



Bruxelles, le 24.5.2022
C(2022) 3583 final

[Public version]

AVIS DE LA COMMISSION

du 24.5.2022

Avis de la Commission européenne en application de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus articles 101 et 102 TFUE)

Affaire CT.01512 – RONJA SRL et WIJNS DRINKS SERVICE SA c/ EUROGAMES AMUSEMENT SRL

(Le texte en langue française est le seul faisant foi)

AVIS DE LA COMMISSION

du 24.5.2022

Avis de la Commission européenne en application de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus articles 101 et 102 TFUE)

Affaire CT.01512 – RONJA SRL et WIJNS DRINKS SERVICE SA c/ EUROGAMES AMUSEMENT SRL

(Le texte en langue française est le seul faisant foi)

1. INTRODUCTION

- (1) Le 21 décembre 2021, la Cour d'appel de Bruxelles a transmis à la Commission européenne (« la Commission ») une demande d'avis en vertu de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'UE, « TFUE »)¹ (la « demande d'avis »). Cette demande s'inscrit dans le cadre d'un contentieux entre RONJA SRL, WIJNS DRINKS SERVICE SA, d'une part, et EURO GAMES AMUSEMENT SRL, d'autre part.
- (2) L'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 dispose que les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles de concurrence de l'Union européenne. Cette forme de coopération entre la Commission et les juridictions nationales est explicitée dans la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (devenus articles 101 et 102 TFUE)².
- (3) Les avis de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 ne lient pas les juridictions nationales. Seule la Cour de justice de l'UE est compétente pour donner une interprétation contraignante des règles de concurrence de l'UE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 267 TFUE³.
- (4) Conformément à la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (devenus articles 101 et 102 TFUE), en donnant l'avis sollicité, la Commission se borne à communiquer à la juridiction nationale les informations factuelles ou les clarifications juridiques requises, sans se prononcer sur le fond de l'affaire dont la juridiction est saisie. Un avis de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 vise à être utile au juge national demandeur pour trancher les questions factuelles et juridiques qui se posent dans le

¹ JO du 4.1.2003, L1, p. 1.

² JO du 27.4.2004, C 101, p. 54.

³ Arrêt de la Cour du 6 octobre 1982, CILFIR c. Ministère de la santé, 283/81, Rec. p. 3415.

cadre d'un litige pendant devant lui. C'est donc dans ce but et à la lumière du cadre factuel dudit litige que la Commission fournit un tel avis.

- (5) L'affaire concerne le secteur des appareils de jeux de hasard. EURO GAMES AMUSEMENT SRL est un exploitant de jeux de hasard, qu'elle place notamment auprès de débits de boisson. Le 27 août 2007, elle a conclu une convention relative au placement de plusieurs appareils au sein du café « la Loona », exploité par CLEANING STAR SRL. Cette convention était d'une durée de cinq ans renouvelables.
- (6) Le 3 janvier 2011, WIJNS DRINKS SERVICE SA a signé un bail commercial avec les propriétaires des locaux du café « la Loona ». Le 4 janvier 2011, CLEANING STAR SRL a cédé le fonds de commerce à RONJA SRL, un exploitant de jeux de hasard, concurrent d'EURO GAMES AMUSEMENT SRL. WIJNS DRINKS SERVICE SA et RONJA SRL sont gérées par la même famille et ont des administrateurs en commun. En février 2011, les appareils de jeu d'EURO GAMES AMUSEMENT SRL ont été enlevés du café « la Loona » et remplacés par des appareils RONJA SRL.
- (7) Il ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles que l'article 2 alinéa 3 des conditions générales d'EURO GAMES AMUSEMENT SRL obligeait CLEANING STAR SRL, au cas où elle cèderait son fonds de commerce, à imposer au repreneur la poursuite de la convention avec EURO GAMES AMUSEMENT SRL (ci-après « la clause de transmission obligatoire »). En outre, l'article 2 alinéa 4, de ces mêmes conditions générales obligeait CLEANING STAR SRL à informer EURO GAMES AMUSEMENT SRL d'un projet de cession du fonds de commerce un mois à l'avance, cette dernière pouvant s'y opposer.
- (8) CLEANING STAR SRL ne s'étant conformée à aucune de ces deux obligations, EURO GAMES AMUSEMENT SRL assigne au fond devant le tribunal de première instance de Bruxelles CLEANING STAR SRL mais aussi WIJNS DRINKS SERVICE SA, RONJA SRL et les bailleurs propriétaires des locaux du café « la Loona ». Par jugement du tribunal de première instance francophone de Bruxelles du 28 octobre 2014, la demande d'EURO GAMES AMUSEMENT SRL est rejetée concernant, d'une part, CLEANING STAR SRL car le tribunal de commerce de Bruxelles a déjà rendu le 26 mai 2011 un jugement de condamnation et, d'autre part, les bailleurs propriétaires des locaux du café « la Loona » en raison de l'absence de preuve que ceux-ci auraient eu connaissance de la convention et de sa violation. En revanche, le jugement constate que les conditions de la tierce complicité sont remplies en ce qui concerne WIJNS DRINKS SERVICE SA et RONJA SRL et les condamne à indemniser solidairement EURO GAMES AMUSEMENT SRL (le « jugement »).
- (9) L'affaire donnant lieu à la présente demande d'avis concerne l'appel par WIJNS DRINKS SERVICE SA et RONJA SRL contre ce jugement. Dans le cadre de cette procédure, EURO GAMES AMUSEMENT SRL allègue que RONJA SRL ne pouvait ignorer la violation de la convention signée entre elle et CLEANING STAR SRL que constituait la cession du fonds de commerce, en particulier s'agissant de la clause de transmission obligatoire. Elle allègue que tous les exploitants de jeux de hasard ont des clauses contractuelles similaires et que les entreprises du secteur ont conclu au sein de leur association professionnelle un « Gentlemen's agreement », dont RONJA SRL est signataire, qui interdit le comportement ayant donné lieu au contentieux.

