

Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2001-2002

Johan Ysewyn en Peter D. Camesasca¹

INHOUD

Inleiding	100
I. Institutionele structuur	100
II. De periode 2001-2002 in cijfers	101
III. Concentratietoezicht	103
1. Toepassingsgebied van de WEM op het vlak van concentratioezicht	103
1.1. Begrip onderneming	103
1.2. Begrip concentratie	104
1.2.1. Verwerving van vermogensbestanddelen	104
1.2.2. Volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen en loutere samenwerkingsverbanden	104
1.3. Verplichting tot aanmelding van een concentratie	105
1.3.1. Geografische toerekening van omzet	105
1.3.2. Aanpassing van het omzetcijfer	106
1.3.3. Sectorspecifieke omzetsberekening	106
2. Aanmeldingspraktijk	106
2.1. Tijdstip van de aanmelding	106
2.2. Aanmeldingstermijn	108
2.3. Onderzoekstermijn	109
2.4. Opschorting van de concentratie	109
2.5. Sancties in geval van niet-medewerking met de autoriteiten	110
2.6. Intrekken van de aanmelding	110
3. Toelaatbaarheidsanalyse	111
3.1. Marktaandeel van de partijen	111
3.1.1. Productmarktdefinitie	111
3.1.2. Omvang van de geografische markt	115
3.1.3. Betrokken markt	115
3.2. Structuur van de markt	117
3.3. Voorwaarden	119
3.4. Toepassing van de artikelen 2 en 3 van de WEM op concentraties	120
IV. Restrictieve mededingingspraktijken	120
1. Bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging	123
1.1. Het ondernemingsbegrip	123
1.2. Vrije beroepen en Beroepsverenigingen	123
1.3. Wettelijke monopolies	125
1.4. Overheidsmaatregelen	125
2. Procedurele incidenten	126
3. Substantiële analyse	127
3.1. Misbruik van machtspositie	127
3.1.1. Bestaan van een machtspositie	127
3.1.2. Misbruiken	129
3.1.3. Rechtvaardiging van een misbruik omwille van wettelijke verplichtingen	130
3.2. Restrictieve mededingingspraktijken	130

¹ Johan YSEWYN is advocaat bij Linklaters. Peter D. CAMESASCA is advocaat bij Howrey Simon Arnold & White, LLP. Hoofdstuk III is van de hand van Johan YSEWYN. Hoofdstuk IV van Peter D. CAMESASCA. Inleidende hoofdstukken en eindcoördinatie: Johan YSEWYN en Peter D. CAMESASCA.

4. Sancties en maatregelen	132
5. Verhouding met beslissingen van nationale rechtbanken	132
6. Voorlopige maatregelen	132
6.1. Klacht ten gronde en belang van partijen	132
6.2. Prima facie-inbreuk op de WEM	133
6.3. Urgentie	133
6.4. Voorlopige maatregelen	134
V. Conclusie	134

Chronique jurisprudentielle du Conseil de la Concurrence (2001-2002)

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	101
I. Structure institutionnelle	101
II. Les chiffres de la période 2001-2002	102
III. Contrôle de concentrations	104
1. Champ d'application de la L.C.E. en matière de contrôle de concentrations	104
1.1. La notion d'entreprise	104
1.2. La notion de concentration	105
1.2.1. Acquisition d'actifs	105
1.2.2. Entreprises communes de plein exercice et simples accords de coopération	105
1.3. Obligation de notifier une concentration	106
1.3.1. Allocation géographique du chiffre d'affaires	106
1.3.2. Modification du chiffre d'affaires	107
1.3.3. Calcul du chiffre d'affaires spécifique à certains secteurs	107
2. Notification en pratique	107
2.1. Moment de la notification	107
2.2. Délai de notification	109
2.3. Délai d'enquête	110
2.4. Suspension de la concentration	110
2.5. Sanctions en cas d'absence de collaboration avec les autorités	111
2.6. Retrait de la notification	111
3. Analyse d'admissibilité	112
3.1. Part de marché des parties	112
3.1.1. Définition du marché de produits	112
3.1.2. Étendue du marché géographique	116
3.1.3. Marché concerné	116
3.2. Structure du marché	118
3.3. Conditions	120
3.4. Application des articles 2 et 3 de la L.C.E. relative aux concentrations	121
IV. Pratiques restrictives de concurrence	121
1. Compétence du conseil de la Concurrence	124
1.1. Le concept d'entreprise	124
1.2. Professions libérales et associations professionnelles	124
1.3. Monopoles légaux	126
1.4. Mesures publiques	126
2. Incidents de procédure	127
3. Analyse substantielle	128
3.1. Abus de position dominante	128
3.1.1. Situation de position dominante	128
3.1.2. Abus	130
3.1.3. Justification d'un abus sur base d'obligations légales	131
3.2. Pratiques restrictives de concurrence	131

4. Sanctions et mesures	133
5. Rapport avec les décisions des tribunaux nationaux	133
6. Mesures provisoires	133
6.1. <i>Plainte du fond et intérêt des parties</i>	133
6.2. <i>Existence vraisemblable d'une infraction à la L.P.C.E</i>	134
6.3. <i>Urgence</i>	134
6.4. <i>Mesures provisoires</i>	135
V. Conclusion	135

INLEIDING

1. Dit is de zesde aflevering van dit overzicht² waarin een analyse gemaakt wordt van de rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in de voorbije twee jaar³. Ook wordt dit jaar, zoals in de voorgaande overzichten, ingegaan op de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel⁴, ten minste wat betreft de substantiële toepassing van de WEM⁵. Parallelen met het Europees kartelrecht en de Europese rechtspraak en beslissingspraktijk die een cruciale rol spelen bij de interpretatie van de WEM⁶ zullen ook aan bod komen⁷.

I. INSTITUTIONELE STRUCTUUR

2. In vergelijking met de voorgaande jaren was 2001 een constructief jaar op institutioneel vlak en bracht het een zee aan benoemingen met zich mee. De stabilisering van de

samenstelling van de raad viel op in 2002, een jaar waarin zeer weinig wijzigingen gebeurden.

Op het niveau van de Dienst voor de Mededinging werden 29 personeelsleden van de Algemene Inspectie van de Prijzen en van de Mededinging aangeduid die de bevoegdheden van de dienst uitoefenen⁸. Toch is de situatie er sindsdien op verslechterd. Op vandaag zijn er slechts 14 ambtenaren op de dienst die dossiers behandelen – en het personeelsverloop bij de dienst blijft hoog.

Op het niveau van het Korps Verslaggevers is er nog steeds slechts één Nederlandstalige en één Franstalige verslaggever – en de benoemingsprocedure voor bijkomende verslaggevers is net terug op gang. Daarenboven zijn de middelen ter ondersteuning van het korps zeer beperkt.

Op het niveau van de Raad voor de Mededinging was de belangrijkste ontwikkeling de versterking van het voltijds kader van de raad door de benoeming van drie voltijdse

² De eerste aflevering van dit overzicht bestreek het jaar 1995 en werd gepubliceerd in *T.B.H.* 1996-7, 574-599 (hierna "Overzicht 1995"); de tweede aflevering m.b.t. het jaar 1996 werd gepubliceerd in *T.B.H.* 1997-9, 531-559 (hierna "Overzicht 1996"); de derde aflevering betrof het jaar 1997 en werd gepubliceerd in *T.B.H.* 1998-11, 724-749 (hierna "Overzicht 1997"); de vierde aflevering bestreek 1998 en werd gepubliceerd in *T.B.H.* 1999-12, 821-839 (hierna "Overzicht 1998") de vijfde en laatste aflevering bestreek 1999 en 2000 en werd gepubliceerd in *T.B.H.* 2001, 637-662 (hierna "Overzicht 1999-2000").

³ Dit overzicht behandelt alle beslissingen van de Raad voor de Mededinging die werden gewezen in 2001 en 2002, alsook de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel en het Hof van Cassatie gewezen in deze periode in het kader van hun bevoegdheden op grond van de WEM. Waar nuttig of nodig wordt gerefereerd aan vroegere jurisprudentie.

⁴ De WEM heeft het Hof van Beroep te Brussel aangewezen als appelrechter, bevoegd voor hogere beroepen tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging (art. 34 WEM), en als rechtscollege bevoegd voor het beantwoorden van prejudiciële vragen vanwege hoven en rechtbanken inzake de toepassing van de WEM. De specifieke procedurele problemen die het hof van beroep overduidelijk heeft bij de toepassing van de WEM vallen buiten het bestek van dit overzicht. Hiervoor wordt verwezen naar een aantal artikels die de laatste jaren zijn verschenen: D. DESSARD en B. FRANCO, "Application par les juridictions ordinaires", in P. DE VROEDE, *Bescherming van de economische mededinging*, Brugge, die Keure, 1993, 143 e.v.; P. DE VROEDE, *De Wet tot bescherming van de Economische Mededinging*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 323-361; G. LONDERS, "De controle op de toepassing van het Belgisch mededingingsrecht door de hoven en de rechtbanken", in *Wet tot Bescherming van de economische mededinging. Haar werking*, *T.B.H.-Dossier*, n° 1-1994, 68 e.v.; A.-M. VANDENBOSSCHE, "Curia non novit ius... De prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Beroep te Brussel ex artikel 42 WBEM", *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1995*, 601; W. VAN GERVEN, L. GYSELEN, M. MARESCEAU, J. STUYCK en J. STEENBERGEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht XIII, Handels- en Economisch Recht, Deel 2 Mededingingsrecht, B Kartelrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1996, 993 e.v., § 824 e.v.

⁵ Dit verklaart waarom bepaalde arresten van het Hof van Beroep te Brussel (bijvoorbeeld betreffende toegang tot het dossier) niet in detail besproken worden.

⁶ Zie in dit verband J. STUYCK, "De doorwerking van de beschikkingen van de Europese Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie op de toepassing van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging", *R.W.* 1995-96, 1107; A.-M. VAN DEN BOSSCHE, "De WBEM: Mededingingswetgeving naar Europees model of Belgische variaties op een thema", *T.P.R.* 1994, 1575; B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, "De Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging. Is het Europees model werkbaar op Belgische schaal?", *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Diegem, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, 1365.

⁷ Voor de meest recente besprekingen van de ontwikkelingen in het Europees kartelrecht op het niveau van het gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie wordt verwezen naar B. VAN DE WALLE DE GHELCKE en B. VAN HEES, "Les règles de concurrence applicables aux entreprises", *J.T. dr. eur.* 2003, 101-123; zie ook W. VAN GERVEN, L. GYSELEN, M. MARESCEAU, J. STUYCK en J. STEENBERGEN, *o.c.*; J. FAULL en A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, 961.

⁸ M.B. 28 februari 2001 tot aanwijzing van de personeelsleden van de Algemene Inspectie van de Prijzen en Mededinging bedoeld bij art. 23, § 3 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, *B.S.* 17 maart 2001, 8414.

leden⁹. Voor de invulling van twee vacante niet-volijtjds mandaten bij de Raad voor de Mededinging werd een oproep gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* die leidde tot twee bijkomende benoemingen¹⁰. Ten slotte werd in 2002 het – nog steeds uitermate minimalistisch – statuut van de volijtjds leden van de Raad voor de Mededinging aangevuld door het toepasselijk verklaren van een aantal koninklijke besluiten over o.a. vergoedings- en verlofregeling¹¹.

Op het niveau van de Commissie voor de Mededinging werd artikel 6, § 2, van het K.B. betreffende de samenstelling en werking van de Commissie voor de Mededinging opgeheven, zodat men niet meer om de twee jaar moet overgaan tot de vervanging van een derde van de commissieleden¹². Deze procedure was immers te tijdrovend en leidde ertoe dat de commissie voortdurend van samenstelling veranderde en

zelfs nooit volledig samengesteld raakte. Meteen werd ook het mandaat van de werkende en plaatsvervangende leden van de Commissie voor de Mededinging beëindigd. Een K.B. van dezelfde datum benoemde vervolgens de nieuwe leden van de Commissie voor de Mededinging¹³.

II. DE PERIODE 2001-2002 IN CIJFERS

3. Een initiële vaststelling is dat in de voorbije twee jaar de stijgende trend is doorgezet in het aantal beslissingen op grond van aangemelde concentraties.

Een overzicht van de statistieken inzake concentraties is in deze context leerrijk:

Concentraties	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Aanmeldingen ^a en verslagen dienst/korps	30	39	48	46	60	52	35	43	48	53
Eindbeslissingen	24	42	45	28	21	13	5	36	48	58
Tweedefaseonderzoeken	0	0	0	1	4	4	1	1	2	7
Stilzwijgende goedkeuringen	0	0	1	17	36	39	29	7	1	0

a. Het verschil tussen het aantal meldingen en het aantal beslissingen in sommige jaren is te verklaren, hetzij door de eindejaarsaanmeldingen die pas geleid hebben tot een beslissing in het daaropvolgende jaar, hetzij door het feit dat de raad in zijn statistieken zowel de eerste- als tweedefasebeslissingen als eindbeslissingen kwalificeert.

