemense, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 283/21,

CONTRE :

L'ETAT BELGE, représenté par le ministre des Affaires Economiques, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs, 23,

intimé, représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20,

plaideur: Maître B. Thieffry,

Art. 43bis LPCE

EN PRESENCE DE:

1. **AIB-VINCOTTE BELGIUM**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1160 Bruxelles, avenue André Drouart, 27-29,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Richard Byl, avocat à 1050 Bruxelles, rue Camille Lemonnier, 68,

2. **ASSOCIATION ROYALE DES GAZIERS BELGES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, avenue Palmerston, 4,

partie appelée à la cause, représentée par Maîtres Francis Herbert et Dirk Arts, avocats à 1150 Bruxelles, avenue de Tervuren, 268A,

plaideurs : Maîtres F. Herbert et H. Le Gac,

3. **APRAGAZ**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1120 Bruxelles, chaussée de Vilvorde, 156,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Sébastien Ledure, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 391/7,

4. **O.C.B.**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 2550 Kontich, Koningin Astridlaan, 60,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Henri Boonen, avocat à 2018 Antwerpen, Jan Van Rijswijcklaan, 5,

plaideur : Maître V. Puttemans,

5. **SGB BUREAU NIVELLES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Sylvain Dupuis, 243,

partie appelée à la cause qui ne comparaît pas ni personne en son nom,

6. **ATK** dont le siège est établi à 2820 Bonheiden, Rijmenansweg, 109,

7. **ELECTRO-TEST**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1820 Melsbroek, Steenwagenstraat, 48,

parties appelées à la cause, représentées par Maître Veerle Puttemans, avocat à 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16.

II. N° 2003/MR/2

EN CAUSE DE :

AIB-VINCOTTE BELGIUM, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1160 Bruxelles, avenue André Drouart, 27-29,

Appelante, représentée par Maître Richard Byl, avocat à 1050 Bruxelles, rue Camille Lemonnier, 68,

CONTRE:

L'ETAT BELGE, représenté par le ministre des Affaires Economiques, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs, 23,

intimé, représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20,

plaideur : Maître B. Thieffry,

EN PRESENCE DE :

1. **BUREAU TECHNIQUE VERBRUGGHEN**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, boulevard Clovis, 15,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Yves Lemense, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 283/21,

2. **ASSOCIATION ROYALE DES GAZIERS BELGES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, avenue Palmerston, 4,

partie appelée à la cause, représentée par Maîtres Francis Herbert et Dirk Arts, avocats à 1150 Bruxelles, avenue de Tervuren, 268A,

plaideurs : Maîtres F. Herbert et H. Le Gac,

3. **APRAGAZ**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1120 Bruxelles, chaussée de Vilvorde, 156,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Sébastien Ledure, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 391/7,

4. **O.C.B.**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 2550 Kontich, Koningin Astridlaan, 60,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Henri Boonen, avocat à 2018 Antwerpen, Jan Van Rijswijkklaan, 5,

plaideur : Maître V. Puttemans,

5. **SGB BUREAU NIVELLES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Sylvain Dupuis, 243,

partie appelée à la cause qui ne comparaît pas ni personne en son nom,

6. **ATK** dont le siège est établi à 2820 Bonheiden, Rijmenanneweg, 109,

7. **ELECTRO-TEST**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1820 Melsbroek, Steenwagenstraat, 48,

parties appelées à la cause, représentées par Maître Veerle Puttemans, avocat à 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16.

III. 2003/MR/3

EN CAUSE DE :

ASSOCIATION ROYALE DES GAZIERS BELGES, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, avenue Palmerston, 4,

appelante, représentée par Maîtres Francis Herbert et Dirk Arts, avocats à 1150 Bruxelles, avenue de Tervuren, 268A,

plaideurs : Maîtres F. Herbert et H. Le Gac,

CONTRE :

L'ETAT BELGE, représenté par le ministre des Affaires Economiques, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs, 23,

intimé, représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20,

plaideur : Maître B. Thieffry,

EN PRESENCE DE :

1. **AIB-VINCOTTE BELGIUM**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1160 Bruxelles, avenue André Drouart, 27-29,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Richard Byl, avocat à 1050 Bruxelles, rue Camille Lemonnier, 68,

2. **BUREAU TECHNIQUE VERBRUGGHEN**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, boulevard Clovis, 15,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Yves Lemense, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 283/21,

3. **APRAGAZ**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1120 Bruxelles, chaussée de Vilvorde, 156,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Sébastien Ledure, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 391/7,

4. **O.C.B.**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 2550 Kontich, Koningin Astridlaan, 60,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Henri Boonen, avocat à 2018 Antwerpen, Jan Van Rijswijklaan, 5,

plaideur : Maître V. Puttemans,

5. **SGB BUREAU NIVELLES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Sylvain Dupuis, 243,

partie appelée à la cause qui ne comparaît pas ni personne en son nom,

6. **ATK** dont le siège est établi à 2820 Bonheiden, Rijmenanseweg, 109,

7. **ELECTRO-TEST**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1820 Melsbroek, Steenwagenstraat, 48,

parties appelées à la cause, représentées par Maître Veerle Puttemans, avocat à 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16.

IV. 2003/MR/4

EN CAUSE DE :

ELECTRO-TEST, dont le siège est établi à 1820 Melsbroek, Kerkstraat, 35,

appelante, représentée par Maître Veerle Puttemans, avocat à 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16,

CONTRE :

L'ETAT BELGE, représenté par le ministre des Affaires Economiques, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs, 23,

intimé, représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20,

plaideur : Maître B. Thieffry,

EN PRESENCE DE :

1. **AIB-VINCOTTE BELGIUM**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1160 Bruxelles, avenue André Drouart, 27-29,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Richard Byl, avocat à 1050 Bruxelles, rue Camille Lemonnier, 68,

2. **BUREAU TECHNIQUE VERBRUGGHEN**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, boulevard Clovis, 15,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Yves Lemense, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 283/21,

3. **ASSOCIATION ROYALE DES GAZIERS BELGES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, avenue Palmerston, 4,

partie appelée à la cause, représentée par Maîtres Francis Herbert et Dirk Arts, avocats à 1150 Bruxelles, avenue de Tervuren, 268A,

plaideurs : Maîtres F. Herbert et H. Le Gac,

4. **APRAGAZ**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1120 Bruxelles, chaussée de Vilvorde, 156,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Sébastien Ledure, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 391/7,

5. **O.C.B.**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 2550 Kontich, Koningin Astridlaan, 60,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Henri Boonen, avocat à 2018 Antwerpen, Jan Van Rijswijklaan, 5,

plaideur : Maître V. Puttemans,

6. **SGB BUREAU NIVELLES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Sylvain Dupuis, 243,

partie appelée à la cause qui ne comparaît pas ni personne en son nom,

7. **ATK** dont le siège est établi à 2820 Bonheiden, Rijmenansweg, 109,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Veerle Puttemans, avocat à 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16.

V. 2003/MR/5

EN CAUSE DE :

APRAGAZ, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1120 Bruxelles, chaussée de Vilvorde, 156,

appelante, représentée par Maître Sébastien Ledure, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 391/7,

CONTRE :

L'ETAT BELGE, représenté par le ministre des Affaires Economiques, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs, 23,

intimé, représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20,

plaideur : Maître B. Thieffry,

EN PRESENCE DE :

1. **AIB-VINCOTTE BELGIUM**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1160 Bruxelles, avenue André Drouart, 27-29,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Richard Byl, avocat à 1050 Bruxelles, rue Camille Lemonnier, 68,

2. **BUREAU TECHNIQUE VERBRUGGHEN**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, boulevard Clovis, 15,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Yves Lemense, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 283/21,

3. **ASSOCIATION ROYALE DES GAZIERS BELGES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, avenue Palmerston, 4,

partie appelée à la cause, représentée par Maîtres Francis Herbert et Dirk Arts, avocats à 1150 Bruxelles, avenue de Tervuren, 268A,

plaideurs : Maîtres F. Herbert et H. Le Gac,

4. **O.C.B.**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 2550 Kontich, Koningin Astridlaan, 60,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Henri Boonen, avocat à 2018 Antwerpen, Jan Van Rijswijcklaan, 5,

plaideur : Maître V. Puttemans,

5. **SGB BUREAU NIVELLES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Sylvain Dupuis, 243,

partie appelée à la cause qui ne comparait pas ni personne en son nom,

6. **ATK** dont le siège est établi à 2820 Bonheiden, Rijmenanseweg, 109,

7. **ELECTRO-TEST**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1820 Melsbroek, Steenwagenstraat, 48,

parties appelées à la cause, représentées par Maître Veerle Puttemans, avocat à 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16.

VI. 2003/MR/6

EN CAUSE DE :

O.C.B. dont le siège est établi à 2550 Kontich, Koningin Astridlaan, 60,

Appelante, représentée par Maître Henri Boonen, avocat à 2018 Antwerpen, Jan Van Rijswijcklaan, 5,

CONTRE :

L'ETAT BELGE, représenté par le ministre des Affaires Economiques, dont le cabinet est établi à 1000 Bruxelles, square de Meeûs, 23,

intimé, représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 149/20,

plaideur : Maître B. Thieffry,

EN PRESENCE DE :

1. **AIB-VINCOTTE BELGIUM**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1160 Bruxelles, avenue André Drouart, 27-29,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Richard Byl, avocat à 1050 Bruxelles, rue Camille Lemonnier, 68,

2. **BUREAU TECHNIQUE VERBRUGGHEN**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, boulevard Clovis, 15,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Yves Lemense, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 283/21,

3. **ASSOCIATION ROYALE DES GAZIERS BELGES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1000 Bruxelles, avenue Palmerston, 4,

partie appelée à la cause, représentée par Maîtres Francis Herbert et Dirk Arts, avocats à 1150 Bruxelles, avenue de Tervuren, 268A,

plaideurs : Maîtres F. Herbert et H. Le Gac,

4. **APRAGAZ**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1120 Bruxelles, chaussée de Vilvorde, 156,

partie appelée à la cause, représentée par Maître Sébastien Ledure, avocat à 1050 Bruxelles, avenue Louise, 391/7,

5. **SGB BUREAU NIVELLES**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Sylvain Dupuis, 243,

partie appelée à la cause qui ne comparaît pas ni personne en son nom,

6. **ATK** dont le siège est établi à 2820 Bonheiden, Rijmenanseweg, 109,

7. **ELECTRO-TEST**, association sans but lucratif dont le siège est établi à 1820 Melsbroek, Steenwagenstraat, 48,

parties appelées à la cause, représentées par Maître Veerle Puttemans, avocat à 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16.