- (10) La Cour d'appel de Bruxelles indique que le Gentlemen's agreement se présente sous la forme d'un règlement d'ordre intérieur de l'Union Belge de l'Automatique, rédigé en néerlandais et dont la traduction fournie par EURO GAMES AMUSEMENT SRL inclut les clauses suivantes :

« Locaux existants »

- (7) Il est interdit aux membres de placer dans un local d'un autre membre de l'UBA un appareil concurrentiel. [...]
- (8) Il est interdit aux membres de faire des offres dans un local d'un autre membre UBA.
- (9) Si un membre UBA collabore et /ou fournit des services à un autre placeur de jeux de divertissement automatiques, ce dernier doit être un membre valable UBA.
- (10) Si un membre UBA est obligé de retirer ses appareils d'un certain local, aucun autre membre UBA ne peut placer un appareil dans ces locaux durant une période de trois mois. Pour des exploitations saisonnières cette période est fixée à neuf mois. Le placement est autorisé d'un commun accord.

Locaux libres

- (11) En cas de changement de tenancier d'un local, ce local est « libre » et une concurrence est autorisée. Il est précisé que :
- (a) le changement doit être « effectif »
- (b) celui qui signe une convention avec le nouveau tenancier du local doit faire enregistrer et/ou communiquer le contrat au secrétariat UBA. Le membre UBA dont le contrat est enregistré en premier de cette manière, sera considéré comme étant conforme à l'esprit du gentlemen's agreement et disposera par conséquent de la place. En l'absence de contrat, la place appartiendra à celui qui aura placé en premier ses appareils et aura procédé à un premier relevé. »
- (11) Dans son arrêt du 10 décembre 2021, la Cour d'appel de Bruxelles s'interroge sur le fait de savoir si ce Gentlemen's agreement pourrait constituer une entente ayant pour objet une répartition de marché prohibée par l'article 101, paragraphe 1, sous c), TFUE.

2. QUESTIONS

- (12) Par l'arrêt du 10 décembre 2021, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé :

« Les parties ne se sont pas exprimées sur l'éventuelle illégalité du Gentlemen's agreement au regard du droit de la concurrence ni sur les questions évoquées au point 24. Il y a lieu d'ordonner une réouverture des débats à ce propos. La cour précise que tout ce qui est avancé sur le sujet dans le présent arrêt l'est à titre provisoire, afin d'inviter les parties à en débattre, et qu'elle ne se formera une opinion définitive qu'après avoir eu l'occasion d'entendre les parties. »

Conformément à l'article 15, paragraphe 1, du Règlement européen 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence (voy. également la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, OJ, 27 avril 2004, C 101, p. 54 et 5 août 2015, C 256, p. 5), il y a lieu d'inviter la Commission européenne, si elle le

souhaite, à donner son avis sur l'affaire et à fournir à la cour toute information utile en sa possession. »

- (13) Suite à une requête de la Commission, envoyée le 19 janvier 2022, visant à obtenir des clarifications sur l'opportunité de donner un avis suite à la présente demande d'avis et afin d'être en mesure de fournir un avis utile à la juridiction nationale le cas échéant, le 27 janvier 2022 la Cour d'appel de Bruxelles a indiqué être « *intéressée par tout avis que la Commission voudrait donner à propos des questions soulevées au point 24 de l'arrêt du 10 décembre 2021, et en particulier :*
- (1) Des informations de fait sur le contexte économique du marché des appareils de jeu.
 - (2) Des informations de fait sur la « dimension communautaire » de ce marché.
 - (3) Des informations de fait sur la question de savoir si les entreprises du secteur utilisent les mêmes modèles standards de contrat.
 - (4) Un avis de droit sur la question de savoir si l'éventuel exercice systématique de procédures en tierce complicité au sein du secteur peut être constitutif d'une pratique concertée.
 - (5) Un avis de droit sur la question de savoir si le Gentlemen's agreement est un accord illicite de répartition des marchés. »
- (14) Conformément au point 28 de la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (devenus articles 101 et 102 du TFUE)⁴, dans l'intérêt d'une coopération efficace avec les juridictions nationales, la Commission s'efforcera de leur fournir l'avis demandé dans un délai de quatre mois à partir de la date de réception de la demande. Si la Commission a demandé des informations complémentaires à la juridiction nationale pour pouvoir formuler son avis, ce délai commence à courir à partir du moment où elle reçoit ce complément d'information.
- (15) La Commission traitera des cinq questions susmentionnées au point (13) dans les sections qui suivent.