Wat vooreerst opvalt, is dat, ondanks het feit dat de aanmeldingsdrempels in 2000 substantieel gewijzigd werden¹⁴ (*infra*, § 13), het aantal meldingen van concentraties niet is gedaald. Men zal zich herinneren dat het doel van de nieuwe aanmeldingsdrempels erin bestond te vermijden dat de raad, zoals in het verleden vaak het geval was, tijd en energie moet stoppen in het onderzoeken van concentraties die weinig effect hebben op de Belgische markt. Zoals reeds was voorspeld door een aantal auteurs¹⁵, liggen de nieuwe aanmeldingsdrempels, die enkel betrekking hebben op Belgische omzet, te laag om echt een verschil te maken in het aantal meldingen.

Ook heeft de wijziging van de aanmeldingsdrempels schijnbaar geleid tot een sectorale verschuiving. In 1998, toen de oude drempels nog van toepassing waren, namen meer dan driekwart van de aangemelde concentraties plaats in de industriële sector, met slechts één melding in de financiële sector. In 2001 wordt men met een complete verschui-

ving geconfronteerd waarbij 37% van alle aangemelde concentraties in de financiële sector plaatsvinden en slechts 15% van de gemelde concentraties in de industriële sector. Ook aangemelde concentraties in de vervoer, post- en telecomm-sector zijn in opmars¹⁶. Het is al te gemakkelijk om deze verschuiving enkel toe te wijzen aan de verandering van de aanmeldingsdrempels. Het kan zijn dat het recente economisch klimaat tot een verschuiving heeft geleid in de consolidatiegolven in bepaalde sectoren. Het kan ook zijn dat met de erosie van de Europese aanmeldingsdrempels bepaalde sectoren hun concentraties eerder behandeld zien door de Europese Commissie. Het zou niettemin toch de moeite waard lonen om de impact van de wijziging van de drempels nader te analyseren en te zien of deze trend verdergezet wordt.

De overgrote meerderheid van de beslissingen inzake concentraties stelt simpelweg vast dat de concentratie resulteert in een marktaandeel beneden 25% waar de raad, overeenkomstig artikel 33, § 2.1., a), WEM, geacht wordt de con-

⁹ K.B. houdende benoeming van de voorzitter, de ondervoorzitter en één lid van de Raad voor de Mededinging, *B.S.* 24 augustus 2001, 28413.

¹⁰ K.B. 12 december 2001 houdende benoeming van twee leden van de Raad voor de Mededinging, *B.S.* 27 februari 2002, 7536.

¹¹ K.B. 3 mei 2002 houdende vaststelling van het statuut van de leden van de Raad voor de Mededinging die hun functie volijtjds uitoefenen, *B.S.* 14 juni 2002, 27411.

¹² K.B. 5 september 2001 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 30 april 1993 betreffende de samenstelling en de werking van de Commissie voor de Mededinging, *B.S.* 23 januari 2002, 2180.

¹³ K.B. 5 september 2001 houdende de benoeming van de leden van de Commissie voor de Mededinging, *B.S.* 30 januari 2002, 3183.

¹⁴ Voor een gedetailleerd overzicht van de wijzigingen wordt verwezen naar J. STUYCK en P. WYTINCK (ed.), *De hervormde Belgische Mededingingswet*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 177 p.; J. STEENBERGEN, "De wijzigingen van de Belgische wet mededinging", *S.E.W.* 1999, 363; D. SZAFRAN, "La loi sur la protection de la concurrence économique – Réforme de 1999", *J.T.* 2000, 474; V. DIRCKX, "Les lois du 26 avril 1999 modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique: Quel impact sur les notifications de concentrations?", *Rev. prat. soc.* 1999, 95-109; H. SWENNEN, "De wijziging van de Wet tot bescherming van de economische mededinging", *T.B.H.* 1999, 560-570; J. STEENLANT, A. VANDERELST en F. WIJCKMANS, "De gewijzigde wet op de mededinging: een tweede kans?", *T.P.R.* 2001, 703 e.v.

¹⁵ V. DIRCKX, *l.c.*, § 13; J. STEENLANT, A. VANDERELST en F. WIJCKMANS, *l.c.*, § 73.

¹⁶ Voor meer details zie *Jaarverslag RM* 2001, p. 60.

concentratie automatisch goed te keuren. In 28 van de 46 concentratiedossiers behandeld in 2001, dit is 61% van alle concentratiebeslissingen in 2001, stelde de raad enkel vast dat het marktaandeel van de partijen op de betrokken markt beneden 25% ligt. In 2002 kwam de raad in 23 van de 47 behandelde dossiers tot dezelfde conclusie, een ratio van 50% maar met de caveat dat 8 dossiers in dat jaar betrekking hadden op de Electrabel-saga. Als men deze als *de facto* één dossier beschouwt, dan hebben 57% van de concentratiedossiers in 2002 betrekking op zaken waarin het marktaandeel minder dan 25% bedraagt.

4. In het licht van deze cijfers, hebben de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers in een gezamenlijke mededeling van 2002¹⁷ een vereenvoudigde procedure vastgelegd volgens dewelke de raad en het Korps Verslaggevers bepaalde concentraties zullen behandelen die vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen aanleiding geven tot bezwaren. Deze procedure is van toepassing op de volgende types concentraties:

- vooreerst, de verwerving van gezamenlijke zeggenschap over een gemeenschappelijke onderneming die in België niet, of slechts in geringe mate, werkzaam is. Dit is met name het geval waar de omzet van de gemeenschappelijke onderneming en/of de omzet van de ingebrachte bedrijfsactiviteiten in België minder dan € 15 miljoen bedraagt, en de totale waarde van de aan de gemeenschappelijke onderneming overgedragen activa in België minder dan € 15 miljoen bedraagt;
- ten tweede, een concentratie tussen ondernemingen waarbij de partijen geen horizontaal of verticaal gerelateerde activiteiten hebben; of indien ze die toch hebben, een marktaandeel bereiken dat lager ligt dan 25%.

Dit zijn de zaken waarvan sprake in artikel 33, § 2.1., a), WEM;

- ten derde, een concentratie tussen partijen die actief zijn op een zogenaamde kleine markt (“small markets”) met uitsluiting van onder andere zogenaamde “emerging markets” of “innovative markets”. In dit stadium is het onduidelijk hoe deze laatste categorie van concentraties in de praktijk gedefinieerd worden¹⁸.

De toepassing van de vereenvoudigde procedure heeft twee grote voordelen: vooreerst is er een beperktere informatieverplichting waardoor een aantal afdelingen van het aanmeldingsformulier niet moeten ingevuld worden; daarenboven heeft de raad zich er toe geëngageerd, waar mogelijk, om binnen een termijn van vijftientig dagen na de datum van de aanmelding een verkorte goedkeuringsbeslissing te nemen. Gelet op de beperkte periode waarin deze procedure van toepassing is, is het moeilijk hier reeds commentaar op te leveren. Wel valt op dat de raad, zelfs in een vereenvoudigde procedure, een vrij gedetailleerde formele beslissing neemt. Hierbij bestaat het risico dat de raad, door formeel de marktdefinitie voorgesteld door de verslaggever te aanvaarden, hieraan een precedentswaarde toekent, zonder dat deze economisch is onderbouwd. Ook moet het belang van prenotificatie in deze context onderstreept worden. Het Korps Verslaggevers ontvangt zeer veel aanmeldingen volgens de vereenvoudigde procedure die niet vooraf besproken zijn, wat kan leiden tot onvolledigheid indien bijvoorbeeld de marktdefinitie ter discussie zou worden gesteld.

5. Betreffende de restrictieve mededingingspraktijken blijft de belangrijkste trend nog steeds het beperkt aantal aanmeldingen van overeenkomsten, klachten en verzoeken tot voorlopige maatregelen. De statistieken spreken voor zich:

Restrictieve mededingingspraktijken	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Aanmeldingen van overeenkomsten	3	9	20	8	4	6	2	2	4	3
Klachten	15	20	20	15	12	22	11	6	13	18
Verzoeken tot voorlopige maatregelen	2	5	1	9	6	7	10	3	3	6
Ambtshalve onderzoeken	1	4	2	2	1	4	0	3	2	4

Het valt op dat in de voorbije periode de raad zijn hernieuwde activiteit inzake restrictieve mededingingspraktijken heeft voortgezet en uitgebouwd. In de voorbije jaren is ook duidelijk geworden dat de raad het “last in-first out”-principe toepast in restrictieve mededingingszaken. De meest recent ingediende zaken worden prioritair behandeld en er wordt weinig of geen tijd besteed aan de oudere dossiers die vaak aan belang hebben ingeboet. Dit leidde ook tot

de afsluiting van een aantal dossiers op basis van verjaring (*infra*, § 50).

6. De activiteiten van de Raad voor de Mededinging in andere domeinen zijn in 2001 en 2002 ook enigszins opgekrikt. In 2001 is de raad in drie zaken tussengekomen voor het Hof van Beroep te Brussel door schriftelijke opmerkingen in te dienen¹⁹. In hetzelfde jaar bracht de raad twee advie-

¹⁷. Gezamenlijke mededeling van de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties, *B.S.* 11 december 2002, 55777.

¹⁸. Op het niveau van de Europese Commissie bestaat dit criterium niet voor de toepassing van de vereenvoudigde procedure (zie Mededeling van de Commissie betreffende een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties, [2000], *PB. C.* 217/32). Men vindt het terug in de Duitse concentratiecontrole waar het wel precies is gedefinieerd.

¹⁹. Voor meer details zie *Jaarverslag RM 2001*, § 86-91.

zen uit, waarvan één betreffende de moderniseringsvoorstellen van de Europese Commissie²⁰. Ook op internationaal vlak, in samenwerkingsverbanden met andere mededingingsautoriteiten, tracht de raad zich beter te profileren²¹. Een belangrijk initiatief dat de raad in het voorbije jaar heeft genomen, is de vernieuwing van zijn website²², waarmee een verhoogde transparantie beoogd wordt. Zo worden nu aanmeldingen van concentraties zeer snel – vaak sneller dan in het *Belgisch Staatsblad* – op de website van de raad gepubliceerd. Ook publiceert de raad sinds begin 2002 een driemaandelijks tijdschrift met zijn beslissingen op de website. Voor de beslissingspraktijk van 2002 wordt in dit overzicht naar dit tijdschrift verwezen. Uiteindelijk heeft de raad opnieuw aangeknoopt met de publicatie van een jaarverslag, en dit voor het jaar 2001, dat reeds werd becommentarieerd²³. Het jaarverslag voor 2002 is gepubliceerd begin 2004.

III. CONCENTRATIE TOEZICHT

7. De tendens van de voorbije jaren waarbij het concentratietoezicht een groot deel van de aandacht van de raad opeist, is in de besproken periode voortgezet, alhoewel men moet vaststellen dat er wel degelijk meer aandacht is besteed aan toezicht op restrictieve mededingingspraktijken, weze het voornamelijk in de context van verzoeken tot voorlopige maatregelen (*infra*, § 47 e.v.).

1. Toepassingsgebied van de WEM op het vlak van concentratietoezicht

8. Artikel 11 *jo* artikel 10, § 1 WEM, waarin het toepassingsgebied van de concentratiecontrole omschreven wordt, stelt dat een concentratie moet worden aangemeld bij de Raad voor de Mededinging indien de betrokken ondernemingen samen in België een omzet van meer dan € 40 miljoen behalen en minstens twee van de betrokken ondernemingen elk in België een omzet behalen van minstens € 15 miljoen.

1.1. Begrip onderneming

9. Vooreerst stelt zich de vraag naar het begrip “onderneming”. Dit wordt door de WEM zelf gedefinieerd als “alle natuurlijke of rechtspersonen, die op duurzame wijze een economisch doel nastreven”²⁴. In twee concentratiedossiers in de besproken periode hebben partijen getracht aan te tonen dat zij geen ondernemingen waren en dat bijgevolg concentraties tussen hen niet aanmeldbaar waren:

- in *VZW Sociale en Fiscale Diensten voor Werkgevers e.a.*²⁵ werd de raad geconfronteerd met de vraag of sociale secretariaten, georganiseerd als *VZW*'s en bijgevolg zonder winstgevend doel, als ondernemingen moeten worden beschouwd. In deze zaak stelt de raad vast dat sociale secretariaten voor hun prestaties kosten aanrekenen voor hun diensten. Daarenboven komen de sociale secretariaten, door het differentiëren van deze kosten, in een concurrentiële omgeving terecht. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Europese Commissie, stelt de raad terecht vast dat het verrichten van de diensten aangeboden door sociale secretariaten tegen vergoeding, een economische activiteit uitmaakt;
- in *IEH en IGEHO*²⁶, stelden de partijen dat zij als intercommunales geen commercieel karakter konden hebben en dit ondanks het feit dat zij elektriciteit leverden. De raad verwijst naar het feit dat iedere uitoefening van een economische activiteit, d.i. het aanbieden tegen vergoeding van goederen en diensten op de markt, leidt tot het nastreven van een economisch doel. De WEM stelt in deze context dat de openbare ondernemingen onderworpen zijn aan de WEM “voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun door of krachtens de wet toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert.” Of dit het geval was, werd in *IEH en IGEHO* niet onderzocht.