◇◇◇

I. ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Par lettre du 13 juin 2002, le Ministre des Affaires économiques a demandé au président du Conseil de la concurrence d'ouvrir une instruction « au sujet des prix imposés par l'Association Royale des Gaziers Belges (ARGB) pour les prestations d'organismes de contrôle » et « de bien vouloir ouvrir également sur la base de l'article 35 de la loi un dossier de mesures provisoires ».

Les pièces jointes à cette double demande constituaient, aux dires du Ministre des Affaires économiques, des indices sérieux de l'existence d'une entente ayant pour effet l'application, par les organismes de contrôle, de prix excessifs dont une partie serait rétrocédée à l'ARGB, ce qui justifiait l'adoption de mesures provisoires de manière à mettre fin à une atteinte intolérable aux intérêts des consommateurs.

Le Ministre n'a déterminé les mesures provisoires qu'il sollicitait pour faire cesser ces pratiques, ni dans sa demande, ni ultérieurement.

Le président du Conseil de la concurrence a transmis copie de cette lettre au corps des rapporteurs le 14 juin 2002.

Le corps des rapporteurs a déposé son rapport sur la demande de mesures provisoires le 20 septembre 2002.

Il a conclu à l'existence d'une entente portant sur les prix des contrôles des installations intérieures au gaz naturel effectués « dans le cadre de la filière libre », entre les organismes de contrôle concernés et l'ARGB, entente qui nuit gravement aux intérêts des consommateurs, et a proposé qu'il soit fait interdiction à ces parties de fixer une fourchette de prix, même indicative, pour les contrôles en filière libre comme de faire état de l'existence d'une telle fourchette.

Des observations écrites ont été déposées par l'Association Royale des Gaziers Belges, en abrégé ARGB, l'asbl AIB-Vinçotte Belgium, en abrégé AVB, l'asbl Bureau Technique Verbruggen, en abrégé BTV, l'asbl Apragaz, en abrégé APR, l'asbl Onafhankelijk Controle Bureel, en abrégé OCB et l'asbl Electro-Test, en abrégé ELT.

Le Ministre, auteur de la saisine, à qui le rapport a été régulièrement notifié, n'a pas déposé d'observations écrites. Il ne s'est pas fait représenter à l'audience devant le président du Conseil de la concurrence.

2. Il résulte des éléments du dossier que les entreprises intéressées ont demandé qu'il soit veillé à ce que certaines informations figurant au dossier, qualifiées par elles de confidentielles, soient protégées.

Ces demandes n'ont pas fait l'objet d'une décision du président du Conseil en application de l'article 24, § 1er de la loi.

Lesdites informations ont été traitées comme des pièces accessibles uniquement à la partie qui les a fournies, à ses représentants et au Conseil de la concurrence.

3. Par la décision n° 2002-V/M- 91 du 20 décembre 2002 qui est déférée à la cour, le président du Conseil de la concurrence a considéré que les éléments soumis à son appréciation révèlent, prima facie, l'existence d'une entente prohibée entre l'ARGB et les

huit organismes de contrôle agréés concernés. Suivant la décision, ceux-ci se seraient entendus, et ce depuis au moins le 23 décembre 1999, en matière de prix des contrôles des installations intérieures au gaz naturel effectués dans le cadre de la filière libre;

Considérant que cette pratique permet de maintenir artificiellement le prix des contrôles en filière libre à un niveau plus élevé que le coût réel du service presté et qu'elle nuit à l'intérêt économique général eu égard au nombre de consommateurs pouvant en subir les effets, il fait interdiction à l'ARGB et aux organismes de contrôle agréés concernés :

- de fixer une fourchette tarifaire même indicative pour le prix des contrôles effectués dans le cadre de la filière libre ;
- de faire référence à l'application d'une fourchette tarifaire même indicative pour le prix des contrôles effectués dans le cadre de la filière libre, que ce soit via leur site Internet ou via tout autre document accessible aux installateurs visés par la filière libre ;

Il ordonne en outre à l'ARGB et aux organismes de contrôle agréés concernés de publier durant un mois le dispositif de la décision sur leur site Internet et dans toute revue périodique habituellement destinée à l'information de la clientèle ;

Il ordonne enfin à ATK et à OCB de satisfaire, dans les quinze jours de la notification de la décision, à la demande de communication des factures des mois d'avril et mai 2002 émanant du Service de la concurrence.

Chacune de ces mesures est assortie d'une astreinte.

Les parties requérantes poursuivent l'annulation de la décision en soutenant divers moyens critiquant tant l'appréciation par le président du Conseil de sa compétence et le déroulement de la procédure administrative que les conditions d'octroi des mesures provisoires.

4. En date du 21 novembre 2002, soit après le dépôt du rapport, l'ARGB a introduit une demande d'attestation négative portant sur les accords ayant donné lieu, notamment :

- à la mise en place d'une procédure à l'issue de laquelle les installateurs d'installations intérieures alimentées au gaz naturel peuvent bénéficier de la qualification « installateur habilité », qui confère à leurs travaux une présomption de conformité avec les normes de sécurité ;
- à la fixation par le Conseil de l'habilitation d'une fourchette de prix pour les contrôles des installations placées par des installateurs non habilités ;

L'ARGB a cependant indiqué, dans le cadre de cette demande, qu'elle ne pouvait être considérée comme une association d'entreprises.

II. CONSTATATIONS EN FAIT

Les parties

5. L'Association Royale des Gaziers Belges, en abrégé ARGB, est une association sans but lucratif ayant pour objet de défendre les intérêts généraux de l'industrie du gaz, d'étudier les questions relatives à celle-ci, d'informer ses membres des progrès scientifiques ou industriels

qui intéressent l'industrie du gaz, d'encourager entre ses membres les échanges d'information et d'idées.

L'association comprend des membres effectifs et des membres associés.

La qualité de membre effectif est réservée aux personnes physiques attachées, en Belgique, à une exploitation gazière en qualité d'administrateur, directeur, ingénieur ou fonctionnaire, qu'il s'agisse soit de sociétés, soit de services communaux, intercommunaux, provinciaux ou gouvernementaux de production, de transport ou de distribution de gaz (article 4 et 5 de ses statuts).

La qualité de membre associé peut être accordée à une personne morale ou à une association de personnes morales dont l'activité s'exerce dans tout domaine se rattachant directement à l'industrie du gaz (article 6 des statuts).

Tous les membres de l'association, effectifs ou associés, peuvent assister aux assemblées générales avec voix délibérative.

La direction et la gestion de l'ARGB sont assurées par un comité composé exclusivement de membres effectifs (article 12 des statuts).

6. Les associations AVB, BTV, SGS, APR, OCB, ELT et ATK sont des organismes de contrôle agréés pour les installations au gaz naturel.

La recommandation du 12 juillet 2000 du Comité de Contrôle de l'Electricité et du Gaz qui modifie le « Règlement type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement du gaz naturel en distribution publique », définit l'organisme de contrôle agréé comme suit :
« l'organisme de contrôle agréé est celui qui est reconnu conformément à l'article 8 de l'Arrêté royal du 11 mars 1966 déterminant les mesures de sécurité à prendre lors de l'établissement et dans l'exploitation des installations de transport de gaz par canalisations. Deux ans après l'entrée en vigueur de la réglementation précisant les procédures nécessaires, un organisme de contrôle devra être accrédité par BELTEST, système d'accréditation mis en place par l'Arrêté royal du 22 décembre 1992, pour le contrôle des installations intérieures au gaz naturel pour être un organisme agréé » ;

Les organismes précités ont été retenus par le Conseil de l'habilitation -dont il sera question plus loin-, pour intervenir dans la procédure d'habilitation.

Ces organismes de contrôle ne sont pas membres de l'ARGB.

Le contexte dans lequel se situent les faits à l'origine de la demande

7. En Belgique, toute personne, même un particulier, peut procéder au placement et au raccordement d'appareils alimentés en gaz naturel en aval du compteur de gaz naturel.

Le distributeur de gaz naturel est seul habilité à effectuer le branchement et le raccordement nécessaires à la mise à disposition de gaz au client et à procéder à l'ouverture du compteur.

Aux termes de l'article 48 de l'arrêté-royal du 28 juin 1971 déterminant les mesures de sécurité à prendre lors de l'établissement et dans l'exploitation des installations de

distribution de gaz par canalisations, le distributeur de gaz doit, à l'ouverture du compteur, s'assurer que l'installation est étanche à la pression de distribution et, s'il s'agit d'une installation ou partie d'installation neuve, exiger de l'installateur – particulier ou professionnel- une attestation de conformité de l'installation aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur.

Le règlement type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement du gaz naturel en distribution publique, établi le 13 décembre 1989 par le Comité de Contrôle de l'Electricité et du Gaz (CCEG), qui régit les rapports entre les distributeurs et l'abonné, ne faisait que reproduire, en son article IV, l'article 48 de l'Arrêté royal du 28 juin 1971.

L'absence de toute disposition relative aux modalités d'application de cette disposition laisse aux distributeurs de gaz le soin de définir la manière dont ils s'assurent de la conformité de l'installation aux normes en vigueur.

Dans la pratique, les distributeurs de gaz se contentaient d'une attestation de conformité délivrée par celui qui avait réalisé l'installation.