3. QUESTIONS 1 À 3 RELATIVES À DES DEMANDES D'INFORMATIONS À LA COMMISSION EUROPÉENNE RELATIVES AU MARCHÉ DES APPAREILS DE JEU, À LA « DIMENSION COMMUNAUTAIRE » DE CE MARCHÉ ET AUX PRATIQUES SUR CE MARCHÉ

- (16) Par ses questions 1-3, la Cour d'appel de Bruxelles demande, en substance, à la Commission européenne de lui fournir toute information factuelle utile en sa possession concernant le contexte économique du marché des appareils de jeu, la « dimension communautaire » de ce marché, et la question de savoir si les entreprises du secteur utilisent les mêmes modèles standards de contrat.
- (17) La Commission tient à attirer l'attention de la Cour d'appel de Bruxelles sur le fait que la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales précise le type d'information qui peut être demandé par une juridiction nationale. Ainsi, aux termes du point 21 de ladite communication, une juridiction nationale peut notamment demander à la Commission des documents en sa possession ou des renseignements concernant la procédure, afin de déterminer si

⁴ Journal officiel n° C 101 du 27 avril 2004 p. 54 –64 (« *communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales* »).

une affaire donnée est en instance devant elle, si elle a ouvert une procédure ou si elle a déjà statué.

- (18) À cet égard, il convient de remarquer que seules les informations déjà en possession de la Commission peuvent être demandées. Par conséquent, la Commission n'est aucunement tenue de mener d'enquête pour obtenir des informations supplémentaires dans le seul but de les transmettre à la juridiction nationale.
- (19) En l'espèce, la Commission est au regret d'informer la Cour d'appel de Bruxelles qu'elle ne dispose pas d'information factuelle sur le marché des appareils de jeu en cause dans la présente affaire. Elle n'est dès lors pas en mesure de répondre aux questions 1 et 3 de la Cour d'appel de Bruxelles. De même, elle n'est pas non plus en mesure de se prononcer sur la dimension géographique du marché des appareils de jeu en réponse à la question 2 de la Cour d'appel de Bruxelles.
- (20) Cependant, malgré l'absence de toute information factuelle relative au marché des appareils de jeu, la Commission rappelle que les articles 101 et 102 TFUE ne s'appliquent qu'aux accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Il revient donc à la juridiction nationale d'examiner si la pratique anticoncurrentielle alléguée en cause dans la présente affaire est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres.
- (21) Conformément à la jurisprudence de l'UE et aux « Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles [101 et 102 TFUE] »⁵ de la Commission, trois éléments doivent être examinés et cumulativement remplis pour l'application du critère de l'affectation du commerce : les notions de « commerce entre États membres », de « susceptible d'affecter » et de « caractère sensible ».
- (a) Les notions de « commerce entre États membres » et de « susceptible d'affecter ».
- (22) La règle générale est que même les accords couvrant un seul État membre peuvent affecter le commerce entre États membres⁶. Conformément à la jurisprudence de l'UE et aux lignes directrices, le commerce entre États membres peut être affecté même dans des cas où le marché en cause est infranational⁷.
- (23) Selon le critère développé par la Cour de justice de l'Union européenne⁸, la notion de « *susceptible d'affecter* » implique que, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, il doit être possible d'envisager avec un degré de probabilité suffisant que l'accord ou la pratique puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États

⁵ Communication de la Commission — Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité *OJ C 101, 27.4.2004, p. 81–96* (« Lignes directrices »).

⁶ Voir affaire 73/74, *Groupement des Fabricants de papiers peints*, ECLI:EU:C:1975:160, §25 et §26, affaire C-439/11 P, *Ziegler*, ECLI:EU:C:2013:513, § 94 et les affaires jointes C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, *Raiffeisen Zentralbank Österreich and Others c. Commission*, ECLI:EU:C:2009:576, § 39. Voir aussi Lignes directrices, § 22.

⁷ Lignes directrices, § 22. Voir également affaire C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, ECLI:EU:C:2001:577. Dans l'affaire *Ambulanz Glöckner*, les pratiques ne concernaient qu'une partie d'un État membre (l'Allemagne) ; la Cour a estimé que les échanges entre États membres étaient affectés parce qu'il était suffisamment probable, compte tenu des caractéristiques économiques du marché en cause, que les opérateurs établis dans d'autres États membres soient empêchés de s'établir sur ce marché.