Een gelijkaardige discussie vindt men terug in de context van restrictieve mededingingspraktijken (*infra*, § 52).

In een variatie op dit thema, heeft de raad zich in één aangemelde concentratie onbevoegd verklaard gezien de toepassing van het EGKS-Verdrag. In *Galloo, Galloometal en Trade Arbed*²⁷ heeft de raad voor de eerste – en meteen ook laatste maal in zijn rechtspraak – toepassing gemaakt van het EGKS-Verdrag. De raad stelde, in een tweedefasebeslissing, vast dat de concentratie, voor zover zij de ferro-

²⁰. Voor meer details zie *Jaarverslag RM 2001*, § 120-127.

²¹. Voor meer details zie *Jaarverslag RM 2001*, § 93-112.

²². http://mineco.fgov.be/redir_new.asp?loc=/organization_market/index_nl.htm.

²³. P. WIJNCK, “Tijd brengt raad: De Raad voor de Mededinging opnieuw in de schijnwerpers met het jaarverslag 2000”, *T.B.H.* 2003, 89-93.

²⁴. Art. 1, a), WEM.

²⁵. *VZW Sociale en Fiscale Diensten voor Werkgevers, VZW Sociaal Hulpbetoon, VZW Secrétariat des Classes Moyennes en VZW SBB Sociaal Secretariaat*, 2001-C/C-1, 3 januari 2001, *B.S.* 14 september 2001, 30894; zie ook F. LONGFILS, “Le vendeur et le concurrent: l’habit fait-il le moine?”, *T.B.H.* 2002, 339.

²⁶. *IEH en IGEHO*, 2002-C/C-70, 2 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM 2002/4*, 5. Tegen deze beslissing is hoger beroep aanhangig gemaakt.

²⁷. *Galloo, Galloometal en Trade Arbed*, 2002-C/C-40, 30 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM 2002/2*, 49.

markt betrof, onder artikel 66 van het EGKS-Verdrag viel en per definitie onder het toezicht van de Europese Commissie, waardoor, op basis van artikel 13 WEM de concentratie niet onderworpen kon worden aan het toezicht van de WEM. Deze rechtspraak is niet langer relevant gezien het EGKS-Verdrag zijn uitwerking heeft verloren op 23 juli 2002.

1.2. Begrip concentratie

10. Ook in de voorbije twee jaar maakte de klassieke verwerving van zeggenschap in de zin van artikel 9, § 1 (b), WEM door overname van aandelen de grote meerderheid uit van de aangemelde concentraties. Het gaat hier meestal om overnames waarbij de totaliteit van de aandelen wordt overgedragen. Twee zaken betroffen fusies²⁸. Drie aanmeldingen waren gebaseerd op een openbaar bod²⁹.

Ook zijn er in de voorbije twee jaar een hele reeks concentraties aangemeld die betrekking hadden op aandeelverhuizingen tussen bestaande aandeelhouders waarbij één aandeelhouder de aandelen van de andere overneemt. Deze structuren zijn, naar EG-recht, een concentratie gezien het gaat om een verschuiving van gezamenlijke zeggenschap naar alleenzeggenschap in een onderneming³⁰. De raad past hetzelfde principe toe en beschouwt deze zaken als concentraties³¹.

1.2.1. Verwerving van vermogensbestanddelen

11. De volgende operaties waarbij vermogensbestanddelen werden overgenomen, werden beschouwd als concentraties:

- de overname van de IT-management service-activiteiten (inclusief de contracten, werknemers, software, hardware en uitrusting) uitgevoerd door een onderneming³²;
- l'acquisition d'une partie du fonds de commerce³³;
- de overname van bepaalde activa waaronder intellectuele eigendomsrechten en werknemers doch met uitsluiting van contracten met klanten en leveranciers³⁴;
- la reprise de la clientèle d'une intercommunale portant sur la fourniture d'électricité à ses clients au fur et à mesure qu'ils deviennent éligibles et dans la mesure où ils ne décident pas de conclure un contrat avec un autre fournisseur³⁵;
- de overname van de activa van de business units "Sabena Catering"³⁶ en "Sabena Groundhandling en Cargo"³⁷;
- de overname van exploitatiemiddelen, voorraad, cliënteel en personeel³⁸;
- de overname van activa, contracten en schulden van een onderneming³⁹.

Het ging hier steeds om bedrijfsmatige eenheden waaraan een omzet kon worden toegeschreven⁴⁰.

1.2.2. Volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen en loutere samenwerkingsverbanden

12. Het onderscheid tussen volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen en loutere samenwerkingsverbanden is uitdrukkelijk voorzien in artikel 9, § 2, WEM. Deze bepaling, die is gewijzigd naar aanleiding van parallelle wijzigingen in de EG-Concentratiecontroleverordening, voorziet dat een gemeenschappelijke onderneming (hierna "GO"), die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische

²⁸. *VMS-Keytrade.Com en RealBank*, 2002-C/C-44, 13 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 69; *Deloitte & Touche Belgique en Arthur Andersen Belgique*, 2002-C/C-59, 7 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 44.

²⁹. *Stonehaven Holding en Koninklijke Ahrend*, 2001-C/C-4, 5 februari 2001, *B.S.* 14 september 2001, 30897; *Vaillant en Hepworth*, 2001-C/C-09, 27 februari 2001, *B.S.* 19 juli 2001, 24651; *BHP en Dia Met Minerals*, 2001-C/C-33, 18 juni 2001, *B.S.* 15 maart 2001, 11103.

³⁰. Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip "betrokken onderneming" [1998], *PB. C.* 66/14, § 35-37.

³¹. *KPN Mobile International en Orange International*, 2001-C/C-6, 5 februari 2001, *B.S.* 14 september 2001, 30898; *Algemene Aannemingen Van Laere en Groupe Thiran*, 2001-C/C-15, 30 maart 2001, *B.S.* 14 september 2001, 30902; *Crédit Commercial de France en Financière Groupe Dewaay*, 2002-C/C-04, 29 januari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 29; *Brink's Security International, Lagerhaus Dornach, Nauta Holding, Balspeed Re, Balspeed en SA Brink's Ziegler*, 2002-C/C-14, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 52; *Bernheim Comofi, Immobilière Générale des Parkings, Interparking*, 2002-C/C-21, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 74; *American Express International en BBL Travel American Express*, 2002-C/C-22, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 78; *Banque Cortal en Cortal Belgique*, 2002-C/C-53, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 17; *Warcoing, Tiense Suikerraffinaderij en Suikerfabriek van Veurne*, 2002-C/C-57, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 36.

³². *Hewlett-Packard Belgium en Imaware*, 2001-C/C-5, 5 februari 2001, *B.S.* 22 november 2001, 39656.

³³. *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en Deman Brussels*, 2002-C/C-16, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 59.

³⁴. *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8.

³⁵. *Electrabel Customer Solutions en IDEG*, 2002-C/C-49, 28 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 94.

³⁶. *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12.

³⁷. *Belgian Ground Services en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-65, 9 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 85.

³⁸. *Lyfra Partagro en Tabavin*, 2002-C/C-58, 2 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 40.

³⁹. *Scarlet Telecom, Netnet, Facicom International, KPN Belgium en KPN Telecom*, 2002-C/C-94, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 171.

⁴⁰. Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip "betrokken onderneming" [1998], *PB. C.* 66/14, § 14: "Onder 'delen' [van een onderneming] moeten worden verstaan [...] specifieke activa die op zich een activiteit zouden kunnen vormen (bijvoorbeeld in bepaalde gevallen, merken of licenties), waaraan duidelijk een marktomet kan worden toegewezen"; zie ook *Overzicht 1996*, § 7; *Overzicht 1997*, § 7; *Overzicht 1999-2000*, § 10.

eenheid vervult en die door ten minste twee ondernemingen gezamenlijk wordt gecontroleerd (een “volwaardige GO”), binnen het toepassingsgebied van de concentratiecontrole valt. Indien de oprichting van de GO leidt tot de coördinatie van het concurrentiegedrag van de betrokken ondernemingen, moet de raad, overeenkomstig artikel 10, § 5, WEM, die coördinatie beoordelen overeenkomstig artikel 2 WEM. Dit is echter geen jurisdictioneel criterium.

De beslissingspraktijk van het voorbije jaar geeft slechts in een beperkt aantal gevallen aanleiding tot discussie. In een aantal beslissingen waarin een GO wordt onderzocht, wordt geen uitdrukkelijk onderzoek gevoerd naar het volwaardig karakter van de GO, maar wordt simpelweg aanvaard dat de GO duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid zal vervullen⁴¹.

In *Luminus, Publilum, Centrica* e.a.⁴² stelt de raad vast dat:

- de moederondernemingen van de GO, op basis van de Vlaamse Elektriciteits- en Gasdecreten, verplicht zijn om de GO tot een zelfstandige, economische eenheid uit te bouwen, die op een duurzame en onafhankelijke wijze alle economische functies uitoefent;
- de GO over een eigen onafhankelijk bestuur, organisatie, personeel en middelen beschikt.

Een meer gedetailleerde analyse wordt gevoerd in de tweedefasebeslissing in *Belgacom, De Post en BPG e-services*⁴³ waar de raad rekening hield met het feit dat:

- de GO haar eigen beheersstructuur, personeelsbestand en verkoopteam zal hebben. Zij zal zelfstandig haar eigen commercieel beleid bepalen;
- een hele reeks activa worden overgedragen die de GO in de mogelijkheid moeten stellen om zelfstandig haar activiteiten uit te oefenen;
- de GO zelf een groot deel van haar producten zal ontwikkelen en zelf de “branding” van deze producten bepalen;
- de GO haar producten en diensten zal verdelen, zowel via de distributiekanaalen van haar moedervenootschappen als via andere distributiekanaalen;
- de GO zelf zal bepalen waar zij zich bevoorraadt;
- de GO over een duurzame autonomie zal beschikken gezien zij noch contractueel noch naar haar aard beperkt is in de tijd.

⁴¹. *Axa Bank Belgium en Banque Degroof*, 2001-C/C-24, 17 mei 2001, *B.S.* 15 maart 2001, 11095; *SGE, GDF en Gaselys*, 2001-C/C-45, 28 augustus 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 13178.

⁴². *Luminus, Publilum, Centrica, e.a.*, 2001-C/C-47, 10 september 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 13181.

⁴³. *Belgacom, De Post en BPG e-services*, 2002-C/C-89, 18 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 133.

⁴⁴. K.B. 14 juni 1999 tot verhoging van de drempels bedoeld in art. 11, § 1 van de Wet van 5 augustus 1999 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 31 juli 1999, 28774. Op 1 juli 1999 trad de initiële wijzigingsbepaling betreffende de aanmeldingsdrempels in werking (K.B. 7 mei 1999 houdende de inwerkingtreding van art. 6 van de Wet van 26 april 1999 tot wijziging van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 juli 1999, 24844). De aanmeldingsdrempels leidden tot de aanmeldbaarheid van concentraties indien de betrokken ondernemingen samen in België een omzet van meer dan 1 miljard BEF behaalden en minstens twee van de betrokken ondernemingen elk in België een omzet behaalden van minstens 400 miljoen BEF. Amper een maand na de inwerkingtreding van deze nieuwe drempels werden deze opnieuw verhoogd.

⁴⁵. *BHP en Dia Met Minerals*, 2001-C/C-33, 18 juni 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11103.

⁴⁶. *De Beers Australia Holdings Pty Ltd en Ashton Mining Ltd*, 2000-C/C-31, 18 oktober 2000, *B.S.* 3 mei 2001, 14375; *Rio Tinto Ltd en Ashton Mining Ltd*, 2000-C/C-30, 18 oktober 2000, *B.S.* 9 januari 2001, 480.

⁴⁷. *Overzicht 1999-2000*, § 13-15.

1.3. Verplichting tot aanmelding van een concentratie

13. Eén van de meest ingrijpende wijzigingen ingevoerd door de wijzigingswetten betreft de verplichting tot aanmelding van concentraties. De vroegere wereldwijde omzetsdrempel van 3 miljard BEF en marktaandeeldrempel van 25% zijn vervangen door louter Belgische omzetsdrempels. Sinds de inwerkingtreding van de wijzigingswetten moet een concentratie aangemeld worden indien de betrokken ondernemingen samen in België een omzet van meer dan € 40 miljoen behalen en minstens twee van de betrokken ondernemingen elk in België een omzet behalen van minstens € 15 miljoen⁴⁴. Dit beëindigt de discussie betreffende de interpretatie van de marktaandeeldrempel die sinds de inwerkingtreding van de WEM een groot deel van de commentatoren alsook de raad onledig hield.

Toch betekent de invoering van de Belgische omzetsdrempels niet dat alle problemen van tafel geveegd zijn. De volgende problemen zijn dit jaar aan bod gekomen: (i) de geografische toerekening van omzet; (ii) de noodzakelijke aanpassingen van de omzetcijfers aan ontwikkelingen in het betreffende boekjaar; en (iii) de omzetsberekening in specifieke sectoren.