8. En vue d'améliorer la qualité des installations intérieures au gaz naturel et de diminuer les risques liés à des installations de gaz défectueuses ou mal placées, les professionnels du secteur ont décidé d'organiser un système d'habilitation et de contrôle, qui a été mis en place grâce aux initiatives suivantes :

- la modification de l'article IV du règlement-type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement du gaz naturel en distribution publique (infra, point 9);
- l'adoption d'une procédure d'habilitation des installateurs et la création du Conseil pour l'habilitation (infra, point 10) ;

9. Le C.G.E.G, établissement public autonome, a adopté le 12 juillet 2000 une recommandation relative à l'attestation de conformité visée à l'article 48 de l'arrêté royal précité, libellée comme suit :

« Cette attestation est constituée d'une déclaration (de conformité) de l'installateur, c'est-à-dire celui qui a réalisé l'installation, accompagnée d'un schéma de principe de l'installation qu'il a réalisée; l'attestation doit être validée, après contrôle sur les lieux, par rapport d'un organisme de contrôle agréé ». Au cas où celui qui a réalisé l'installation est « installateur habilité », l'installation est présumée conforme aux prescriptions des normes NBN correspondantes en vigueur et la validation par un « organisme de contrôle agréé » ne sera pas demandée par le distributeur.

Est « installateur habilité », l'installateur qui est habilité conformément au règlement établi par le Conseil de l'habilitation, composé de représentants d'organisations professionnelles belges qui rassemblent les installateurs d'installations gaz naturel, de l'asbl Figaz et des Ministres ou Secrétaires d'Etat fédéraux ayant l'énergie et la protection de la consommation dans leur compétence » (article IV nouveau du règlement-type pour le branchement, la mise à disposition et le prélèvement de gaz en distribution publique établi par voie de recommandation du 13 décembre 1989) ;

Cette recommandation a force contraignante pour les distributeurs de gaz naturel qui se sont engagés, par convention signée le 21 mars 1995, à respecter les recommandations du C.G.E.G. Elle est suivie par les distributeurs depuis le 1er janvier 2002.

Depuis cette date, les distributeurs de gaz naturel subordonnent donc l'ouverture du compteur à la délivrance :

- soit du seul document précité lorsque l'installateur dispose d'un numéro d'habilitation ;
- soit d'une attestation de conformité validée par un organisme de contrôle lorsque l'installateur n'a pas de numéro d'habilitation ;

10. Le Conseil de l'habilitation dont question dans la recommandation du CCEG, a été créé par le 'règlement pour l'habilitation des installateurs gaz naturel', signé le 24 août 2000, ci-après « le règlement pour l'habilitation ».

Ce règlement constitue une convention entre l'ARGB, l'asbl Fédération de l'industrie du gaz - en abrégé FIGAZ- et trois associations professionnelles d'installateurs, à savoir :

- la fédération nationale des associations de patrons installateurs de sanitaires et de chauffage au gaz, plombiers, zingueurs et ardoisiers-couvreurs de Belgique, en abrégé FBIC,
- l'union royale belge des installateurs en chauffage central, climatisation et industries connexes, en abrégé l'UBIC
- Nationale Centrale van hout en bouwondernemingen, en abrégé NACEBO.

Il a été signé en présence de deux fonctionnaires du Ministère fédéral des Affaires économiques qui ont apposé leur signature sur le document.

Le Conseil de l'habilitation est composé d'au moins un fonctionnaire du ministère fédéral des Affaires économiques, et d'un nombre égal de représentants du secteur gazier désignés par l'asbl FIGAZ et de représentants des associations professionnelles d'installateurs désignés par FBIC, UBIC et NACEBO.

La présidence du Conseil est assurée par un représentant du secteur gazier (article 12).

Son secrétariat est assumé par l'asbl FIGAZ.

La mission du Conseil de l'habilitation est de veiller à l'application du « règlement pour l'habilitation des installateurs gaz naturel ».

Ce règlement définit les conditions d'octroi de l'habilitation et de son maintien, notamment en ce qui concerne la formation des installateurs, ainsi que les causes de retrait de l'habilitation.

Il précise les droits et les devoirs des installateurs, des centres de formation et des organismes de contrôle dans le cadre de l'habilitation.

Il confie au Conseil de l'habilitation la mission de se prononcer sur les demandes d'habilitation et sur la non-prolongation ou le retrait de l'habilitation.

11. L'organisme de contrôle qui souhaite intervenir dans le cadre du système d'habilitation ainsi mis en place doit en faire la demande.

Le règlement précise, dans son préambule, que cette demande implique que l'organisme de contrôle « marque son accord avec l'ensemble des éléments du règlement qui le concerne ».

Il précise en outre, en son article 14.2, qu'en attendant les exigences qui seront fixées dans le cadre de l'accréditation BELTEST pour le contrôle des installations intérieures au gaz naturel, les organismes de contrôle doivent notamment « se conformer aux instructions définies par le Conseil de l'habilitation en ce qui concerne le contrôle des installations et des appareils au gaz naturel, ainsi que des exigences posées sur le plan de la construction » ;

12. Le règlement pour l'habilitation prévoit l'intervention d'un organisme de contrôle, à la demande du Conseil de l'habilitation, pour contrôler, par sondage, la conformité aux normes en vigueur des travaux réalisés sur des installations de gaz naturel ou des placements d'appareils au gaz naturel par un demandeur d'habilitation et celle des travaux réalisés par les installateurs ayant obtenu un numéro d'habilitation. Les rapports de contrôle sont communiqués au Conseil de l'habilitation qui prend, notamment sur la base de ces rapports, les décisions d'octroi, de maintien ou de retrait de l'habilitation.

S'agissant des obligations des organismes de contrôle intervenants, le règlement pour l'habilitation contient des dispositions qui concernent aussi bien les contrôles auxquels ils procèdent à la demande du Conseil de l'habilitation dans le cadre de la procédure d'octroi ou de maintien de l'habilitation, que ceux qu'ils réalisent en dehors de ce cadre (article 14.5), notamment :

- le délai à respecter est fixé à un mois lorsque la demande de contrôle émane du Conseil de l'habilitation et à cinq jours lorsque la demande de contrôle émane du maître d'œuvre (installateur non habilité ou particulier);
- l'usage de 'la liste de contrôle' jointe au règlement, qui décrit en détail l'ensemble des prestations à effectuer pour opérer un contrôle complet, est imposé dans le cadre de tout contrôle.

13. En ce qui concerne les tarifs, le règlement pour l'habilitation prévoit ce qui suit :

« L'organisme de contrôle détermine les tarifs applicables aux prestations pour les particuliers et les installateurs, en tenant compte des exigences imposées et des exigences de planification et d'organisation résultant du présent règlement.

Le Conseil de l'habilitation détermine annuellement les fourchettes tarifaires dans lesquelles se situent ces tarifs pour respectivement des contrôles durant les heures et les jours de travail normaux, des contrôles opérés en dehors des jours de travail ou des heures de travail habituelles et des contrôles dans un délai inférieur à 3 jours ouvrables après réception de la demande » (article 14.5.5).

Il n'est pas contesté que cette disposition vise les prix des contrôles dans le cadre de la filière libre.

14. Les éléments du dossier ne permettent pas de vérifier si les organismes de contrôle ont été associés à l'élaboration de ce règlement ni d'estimer leur part dans l'élaboration de ce règlement.

En décembre 1999, les organismes de contrôle ont été invités par l'ARGB à communiquer leurs observations sur le projet de 'check list' qui précise la teneur des contrôles. (P.V. de la réunion du 23 décembre 1999, Doc. 03.037).

Les parties n'ont pas été invitées, au stade actuel de l'instruction, à communiquer ces observations au service de la concurrence.

Le projet de règlement (version 2000.06.20) – qui n'est pas versé au dossier- a été communiqué aux organismes de contrôle par l'ARGB le 20 juin 2000, avec prière de communiquer leurs observations pour le 27 juin 2000. Les informations recueillies au cours de l'instruction ne contiennent pas les observations qui auraient été formulées.

Sur le prix des «contrôles en filière libre»

-

15. Les contrôles effectués par les organismes de contrôle font l'objet de la distinction suivante :

a) contrôles par sondage effectués dans le cadre de la procédure d'octroi ou de maintien de l'habilitation

Il s'agit des contrôles effectués sur demande du Conseil de l'habilitation en vue d'apprécier la compétence de l'installateur.

L'ARGB prend le prix de ces contrôles à sa charge.

L'ARGB et les organismes de contrôle ont convenu d'un prix pour ces contrôles qui a été fixé à 75 euros pour 2002.

b) contrôles des travaux réalisés par un installateur non habilité qui a introduit une demande d'habilitation répondant aux conditions fixées par le règlement mais dont les installations n'ont pas encore été contrôlées et qui n'a pas encore pu suivre la formation.

L'ARGB et les organismes de contrôle ont convenu, à titre temporaire, de fixer le prix de ces contrôles à 80 euros. L'ARGB a en outre accepté de payer une partie de ce prix, soit 15 euros, qui lui est facturé directement par l'organisme de contrôle.

c) contrôles des travaux réalisés par les installateurs non habilités.

Le coût de ces contrôles est supporté dans sa totalité par l'installateur ou son client.

Pour ces contrôles, rendus obligatoires depuis le 1^{er} janvier 2002, une fourchette de prix a été fixée par le Conseil de l'habilitation.

Celui-ci a déclaré ce qui suit au cours de l'instruction : « Pour aider le consommateur, le Conseil de l'habilitation publie une fourchette de prix indicatifs pour les vérifications d'installations intérieures réalisées par un organisme de contrôle retenu par lui » (Doc A 14 039).

16. Les griefs énoncés dans le rapport du corps des rapporteurs visent uniquement la définition d'une fourchette de prix pour les contrôles réalisés sur des travaux effectués par des installateurs qui ne sont ni habilités ni en voie d'habilitation, dits « contrôle en filière libre ».

17. Plusieurs réunions ont eu lieu entre l'ARGB, représentée notamment par son secrétaire général, et les organismes de contrôle. Les premières se situent avant l'adoption, par convention, du règlement pour l'habilitation.