⁸ La Cour de justice de l'Union européenne se compose du Tribunal et de la Cour de Justice.

membres⁹. Ainsi, pour que la compétence du droit de l'Union soit établie, il suffit de démontrer que l'accord ou la pratique est susceptible d'affecter le commerce entre États membres¹⁰.

(b) La notion de « caractère sensible »

- (24) L'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position sur le marché des entreprises en cause¹¹. Les accords et les pratiques doivent systématiquement être considérés dans le cadre économique et juridique dans lequel ils se produisent. Une analyse au cas par cas est donc nécessaire.
- (25) C'est au regard de ces critères qu'il reviendra donc à la Cour d'appel de Bruxelles d'examiner si la pratique anticoncurrentielle alléguée en cause dans la présente affaire est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, afin de déterminer si l'article 101 TFUE est applicable en l'espèce.

4. AVIS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

4.1. Sur la question de savoir si le Gentlemen's agreement constitue un accord illicite de répartition des marchés (Question 5)

- (26) Par sa cinquième question, la Cour d'appel de Bruxelles demande un avis juridique sur la question de savoir si le Gentlemen's agreement constitue un accord illicite de répartition des marchés.
- (27) En vertu de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous les accords conclus entre les entreprises, toutes les décisions d'associations d'entreprises et toutes les pratiques concertées, susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur.
- (28) Il convient de rappeler que l'examen du caractère anticoncurrentiel de la coordination entre entreprises doit être indépendant de la qualification donnée à cette coordination par les entreprises mêmes. Ainsi, il conviendra à la Cour d'appel de Bruxelles de vérifier la nature juridique du Gentlemen's agreement en cause, indépendamment de cette qualification juridique, attribuée par les entreprises concernées.
- (29) Les informations dont la Commission dispose se limite à celles contenues dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 10 décembre 2021. À la lumière de cet arrêt, la Commission relève que le Gentlemen's agreement se présente sous la forme d'un règlement d'ordre intérieur de l'Union Belge de l'Automatique, rédigé en néerlandais. La Cour d'appel de Bruxelles lui en a communiqué une traduction partielle fournie par EURO GAMES AMUSEMENT SRL, qui se limite aux clauses relatives aux locaux existants et aux locaux libres.

⁹ Voir affaire 172/80, *Züchner*, ECLI:EU:C:1981:178, affaires jointes 240/82 et a., *Stichting Sigarettenindustrie*, ECLI:EU:C:1985:488, § 48, et affaires jointes T-25/95 et a., *Cimenteries CBR*, ECLI:EU:T:2000:77, § 3930.

¹⁰ Voir affaire T-228/97, *Irish Sugar*, ECLI:EU:T:1999:246, § 170, et affaire 19/77, *Miller*, ECLI:EU:C:1978:19, § 15.

¹¹ Voir affaire C-306/96, *Javico*, ECLI:EU:C:1998:173, § 17 et affaire T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum*, ECLI:EU:T:1993:31, § 138. Voir également Lignes directrices, § 44.

- (30) Comme rappelé auparavant, l'article 101 TFUE s'applique aussi aux décisions des associations d'entreprises. À cet égard, la qualification juridique de l'association est sans incidence sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE¹². De même, le terme « décision » a toujours fait l'objet d'une interprétation large par la Cour de justice de l'Union européenne et la Commission : ainsi, il convient notamment de souligner que l'article 101 TFUE s'applique indépendamment de la nature contraignante de la décision¹³.
- (31) Dans plusieurs décisions relatives au cadre des associations d'entreprises, la Commission a considéré que les « codes de conduite », parfois adoptés par les associations, sont susceptibles, selon les circonstances, de restreindre la concurrence. Si le code de conduite est susceptible de restreindre la concurrence, lorsque ses règles prévoient l'imposition de sanctions pour faire respecter le comportement indiqué, la violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE pourrait en résulter aggravée¹⁴.
- (32) De même, la Cour de justice de l'Union européenne a déjà eu l'occasion dans sa jurisprudence de constater que certains accords dénommés « Gentlemen's agreement » rentraient dans le champ d'application de l'article 101 TFUE. Ainsi, dans son arrêt du 15 juillet 1970 dans l'affaire 41-69 *ACF Chemiefarma NV*¹⁵, la Cour de justice a considéré qu'un « Gentlemen's agreement » conclu entre entreprises constitue un acte susceptible d'encourir l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE dans la mesure où (i) il prévoit des clauses restreignant la concurrence et (ii) ces clauses constituent « l'expression fidèle de la volonté commune des parties ».
- (33) Si la Cour d'appel de Bruxelles considère que les entreprises en cause ont exprimé, à travers ledit Gentlemen's agreement, leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, cet accord est susceptible de constituer une entente en violation de l'Article 101 TFUE.
- (34) Pour relever de cette interdiction, un accord doit avoir « pour objet ou pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence dans le marché intérieur. Il en découle que cette disposition, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, procède à une distinction nette entre la notion de « restriction par objet » et celle de « restriction par effet », chacune étant soumise à un régime probatoire différent¹⁶.
- (35) Il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que certains types de coordination entre entreprises révèlent un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour être qualifiés de « restriction par objet », de

¹² Voir notamment l'affaire 123/83, *BNIC c. Clair*, ECLI:EU:C:1985:33, § 17 ; affaire C-35/96, *Commission c. Italie*, ECLI:EU:C:1998:303, § 40.