1.3.1. Geografische toerekening van omzet

14. In de voorbije twee jaar is slechts in één zaak een discussie gevoerd omtrent de geografische toerekening van omzet. In *BHP en Dia Met Minerals*⁴⁵ bevestigt de raad zijn vroegere rechtspraak⁴⁶. Hij stelt immers dat moet beschouwd worden als omzet gerealiseerd in België, de omzet gerealiseerd uit verkopen van diamanten die in Australië worden ontgonnen en worden doorverkocht via een Antwerps verkoopkantoor aan cliënten gevestigd buiten België. De raad baseert dit op het feit dat “de omzet van de in Antwerpen opererende bedrijven wordt opgenomen in de Belgische invoerstatistieken”. Opnieuw past de raad het criterium toe van de plaats waar het product wordt verkocht of de dienst wordt verstrekt. Een gedetailleerde analyse – en kritiek – wordt gevoerd in het *Overzicht 1999-2000*⁴⁷. In zijn jaarverslag stelt de raad nu zelf dat hij “lijkt [...] af te wij-

ken⁷⁴⁸ van het principe uiteengezet in de Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet, waar gesteld wordt dat “de omzet [moet] worden toegerekend aan de plaats waar de afnemer is gevestigd, omdat dat in de meeste gevallen de plaats is waar een overeenkomst totstandkomt, waar de omzet door de betrokken leverancier wordt behaald en waar concurrentie met andere aanbieders plaatsvindt⁷⁴⁹.”

1.3.2. Aanpassing van het omzetcijfer

15. Om te bepalen of een concentratie aanmeldingsplichtig is, moet men, net als bij toepassing van de EG-Concentratiecontroleverordening, rekening houden met de omzet van de betrokken ondernemingen “gerealiseerd tijdens het vorige boekjaar⁷⁵⁰.” In de Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet wordt gesteld dat “een aanpassing [moet] worden aangebracht voor verwervingen of vervreemdingen die na de datum van de goedgekeurde jaarrekeningen hebben plaatsgevonden. Dit is noodzakelijk om de werkelijke middelen die bij de concentratie betrokken zijn, te bepalen⁷⁵¹.” Ook van dit principe lijkt de raad af te wijken.

In *Metraux Services Belgium/Sodimat*⁷⁵² was de overnameovereenkomst gesloten op 7 november 2001. Bijgevolg hield de raad rekening met de omzetcijfers van 2000, een jaar waarin de koper, *Metraux*, geen omzet had in België. Niettemin had diezelfde koper, in april 2001, de controle verworven over een andere onderneming die wel omzet had bereikt in België in 2000. De partijen hadden, op grond van het principe uiteengezet in de Mededeling van de Commissie, beslist om deze transactie aan te melden maar de raad stelde vast dat, in afwijking van de mededeling, geen rekening moest gehouden worden met verwervingen of verkopen van ondernemingen en bijgevolg strikt rekening diende gehouden te worden met de omzet gerealiseerd tijdens het vorige boekjaar. Uit de beslissing kan niet afgeleid worden om welke redenen de raad dit standpunt inneemt.

Wel volgt de raad de Europese Commissie waar hij geen rekening houdt met het verlies van contracten, en daaruit voortkomende omzet, door marktomstandigheden. Zo stelde de raad in *LSG Sky Chefs Belgium* en curatoren van *Sabena*⁷⁵³ dat, bij de berekening van de omzet, geen rekening kon gehouden worden met het feit dat in het lopende boek-

jaar een aantal contracten met luchtvaartmaatschappijen niet meer liepen en bijgevolg de omzet lager was. De raad verwijst naar de Mededeling van de Commissie waar gesteld wordt dat “factoren [andere dan een verwerving of vervreemding] die een tijdelijke invloed op de omzet kunnen hebben, zoals een daling van de orders voor de producten of een vertraging van het productieproces [...] zullen voor de berekening van de omzet niet in aanmerking genomen worden⁷⁵⁴.”

1.3.3. Sectorspecifieke omzetberekening

16. De voorbije twee jaar zijn in twee sectoren omzetsdiscussies gevoerd die betrekking hebben op hun specificiteit. Vooreerst in de banksector waar de WEM, in tegenstelling tot de EG-Concentratiecontroleverordening, nog steeds voorziet in een omzetberekening voor banken, kredietinstellingen en financiële instellingen op basis van een tiende van het balanstotaal⁷⁵⁵. De tweede sector waar een discussie gevoerd werd omtrent omzet, is de reisbemiddelingssector. In deze sector stelt de raad vast dat de omzet, zoals opgenomen in de jaarrekeningen, een vertekend beeld geeft. Reisbemiddelaars verkopen immers reizen namens touroperators tegen een commissie. Volgens de raad, hierin gesteund door de Commissie voor Boekhoudkundige Normen en de Europese Commissie⁷⁵⁶, moet bij de berekening van de omzet van reisagentschappen enkel rekening gehouden worden met de ontvangen commissies en, eventueel, de omzet op andere individuele prestaties die het reisagentschap verstrekt⁷⁵⁷.

2. Aanmeldingspraktijk

2.1. Tijdstip van de aanmelding

17. De vraag naar het tijdstip van de aanmelding heeft twee aspecten: wanneer kan een concentratie aangemeld worden; en wanneer moet een concentratie aangemeld worden?

Vooreerst, wanneer *kan* een concentratie aangemeld worden, met andere woorden: wat is het vroegste moment waarop partijen een concentratie kunnen aanmelden? Artikel 12, § 1, WEM bepaalt dat partijen ontwerpovereenkomsten kunnen

48. *Jaarverslag RM 2001*, § 22.

49. Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet [1998], *PB. C. 66/25*, § 45-48.

50. Art. 46, § 1 WEM.

51. Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet [1998], *PB. C. 66/25*, § 27.

52. *Metraux Services Belgium en Sodimat*, 2002-C/C-03, 29 januari 2002, *Driem. Tijdschr. RM 2002/1*, 27.

53. *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM 2002/3*, 12.

54. Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet [1998], *PB. C. 66/25*, § 28.

55. Art. 46, § 4, a), WEM.

56. Mededeling van de Europese Commissie betreffende de berekening van de omzet [1998], *PB. C. 66/25*, § 45-48.

57. *Holiday Land en Holiday Store*, 2001-C/C-31, 13 juni 2001, *B.S. 3 oktober 2001*, 33522.

aanmelden op voorwaarde dat zij uitdrukkelijk verklaren dat zij de intentie hebben om een overeenkomst te sluiten die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde ontwerp. Het is dus niet langer nodig over een definitieve overeenkomst te beschikken om deze te kunnen aanmelden. Van de mogelijkheid ontwerpovereenkomsten aan te melden, werd in de besproken periode gebruik gemaakt in een ruim aantal zaken⁵⁸. Alhoewel dit niet altijd uitdrukkelijk vereist wordt in de beslissing, valt ook op dat in alle gevallen de partijen vereist worden de definitieve overeenkomst naderhand aan de voorzitter over te maken⁵⁹. In een aantal gevallen stelt de raad zich tevreden met een verklaring ter zitting van de partijen⁶⁰ of werd de finale overeenkomst ter zitting neergelegd⁶¹.

18. In Heijmans, NPM Capital en Parnib⁶², hadden de partijen een intentiebrief aangemeld waarin zij stelden dat dit moest beschouwd worden als een ontwerpovereenkomst. De raad stelde echter, onder verwijzing naar het precedent CRH plc en NV Schelfhout C.⁶³, dat de intentiebrief moest beschouwd worden als een finale overeenkomst. De criteria die de raad in deze zaak toepast, zijn betwistbaar: de partijen hadden alle de overeenkomst ondertekend; en alle belangrijke elementen, met inbegrip van de prijs, waren reeds bepaald. Dit lijkt ons echter irrelevant. Integendeel, in het *Overzicht 1999-2000* werd reeds opgemerkt dat het belangrijk is dat een ontwerpovereenkomst zo gedetailleerd mogelijk wordt uitgewerkt. Het criterium om te bepalen of een ontwerpovereenkomst definitief is of niet, blijft het bindend karakter van de overeenkomst – niet het gedetailleerd karakter of het feit dat het ondertekend is. Heijmans, NPM Capital en Parnib is ook in strijd met Lyfra Partagro en Tabavin⁶⁴ waar de partijen enkel de grote lijnen van een overeenkomst (het voorwerp van de overname en het referentiekader ter

bepaling van de overnameprijs) hadden aangemeld. De specifieke inhoud en toelichtingen alsook de bijzondere en algemene voorwaarden zouden later onderhandeld worden. De raad stelde dat het aangemelde document niet voldeed, gezien het “geen enkel inhoudelijk concreet mededingingsrechtelijk punt [bevat], en dienvolgens ook geen verklaring om in de nagestreefde overeenkomst hiervan niet af te wijken”. De raad kan van de partijen niet verwachten aan de ene kant een zo gedetailleerd mogelijke ontwerpovereenkomst aan te melden, zoals in Lyfra Partagro en Tabavin, om dan te beslissen dat het te gedetailleerd is en eigenlijk een bindende overeenkomst uitmaakt, zoals in Heijmans, NPM Capital en Parnib.

In de praktijk is het cruciaal dat de partijen de ontwerpovereenkomst zo gedetailleerd mogelijk uitwerken alvorens deze aan te melden. Men moet immers te allen prijze vermijden dat de raad zou vaststellen dat de definitieve overeenkomst op de wezenlijke, voor de mededingingsrechtelijke analyse relevante punten, afwijkt van de aangemelde ontwerpovereenkomst. Immers, indien dit het geval zou zijn, werd in ontwerp een verschillende concentratie aangemeld dan degene die uiteindelijk zal worden uitgevoerd, wat betekent dat partijen in principe een tweede maal moeten aanmelden en de procedure doorlopen. De ontwerpovereenkomst moet wel specifiek het niet-bindend karakter vermelden om te vermijden dat de raad beslist dat het hier gaat om een bindende overeenkomst die de aanmeldingstermijn doet lopen.

19. Tweede vraag, wanneer *moet* men aanmelden, met andere woorden, vanaf welk moment begint de aanmeldingstermijn van één maand voorzien in artikel 12, § 1, WEM te lopen? Het antwoord op deze vraag is niet veranderd: van zodra de overnameovereenkomst bindend is.

^{58.} *Sociale en Fiscale Diensten voor Werkgevers, Sociaal Hulpbetoon, Secrétariat des Classes Moyennes, SBB Sociaal Secretariaat*, 2001-C/C-01, 3 januari 2001, B.S. 14 september 2001, 30894; *UBB Investments en Gilde Participaties*, 2001-C/C-03, 19 januari 2001, B.S. 13 september 2001, 30785; *Heijmans, NPM Capital en Parnib*, 2001-C/C-10, 2 maart 2001, B.S. 16 oktober 2001, 35978; *Domo en Basell Europe Holdings*, 2001-C/C-27, 28 mei 2001, B.S. 15 maart 2002, 11098; *Holiday Land en Holiday Store*, 2001-C/C-31, 13 juni 2001, B.S. 3 oktober 2001, 33522; *Befimmo, Compagnie Immobilière de Belgique e.a.*, 2001-C/C-54, 3 oktober 2001, B.S. 4 april 2002, 13918; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en I.T.A.P.*, 2002-C/C-15, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 55; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en Deman Brussels*, 2002-C/C-16, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 59; *ING Lease Holding, Fortis Bank Nederland Holding en Top Lease*, 2002-C/C-35, 7 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 28; *Anglo American, Exxon Mobil en Compania Minera Disputada de Las Condes Limitada Group*, 2002-C/C-48, 27 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 91; *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12; *CRH, Douterloigne e.a.*, 2002-C/C-56, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 32; *Lyfra Partagro en Tabavin*, 2002-C/C-58, 2 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 40; *Scarlet Telecom, Netnet, Facicom International, KPN Belgium en KPN Telecom*, 2002-C/C-94, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 171.

^{59.} *UBB Investments en Gilde Participaties*, 2001-C/C-03, 19 januari 2001, B.S. 13 september 2001, 30785; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en I.T.A.P.*, 2002-C/C-15, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 55.

^{60.} *UBB Investments en Gilde Participaties*, 2001-C/C-03, 19 januari 2001, B.S. 13 september 2001, 30785.

^{61.} *Sociale en Fiscale Diensten voor Werkgevers, Sociaal Hulpbetoon, Secrétariat des Classes Moyennes, SBB Sociaal Secretariaat*, 2001-C/C-01, 3 januari 2001, B.S. 14 september 2001, 30894; *Domo en Basell Europe Holdings*, 2001-C/C-27, 28 mei 2001, B.S. 15 maart 2002, 11098; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en I.T.A.P.*, 2002-C/C-15, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 55; *ING Lease Holding, Fortis Bank Nederland Holding en Top Lease*, 2002-C/C-35, 7 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 28; *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12.

^{62.} *Heijmans, NPM Capital en Parnib*, 2001-C/C-10, 2 maart 2001, B.S. 16 oktober 2001, 35978.

^{63.} *CRH plc en NV Schelfhout C.*, 2000-C/C-41, 13 december 2000, B.S. 3 mei 2001, 14383.

^{64.} *Lyfra Partagro en Tabavin*, 2002-C/C-58, 2 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 40.