Les convocations à ces réunions ne sont pas versées au dossier. Rien ne permet de constater que l'initiative de ces réunions aurait été prise par les organismes de contrôle.

Le 23 décembre 1999, une réunion s'est tenue entre l'ARGB et les organismes de contrôle concernés, à l'exception d'ELT, au cours de laquelle les objectifs du (futur) système de l'habilitation et le rôle des organismes de contrôle ont été exposés.

Il ressort du compte-rendu de cette réunion qu'à cette occasion, une fourchette de prix pour les contrôles en filière libre a été proposée, aux organismes de contrôle présents qui avaient marqué leur intérêt à participer au système de l'habilitation et que cette fourchette a été acceptée. (« la fourchette de prix proposée a été acceptée »). Les montants retenus ne sont pas repris dans le procès-verbal de la réunion.

Le procès-verbal de la réunion du 20 juin 2000 entre les mêmes participants comprend sous l'intitulé « conditions financières de collaboration », les mentions suivantes :

- « les conditions pour l'année 2000 sont confirmées :
- a) contrôles dans le cadre du Règlement pour l'habilitation : 2.275 BEF hors TVA par check list (...)
- b) contrôles en dehors de l'habilitation :
minimum : 3.575,-hors TVA pour un particulier (cas simple)
maximum : 8.000,-hors TVA (cas compliqué ou spécifique) »

Il n'apparaît pas de ce procès-verbal que ces conditions ont fait l'objet d'un débat.

Le procès-verbal de la réunion qui s'est tenue le 18 juin 2001 et à laquelle les organismes de contrôle concernés ont participé à l'exception de SGS et ELT, reprend ce qui suit :

« Honoraires :

Les OC's acceptent la proposition globale, à savoir :

- contrôles dans le cadre de l'habilitation : 2.548 BEF hors TVA à partir du 1.04.2001
- contrôles hors habilitation : 5.000 BEF à 8.000 BEF hors TVA
- évaluation approfondie des réalités avant de fixer les honoraires pour 2002 »

Le procès-verbal de la réunion du 7 novembre 2001 acte ce qui suit :

« Accords pour 2002 :

- contrôle dans le cadre de l'habilitation : 75 Euro hors TVA ;
- contrôle hors habilitation :
- à la demande d'un « simple » installateur : entre 125 et 200 Euro ;
- à la demande d'un installateur ayant fait une demande d'habilitation « valable » : 80 Euro, dont 15 Euro pris en charge par l'ARGB ».

Tous les organismes de contrôle concernés étaient présents, à l'exception d'ELT.

L'ARGB et les sept organismes de contrôle concernés ont participé à la réunion du 29 janvier 2002 au cours de laquelle une note concernant les prix (HAB/NOTE/02005) a été remise aux organismes de contrôle. Ce document, qui émane du Conseil de l'habilitation, fait état d'une fourchette comprise entre 125 et 200 euros pour les contrôles standard hors habilitation et de l'absence de prix directeurs pour les contrôles effectués après un premier contrôle négatif.

Le procès-verbal de la réunion du 24 avril 2002 à laquelle participait l'ARGB, FIGAZ, et les organismes de contrôle concernés excepté SGS, résume comme suit l'intervention du représentant de l'ARGB et de FIGAS en ce qui concerne les tarifs :

« (le représentant ARGB/FIGAS) rappelle que les tarifs fixés dans la note HAB/NOT/02-00T du 30 janvier 2002 visent à permettre aux organismes de contrôle d'effectuer un travail de qualité, ce qui est un élément essentiel pour garder une habilitation crédible.

Malheureusement, il faut constater que certains organismes disposent de beaucoup de créativité pour effectuer des contrôles à des prix inférieurs. Ceci indiquerait que :

1. soit le niveau de qualité n'est pas respecté, ce qui est inadmissible ; si un OC est pris en flagrant délit, une sanction grave sera prise immédiatement ;
2. soit les prix convenus sont surfaits ; dans ce cas il faudra au 01 janvier 2003 revoir les prix à la baisse.

D'un large tour de table, il ressort que les OC's appliquent les prix convenus quand il s'agit de contrôles complets « art 48 » mais qu'il y a différents contrôles qui ne tombent pas sous cette définition (p.ex. : contrôles périodiques dans les hôpitaux, homes...).

En conclusion, le groupe confirme que :

- les contrôles doivent être de qualité et effectués par des agents compétents dûment formés ;
- la fourchette fixée est réaliste et continuera à être appliquée pour les contrôles « art 48 » ; on indiquera simplement dans le document que les prix de contrôles hors habilitation sont des prix indicatifs.»

18. Le Conseil de l'habilitation au sein duquel les organismes de contrôle ne sont pas représentés, s'est réuni à plusieurs reprises mais seuls les procès-verbaux de sa 8^{ème} réunion du 15 février 2002 (pièce 30.344) et de sa neuvième réunion du 11 avril 2002 (pièce 01 017) sont versés au dossier de l'instruction.

Suivant le procès-verbal de la réunion du 15 février 2002, le représentant de l'ARGB a fait un rapport de la réunion du 29 janvier 2002 avec les organismes de contrôle et indiqué ce qui suit en ce qui concerne le prix des contrôles hors habilitation :

« (...) Pour les contrôles hors habilitation, le client choisit librement l'organisme de contrôle dans la liste établie par le Conseil ; l'organisme de contrôle s'est engagé à :

- suivre rigoureusement la check-list approuvée par le Conseil ;
- remettre au client pour son distributeur de gaz un document uniforme mis au point avec le secteur gazier ;
- effectuer le contrôle endéans les 5 jours ouvrables suivant la demande.

Pour un contrôle standard, le coût a été estimé (dans une fourchette de 125 à 200 Euro) ; pour les contrôles hors standard, l'organisme de contrôle établit d'abord un devis pour le client qui, rappelons le, reste libre dans son choix de l'organisme de contrôle ».

Par ailleurs, le Conseil de l'habilitation a pris la décision d'appliquer le prix réduit de 65 euros pour les contrôles effectués sur des travaux effectués par des installateurs ayant rempli toutes les exigences mais n'ayant pas encore reçu de réaction suite à l'envoi de la liste des 10 travaux au 1^{er} janvier 2002.

19. Dans le cadre de l'instruction, les organismes de contrôle ont été invités à communiquer au service de la concurrence les factures qu'ils avaient établies durant les mois d'avril et mai 2002 pour les contrôles effectués dans la filière libre (demande de renseignement des 15 et 28 juin 2002).

Les organismes AVB, APR, SGS, BTV et ELT ont fait droit à cette demande.

Les données relatives au marché

20. Il y aurait en Belgique quelque 4.750 entreprises offrant des services en tant qu'installateurs gaz naturel.

Fin 2000, le nombre de demandes d'habilitation s'élevait à 400. Les éléments du dossier ne permettent pas de déterminer comment ce nombre a évolué. Il est fait état, dans le procès-verbal de la réunion du 29 janvier 2002 'd'un déluge de demandes d'habilitation'.

Le nombre d'installateurs habilités a progressé de 200 en juin 2002 (Doc.03.044) à 1.200 en novembre 2002 (demande d'attestation négative, page 11).

La qualification « installateur habilité » est apparemment la seule qualification existante en Belgique pour les entreprises spécialisées dans l'installation d'appareils alimentés en gaz naturel.

21. Suivant une liste communiquée en août 2002, neuf entreprises étaient reconnues en Belgique comme organismes de contrôle agréés pour le contrôle des installations intérieures gaz naturel dont l'une n'était pas active dans ce domaine, et deux entreprises avaient introduit une demande d'agrément (pièce 32 354).

En novembre 2001, quatre organismes de contrôle répondaient aux critères définis par le règlement pour l'habilitation des installateurs gaz naturel, parmi lesquels figure le fait de disposer d'un agrément pour exécuter des contrôles d'appareils sous pression et des contrôles d'installation LPG.

En avril 2002, six organismes de contrôle avaient été retenus par le Conseil de l'habilitation, à savoir les organismes de contrôle concernés par le présent litige à l'exception de SGS.

SGS a déclaré au cours de l'instruction qu'elle ne faisait plus partie des organismes de contrôle retenus par le Conseil de l'habilitation (pièce 16 262). Aucune investigation n'a été effectuée sur la cause de ce retrait dans le cadre de l'instruction de la demande de mesures provisoires.

22. Le nombre total de compteurs de consommation de gaz naturel en Belgique s'élevait à 2.565.508 au 31 décembre 2001.

Le nombre d'ouvertures de compteurs est passé de 36.000 en 1999 à 42.000 en 2000 et à 54.000 en 2001 (données fournies par Figaz, doc. 26 291).

III. EN DROIT

A. SUR LES QUESTIONS DE PROCEDURE

- sur la recevabilité de la demande de mesures provisoires émanant du Ministre

23. Les parties ne contestent pas la recevabilité de la demande de mesures provisoires ni la régularité de l'engagement de l'instruction au fond sur les pratiques dénoncées.

- sur le respect des dispositions relatives à l'emploi des langues et le respect des droits de la défense

24. L'article 23, § 5 de la loi, énonce que dans l'exercice de leur mission d'instruction, les rapporteurs et les agents du Service de la concurrence se conforment :

- 1. pour l'audition des personnes, aux dispositions de l'article 31, alinéa 3 excepté, de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire ;
- 2. pour la rédaction des convocations, procès-verbaux et rapports, aux dispositions de l'article 11 de la même loi. Lorsque plusieurs personnes font l'objet de l'instruction, le rapport du rapporteur visé à l'article 24, §4, sera rédigé dans la langue de la majorité établie en tenant compte des dispositions dudit article 11. En cas de parité, il sera fait usage de l'une des langues nationales suivant les besoins de la cause.

L'article 54bis de la loi énonce que la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues est applicable aux procédures prévues dans la présente loi.