¹³ Voir notamment l'affaire 71/74, *Fruit- en Groentenimporthandel and Frubo c. Commission*, ECLI:EU:C:1975:61 ; affaire 96/82, *IAZ c. Commission*, ECLI:EU:C:1983:310 ; affaire 8/72, *Vereniging van Cementhandelaren c. Commission*, ECLI:EU:C:1972:84 ; affaire 45/85, *Verband der Sachversicherer c. Commission*, ECLI:EU:C:1987:34.

¹⁴ Voir notamment Décision de la Commission du 13 juillet 1983, *Vimpoltu*, IV/30.174, § 37 : « La procédure en cas d'infraction présumée ... ainsi que les amendes prévues ... renforcent le caractère anticoncurrentiel de la décision *Vimpoltu*, étant donné qu'elles incitent les importateurs à respecter scrupuleusement les dispositions de celle-ci ».

¹⁵ Arrêt de la Cour du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV contre Commission des Communautés européennes*, affaire 41-69, ECLI:EU:C:1970:71.

¹⁶ Voir notamment l'arrêt du 18 novembre 2021, *Visma Entreprise SIA*, C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935, § 56 et l'arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, § 63.

sorte que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu de la concurrence¹⁷.

- (36) Il conviendra que la Cour d'appel de Bruxelles recherche si la portée des clauses du Gentlemen's agreement empêchait les entreprises en cause de se comporter comme des rivales, comme cela est attendu dans un marché ouvert et concurrentiel. Cette analyse devra donc déterminer si, en interdisant aux membres de l'UBA de faire des offres dans un local d'un autre membre et en prévoyant l'obligation de transmettre à l'UBA les nouveaux contrats en cas de changement de tenancier d'un local, les clauses équivalaient à un accord de partage du marché et/ou à un échange d'informations sensibles.
- (37) D'une part, les accords de partage du marché, en vertu desquels les parties décident de rester en dehors de leurs marchés respectifs — géographiquement et/ou sur la base des produits/services qu'elles fournissent et/ou concernant leur clientèle – constituent une restriction de la concurrence explicitement interdite par l'article 101, paragraphe 1, sous c), TFUE¹⁸.
- (38) À cet égard, comme indiqué par la Commission dans son document de travail sur la notion de restriction par objet¹⁹, tout accord par lequel des concurrents se répartissent des marchés géographiques, des marchés de produits ou des clients est considéré comme une restriction par objet s'il intervient dans le cadre d'un pur accord de partage de marché entre concurrents, c'est-à-dire une entente non liée à une coopération plus large entre les parties. La répartition des marchés peut également être réalisée par des restrictions sur les lieux où les parties peuvent vendre activement et/ou passivement ou par des restrictions sur la production. En cas de restriction par objet, aucun effet sur la concurrence ne devrait être démontré pour conclure que l'accord en cause constitue une violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.
- (39) D'autre part, le Gentlemen's agreement en cause prévoit également que « en cas de changement de tenancier d'un local, ... celui qui signe une convention avec le nouveau tenancier du local doit faire enregistrer et/ou communiquer le contrat au secrétariat UBA ».
- (40) À cet égard, il appartiendra à la Cour d'appel de Bruxelles de vérifier tout d'abord si la clause susmentionnée est susceptible de constituer une mesure de mise en œuvre et/ou de contrôle de l'accord illicite. Ensuite, en tout état de cause, il convient de remarquer que ladite clause est susceptible d'augmenter la transparence sur le marché en cause. Il appartiendra donc à la Cour d'appel de Bruxelles de vérifier si les informations échangées en vertu du Gentlemen's agreement peuvent être considérées comme stratégiques, et si la disposition en cause peut représenter une clause restreignant la concurrence, soit en tant qu'entente en elle-même, soit en tant que moyen de faciliter et contrôler une entente existant par ailleurs.

¹⁷ Voir notamment l'arrêt du 18 novembre 2021, *Visma Entreprise SIA*, C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935, § 57.

¹⁸ Voir affaire C-373/14, *Toshiba Corporation c. Commission*, ECLI:EU:C:2016:26, § 28.

¹⁹ Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 final, 26 juin 2014.