2.2. Aanmeldingstermijn

20. Eén van de wijzigingen die door de wijzigingswetten werden ingevoerd, betrof de verlenging van de termijn binnen dewelke de aanmelding van een concentratie moest gebeuren. Ondanks het feit dat, in artikel 12, § 1, WEM, deze termijn werd verlengd van één week naar één maand, werden ook in de besproken periode een aantal concentraties laattijdig aangemeld. Dit toont aan dat, gezien het aanmeldingsformulier CONC-C/C verregaande en zeer gedetailleerde informatie vereist, het niet eenvoudig is voor partijen om zelfs binnen een periode van één maand al deze informatie te vergaren. Het zal nog moeten blijken of de vereenvoudigde procedure, waar beschikbaar, hier uitkomst kan bieden (*supra*, § 4).

De raad heeft de voorbije twee jaar de laattijdigheid vastgesteld van een reeks aanmeldingen. In een aantal van deze laattijdige aanmeldingen verwijst de raad naar omstandigheden die de laattijdigheid verantwoorden. Argumenten die kunnen aangevoerd worden ter verdediging van laattijdigheid, zijn (i) de zeer beperkte laattijdigheid (één dag)⁶⁵; (ii) het feit dat onduidelijkheid bestond of de concentratie moest aangemeld worden bij de Europese Commissie dan wel bij de nationale mededingingsautoriteiten⁶⁶; (iii) het feit dat een schrijven gericht wordt aan de voorzitter van de Raad voor de Mededinging waarin melding gemaakt wordt van de moeilijkheden bij het verzamelen van de noodzakelijke informatie gezien de betrokken onderneming op een aantal nieuwe markten actief is⁶⁷; (iv) het feit dat, zodra de partijen geïnformeerd werden door het Korps Verslaggevers dat de transactie aanmeldbaar was, de aanmelding *quasi* onmiddellijk maakten⁶⁸; (v) het feit dat de concentratie nog niet is geïmplementeerd⁶⁹. Het feit dat een onderneming zich in financiële moeilijkheden bevindt en voorrang moet geven aan de herstructurering van het bedrijf, eerder dan aan het aanmeldingsdossier, is geen voldoende verzachtende omstandigheid⁷⁰.

21. Ook werden in een aantal concentratiedossiers, waar laattijdig werd aangemeld, geldboetes opgelegd⁷¹. Van enige consistentie in het boetebeleid is de voorbije twee jaar geen

sprake geweest. Waar in 2001 een boete werd opgelegd van 50.000 BEF (ongeveer € 1.200) voor een aanmelding die bijna vier maanden te laat werd neergelegd⁷², werd in 2002 een boete opgelegd van € 12.500 (het tienvoudige) voor een aanmelding die met twee maanden vertraging werd neergelegd⁷³. In een andere zaak in 2002 werd een boete opgelegd van € 1.000 alhoewel de aanmelding bijna drie maanden te laat was⁷⁴. In een aantal zaken werden principiële boetes opgelegd van € 500⁷⁵.

Onafhankelijk van de vraag naar consistentie bij het boetebeleid, kan men zich de vraag stellen of het opleggen van geldboetes bij een laattijdige aanmelding nuttig is. Waar partijen een inbreuk plegen op de opschortingsverplichting en concentraties realiseren en uitvoeren zonder de goedkeuring van de raad af te wachten – of zelfs niet aan te melden – moet het opleggen van een geldboete zeker overwogen worden. Zodra een concentratie wordt uitgevoerd, heeft zij immers een impact op de markt en moet de mededingingsautoriteit ingrijpen. Dat is uiteraard niet het geval waar partijen een concentratieovereenkomst sluiten zonder deze uit te voeren. Of het dan nuttig is een geldboete op te leggen wanneer partijen de overeenkomst een paar dagen of weken te laat aanmelden – vooral waar zij contact opnemen met de autoriteiten – is betwifelbaar.

22. Indien partijen gebruik maken van de mogelijkheid een ontwerpovereenkomst aan te melden, lijkt het ons dat zij in principe niet gebonden zijn door de aanmeldingstermijn van één maand. Zoals hierboven reeds uiteengezet (*supra*, § 18), zijn partijen immers slechts verplicht de concentratie aan te melden zodra zij een bindende, onherroepbare overeenkomst hebben gesloten. Toch werd van dit principe in de besproken periode in een ruim aantal beslissingen afgeweken. In deze beslissingen waar ontwerpovereenkomsten aangemeld worden, analyseert de raad consistent of deze aanmeldingen tijdig, dit is binnen de periode van één maand, zijn gebeurd. In deze beslissingen vindt men opmerkingen zoals “de concentratie werd tijdig aangemeld”⁷⁶ of “de aanmelding van de concentraties is [binnen de wettelijk vereiste termijn] in overeenstemming met artikel 12, § 1, van de WEM”⁷⁷. Deze rechtspraak, waarvan men reeds in 2000 een voorloper

^{65.} *Heijmans, NPM Capital en Parnib*, 2001-C/C-10, 2 maart 2001, B.S. 16 oktober 2001, 35978.

^{66.} *Johnson & Johnson en Alza Corporation*, 2001-C/C-10, 2 maart 2001, B.S. 16 oktober 2001, 35978.

^{67.} *SGE, GDF en Gaselys*, 2001-C/C-45, 28 augustus 2001, B.S. 28 maart 2002, 13178.

^{68.} *IEH en IGEHO*, 2002-C/C-70, 2 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 5.

^{69.} *Babcock Borsig en Pipe-Tec*, 2002-C/C-85, 28 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 123.

^{70.} *Ibid.*

^{71.} De discussie betreffende de juridische basis voor het opleggen van boetes in geval van laattijdige aanmeldingen is gevoerd in het *Overzicht 1997*, § 21.

^{72.} *Algemene Aannemingen Van Laere en Groupe Thiran*, 2001-C/C-15, 30 maart 2001, B.S. 14 september 2001, 30902.

^{73.} *Electrabel Customer Solutions en Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening*, 2002-C/C-84, 22 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 115.

^{74.} *Babcock Borsig en Pipe-Tec*, 2002-C/C-85, 28 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 123.

^{75.} *American Express International en BBL Travel American Express*, 2002-C/C-0004, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 78; *IEH en IGEHO*, 2002-C/C-70, 2 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 5.

^{76.} *ING Lease Holding, Fortis Bank Nederland Holding en Top Lease*, 2002-C/C-35, 7 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 28.

^{77.} *Domo en Basell Europe Holdings*, 2001-C/C-27, 28 mei 2001, B.S. 15 maart 2002, 11098; *Anglo American, Exxon Mobil en Compania Minera Disputada de Las Condes Limitada Group*, 2002-C/C-48, 27 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 91.

vindt⁷⁸, lijkt betwistbaar – en eerder gebaseerd op een materiële vergissing – in de eerste plaats omdat partijen slechts verplicht zijn de concentratie aan te melden zodra zij een bindende, onherroepbare overeenkomst hebben gesloten. Partijen tot een ontwerpovereenkomst kunnen niet gesanctioneerd worden voor een laattijdige aanmelding – indien er geen verplichting bestaat tot aanmelding *tout court*. Men kan zich daarenboven de vraag stellen hoe men contractueel de datum van een ontwerpovereenkomst kan bepalen.

2.3. Onderzoekstermijn

23. In een aantal zaken is de raad erin geslaagd om zeer korte onderzoekstermijnen toe te passen en heel snel na de aanmelding een beslissing te nemen. Dit vereist een inspanning zowel van de autoriteiten betrokken in de mededingingsanalyse als van de partijen. In *L.S.G. Sky Chefs Belgium* en curatoren van *Sabena*⁷⁹ werd de aanmelding neergelegd op 13 juni. Reeds op 25 juni legde het Korps Verslaggevers het verslag neer en op 5 juli werd de zitting gehouden voor de raad en nam deze dezelfde dag de goedkeuringsbeslissing. Dit vereist wel dat partijen afstand doen van de termijn van 15 dagen voorzien tussen het neerleggen van het verslag en de datum van de zitting⁸⁰. Men zal trouwens meer kortere eerstefaseonderzoeken zien, gelet op het feit dat de vereenvoudigde procedure voorziet in een beslissingstermijn van 25 dagen (*supra*, § 4).

De Electrabel-saga gaf de raad de mogelijkheid om zich voor de eerste maal uit te spreken over het nieuwe artikel 34, § 3, WEM dat de mogelijkheid biedt om de onderzoekstermijn te verlengen op verzoek van de partijen en voor de duur die zij voorstellen. De raad neemt in dezen een zeer strikt standpunt en geeft duidelijk te kennen de controle over de onderzoekstermijn en de eventuele verlenging ervan te willen behouden. Zo werd in *Electrabel Customer Solutions en Interlux*⁸¹ de dag na de hoorzitting in het tweedefaseonderzoek een verzoek neergelegd door de partijen tot verlenging van de onderzoekstermijn. De raad stelde enigszins laconiek dat “la cause est en état d’être jugée” en besliste niet op het verzoek in te gaan. In *Electrabel Customer Solutions en SEDILEC*⁸² en *Electrabel Customer Solutions en SIMOGEL*⁸³ besliste de raad de onderzoekstermijn met twee weken te verlengen. Dit was enkel en alleen gebaseerd op het feit dat op dat ogenblik drie Electrabel-dossiers han-

gende waren voor de raad en de raad besliste de hoorzitting in drie dossiers tegelijkertijd te organiseren en de beslissing eveneens tezelfdertijd te nemen.

Dit toont aan dat de raad zeker niet van plan is om genereus om te springen met de mogelijkheid om de termijnen te verlengen. De partijen moeten hun verzoek sterk motiveren en nieuwe argumenten aanbrengen om te vermijden dat de raad unilateraal vaststelt dat “la cause est en état d’être jugée”.

2.4. Opschorting van de concentratie

24. Tot zolang de Raad voor de Mededinging geen beslissing heeft genomen betreffende de toelaatbaarheid van de concentratie, kunnen de betrokken ondernemingen enkel de uit de concentratie voortvloeiende maatregelen nemen “welke de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmeren en de marktstructuur niet duurzaam wijzigen” (art. 12, § 4, WEM). Deze bepaling zorgt ervoor dat de bevoegdheid van de raad een concentratie te verbieden geen dode letter blijft.

In voorgaande overzichten⁸⁴ werd, op basis van het precedent in *Amylum NV en Ogilvie Acquitaine SA*⁸⁵, reeds vastgesteld dat de voltooiing (“closing”) van de operatie wel degelijk voortijdig kan plaatsvinden indien twee cumulatieve voorwaarden zijn vervuld:

- (i) de overnemer mag geen gebruik maken van de controrechten die verbonden zijn aan de aandelen op een manier die onomkeerbare gevolgen zou meebrengen op de Belgische markt. Dit betekent dat de overnemer een aantal maatregelen zeker niet kan nemen, met inbegrip van bedrijfssluitingen, het stopzetten van bepaalde productielijnen, het vervangen van verkoop personeel dat rechtstreeks contact heeft met de Belgische markt, het stopzetten van bepaalde distributiekkanalen, enz.;
- (ii) de overnemer moet, ingeval de raad beslist de concentratie te verbieden, de mogelijkheid hebben om de aandelen door te verkopen.

25. In *SMAP en Naviga*⁸⁶ wordt dit standpunt bevestigd. De partijen hadden voorzien in een closing op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomst en hadden, om het omkeerbaar karakter van de operatie te onderstrepen, voorzien in een ontbindende voorwaarde die, ingeval de raad

78. *Overzicht 1999-2000*, § 20.

79. *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12.

80. Art. 32bis, § 3 voorziet dat de verslaggever ten minste 15 dagen voor de datum van de zitting een kopie van zijn verslag aan de ondernemingen overmaakt.

81. *Electrabel Customer Solutions en Interlux*, 2002-C/C-61, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 53.

82. *Electrabel Customer Solutions en SEDILEC*, 2002-C/C-75, 16 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 40.

83. *Electrabel Customer Solutions en SIMOGEL*, 2002-C/C-76, 16 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 42.

84. *Overzicht 1998*, § 21-22; *Overzicht 1999-2000*, § 23-24.

85. *Amylum NV en Ogilvie Acquitaine SA*, 1994-C/C-7, 10 februari 1994, *B.S.* 10 maart 1994, 6050.

86. *SMAP en Naviga*, 2002-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

de transactie zou verbieden, de nietigheid van de transactie zou meebrengen.

In *Lyfra Partagro* en *Tabavin*⁸⁷ stelde de raad voor de tweede maal in zijn geschiedenis⁸⁸ een inbreuk vast op de opschortingsverplichting. De raad stelde vast dat de zaakvoerder van de overgenomen onderneming een arbeidsovereenkomst had gesloten met de overnemer, waarbij hij er zich toe verbond cliënteel aan te brengen die exclusief aan de overnemer zou toebehoren. Daarenboven was er geen garantie dat deze zaakvoerder zou kunnen gereïntegreerd worden in het bedrijf van de verkoper. Bijgevolg legde de raad boetes op van respectievelijk € 35.000 en € 2.500 waarbij rekening werd gehouden met de respectieve draagkracht en marktsterkte van de partijen.