La partie requérante OCB invoque une violation de l'article 23 §5, 1) de la loi, ainsi que du principe général des droits de la défense, aux motifs qu'il ne ressort pas du dossier transmis au Conseil de la concurrence que les représentants des organismes de contrôle établis dans la région de langue néerlandaise ont été entendus en néerlandais ni que les procès-verbaux ont été établis en néerlandais et qu'à l'audience du 22 novembre 2002 tenue par le président du Conseil, son représentant n'a pas été autorisé à s'exprimer dans la langue de son choix, le néerlandais.

Il n'apparaît cependant pas du dossier de l'instruction communiqué au président du Conseil, ni d'autres éléments, qu'il a été procédé à l'audition des représentants d'OCB.

Pour les demandes de renseignements adressées à OCB, il a été fait usage de la langue néerlandaise. OCB ne dépose aucune demande qui lui aurait été adressée en français.

Il n'apparaît pas du procès-verbal de l'audience du 22 novembre 2002 que le représentant d'OCB aurait fait choix de la langue néerlandaise pour ses déclarations.

Le moyen n'est donc pas fondé.

- sur le grief de partialité

25. Selon OCB, l'impartialité du président du Conseil de la concurrence ne serait pas garantie au motif qu'il est assisté par un secrétaire désigné par le Ministre des Affaires économiques, parmi les fonctionnaires du Service de la concurrence.

Il résulte des dispositions de la loi qui précisent la fonction exercée par le secrétaire du Conseil que celui-ci n'intervient pas dans la prise de décisions.

OCB n'évoque nullement le fait qu'en l'espèce, le secrétaire aurait participé d'une quelconque manière au délibéré.

- sur le moyen pris de l'incompétence du président du Conseil pour se prononcer sur le système d'habilitation dans son ensemble

26. La requérante ARGB, suivie par les organismes de contrôle concernés, reproche au président du Conseil de la concurrence d'avoir méconnu les limites de sa saisine en :

- qualifiant le « Conseil de l'habilitation » d'instance dépourvue de tout statut juridique ;
- indiquant que l'obligation d'avoir recours à un organisme de contrôle ne résulte d'aucune disposition normative mais bien d'un règlement décidé au sein de ce Conseil de l'habilitation ;
- disant qu'il n'appartient pas aux acteurs du gaz de créer au sein d'un forum de concertation informel, des règlements (-types) rendus par ailleurs obligatoires et de fixer des fourchettes de prix des procédures de contrôle tendant à privilégier certains installateurs acceptant de se soumettre à cette procédure d'habilitation conçue et organisée sans textes normatifs, par une instance dénuée de statut juridique.

Contrairement à ce que soutient le Ministre, il résulte clairement des motifs de la décision que ces considérations ne s'inscrivent pas parmi les motifs qui fondent, selon la décision attaquée, la constatation *prima facie* de l'existence d'une infraction manifeste dont l'ARGB et les organismes de contrôle se seraient rendus coupables, première condition de l'octroi de mesures provisoires. Ces considérations n'ont donc pas été formulées dans le but de vérifier si ladite pratique résulte directement d'une intervention de l'autorité publique, auquel cas elle ne relève pas de l'interdiction des ententes, ou si elle résulte, au contraire, du libre choix des entreprises visées par les mesures provisoires adoptées.

Ces considérations figurent, dans la décision attaquée, parmi les motifs relatifs à la seconde condition d'octroi de mesures provisoires, à savoir l'urgence liée à l'établissement d'une atteinte intolérable à l'intérêt général résultant de l'infraction.

Or, ces considérations sur la base desquelles le président du Conseil a conclu à la preuve d'une atteinte intolérable à l'intérêt général, ne concernent en rien la pratique incriminée. Elles concernent d'autres comportements qui n'ont pas fait l'objet de la demande de mesures provisoires et qui n'ont pas été examinés, au stade actuel de l'enquête par le corps des rapporteurs.

Le président du Conseil a ainsi préjugé de la licéité de pratiques dont il n'était pas saisi, en imputant en outre la responsabilité de ces pratiques à des entreprises ou des associations d'entreprises qui n'ont pas eu l'occasion de faire des observations, à savoir les associations FIGAZ, FBIC, UBIC et NACEBO qui n'ont pas été appelées à la cause.

Dès lors, en portant sans nécessité une appréciation *prima facie* sur des pratiques dont il n'était pas saisi pour fonder sa décision, le président a méconnu les limites de sa saisine.

27. Ce constat doit entraîner la nullité de la décision déferée à la cour, puisqu'il ressort clairement des motifs de la décision que la constatation de l'urgence à intervenir repose en ordre principal sur des considérations qui ont trait au règlement pour l'habilitation des installateurs de gaz naturel du 24 août 2000 qui confère au Conseil de l'habilitation le soin d'établir une fourchette de prix et non sur la fixation concertée par les organismes de contrôle et l'ARGB d'une fourchette de prix.

Le Ministre ne peut utilement soutenir que les parties requérantes n'ont pas d'intérêt à invoquer ce moyen. La décision attaquée est exécutoire et les mesures prises ont été assorties d'une astreinte de sorte que les parties ont un intérêt à ce que la décision déferée à la cour soit annulée, quand bien même la demande de mesures provisoires serait déclarée fondée au terme de l'examen auquel la cour doit procéder.

- sur le moyen pris du défaut de motivation

28. Les parties requérantes reprochent au président du Conseil de ne pas avoir répondu à certains moyens invoqués dans leur mémoire et d'avoir fondé l'octroi de mesures provisoires sur des motifs contradictoires.

Le Ministre considère à tort que le moyen pris d'un défaut de motivation est sans pertinence dans le cadre du recours organisé par les articles 43 et 43 bis de la loi, dans la mesure où la cour d'appel de Bruxelles peut statuer à nouveau sur la demande en veillant à répondre aux moyens

Comme indiqué plus haut (n° 27 *in fine*), l'effet d'un arrêt qui confirmerait la décision attaquée n'est pas le même que celui qui statuerait à nouveau sur la demande de mesures provisoires après avoir annulé la décision d'octroi de mesures provisoires puisque les injonctions prononcées ont force contraignante dès la notification de la décision et que le non respect de celles-ci peut entraîner le recouvrement des astreintes pour des faits commis entre le prononcé de la décision attaquée et le présent arrêt.

29. L'ARGB, suivie également sur ce point par les organismes de contrôle, reproche à juste titre à la décision attaquée d'avoir conclu à l'existence d'une entente restrictive de concurrence en ce qui concerne les prix des contrôles en filière libre, sans avoir répondu au moyen tiré du caractère vertical de l'entente à laquelle il lui est reproché d'avoir participé.

Or, les restrictions ayant pour effet une coordination verticale en matière de fixation de prix ne sont pas regardées comme ayant par elles-mêmes un effet défavorable sur la concurrence.

En qualifiant implicitement la pratique incriminée d'entente horizontale en matière de prix, « par nature injustifiable », sans avoir constaté que l'ARGB ou ses membres opéraient sur le marché affecté et sans avoir répondu au moyen tiré du caractère vertical et exemptable de la restriction, la décision attaquée pèche par un défaut de motivation.

L'ARGB reproche également à juste titre une contradiction dans les motifs de la décision. Celle-ci relève, d'une part, que certains organismes appliquent des prix bien inférieurs au prix plancher de la fourchette de prix, d'autre part, que « l'ensemble des organismes de contrôle respectent la fourchette de prix et appliquent le tarif minimal dans l'hypothèse d'un contrôle standard ».

La partie OCB reproche à bon droit au président du Conseil de ne pas avoir répondu à son moyen relatif au défaut d'urgence, tiré du caractère oligopolistique du marché concerné et de la lisibilité des stratégies des opérateurs pour tenter de démontrer qu'à supposer une concertation établie, la pratique incriminée n'avait en réalité aucun effet restrictif de concurrence.

Le moyen de nullité, pour défaut de motivation, est donc également fondé.

B. SUR LE BIEN FONDE DE LA DEMANDE DE MESURES PROVISOIRES

- sur les limites de la saisine

30. Il importe de relever d'emblée que le grief d'avoir participé à une entente sur les prix a été adressé uniquement à l'ARGB et aux organismes de contrôle, alors que les informations recueillies au cours de l'instruction révèlent clairement que, comme le soulignent les parties, la définition de prix – qu'ils soient indicatifs ou directeurs- pour les contrôles en filière libre comme leur diffusion au sein du public, est d'abord le fait du Conseil de l'habilitation au sein duquel les organismes de contrôle ne sont pas représentés et qu'elle est le résultat de la mise en oeuvre du règlement pour l'habilitation qui constitue une convention à laquelle les organismes de contrôle ne sont pas parties.

Dans le cadre de la présente procédure, la cour n'est dès lors pas saisie de la question de savoir si ladite convention constitue en tout ou dans certaines de ses dispositions, une pratique qui aurait pour effet de restreindre la concurrence sur le marché des services de contrôle de la conformité des installations intérieures alimentées au gaz naturel ou sur le marché des services de placement ou de maintenance de ces installations.

Au stade actuel de la procédure, la cour tiendra dès lors compte de l'existence de cette convention et de ce que celle-ci fait partie depuis le 1^{er} janvier 2002, des conditions de marché.

31. La cour présume qu'en concluant à la confirmation de la décision attaquée, le Ministre sollicite qu'en cas d'annulation de cette décision, la cour adopte les mêmes mesures que celles proposées par le corps des rapporteurs, ci après « le rapporteur ».

- sur l'existence d'une entente entre l'ARGB et les organismes de contrôle concernés en ce qui concerne les contrôles en filière libre

32. Au stade actuel de l'examen des pratiques, le rapporteur relève l'existence d'un accord entre l'ARGB et les organismes de contrôle en ce qui concerne :

- le prix des contrôles dans le cadre de l'habilitation, effectués à la demande du Conseil de l'habilitation, fixé à 75 euros, dont le coût est supporté par l'ARGB (voir supra, pt 15 a);
- le prix des contrôles des travaux effectués par des installateurs en voie d'habilitation, fixé à 80 euros, dont le coût est supporté par l'ARGB à concurrence de 15 euros (voir supra, pt 15 b).