4.2. Sur la question de savoir si l'éventuel exercice systématique de procédures en tierce complicité au sein du secteur peut être constitutif d'une pratique concertée (Question 4)

- (41) Par sa quatrième question, la Cour d'appel de Bruxelles s'interroge sur la question de savoir si l'éventuel exercice systématique de procédures en tierce complicité au sein du secteur peut être constitutif d'une pratique concertée visant à faire respecter la discipline collective des entreprises parties à une entente.
- (42) La Commission européenne comprend qu'en droit belge, le tiers qui participe à la rupture d'obligations contractuelles peut être rendu responsable sur la base de l'article 1382 du Code civil s'il connaissait ou s'il aurait dû connaître l'existence du contrat et qu'il a malgré tout volontairement et directement participé ou apporté sa participation à la rupture de contrat. Cette procédure en responsabilité extracontractuelle est qualifiée de « tierce complicité ».
- (43) Sur la base des informations qui ont été fournies à la Commission par la Cour d'appel de Bruxelles, l'exercice systématique de procédures en tierce complicité ne semble pas être une pratique expressément incluse dans le Gentlemen's agreement, mais une pratique récurrente, constatée par la Cour d'appel de Bruxelles. Ledit exercice systématique de procédures en tierce complicité pourrait cependant constituer, premièrement, une mesure de contrôle et de mise en œuvre d'une éventuelle entente. Deuxièmement, il est également possible qu'un tel exercice systématique représente une pratique concertée. Enfin, troisièmement, un tel exercice systématique pourrait être analysé en tant que pratique verticale au sein du secteur en cause, découlant d'une série d'accords verticaux similaires. La Commission examinera brièvement ces différentes possibilités ci-dessous.
- (44) En ce qui concerne la première option mentionnée au point 43 ci-dessus, la Commission souligne qu'en tant que mécanismes complexes, souvent multilatéraux, les ententes (aussi appelés « cartels ») sont difficiles à gérer et des efforts considérables sont souvent consacrés à assurer leur stabilité. C'est tout particulièrement vrai dans les systèmes collusoires où les bénéficiaires supra-concurrentiels ne peuvent être atteints que par une discipline collective, mais où la tentation de débaucher des clients est grande, car susceptible d'entraîner des bénéficiaires encore plus élevés. Les participants aux ententes s'entendent fréquemment sur des mesures de compensation voire des sanctions à appliquer aux membres qui n'ont pas respecté les accords restrictifs. Outre l'application de schémas de mise en conformité convenus « volontairement » par les membres des ententes, il n'est pas rare que les participants aux ententes prennent des mesures visant à contraindre les acteurs du marché réticents à aligner leur comportement commercial, afin que les résultats escomptés de l'entente ne soient pas compromis²⁰.
- (45) Afin de vérifier s'il s'agit d'une « mesure disciplinaire » visant à mettre en œuvre une entente illicite constituée par le Gentlemen's agreement, il conviendra tout d'abord à la Cour d'appel de Bruxelles de vérifier que les parties concernées par les procédures en tierce complicité sont aussi membres de l'association professionnelle « Union Belge de l'Automatique » et du Gentlemen's agreement en cause. Il conviendra également à la Cour d'appel de Bruxelles de vérifier si le Gentlemen's agreement constitue une entente contraire à l'article 101 TFUE, au regard des

²⁰ Voir par exemple Décision de la Commission du 10 juillet 1986, *Roofing felt*, IV/31.371 -, 86/399/EEC, [1986] JO L232/15, [1991] 4 CMLR 130, ou la Décision de la Commission du 13 septembre 2006, *Bitumen Nederland*, COMP/F/38.456, 2007/534/EC, [2007] JO L196/40.

principes rappelés ci-dessus, en réponse à la cinquième question de la Cour d'appel de Bruxelles. Si ces deux prémisses sont remplies, il conviendra alors d'examiner si l'exercice systématique de procédures en tierce complicité vise à contrôler et renforcer la mise en œuvre dudit Gentlemen's agreement.