Deze beslissing lijkt ons gerechtvaardigd, vooral gelet op het feit dat het hier duidelijk de bedoeling was dat de zaakvoerder, in zijn nieuwe functie, als handelsvertegenwoordiger in dienst van de overnemer de cliënteel van de overgenomen onderneming zo snel mogelijk zou overdragen, wat duidelijk de marktstructuur wijzigt en de omkeerbaarheid van de transactie in het gedrang brengt.

2.5. Sancties in geval van niet-medewerking met de autoriteiten

26. Tot nu toe had de raad slechts in één zaak een boete opgelegd voor niet-medewerking door een aanmeldende partij⁸⁹. Over de laatste twee jaar is deze boetepraktijk wijder toegepast. Zo werd in *Brink's Security International*, *Lagerhaus Dornach*, *Nauta Holding*, *Balspeed Re*, *Balspeed* en *SA Brink's Ziegler*⁹⁰ een boete opgelegd van € 1.500 – het beschikkend gedeelte van de beslissing vermeldt € 750 – gezien de overeenkomst die de concentratie tot stand bracht, niet was neergelegd bij de aanmelding en de partijen deze nalatigheid niet ernstig konden verantwoorden. Om dezelfde reden werd een boete opgelegd van 250.000 BEF in *Lyfra-Partagro* en *Huis Verloo*⁹¹ waar partijen een aantal bijlagen tot de overeenkomst niet hadden neergelegd en ondanks herhaaldelijk aandringen van de verslaggever en de raad deze

stukken niet wensten voor te leggen. In *Banque Cortal en Cortal Belgique*⁹² werd een gelijkaardige boete opgelegd (€ 6.000) waar de partijen slechts moeizaam en na veel aandringen van de verslaggever de overnameovereenkomst neerlegden.

In deze context stelde zich een interessante vraag in *CMB, Hessenatie en Noordnatie*⁹³. In de loop van het tweedefase-onderzoek in deze zaak was gebleken dat de aanmeldende partijen de voorbereiding van een economische studie hadden aangevraagd. Het aanmeldingsformulier stelt uitdrukkelijk dat zulke studies moeten worden neergelegd. Het feit dat deze werd aangevraagd door de juridische raadgevers vond de raad *in casu* terecht irrelevant. Ook het feit dat de studie niet voltooid was, vond de raad irrelevant. Zodra opdracht gegeven wordt zulk een studie te maken, moet dit gemeld worden. Het is onduidelijk uit de beslissing waarom de raad uiteindelijk beslist geen boete op te leggen.

Indien partijen bepaalde informatie niet kunnen of willen verstrekken in de aanmelding, moet een verzoek tot onthefing gericht worden aan de verslaggever in de periode voorafgaand aan de aanmelding die een dergelijke onthefing schriftelijk dient te verlenen⁹⁴.

2.6. Intrekken van de aanmelding

27. In de besproken periode zijn tot tweemaal toe aanmeldingen ingetrokken⁹⁵, in beide gevallen omdat één van de opschortende voorwaarden niet vervuld was. De raad behandelde beide gevallen substantieel verschillend.

In beide gevallen wordt vooreerst verwezen naar *The Coca-Cola Company* en *Cadbury Schweppes plc*⁹⁶, waar de raad stelde dat partijen, eens formeel aangemeld, geen vat hebben op het verdere verloop van de procedure. Zij kunnen dan ook niet, door middel van een intrekking van de aanmelding het onderzoek aan de raad onttrekken, tenzij zij aantonen dat de voorgenomen concentratie definitief onmogelijk is geworden, bijvoorbeeld indien een andere onderneming de meerderheidscontrole van de over te nemen onderneming verkrijgt⁹⁷.

⁸⁷. *Lyfra Partagro en Tabavin*, 2002-C/C-58, 2 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 40. Tegen deze beslissing is hoger beroep aanhangig gemaakt.

⁸⁸. Zie *Overzicht 1998*, § 21-22.

⁸⁹. *Morgan Grenfeld Private Equity Ltd en Bambino Holdings Ltd*, 2000-C/C-2, 16 februari 2000, *B.S.* 18 april 2000, 11877.

⁹⁰. *Brink's Security International, Lagerhaus Dornach, Nauta Holding, Balspeed Re, Balspeed en SA Brink's Ziegler*, 2002-C/C-14, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 52.

⁹¹. *Lyfra-Partagro en Huis Verloo*, 2001-C/C-63, 4 december 2001, *B.S.* 6 juli 2002, 30487.

⁹². *Banque Cortal en Cortal Belgique*, 2002-C/C-53, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 17.

⁹³. *CMB, Hessenatie en Noordnatie*, 2001-C/C-41, 3 augustus 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 17173.

⁹⁴. *Electrabel Customer Solutions en IMEA*, 2002-C/C-84, 22 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 115; *Kijkshop Holding en Joint Services International*, 2002-C/C-86, 2 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 127.

⁹⁵. *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8; *Kijkshop Holding en Joint Services International*, 2002-C/C-86, 2 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 127.

⁹⁶. *The Coca-Cola Company en Cadbury Schweppes plc*, 99-C/C-4, 26 april 1999, *B.S.* 7 juli 1999, 25512. Voor meer details wordt verwezen naar *Overzicht 1999-2000*, § 27.

⁹⁷. *De Beers Australia Holdings Pty Ltd en Ashton Mining Ltd*, 2000-C/C-38, 22 november 2000, *B.S.* 3 mei 2001, 14382.

Op basis van deze premisse behandelt de raad beide gevallen substantieel verschillend. In *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*⁹⁸ stelt de raad vast dat de voorgenomen concentratie niet definitief onmogelijk is geworden, gezien de overeenkomst een aantal opschortende voorwaarden bevat waarvan de koper discretionair kan afzien. De raad beslist bijgevolg om een gedetailleerde concurrentiële analyse te maken. In *Kijkshop Holding en Joint Services International*⁹⁹ start de raad van dezelfde premisse maar maakt geen concurrentiële analyse en stelt simpelweg dat de concentratie zonder voorwerp is geworden. Deze laatste benadering lijkt ons de meest logische.

3. Toelaatbaarheidsanalyse

28. In de voorbije periode heeft de Raad voor de Mededinging in een aantal beslissingen opnieuw een beeld gegeven van de wijze waarop hij de mededingingsrechtelijke gevolgen van de aangemelde concentraties analyseert. Hierna worden een hele reeks elementen behandeld waar de raad rekening mee houdt om te bepalen of een concentratie toelaatbaar is in het kader van de WEM.

3.1. Marktaandeel van de partijen

29. Er kan geen twijfel over bestaan dat het belang van het marktaandeel van partijen is verschoven. Vóór de wijzigingswetten was het bepalen van de betrokken markt en het marktaandeel van de partijen onderdeel van de bevoegdheidsdiscussie. Sinds 31 juli 1999 hebben de wijzigingswetten de cumulatieve toepassing van een wereldwijde omzetcijfer met een Belgische marktaandeeldrempel vervangen door puur Belgische omzetcijfers. Toch behoudt de omschrijving van de product- en geografische markt een cruciale rol bij de substantiële analyse van concentraties.

Inderdaad, in de regel hecht de raad bij zijn analyse van concentraties een zeer groot belang aan marktaandelen bij de beoordeling van concentraties. Niettemin stelt de raad zelf dat een hoog marktaandeel niet *per se* leidt tot een machtspositie. In *Cadbury Denmark en Dandy Holding*¹⁰⁰, stelt hij dat een “importante part de marché est en soi un indice sérieux que la nouvelle entité disposera d’une puissance non négligeable sur le marché. Cependant, cela ne constitue pas en soi la preuve de l’acquisition d’une position dominante. Il est nécessaire d’examiner la structure même du marché”.

Een tweede reden om het marktaandeel van partijen van naderbij te analyseren is de bepaling in artikel 33, § 2, 1 a), van de WEM dat stelt dat, zelfs indien concentraties moeten aangemeld worden gelet op de Belgische omzetcijfers, deze automatisch toelaatbaar moeten worden verklaard wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25% van de betrokken markt controleren.

Bij de bepaling van het marktaandeel moet de raad niet alleen de product- en geografische markt bepalen, maar ook analyseren welke markten “betrokken” zijn. Wie had verwacht dat aan dit debat een einde zou zijn gekomen door de wetswijzigingen, komt bedrogen uit.

3.1.1. Productmarktdefinitie

3.1.1.1. Criteria toegepast bij het definiëren van de productmarkt

30. In een groot aantal eerstefasebeslissingen van het voorbije jaar kopieert de raad zeer getrouw de Europese Commissie bij het definiëren van de productmarkt zonder dieper in te gaan op de achtergrond van de toegepaste productmarktdefinitie¹⁰¹. Gelet op de ruimere rechtspraak van de raad is het ook niet verrassend om meer en meer kruisverwijzingen naar zijn eigen rechtspraak te zien verschijnen¹⁰². Deze tendens onderstreept het belang van een economisch onderbouwde benadering van marktdefinities op het niveau van de raad.

⁹⁸. *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8.

⁹⁹. *Kijkshop Holding en Joint Services International*, 2002-C/C-86, 2 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 127.

¹⁰⁰. *Cadbury Denmark en Dandy Holding*, 2002-C/C-66, 11 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 90.

¹⁰¹. *UB Investments en Gilde Participaties*, 2001-C/C-03, 19 januari 2001, *B.S.* 13 september 2001, 30785; *BP Trading en BVBA Van Den Branden*, 2001-C/C-28, 13 juni 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11099; *Ticket BBL Travel e.a.*, 2001-C/C-32, 18 juni 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11102; *AstraZeneca en Bio Therabel*, 2001-C/C-38, 26 juni 2001, *B.S.* 16 oktober 2001, 35980; *Winterthur-Europe Assurances en CGNU*, 2001-C/C-40, 13 juli 2001, *B.S.* 6 september 2001, 30237; *C&N Touristic Belgium, City Bird Holding en City Bird*, 2001-C/C-48, 19 september 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13908; *Crédit Commercial de France en Financière Groupe Dewaay*, 2002-C/C-04, 23 januari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 29; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en I.T.A.P.*, 2002-C/C-15, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 55; *American Express International en BBL Travel American Express*, 2002-C/C-22, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 78; *Record, Veibel, Brokers Finance en Westkrediet*, 2002-C/C-26, 25 maart 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 94; *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8; *General Electric, Hercules en BetzDearborn*, 2002-C/C-31, 12 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 15; *Autoliv en Visteon*, 2002-C/C-32, 18 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 18; *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12; *Warcoing, Tiense Suikerraffinaderij en Suikerfabriek van Veurne*, 2002-C/C-57, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 36.

¹⁰². *Ticket BBL Travel e.a.*, 2001-C/C-32, 18 juni 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11102; *Brink's Security International, Lagerhaus Dornach, Nauta Holding, Balspeed Re, Balspeed en SA Brink's Ziegler*, 2002-C/C-14, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 52; *American Express International en BBL Travel American Express*, 2002-C/C-22, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 78; *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8; *ING Lease Holding, Fortis Bank Nederland Holding en Top Lease*, 2002-C/C-35, 7 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 28.

Ook neemt de raad in een aantal zaken, zoals in het verleden, geen uitdrukkelijk standpunt in betreffende de marktdefinitie. In deze zaken beperkt de raad zich tot de vaststelling dat, onafhankelijk van de marktdefinitie, de concentratie niet leidt tot substantiële mededingingsproblemen, of in een aantal gevallen, dat de 25% marktaandeelvrijstelling toepasselijk blijft en dat er bijgevolg geen standpunt moet worden ingenomen betreffende marktdefinitie¹⁰³. Deze stellingname, die ook door de Europese Commissie regelmatig wordt toegepast in eerstefasebeslissingen, moet toegejuicht worden. Het belangrijkste voordeel is dat de raad geen stelling neemt omtrent marktdefinitie op grond van uitermate beperkte informatie, waardoor de positie van de aanmeldende partijen in de toekomst niet in het gedrang komt. In een aantal zaken past de raad ook alternatieve marktdefinities toe waarbij vastgesteld wordt dat de precieze definitie kan opengelaten worden.

Het is duidelijk dat de raad, net zoals de commissie, zich voornamelijk toespitst op criteria die betrekking hebben op substitueerbaarheid aan de vraagzijde. Slechts in één zaak wordt melding gemaakt van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde¹⁰⁴.

Criteria die worden toegepast in de meer complexe zaken zijn onder meer:

- (i) het gebruik van verschillende grondstoffen of materialen in twee producten wat kan leiden tot een verdere segmentering¹⁰⁵;
- (ii) de verschillende structuur van de vraag, waarbij één product voornamelijk wordt geleverd aan grote internationale ondernemingen die hun aankopen centraliseren en het andere product wordt geleverd aan een gefragmenteerde groep van kleinere klanten¹⁰⁶;
- (iii) de prijsklasse waarin de producten zich situeren¹⁰⁷;
- (iv) de snelle technologische evolutie in een bepaalde sector (bv. informatica) waardoor precieze marktafbakeringen onduidelijk zijn en constant evolueren¹⁰⁸;
- (v) de functie en het gebruik van de producten door de eindgebruiker¹⁰⁹.