Il estime, prima facie, qu'il ne peut être fait grief aux organismes de contrôle d'avoir aligné leurs prix pour ces contrôles.

Le Ministre ne poursuit pas la réformation de la décision sur ce point.

Le rapporteur considère en outre qu'il n'existe aucun lien entre la fixation concertée d'un prix unique pour les contrôles précités et la pratique incriminée, qui consisterait pour l'ARGB et les organismes de contrôle à s'être entendus sur le prix des contrôles en filière libre.

Ces deux pratiques sont en effet examinées de manière séparée.

Il résulte de cette approche que le fait que l'ARGB soit partie pour son propre compte ou pour le compte des autres associations représentées au Conseil de l'habilitation, à l'accord relatif au prix des contrôles portant sur des travaux effectués par des installateurs habilités et des installateurs demandeurs de l'habilitation, n'a pas été retenu, à sa charge, comme un indice sérieux qu'elle aurait participé à une entente relative au prix des contrôles hors habilitation.

33. Les organismes de contrôle concernés ne sont pas membres de l'ARGB, sauf AVB qui est membre associé.

Indépendamment de la question de savoir si l'ARGB peut être considérée comme une association d'entreprises, ce que celle-ci conteste, il ne pourrait donc lui être reproché d'avoir en cette qualité, participé à une entente horizontale relative aux prix des contrôles hors habilitation entre les organismes de contrôle qu'elle n'a pas le pouvoir d'engager ni de représenter.

34. Le rapport ne fait pas état d'éléments pouvant fonder la constatation d'une participation de l'ARGB à une entente verticale en matière de prix des contrôles hors habilitation. La constatation d'une telle entente suppose qu'il soit au moins établi que les participants à l'entente opèrent au sein de l'entente, à un niveau différent d'une même chaîne de production ou de distribution de produits ou de services.

Or, les services visés par la prétendue entente, consistant à contrôler la conformité des installations aux normes de sécurité placées par des installateurs non habilités, sont destinés aux installateurs ou à leurs clients et profitent de façon générale au secteur du gaz.

Il résulte clairement du dossier que les intérêts des installateurs sont défendus par les trois associations professionnelles d'installateurs FBIC, UBIC et NACEBO et que les intérêts des

entreprises actives sur les marchés de l'importation, du transport, du stockage et de la distribution du gaz sont défendus par la FIGAZ. L'ARGB ne représente pas ces associations.

Le rapport n'évoque pas la présence d'indices faisant apparaître que l'ARGB aurait pris la décision de négocier avec les organismes de contrôle, le prix des contrôles hors habilitation ou qu'elle aurait mis en oeuvre une pratique destinée à inciter les organismes de contrôle à aligner leurs prix, à un niveau qui serait de surcroît plus élevé que celui qui résulterait du libre jeu de la concurrence.

Il convient à cet égard de souligner encore que le règlement pour l'habilitation, convention signée entre autres par l'ARGB, n'a pas fait l'objet d'un examen au regard du droit de la concurrence au stade de la demande de mesures provisoires, et qu'il n'est donc pas reproché à ce stade à l'ARGB d'avoir participé avec les associations FIGAZ, FBIC, UBIC et NACEBO à une entente qui aurait pour effet de restreindre la liberté des organismes de contrôle ou de désavantager les installateurs non habilités. Il est uniquement reproché à l'ARGB d'avoir conclu avec ces derniers une entente en matière de prix.

Les réunions avec les organismes de contrôle ont été placées sous l'égide du Conseil de l'habilitation, dont l'ARGB assume la présidence. Le contexte général dans lequel ces réunions, comme les procès-verbaux de ces réunions, indiquent que les personnes représentant l'ARGB se sont limitées à exposer le système de l'habilitation, à transmettre des propositions en matière de prix, à acter les réactions des organismes de contrôle et à faire rapport de ces réunions au Conseil de l'habilitation.

35. Il résulte de ce qui précède que la mise en cause de l'ARGB n'est pas justifiée à ce stade.

Elle ne peut être justifiée ni par la considération vague que ses décisions seraient suivies par les entreprises du secteur, ni par le fait que l'ARGB a assisté, pour le compte du Conseil de l'habilitation et des parties signataires du règlement pour l'habilitation, aux réunions avec les organismes de contrôle, ni par le fait que l'ARGB a pris l'initiative de déposer une demande d'attestation négative ce qui ne peut entraîner, en soi, aucune reconnaissance préjudiciable.

- sur l'existence probable d'une entente horizontale entre les seuls organismes de contrôle

36. Les éléments retenus au stade actuel de l'enquête pour conclure que les organismes de contrôle se sont entendus entre eux pour limiter la liberté de chacun d'eux de fixer les prix, pratique qui aurait pour effet de permettre aux organismes de contrôle de pratiquer des prix artificiellement élevés, en particulier les procès-verbaux des réunions entre l'ARGB et les organismes de contrôle, sont insuffisants à fonder *prima facie* un tel constat au regard de l'ensemble des éléments de la cause.

Pour déterminer s'il existe un accord ou une pratique concertée au sens de l'article 81 CE ou de l'article 2 de la loi, entre les organismes de contrôle pour aligner leur prix, il y a lieu de vérifier d'abord si ledit alignement résulte d'une volonté commune imputable aux organismes de contrôle de limiter leur liberté commerciale de déterminer les prix. En d'autres termes, il faut la preuve que les entreprises conviennent de coordonner leur comportement sur le marché ou qu'elles substituent sciemment une coopération entre elles au jeu de la concurrence.

37. L'existence d'une entente entre les organismes de contrôle concernés en ce qui concerne les prix des contrôles qu'ils effectuent en filière libre, ne peut être déduite du fait que le

Conseil de l'habilitation a reçu le pouvoir de fixer une fourchette tarifaire par le « règlement pour l'habilitation » ni du fait que celui-ci exerce ce pouvoir, notamment en publiant la fourchette dans le but d'en informer le consommateur.

Comme indiqué plus haut, ce règlement est une convention à laquelle les organismes de contrôle concernés ne sont pas parties, même pas indirectement, puisque les parties à cette convention n'ont nullement le pouvoir de les engager.

Par ailleurs, il n'a été ni allégué ni démontré au stade actuel de l'enquête que les organismes de contrôle ont été associés à l'élaboration de ce règlement, et en particulier à l'élaboration de la partie de ce règlement qui donne au Conseil de l'habilitation la mission d'établir une fourchette de prix pour les contrôles en filière libre.

38. L'existence d'une entente ne peut pas non plus se déduire du fait que chacun des organismes de contrôle concernés a introduit une demande d'autorisation à intervenir dans le cadre du règlement pour l'habilitation.

Il ne résulte en effet d'aucun élément du dossier que ces demandes seraient la mise en oeuvre d'une entente préalable ou d'une concertation entre les organismes de contrôle ayant pour objet ou pour effet d'établir ou de maintenir un certain niveau de prix pour leurs prestations, soit d'exercer conjointement une pression sur les associations d'entreprises représentées au sein du Conseil pour l'habilitation en vue d'obtenir que celui-ci fixe un prix qui ne correspondrait pas aux conditions normales du marché.

En l'absence de preuve positive de ce que les organismes de contrôle se sont entendus pour se soumettre à la politique de prix qui serait menée par le Conseil de l'habilitation ou pour adhérer au système de l'habilitation en vue d'aligner leurs prix ou de ce qu'ils étaient conscients que leur participation au système de l'habilitation pouvait leur fournir l'occasion d'aligner leurs prix, leur adhésion audit règlement doit être considérée dans le chef de chacun d'eux, comme un comportement unilatéral.

Il convient de faire observer, à cet égard, que le règlement pour l'habilitation n'indique pas que les prix directeurs établis par le Conseil pour l'habilitation seront fixés en concertation avec les organismes de contrôle ou sur proposition des organismes de contrôle.

En outre, le règlement pour l'habilitation n'indique pas que les prix directeurs fixés par le Conseil de l'habilitation auraient force obligatoire.

Le non-respect par un organisme de contrôle des prix minima et maxima fixés par le Conseil n'est pas repris parmi les causes qui peuvent justifier, selon le règlement, la décision du Conseil de ne plus reprendre un organisme dans la liste des organismes de contrôle auxquels il fait appel dans le cadre de l'habilitation (article 14, points 3 et 4) ;

39. Le fait que chacun des organismes de contrôle s'est porté candidat pour contribuer à la mise en place du système d'habilitation, tel qu'il avait été conçu par les professionnels du secteur, paraît parfaitement compatible avec son intérêt individuel, eu égard notamment à l'avantage que peut représenter le fait d'être repris dans la liste des organismes de contrôle retenus par le Conseil de l'habilitation.

La qualification d'organisme reconnu par le Conseil de l'habilitation ne peut manquer de procurer à l'organisme qui en bénéficie une présomption de compétence, vu les conditions édictées par le règlement pour l'habilitation pour être repris sur cette liste.

En outre, seule cette qualification permet d'accéder aux demandes de contrôle émanant du Conseil de l'habilitation.

Ce parallélisme dans le comportement peut aussi s'expliquer par la volonté de chacun des organismes de contrôle de contribuer à la mise en place du nouveau système d'habilitation, dont les objectifs sont louables et dont le succès dépendait d'une large participation des organismes de contrôle présents sur le marché.

40. La participation des organismes de contrôle à des réunions qui se sont tenues dans le cadre de l'application du règlement pour l'habilitation ne suffit pas pour considérer comme établie, *prima facie*, l'existence d'une entente restrictive de la concurrence entre les organismes de contrôle, en matière de prix.

La participation à ces réunions qui ont été vraisemblablement organisées par le Conseil de l'habilitation en vue de veiller au bon déroulement des opérations d'habilitation, résulte de l'engagement pris par chacun des organismes de contrôle d'intervenir dans le cadre de l'habilitation. Cet engagement n'est pas critiqué.

Les procès-verbaux de ces réunions ne permettent pas de constater que les prix des contrôles hors habilitation ont été élaborés par les organismes de contrôles eux-mêmes ni que les organismes de contrôle ont été invités, à un quelconque moment, à faire des propositions relatives à ces prix.