- (46) À cet égard, si la Cour d'appel de Bruxelles devait considérer que l'exercice systématique de procédures en tierce complicité constitue une mesure de mise en œuvre d'une entente illicite, il convient de rappeler que depuis l'arrêt *Commission c. Anic*, la Cour de justice reconnaît l'existence de la notion d' « infraction unique et continue » à l'Article 101 TFUE²¹.
- (47) Ainsi, suivant la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne²² et la pratique décisionnelle de la Commission européenne²³, la notion d'infraction unique et continue vise une situation dans laquelle plusieurs entreprises ont participé à une infraction constituée (i) d'un comportement continu poursuivant un seul but économique visant à fausser la concurrence ; ou bien (ii) d'infractions individuelles liées entre elles par une identité d'objet (même finalité de l'ensemble des éléments) et de sujets (identité des entreprises concernées, conscientes de participer à l'objet commun).
- (48) Il appartiendra donc à la Cour d'appel de procéder aux vérifications de ces éléments, afin de déterminer si l'exercice systématique de procédures en tierce complicité représente un des éléments d'un « plan d'ensemble », ayant le même objectif anticoncurrentiel et pouvant constituer une infraction unique et continue au droit de la concurrence. Dans cette hypothèse, il ne serait pas nécessaire d'établir que l'exercice systématique de procédures en tierce complicité constitue, en lui-même, une violation de l'article 101 TFUE, dans la mesure où un tel exercice systématique représente l'un des éléments du plan d'ensemble d'une entente contraire à l'article 101 TFUE²⁴.
- (49) Une fois l'existence d'une telle infraction unique et continue établie, il conviendra le cas échéant encore que la Cour d'appel de Bruxelles vérifie si les parties en cause ont participé à une telle infraction unique et complexe. Tel est le cas lorsqu'il est établi que ladite entreprise entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque. Ainsi, une entreprise peut avoir directement participé à l'ensemble des comportements anticoncurrentiels composant l'infraction unique et continue. Une entreprise peut également n'avoir directement participé qu'à une partie des comportements anticoncurrentiels composant l'infraction unique et continue, mais avoir eu connaissance de l'ensemble des autres

²¹ Arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, *Commission c. Anic Partecipazioni SpA*, affaire C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, § 87 : « Lorsque'il s'agit d'accords et de pratique concertées ayant un objet anticoncurrentiel, la Commission se doit de prouver que l'entreprise a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque. »

²² Voir notamment arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, *Lafarge SA c. Commission*, affaire T-54/03, ECLI:EU:T:2008:255, § 484.

²³ Voir notamment Décision de la Commission du 23 juin 2010, *Installations sanitaires pour salles de bains*, COMP/39092, § 786.

²⁴ Voir, notamment, arrêt du Tribunal du 2 février 2022, *Scania c. Commission*, ECLI:EU:T:2022:48, § 208.

comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par les autres participants à l'entente dans la poursuite des mêmes objectifs, ou avoir pu raisonnablement les prévoir et avoir été prête à en accepter le risque. Dans un tel cas, cette entreprise peut également se voir imputer la responsabilité de l'ensemble des comportements anticoncurrentiels composant une telle infraction et, par suite, de celle-ci dans son ensemble²⁵.

- (50) En ce qui concerne la deuxième option mentionnée au point 43 ci-dessus et dans un souci d'exhaustivité, il convient de rappeler que l'exercice d'un droit n'exempte pas l'application du droit de la concurrence. Par exemple, l'exercice abusif des procédures judiciaires a déjà été reconnu comme étant susceptible de constituer une infraction au droit de la concurrence, et notamment un abus de position dominante²⁶. La démonstration du caractère abusif d'une stratégie procédurale requiert toutefois la démonstration de l'existence de « *circonstances tout à fait exceptionnelles* » étant donné que l'accès au juge est un droit fondamental²⁷.
- (51) Quant à l'application de l'article 101 TFUE, l'arrêt *Coditel* a affirmé que l'exercice d'un droit peut également renforcer une pratique concertée et ainsi être analysée sous l'angle de l'article 101 TFUE²⁸. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment confirmé cette approche en matière de règlement amiable d'un litige en matière de brevets²⁹.
- (52) En ce qui concerne la troisième option mentionnée au point 43 ci-dessus, il est possible d'examiner si le comportement en cause est susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle verticale, découlant d'un réseaux parallèle d'accords verticaux ayant des effets similaires. Il est de jurisprudence établie de l'UE que l'effet cumulatif produit par plusieurs accords similaires constitue un élément parmi

²⁵ Voir arrêt du 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c. Commission et Commission c. Fresh Del Monte Produce*, affaires jointes C-293/13 P et C-294/13 P, ECLI:EU:C:2015:416, §§ 156-159 (et jurisprudence citée).

²⁶ Voir Décision de la Commission du 15 juin 2005, *AstraZeneca*, COMP/A.37.507/F3, confirmée par la Cour de justice dans son arrêt du 6 décembre 2012, *AstraZeneca c. Commission*, affaire C-457/10, ECLI:EU:C:2012:770, § 134 : « *il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière à ce dernier égard (...) et qu'elle ne saurait dès lors, ..., faire usage des procédures réglementaires de façon à empêcher ou à rendre plus difficile l'entrée de concurrents sur le marché, en l'absence de motifs tenant à la défense des intérêts légitimes d'une entreprise engagée dans une concurrence par les mérites ou en l'absence de justifications objectives.* ». Voir également la récente ouverture de la première enquête formelle de la Commission concernant des abus potentiels liés à l'utilisation abusive de procédures en matière de brevets et au dénigrement à des fins d'éviction de produits concurrents dans l'industrie pharmaceutique (AT.40588).