31. Drie zaken verdienen een meer gedetailleerde bespreking.

Vooreerst Cadbury Denmark en Dandy Holding¹¹⁰. Deze zaak betreft een overname in de kauwgomsector. Cadbury is marktleider met Hollywood Chewinggum en krijgt, door de concentratie, controle over Stimorol en V6, twee andere kauwgommerken. Op de Belgische markt voor kauwgom hebben de partijen een gezamenlijk aandeel tussen 70 en 80%. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de partijen trachten te argumenteren dat de markt veel ruimer is en moet gedefinieerd worden als “le marché de la confiserie de poche”. Ter ondersteuning verwezen partijen naar “intuïtieve” argumenten: vooreerst naar de karakteristieken van de producten, met name naar het feit dat die beantwoorden aan “la recherche d’un certain bien-être (fraîcheur en bouche, libération des voies respiratoires, voire relaxation), à un certain plaisir sensoriel (sucrer, mâcher), à l’hygiène bucco-dentaire (haleine et soins dentaires)”. Daarenboven werd verwezen naar een aantal marktstudies – uitgevoerd in Nederland en Frankrijk – waaruit moest blijken dat een groot deel van de consumenten van kauwgom ook andere confiserie kochten. Uiteindelijk werd melding gemaakt van het feit dat al deze producten op dezelfde locatie werden verkocht en dat de prijzen vergelijkbaar waren.

De tegenargumenten die de raad aanvoerde, waren evenmin gebaseerd op enige economische analyse. De raad verwees met name naar een sectie op de internetsite van Cadbury waarin melding gemaakt werd van het bestaan van een “marché du chewing gum”. Ook stelde de raad de relevantie van de marktstudies in vraag, gezien deze geen betrekking hadden op België.

Zonder een gedetailleerde analyse te willen maken van deze zaak, blijkt duidelijk dat in dit dossier noch de juiste vragen zijn gesteld, noch de juiste argumenten naar voren gebracht. Het is op zijn zachtst gezegd onrustbarend, vooral in concentraties betreffende consumentengoederen, dat geen enkel onderzoek wordt gedaan naar de elasticiteit van de vraag. Ter ondersteuning van een ruimere markt van de “confiserie de poche” hadden de partijen studies moeten voorleggen waaruit bleek dat kauwgom een hoge eigen prijselasticiteit had, m.a.w. een kleine prijsverhoging van kauwgom zou betekenen dat consumenten naar andere producten grijpen.

¹⁰³ *Axa Bank Belgium en Banque Degroof*, 2001-C/C-24, 17 mei 2001, *B.S.* 15 maart 2001, 11095; *SGE, GDF en Gaselys*, 2001-C/C-45, 28 augustus 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 13178; *Daimler en Abrumtrans*, 2001-C/C-46, 4 september 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 13180; *Befimmo, Compagnie Immobilière de Belgique e.a.*, 2001-C/C-54, 3 oktober 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13918; *Bricorama e.a.*, 2002-C/C-13, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 49; *Bernheim Comofi, Immobilière Générale des Parkings, Interparking*, 2002-C/C-21, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 74; *Tony Gram, UBS Capital en Kipling International*, 2002-C/C-41, 11 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 52.

¹⁰⁴ *AB Electrolux en Diamant Boart International*, 2002-C/C-46, 26 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 79.

¹⁰⁵ *Sobel en Degussa*, 2002-C/C-23, 4 maart 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 83; *Tony Gram, UBS Capital en Kipling International*, 2002-C/C-41, 11 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 52.

¹⁰⁶ *Sobel en Degussa*, 2002-C/C-23, 4 maart 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 83.

¹⁰⁷ *Vaillant en Hepworth*, 2001-C/C-09, 27 februari 2001, *B.S.* 19 juli 2001, 24651; *Tony Gram, UBS Capital en Kipling International*, 2002-C/C-41, 11 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 52; *CRH, Douterloigne e.a.*, 2002-C/C-56, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 32.

¹⁰⁸ *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8.

¹⁰⁹ *Vaillant en Hepworth*, 2001-C/C-09, 27 februari 2001, *B.S.* 19 juli 2001, 24651; *AB Electrolux en Diamant Boart International*, 2002-C/C-46, 26 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 79; *CRH, Douterloigne e.a.*, 2002-C/C-56, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 32.

¹¹⁰ *Cadbury Denmark en Dandy Holding*, 2002-C/C-66, 11 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 90.

In *Carestel, GIB, Lunch Garden en Crock'In*¹¹¹, stelde zich een andere vraag van marktdefinitie. Maken zelfbedienings-restaurants deel uit van de ruimere “informal eating out”-markt met inbegrip van brasseries en goedkopere traditionele restaurants? De raad stelt vast dat dit het geval is op basis van één – en één enkel – argument: “Consumenten kiezen niet specifiek voor zelfbediening maar wel voor snel en goedkoop eten”. De tweede vraag was dan of deze markt ook concessiecatering omvatte, dit is restaurants langs autosnelwegen, luchthavens enz. De raad gaat verder de amateur-sociologische tour op en stelt vast dat “de consument die niet op de snelweg is niet speciaal een omweg zal maken om in een snelwegrestaurant te kunnen gaan eten.” Dit soort criteria zijn, naar onze mening nefast voor een correcte analyse van de productmarkt. Opnieuw zou de vraag één van prijs en prijsrelatie moeten zijn.

De laatste zaak die een kanttekening verdient, is *Kaufhof Warenhaus AG en Innovation SA*¹¹² waar een meningsverschil bestond inzake marktdefinitie tussen de verslaggever en de raad. De verslaggever volgde de aanmeldende partijen in hun standpunt dat de markt deze was van de “distribution au détail de produits non alimentaires”. De raad stelt dat “compte tenu des caractéristiques des magasins Inno, de leur localisation dans les quartiers commerçants des villes, de leur assortiment non alimentaire et de la spécificité de leur politique commerciale”, een markt kan worden geïdentificeerd van de “grands magasins” die te onderscheiden is van de supermarkten en “cash and carry”. Opnieuw geen sprake van enige economische analyse.

Wat dit aantoont is dat de raad, vooral in concentratiedossiers die een rechtstreeks effect hebben op de consument, zich meer moet concentreren op de economische analyse van de markt – en bij de partijen moet aandringen om, eventueel in tweede fase, een gedegen analyse te maken. Tot op vandaag is slechts in één dossier voor de raad een gedetailleerde economische analyse gevoerd waarin rekening werd gehouden met kruiselingse prijselasticiteit en diversiefactoren¹¹³. Dit betekent niet noodzakelijk dat, bij twijfel over de productmarkt, een tweedefaseonderzoek moet worden geopend, maar wel dat de partijen in zeer gedetailleerde prenotificatiediscussies moeten treden, waarin, volgens ons, de raad zelf ook een rol moet spelen.

¹¹¹. *Carestel, GIB, Lunch Garden en Crock'In*, 2002-C/C-71, 2 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 10.

¹¹². *Kaufhof Warenhaus AG en Innovation SA*, 2001-C/C-36, 19 juni 2001, *B.S.* 6 september 2001, 30235.

¹¹³. *Mattel, Truck Acquisition en Tyco Toys*, 1997-C/C-11, 30 april 1997, *B.S.* 14 juni 1997, 16060. Voor een gedetailleerde analyse, zie *Overzicht 1997*, § 11-14.

¹¹⁴. *Winterthur-Europe Assurances en CGNU*, 2001-C/C-40, 13 juli 2001, *B.S.* 6 september 2001, 30237; *SMAP en Naviga*, 2002-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

¹¹⁵. *Crédit Commercial de France en Financière Groupe Dewaay*, 2002-C/C-04, 23 januari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 29; *Record, Vebel, Brokers Finance en Westkrediet*, 2002-C/C-26, 25 maart 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 94; *Banque Cortal en Cortal Belgique*, 2002-C/C-53, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 17; *SMAP en Naviga*, 2002-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

¹¹⁶. *ING Lease Holding, Fortis Bank Nederland Holding en Top Lease*, 2002-C/C-35, 7 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 28.

¹¹⁷. *Bricorama e.a.*, 2002-C/C-13, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 49.

¹¹⁸. *Kaufhof Warenhaus en Innovation*, 2001-C/C-36, 19 juni 2001, *B.S.* 6 september 2001, 30235.

¹¹⁹. *Gebroeders Delhaize en Cie “De Leeuw” e.a.*, 2001-C/C-53, 1 oktober 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13916.

¹²⁰. *Ingram Micro, Peter Vandeputte en Vapriya*, 2002-C/C-93, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 168.

3.1.1.2. Weerhouden productmarktdefinities

32. De raad heeft in het voorbije jaar de mogelijkheid gehad om een hele reeks marktdefinities voorop te stellen. In een aantal dossiers, voornamelijk deze waar marktaandelen beneden 25% worden behaald, stelt de raad laconiek en zonder verdere analyse marktdefinities voorop. Zoals hierboven reeds vermeld, zijn deze niet altijd economisch onderbouwd maar het kan nuttig zijn voor de praktijk om een overzicht te geven van de belangrijkste definities weerhouden in de laatste twee jaar.

33. In de financiële sector:

- (a) les marchés de l’assurance vie et l’assurance non-vie segmentés par catégorie de risque (accidents du travail, accidents, maladie, corps de véhicule terrestre, marchandises transportées, incendie et éléments naturels, responsabilité civile terrestre automoteurs, responsabilité civile générale, pertes pécuniaires diverses, protection juridique, etc.)¹¹⁴;
- (b) les services bancaires de détail à l’attention des particuliers et des ménages, les services bancaires aux entreprises, les opérations sur les marchés financiers, les activités de banque d’investissement¹¹⁵;
- (c) de markten van de financiële autoleasing (pure financiering) en de operationele autoleasing (financiering gepaard gaand met diensten zoals onderhoud, herstelling, verzekering, brandstofbeheer, enz.)¹¹⁶.

34. In de distributiesector:

- (a) de markt van de kleinhandel van doe-het-zelfzaken voor het grote publiek¹¹⁷;
- (b) le marché des grands magasins qui constitue un marché distinct de celui des hypermarchés et des “cash and carry”¹¹⁸;
- (c) de detailhandelsmarkt voor dagelijkse consumptiegoederen, die zowel de verkooppunten met een kleine oppervlakte omvat als winkels met een middelgrote en grote oppervlakte; en de inkoopmarkt voor dagelijkse consumptiegoederen¹¹⁹;
- (d) de markt van de groothandel/distributie van IT-producten en aanverwante diensten¹²⁰.

- 35.** In de dienstverleningssector:
- (a) de markt van de zakenreizen, enerzijds, en de markt van de vakantiereizen, die op haar beurt kan worden opgesplitst in de markt van de reisorganisatie (tour-operators) en de markt van de reisbemiddeling (reis-agentschappen)¹²¹;
 - (b) de markt van de dienstverlening aan bedrijven op het gebied van loonadministratie en informatieverstrekking¹²²;
 - (c) le marché de la fourniture de services professionnels à des clients composés essentiellement de grandes sociétés, de dimension tant nationale que multinationale, subdivisé en cinq grands domaines, à savoir l’audit, le conseil et l’assistance en fiscalité, le conseil en gestion, l’assistance financière aux entreprises et les conseils aux entreprises en difficulté¹²³;
 - (d) de markten voor vaste telefonie, mobiele telecommunicatiediensten, internetdiensten en mobiele handsets¹²⁴;
 - (e) de markt van het waardetransport en de bewaring van waarden, d.i. het verstrekken aan derden van diensten van toezicht op en de bescherming bij het vervoer van waarden¹²⁵;
 - (f) de markt van de verlening van informaticadiensten¹²⁶;
 - (g) de markt van de waterconditionering door chemicaliën¹²⁷;
 - (h) de markt van de in-flight catering¹²⁸.
- 36.** In de productiesector:
- (a) de markt van kantoorinrichting en kantoorbenodigdheden¹²⁹;
 - (b) de markt voor de productie en verkoop van gelatine, lijm, vetten, fosfaat en gelatinecapsules¹³⁰;
 - (c) le marché de la fabrication et commercialisation des composants électroniques de contrôle d’airbag¹³¹;
 - (d) de schrootmarkt in metalen onder te verdelen in de markt van de recuperatie van ferrometalen en non-ferrometalen¹³²;
 - (e) de markten voor de distributie van navigatieapparatuur, de distributie van maritieme communicatieapparatuur, en aanverwante onderhoudsdiensten¹³³;
 - (f) les marchés de la génération, le transport, la distribution, la fourniture et le négoce d’électricité¹³⁴;
 - (g) de markten van de betonstraatstenen, de constructievloeren voor woningbouw, de constructievloeren voor utiliteitsbouw¹³⁵.
- 37.** In de sector van consumentengoederen:
- (a) de markt van de zoute snacks¹³⁶;
 - (b) de markten van de pharmaceutica op basis van de ATC 3-categorie¹³⁷;
 - (c) les marchés de la production de chocolat de couverture et les produits finis à base de chocolat “Private Label”¹³⁸;
 - (d) de markten van industriesuiker, huishoudsuiker en de levering van suiker voor handelsmerken¹³⁹;
 - (e) de markt van tabaksproducten bestemd voor doorverkoop aan de detailhandel¹⁴⁰.