Ils permettent seulement de constater qu'une proposition de prix a été soumise aux organismes de contrôle, qui a été acceptée par chacun des organismes de contrôle concernés.

Un parallélisme de comportement ne peut être regardé comme une entente que si des comportements identiques ne peuvent s'expliquer ni par les conditions du marché auxquelles chaque entreprise est soumise, ni par la poursuite de l'intérêt individuel de chacune d'elles.

En l'espèce, il ne peut être fait abstraction du fait que la consultation des organismes de contrôle avait clairement lieu dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 14.5.5 du règlement. L'existence de cette disposition fait partie des conditions du marché auxquelles l'ensemble des organismes de contrôle sont soumis, et ce indépendamment de la question de savoir si elle est licite, point qui n'a pas fait l'objet de l'instruction. Or, cette disposition qui confie au Conseil de l'habilitation le soin de déterminer une fourchette de prix qui est publiée peut constituer dans le chef des organismes de contrôle –tiers à la convention du 24 août 2000- une incitation à ce que chacun d'eux prenne individuellement la décision d'aligner ses prix au niveau souhaité par l'ensemble des associations représentées au sein du Conseil de l'habilitation.

Quoi qu'il en soit, le fait que chaque organisme de contrôle ait individuellement marqué son accord sur la fourchette proposée, avant sa fixation définitive par le Conseil de l'habilitation, ne signifie nullement qu'ils se sont entendus pour approuver cette fourchette. Il peut aussi signifier que chaque organisme a individuellement considéré que l'estimation retenue ne s'écartait pas des prix qu'il entendait appliquer en tenant compte des seuls critères financiers ou commerciaux propres à son entreprise ou ne l'empêchait pas de s'en écarter.

Il importe en outre de relever qu'il n'a pas été tiré argument, dans le rapport du corps des rapporteurs, de l'écart entre le prix des contrôles dans le cadre de l'habilitation, fixé à 75 euros, et le prix plancher pour les contrôles en filière libre (125 euros), pour conclure *prima facie* que la fixation du prix plancher à un niveau supérieur formerait la contrepartie de l'engagement pris par les organismes de contrôle d'effectuer les contrôles demandés par le Conseil de l'habilitation et pris en charge par l'ARGB à des conditions préférentielles.

Enfin, il ne peut être tiré argument de la comparaison des prix appliqués par les différents organismes de contrôle. Les factures versées au dossier de l'instruction par chacun des organismes ont été traitées comme des informations confidentielles. Elles n'ont donc pas été soumises à la contradiction des parties.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent et aux seuls éléments et griefs soumis à la contradiction des parties, il n'est pas vraisemblable et encore moins évident, que les organismes de contrôle ont procédé à la fixation concertée de la fourchette de prix incriminée.

- sur la preuve de l'urgence et de l'atteinte à l'intérêt économique général

41. A supposer même que les informations recueillies au cours de l'instruction et retenues dans le rapport à charge des organismes de contrôle permettraient de considérer qu'il n'est pas exclu, *prima facie*, que les organismes de contrôle ont exploité le système de l'habilitation en offrant leur contribution, d'une manière ou d'une autre, à la définition de la fourchette de prix fixée par le Conseil de l'habilitation, force serait encore de constater que la condition de l'urgence fait défaut.

42. A l'appui de sa demande de mesures provisoires, le Ministre invoquait l'existence « d'une pratique de prix imposés par l'Association Royale des Gaziers Belges pour les prestations d'organismes de contrôle », assortie d'une pratique « de rétrocession d'une partie des montants perçus au profit de l'Association susmentionnée », et considérait que de tels comportements portaient une atteinte grave aux intérêts des consommateurs (lettre du 13 mai 2002).

Les pièces du dossier indiquent que tous les organismes de contrôle nient rétrocéder une partie de leurs honoraires à l'ARGB, ce qui est repris dans le rapport (page 15). Ce rapport ne contient pas la moindre allusion à un indice d'une telle pratique.

A aucun endroit du rapport, il n'est prétendu à l'existence d'indices de ce que l'ARGB 'imposerait' des prix aux organismes de contrôles pour les contrôles en filière libre. Ce rapport expose au contraire parfaitement que la fixation d'une fourchette est prévue à l'article 14.5.5 du règlement pour l'habilitation.

Eu égard à ces éléments, les motifs invoqués dans la demande de mesures provisoires pour justifier l'urgence ne peuvent être retenus puisqu'ils ont trait à des pratiques dont l'instruction n'a pas révélé l'existence.

43. En degré d'appel, le Ministre qui a la charge de la preuve de l'atteinte intolérable à l'intérêt général puisqu'il est l'auteur de la saisine, soutient qu'il est certainement de l'intérêt économique général que les installateurs non habilités et les particuliers bénéficient de prix soumis à une totale concurrence.

Cette seule considération ne suffit pas pour démontrer l'existence d'une atteinte réelle ou potentielle, préjudiciable aux intérêts des installateurs non habilités et aux consommateurs, justifiant l'octroi de mesures provisoires en vue d'éviter que la décision au fond devienne inefficace.

Il n'est d'abord pas vraisemblable que le prix plancher de la fourchette (125 euros), pour les prestations précises décrites dans « la check list », a été fixé à un niveau plus élevé que celui qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence entre les organismes de contrôle.

Le prix de référence est celui qui aurait résulté de la confrontation de l'offre et de la demande. Ce prix est dès lors fonction non seulement de la nature des prestations et de leur coût, mais aussi du volume du marché et du nombre d'entreprises et il ne correspond dès lors pas nécessairement à la notion de prix normal qui s'appréhende par les coûts.

La fourchette de prix porte sur un ensemble de prestations précises ce qui exclut la possibilité pour les organismes de contrôle de jouer sur des critères différenciateurs des services offerts, notamment des critères de qualité. L'engagement que les organismes de contrôle ont pris de suivre la « check list » et de veiller à une qualité élevée de leurs services entraîne nécessairement une homogénéité quasi parfaite des services en cause.

En 2002, le marché se caractérisait apparemment par :

- un nombre très faible d'organismes de contrôle qui n'était pas susceptible d'augmenter à bref délai vu les barrières à l'entrée résultant de l'exigence d'une agrégation
- une demande très forte et hautement inélastique due à l'obligation de produire une déclaration de conformité validée par un organisme de contrôle agréé pour obtenir l'ouverture du compteur
- un degré très élevé d'homogénéité des services en cause
- un nombre très réduit d'installateurs habilités.

Le Ministre ne démontre pas que la situation du marché se serait modifiée.

Le fait que le règlement pour l'habilitation prévoit des délais très courts en matière de contrôle hors habilitation, la fixation par le Conseil de l'habilitation d'une fourchette de prix pour ces contrôles et le niveau de qualité de ceux-ci, peut faire apparaître que du côté de la demande des services, il existait une crainte sérieuse d'exploitation par les organismes de contrôle de la puissance économique qui résulte de la conjonction de tous ses facteurs, soit la crainte que ceux-ci soient tentés d'appliquer des prix exorbitants par rapport à la nature des prestations, d'accuser des retards très importants dans les contrôles ou encore de négliger l'aspect qualité pour tenter d'augmenter rapidement leur chiffre d'affaires et leur part de marché respective.

L'intérêt des signataires de ce règlement est en effet de promouvoir les intérêts des entreprises actives dans le secteur du gaz, notamment en renforçant la sécurité par des contrôles avant l'ouverture du compteur, tout en évitant que les exigences en matière de sécurité et de contrôle, acceptées librement, nuisent au secteur soit en raison du coût trop élevé des contrôles ou de la longueur des délais d'attente, soit en raison de la piètre qualité des contrôles.

Par ailleurs, il est permis de supposer que si le prix plancher de la fourchette avait été excessif compte tenu de la nature des services, une réaction de protestation de la part des associations professionnelles représentées au sein du Conseil de l'habilitation aurait été enregistrée.

Or, c'est apparemment sans la moindre réaction ni discussion que le Conseil de l'habilitation a adopté la fourchette de prix dont il a été question au cours des réunions tenues avec les organismes de contrôle. Par ailleurs, le dossier de l'instruction ne contient pas d'indices du caractère excessif du prix plancher pour les contrôles standard. Au stade actuel de la demande de mesures provisoires, la FIGAZ et les associations des installateurs n'ont pas été interrogées sur le caractère raisonnable ou au contraire excessif des prix de contrôle hors habilitation.

44. Le fait que le prix plancher soit supérieur de 50 euros au prix facturé à l'ARGB pour les contrôles dans le cadre de l'habilitation, soit ceux demandés par le Conseil de l'habilitation,

n'apparaît pas – au stade actuel de l'instruction- être un indice sérieux du caractère artificiel de ce prix.

Les interventions des organismes de contrôle dans le cadre de la procédure d'habilitation présentent des caractéristiques distinctes qui ont été relevées dès décembre 1999, lors de la première réunion avec les organismes de contrôle. Elles peuvent être regroupées par secteur géographique et effectuées dans un délai beaucoup plus long, ce qui permet aux organismes de contrôle d'atteindre un niveau de rentabilité plus élevé.

L'objectif de ces interventions est également différent puisqu'il s'agit de contribuer au déroulement d'une procédure ayant pour but d'apprécier les compétences des installateurs désireux d'obtenir un numéro d'habilitation ou de maintenir leur inscription en qualité d'installateurs habilités.

Par ailleurs, au stade actuel de la procédure, la différence entre les deux prix ne peut être regardée comme un indice de ce que la fixation d'un prix minimum pour les interventions hors habilitation serait la contrepartie de l'acceptation par les organismes de contrôle, d'accorder à l'ARGB des conditions tarifaires préférentielles. Il n'a pas été allégué que les conditions tarifaires des interventions des organismes de contrôle – dans le cadre et hors habilitation – font partie d'un accord global (voir supra, pt 32).

45. Enfin, tout indique comme le soulignent l'ARGB et les organismes de contrôle que la fourchette de prix fixée par le Conseil de l'habilitation n'a qu'un caractère indicatif.