²⁷ Voir l'arrêt du Tribunal du 17 juillet 1998, *ITT Promedia*, affaire T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183, § 60 : « *L'accès au juge étant un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit, ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le fait d'intenter une action en justice est susceptible de constituer un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité.* » ; ce test a également été repris dans l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2018, *Lupin Ltd c. Commission*, affaire T-680/14, ECLI:EU:T:2018:908, § 100.

²⁸ Arrêt de la Cour du 6 octobre 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres contre Ciné-Vog Films SA et autres*, affaire 262/81, ECLI:EU:C:1980:84, § 17 : « *Si le droit d'auteur sur un film et le droit de représentation d'un film qui découle du droit d'auteur ne tombent pas ainsi par nature sous les interdictions de l'article [101], leur exercice peut cependant, dans un contexte économique ou juridique dont l'effet serait de restreindre d'une manière sensible la distribution de films ou de fausser la concurrence sur le marché cinématographique, eu égard aux particularités de celui-ci, relever desdites interdictions.* ». À cet égard, voir également l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2018, *Groupe Canal + c. Commission*, affaire T-873/16, ECLI:EU:T:2018:904.

²⁹ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2018, *Lupin Ltd c. Commission*, affaire T-680/14, ECLI:EU:T:2018:908, § 103, et la jurisprudence y citée.

d'autres pour savoir si, par le moyen d'une altération éventuelle du jeu de la concurrence, le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté³⁰. En particulier, en présence d'un réseau d'accords similaires conclus par un seul producteur, l'appréciation portée sur les effets de ce réseau sur le jeu de la concurrence s'applique à l'ensemble des contrats individuels constituant le réseau³¹. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas de la distribution sélective ou des obligations de non-concurrence³².

- (53) L'inclusion systématique de clauses de transmission obligatoire dans les conventions relatives au placement d'appareils de jeu et l'exercice systématique de procédures en tierce complicité qui en découle pourraient donc aussi être analysés à l'aune des effets combinés de l'ensemble de ces clauses contractuelles imposant aux repreneurs d'un fonds de commerce de poursuivre la relation avec le même exploitant de jeux de hasard, même en l'absence d'entente ou d'une pratique concertée visant à insérer de telles clauses. Si de tels effets combinés rendaient les clauses de transmission obligatoire contraire à l'article 101 TFUE, il conviendra encore à la Cour d'appel de Bruxelles de vérifier si lesdites clauses de transmission obligatoires sont dissociables des conventions relatives au placement d'appareils de jeu dans lesquelles elles sont insérées.
- (54) Sur la base de l'ensemble des éléments repris ci-dessus, il appartient donc à la Cour d'appel de Bruxelles de procéder aux vérifications nécessaires, en particulier afin de déterminer si l'exercice systématique de procédures en tierce complicité est constitutif d'une pratique concertée en lui-même, ou s'il s'agit d'un élément de mise en œuvre d'une infraction unique et continue. À défaut, la Cour d'appel de Bruxelles pourra néanmoins examiner les effets combinés sur la concurrence de l'inclusion systématique de clauses de transmission obligatoire dont l'exercice de procédure en tierce complicité n'est que la mise en œuvre.

³⁰ Arrêt du 28 février 1991, *Delimitis*, affaire C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, § 14.

³¹ Arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, *Langnese Iglo GmbH c. Commission*, affaire T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, § 129.

³² Règlement (UE) No 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, OJ L 102, 23.4.2010, p. 1–7, § 15.

- (55) Enfin, il est important de souligner qu'en vertu de l'article 101, paragraphe 2, TFUE, les accords ou décisions interdits en vertu dudit article sont nuls de plein droit. Ainsi, si la Cour d'appel de Bruxelles devait constater que le Gentlemen's agreement en cause ou les clauses de transmission obligatoires constituent une restriction de la concurrence, en violation de l'article 101 TFUE, l'exercice systématique de procédures en tierce complicité visant à faire respecter ledit Gentlemen's agreement ou de telles clauses de transmission obligatoire représenterait un moyen procédural de faire valoir un accord qui est nul de plein droit. Il conviendrait, par conséquent, de ne pas y faire droit³³.

Fait à Bruxelles, le 24.5.2022

Par la Commission
Olivier GUERSENT
Directeur Général



³³ Si la Cour d'appel de Bruxelles établit l'existence d'une entente ou pratique concertée, la nullité prévue à l'article 101, paragraphe 2, TFUE frappe l'ensemble des accords en question. À l'inverse, en l'absence d'ententes ou de pratiques concertées, la nullité prévue à l'article 101, paragraphe 2, TFUE ne s'applique qu'aux seules clauses de transmission obligatoire qui se verraient interdites par l'article 101, paragraphe 1, TFUE. L'ensemble de la convention relative au placement d'appareil de jeu ne serait alors frappé de nullité que si lesdites clauses de transmission obligatoire ne paraissent pas séparables du contrat lui-même. Voir arrêt du 28 février 1991, *Delimitis*, affaire C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, §§40, 42 et dispositif.