L'instruction n'a pas révélé l'existence de mécanismes permettant aux organismes de contrôle de détecter des éventuels écarts de prix par rapport à la fourchette ou d'exercer à l'encontre d'un organisme de contrôle qui s'en écarterait, d'éventuelles représailles ou sanctions.

Au cours de la réunion qui s'est tenue le 24 avril 2002, soit avant l'introduction de la demande de mesures provisoires, le caractère indicatif de la fourchette a été souligné.

Au cours de cette même réunion, seule la question de savoir si les prix étaient 'réalistes' au regard des exigences sur le plan qualitatif des services a été abordée.

Il n'est donc pas établi avec un degré de certitude suffisant, que la pratique qui consisterait pour les organismes de contrôle à aligner leurs prix sur ceux fixés par le Conseil de l'habilitation résulte d'une volonté commune imputable aux organismes de contrôle, de limiter leur liberté commerciale de déterminer les prix des contrôles hors habilitation en fixant ceux-ci à un niveau supérieur à celui que les uns ou les autres auraient appliqué compte tenu, non seulement de la nature des prestations et de leurs coûts que du volume du marché et du nombre d'entreprises.

Il n'est dès lors pas établi non plus que cette pratique porterait atteinte, de manière sensible, au fonctionnement du marché, en infligeant aux installateurs non habilités un désavantage sur le plan de la concurrence par rapport aux installateurs habilités, au détriment des consommateurs faisant appel aux installateurs non habilités.

46. En tout état de cause, si une atteinte intolérable à l'intérêt économique général justifiait l'adoption de mesures provisoires, elle ne peut fonder des mesures provisoires qui ne sont pas de nature à écarter l'atteinte, dans l'attente d'une décision au fond.

Force est de constater que les mesures provisoires adoptées par le président du Conseil de la concurrence ne sont nullement de nature à empêcher le Conseil de l'habilitation de

déterminer une fourchette de prix pour les contrôles hors habilitation et les parties à la convention du 24 août 2000, autres que l'ARGB, de diffuser les tarifs auprès de leurs membres ou de les publier à l'attention des consommateurs.

C. SUR L'INJONCTION FAITE A ATK ET OCB DE SATISFAIRE LES DEMANDES DE RENSEIGNEMENTS

47. Le Ministre n'explique pas pour quels motifs il sollicite la confirmation de la décision sur ce point.

Le corps des rapporteurs n'a pas demandé cette mesure.

La compétence d'exiger les renseignements demandés aux entreprises récalcitrantes appartient, aux termes de l'article 23 § 2, au corps des rapporteurs et aucune disposition de la loi ne confère au président du Conseil de la concurrence le pouvoir de contraindre, de sa propre initiative, les entreprises à fournir des renseignements sous peine d'astreinte.

La loi lui donne le pouvoir d'infliger une astreinte en vue d'assurer le respect de la décision visée à l'article 23 § 2. La décision ne fait pas état de l'existence d'une telle décision à l'encontre d'ATK et OCB et il ne résulte de rien que le président a été saisi d'une demande d'astreinte.

Par ailleurs, une mesure consistant à enjoindre à une entreprise de fournir des renseignements sous peine d'astreinte n'est pas une mesure provisoire. L'article 40 de la loi ne s'applique donc pas.

Il n'y a donc pas lieu au maintien de cette mesure, sur laquelle les entreprises n'ont d'ailleurs pas eu l'occasion de se défendre.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Reçoit les appels,

Les dit fondés,

Met la décision attaquée à néant,

Statuant à nouveau, dit qu'il n'y a pas lieu d'octroyer des mesures provisoires,

Met les dépens à charge de l'Etat belge, liquidés à 186 + 55,78 + 228,06 euros pour l'asbl Bureau Technique Verbrugghen, à 55,78 + 228,06 euros pour l'asbl AIB-Vincotte Belgium, à 55,78 + 228,06 euros pour l'ARGB, à 55,78 + 228,06 euros pour l'asbl Electro-Test et pour ATK, à 55,78 + 228,06 euros pour Apragaz, à 55,78 + 228,06 euros pour l'OCB et à 228,06 euros pour l'Etat belge.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre bis de la Cour d'Appel de Bruxelles, le 25/11/2003

où étaient présents :

Martine Regout,
Stefaan Raes,
Christine Schurmans,
Patricia Delguste,

Conseiller ff Président,
Conseiller,
Conseiller,
Greffier.

Nr 2003/MR/7

IN ZAKE VAN :

R. Nr 2003/7318

**VERENIGING VOOR ARBEIDSVEILIGHEID DOOR
TECHNIEK EN CONTROLE**, afgekort ATK, met
maatschappelijke zetel te 2820 Bonheiden, Rijmenanseweg, 109,
vertegenwoordigd door Mr. Ir. K. Caers, afgevaardigd bestuurder,

appellante, vertegenwoordigd door Meester Veerle Puttemans,
advocaat te 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16,

TEGEN :

DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN, waarvan het
kabinet gevestigd is te 1000 Brussel, De Meeûsquare 23,

Geïntimeerde, vertegenwoordigd door Meester Lucien Simont,
advocaat te 1050 Brussel, Louizalaan, 149/20,

IN AANWEZIGHEID VAN :

1. **AIB-VINCOTTE BELGIUM**, vereniging zonder winstoogmerk
waarvan de zetel gevestigd is te 1160 Brussel, André Drouart, 27-
29,

in de zaak opgeroepen partij vertegenwoordigd door Meester Richard
Byl, advocaat te 1050 Brussel, Camille Lemonnierstraat, 68,

2. **BUREAU TECHNIQUE VERBRUGGHEN**, vereniging
zonder winstoogmerk waarvan de zetel gevestigd is te 1000
Brussel, Clovislaan, 15,

in de zaak opgeroepen partij vertegenwoordigd door Meester Yves
Lemense, advocaat à 1050 Brussel, Louisalaan, 283/21,

3. **ASSOCIATION ROYALE DES GAZIERS BELGES**,
vereniging zonder winstoogmerk waarvan de zetel gevestigd is te
1000 Brussel, Palmerstonlaan, 4,

in de zaak opgeroepen partij vertegenwoordigd door Meester Francis
Herbert en Dirk Arts, advocaten te 1150 Brussel, Tervurenlaan,
268A,

4. **APRAGAZ**, vereniging zonder winstoogmerk waarvan de zetel
gevestigd is te 1120 Brussel, Vilvoordesesteeweg, 156,

Art. 43bis

in de zaak opgeroepen partij vertegenwoordigd door Meester Sébastien Ledure, advocaat te 1050 Brussel, Louisalaan, 391/7,

5. **O.C.B.**, waarvan de zetel gevestigd is te 2550 Kontich, Astridlaan, 60, vertegenwoordigd door haar directeur generaal,

in de zaak opgeroepen partij vertegenwoordigd door Meester Henri Boonen, advocaat à 2018 Antwerpen, Jan Van Rijswijcklaan, 5,

6. **SGB BUREAU NIVELLES**, vereniging zonder winstoogmerk waarvan de zetel gevestigd is te 1070 Brussel, Sylvain Dupuislaan, 243,

in de zaak opgeroepen partij,

7. **ELECTRO-TEST**, waarvan de zetel gevestigd is te 1820 Melsbroek, Kerkstraat, 35, vertegenwoordigd door haar directeur generaal,

in de zaak opgeroepen partij vertegenwoordigd door Meester Veerle Puttemans, advocaat te 1800 Vilvoorde, F. Campionlei, 16.



Rechtspleging in hoger beroep

Bij verzoekschrift, ingediend ter griffie van het Hof van beroep te Brussel van 17 januari 2003, heeft A.T.K. hoger beroep ingesteld tegen de beslissing nummer 2002-V/M-91 van 20 december 2002 van de Raad voor de Mededinging, gewezen in de zaak CONC-V/M 02/0037.

Dit hoger beroep is behandeld en in beraad genomen ter terechtzitting van de 9^{de} kamer bis van het Hof van 19 juni 2003.

Beoordeling

Het hoger beroep is gericht tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging, die in het Frans werd uitgesproken.

Het verzoekschrift tot hoger beroep is echter in het Nederlands gesteld.

Artikel 54bis van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging bepaalt dat de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen van toepassing is op de in deze wet bepaalde procedures.

Artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken bepaalt dat, voor al de rechtscolleges in hoger beroep, de taal wordt gebruikt waarin de bestreden beslissing is gesteld.

Krachtens dat voorschrift dient het verzoekschrift tot hoger beroep tegen een beslissing die in het Frans is gesteld, eveneens in het Frans te worden gesteld.

Het voorliggende verzoekschrift, dat in het Nederlands is gesteld, terwijl de aangevochten beslissing in het Frans is gesteld, is met dat voorschrift in strijd.

De in artikel 24 vervatte regel is voorgeschreven op straffe van nietigheid, die desnoods ambtshalve door de rechter uitgesproken moet worden (artikel 40, eerste lid, van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken).

Ter terechtzitting van 19 juni 2003 werd de exceptie van nietigheid van het verzoekschrift tot hoger beroep ambtshalve opgeworpen, om appellante de gelegenheid te geven er tegenspraak over te voeren.

De exceptie van nietigheid is gegrond. Het verzoekschrift tot hoger beroep moet worden nietig verklaard.

OM DEZE REDENEN :

HET HOF, rechtdoende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken,

Verklaart het verzoekschrift tot hoger beroep nietig,

Veroordeelt appellanten tot de gerechtskosten van het hoger beroep, begroot op 186 + 55,78 + 456,12 euro jegens haarzelf, en op 456,12 euro jegens elk van de in de zaak opgeroepen partijen.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de burgerlijke negende kamer bis van het hof van beroep te Brussel, op

25/11/2003

Waar aanwezig waren en zitting hielden :

Martine Regout,
Stefaan Raes,
Christine Schurmans,
Patricia Delguste,

Raadsheer dd. Voorzitter,
Raadsheer,
Raadsheer,
Griffier.