¹²¹ *Ticket BBL Travel e.a.*, 2001-C/C-32, 18 juni 2001, B.S. 15 maart 2002, 11102; *American Express International en BBL Travel American Express*, 2002-C/C-22, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 78.

¹²² *VZW Sociale en Fiscale Diensten voor Werkgevers, VZW Sociaal Hulpbetoon, VZW Secrétariat des Classes Moyennes en VZW SBB Sociaal Secretariaat*, 2001-C/C-1, 3 januari 2001, B.S. 14 september 2001, 30894.

¹²³ *Deloitte & Touche Belgique en Arthur Andersen Belgique*, 2002-C/C-59, 7 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 44.

¹²⁴ *Mobistar, SAIT Systems en Debitel*, 2001-C/C-23, 16 mei 2001, B.S. 21 september 2001, 31738; *Belgacom, De Post en BPG e-services*, 2002-C/C-74, 16 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 37; zie ook *KPN Mobile International en Orange International*, 2001-C/C-06, 5 februari 2001, B.S. 14 september 2001, 30898; *Scarlet Telecom, Netnet, Facilicom International, KPN Belgium en KPN Telecom*, 2002-C/C-94, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 171.

¹²⁵ *Brink's Security International, Lagerhaus Dornach, Nauta Holding, Balspeed Re, Balspeed en SA Brink's Ziegler*, 2002-C/C-14, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 52.

¹²⁶ *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8.

¹²⁷ *General Electric, Hercules en BetzDearborn*, 2002-C/C-31, 12 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 15.

¹²⁸ *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12.

¹²⁹ *Stonehaven Holding en Koninklijke Ahrend*, 2001-C/C-4, 5 februari 2001, B.S. 14 september 2001, 30897.

¹³⁰ *Sobel en Degussa*, 2002-C/C-23, 4 maart 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 83.

¹³¹ *Autoliv en Visteon*, 2002-C/C-32, 18 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 18.

¹³² *Galloo, Galloometal en Trade Arbed*, 2002-C/C-33, 25 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 21.

¹³³ *ABN Amro Participaties, EMG Euromarine Electronics en SRH Marine*, 2002-C/C-37, 24 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 36.

¹³⁴ *Electrabel Customer Solutions en IDEG*, 2002-C/C-49, 28 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 94; *Electrabel Customer Solutions en Interlux*, 2002-C/C-50, 28 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 103; *Electrabel Customer Solutions en Sedilec*, 2002-C/C-63, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 69; *Electrabel Customer Solutions en Simogel*, 2002-C/C-64, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 77; *Electrabel Customer Solutions en Intermosane 2*, 2002-C/C-68, 12 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 110; *Electrabel Customer Solutions en IMEA*, 2002-C/C-84, 22 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 115; *Electrabel Customer Solutions en Interest*, 2002-C/C-90, 19 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 142.

¹³⁵ *CRH, Douterloigne e.a.*, 2002-C/C-56, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 32.

¹³⁶ *UB Investments en Gilde Participaties*, 2001-C/C-03, 19 januari 2001, B.S. 13 september 2001, 30785.

¹³⁷ *Advent International en Viatrix*, 2002-C/C-54, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 21; *AstraZeneca en Bio Therabel*, 2001-C/C-38, 26 juni 2001, B.S. 16 oktober 2001, 35980.

¹³⁸ *Barry Callebaut en Stollwerck*, 2002-C/C-55, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 25.

¹³⁹ *Warcoing, Tiense Suikerraffinaderij en Suikerfabriek van Veurne*, 2002-C/C-57, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 36.

¹⁴⁰ *Lyfra Partagro en Tabavin*, 2002-C/C-58, 2 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 40.

3.1.2. Omvang van de geografische markt

38. De geografische markt waarop de 25%-marktaandeeldrempel moet bepaald worden is in de besproken periode steeds gedefinieerd als de gehele Belgische markt, met een aantal meldenswaardige uitzonderingen in:

- (a) le marché des emplacements de parking où le marché géographique est l'ensemble du territoire belge du point de vue de l'offre. Cependant, il peut être restreint aux diverses agglomérations belges, voire aux zones de chalandise du point de vue de la demande¹⁴¹;
- (b) de markt van de recuperatie van ferrometalen omvat langs de aankoopzijde minstens de drie Belgische provincies West-Vlaanderen, Oost-Vlaanderen en Henegouwen – en langs de verkoopzijde het gehele Belgische grondgebied, met zelfs een sterke Europese dimensie¹⁴²;
- (c) de markt van de ketens van zelfbedieningsrestaurants die enerzijds lokaal is, gezien de consument niet bereid is om een grote afstand af te leggen, terwijl anderzijds merkbekendheid en nationale reclamecampagnes wijzen op een nationale markt¹⁴³;
- (d) de markt van de capaciteit voor spraaktelefonie en internettoegang is beperkt tot Vlaanderen;
- (e) de detailhandelsmarkt voor dagelijkse consumptiegoederen is lokaal¹⁴⁴;
- (f) le marché de la location d'immeubles à usage de bureaux qui se répartit en marchés distincts par métropole¹⁴⁵.

In een aantal zaken werd de geografische markt ruimer gedefinieerd en hield de raad rekening met druk vanuit de Europese of wereldmarkt. Vooreerst zijn er verschillende recente zaken waar de raad de Belgische markt in rekening nam om te bepalen of de partijen een gecombineerd marktaandeel van 25% of meer hadden (dus of er een betrokken markt was), maar niettemin vaststelde dat de relevante markt ruimer bleek dan België. In de meeste gevallen was er geen betrokken markt, zodat de raad de concentratie op deze basis toelaatbaar kon verklaren¹⁴⁶. In sommige andere beslissingen maakt de raad een onderscheid tussen (a) de “relevante geografische markt” beperkt tot België, en (b) de “reële relevante geografische markt” die ruimer is dan België¹⁴⁷. Deze dichotomie is ongetwijfeld geïnspireerd door het wettelijk vermoeden van

toelaatbaarheid, die het nodig maakt voor de raad om eerst de marktaandelen op een geografische markt die maximaal België is, in aanmerking te nemen en dan, indien het vermoeden niet van toepassing is, de “reële geografische markt” te bepalen om vast te stellen of de concentratie aanleiding geeft tot de verwezenlijking of versterking van een machtspositie.

39. De meest interessante categorie voor de praktijk omvat de zaken waar een betrokken markt was en de transactie aanleiding gaf tot hoge gecombineerde marktaandelen in België, maar concurrentie van buiten België een belangrijke rol speelde bij de goedkeuring van de concentratie. Twee voorbeelden zijn:

- Sobel NV/Degussa AG/SKW Gelatine & Specialties¹⁴⁸: in België overschreed het gecombineerd marktaandeel van de partijen de marktaandeeldrempel van 25%, de “betrokken” markt werd Europees en zelfs mondiaal geacht, en het gecombineerde marktaandeel in België was hoog, maar was in een Europese of mondiale context veel lager. De raad vond dat de marktaandelen op Belgisch niveau substantieel waren, maar hield ook rekening met de Europese en wereldwijde marktaandelen en concludeerde dat de aangemelde transactie geen aanleiding gaf tot een dominante positie;
- CMB/Hessenatie/Noordnatie¹⁴⁹: de partijen hadden een hoog gecombineerd marktaandeel in België, maar de raad concludeerde dat de relevante markt ruimer was dan België en het havengebied Le Havre-Hamburg omvatte en niet enkel Antwerpen of Antwerpen-Rotterdam. Concurrentie van buiten België werd in aanmerking genomen om te besluiten dat de fusieonderneming niet in de mogelijkheid zou zijn om onafhankelijk te handelen van haar concurrenten en dat het concurrentiële gedrag in de Antwerpse haven bepaald werd door concurrentiedwang van havens buiten België.

3.1.3. Betrokken markt

40. Het belang van het begrip betrokken markt heeft na de wijzigingswetten een andere dimensie gekregen. Waar een 25%-aandeel van de betrokken markt voorheen een jurisdictionele test was, is deze nu een substantiële test, gezien arti-

¹⁴¹. *Bernheim Comofi, Immobilière Générale des Parkings, Interparking*, 2002-C/C-21, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 74.

¹⁴². *Galloo, Galloometal en Trade Arbed*, 2002-C/C-33, 25 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 21.

¹⁴³. *Carestel, GIB, Lunch Garden en Crock'In*, 2002-C/C-71, 2 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 10.

¹⁴⁴. *Gebroeders Delhaize en Cie "De Leeuw" e.a.*, 2001-C/C-53, 1 oktober 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13916.

¹⁴⁵. *Befimmo, Compagnie Immobilière de Belgique e.a.*, 2001-C/C-54, 3 oktober 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13918; zie ook *Cofinimmo SA e.a.*, 2000-C/C-21, 27 juni 2000, *B.S.* 29 november 2000, 40055.

¹⁴⁶. Zie onder meer *Ineos Vinyl Holdings en EVC International*, 2001-C/C-11, 14 september 2001, *B.S.* 14 september 2001, 30901; *Domo en Basell Europe Holdings*, 2001-C/C-27, 28 mei 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11098; *Luminus, PubliLum, Centrica, e.a.*, 2001-C/C-47, 10 september 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 13181; *Galloo, Galloometal en Trade Arbed*, 2002-C/C-33, 25 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 21; *AB Electrolux en Diamant Boart International*, 2002-C/C-46, 26 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 79.

¹⁴⁷. *Vaillant en Hepworth*, 2001-C/C-09, 27 februari 2001, *B.S.* 19 juli 2001, 24651; *Autoliv en Visteon*, 2002-C/C-32, 18 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 18; *General Electric, Hercules en BetzDearborn*, 2002-C/C-31, 12 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 15; *SMAP en Naviga*, 2002-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

¹⁴⁸. *Sobel en Degussa*, 2002-C/C-23, 4 maart 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 83.

¹⁴⁹. *CMB, Hessenatie en Noordnatie*, 2001-C/C-41, 3 augustus 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 17173.

kel 33, § 2.1, a), WEM nu uitdrukkelijk stelt dat de concentratie toelaatbaar moet worden verklaard “wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25% van de betrokken markt controleren”. Het is aan de partijen tot de transactie om het bewijs te leveren dat de marktaandeeldrempel niet bereikt is¹⁵⁰. Ondervraagde ondernemingen spelen een belangrijke rol bij de verificatie of de marktaandeeldrempel al dan niet is bereikt¹⁵¹.

Dit alles betekent dat, om het voordeel van de 25%-marktaandeeldrempel in te roepen, men nog steeds moet bepalen welke de betrokken markten zijn. Zo kan een overnemer van een onderneming een aandeel hebben van meer dan 25% op de markt voor een bepaald product, dat echter geen enkele relatie heeft met de markt waarop de overname plaatsvindt. Dit zou hem niet het recht mogen ontnemen om zich te beroepen op de 25%-marktaandeelevrijstelling.

Zonder verder in te gaan op de historiek van deze discussie¹⁵², valt op dat, in het verleden, toen het begrip betrokken markt gebruikt werd om de bevoegdheid van de raad te bepalen, de raad een zeer ruime interpretatie van dit begrip voorstond. Niet alleen werd rekening gehouden met horizontale, naburige en verticale relaties tussen markten, maar de raad stelde ook dat, zelfs indien er noch horizontale, noch naburige, noch verticale relaties bestonden tussen de markten waarop overnemer en overgenomen ondernemingen actief waren, er moest nagegaan worden of de concentratie gevolgen kon hebben op die markten. Zo stelde de raad in het verleden dat er een beïnvloeding bestond tussen (i) de markt van de alarmcentrales en de markt van de telefonie¹⁵³, (ii) de markt voor maandverbanden en de markt voor tampons¹⁵⁴, (iii) de markt voor tabak en de markt van sigarettenpapier en -hulzen¹⁵⁵, enz. Dit overzicht heeft steeds deze rechtspraak van de raad kritisch benaderd gezien de raad in deze zaken de *nexus* tussen markten verbrak, en zeer ver ging in het bepalen van de virtuele beïnvloeding tussen markten.

41. Zoals in 1999-2000, neemt de raad nu terecht een veel striktere houding aan door, bij het bepalen van de betrokken markt, enkel rekening te houden met de horizontale en de verticale relaties tussen markten en zich niet langer te bekommeren om een eventuele, maar vaak vergezochte, beïnvloeding. Dit betekent ook dat partijen zich veel gemak-

kelijker zullen kunnen beroepen op de marktaandeelevrijstelling. Een voorbeeld hier is Warcoing, Tiense Suikerraffinaderij en Suikerfabriek van Veurne¹⁵⁶, waar de concentratie plaatsvond in de suikerindustrie. De raad stelde vast dat enkel de overnemer actief is op de markt van suikervervangers en oordeelde dat deze niet betrokken is, gezien “deze producten [...] geen horizontale of verticale band” hebben met de suikermarkten. Ook in Heijmans en Moeskops’ Bouwbedrijf¹⁵⁷ oordeelde de raad dat de markt voor het beheer van gebouwen niet kon beschouwd worden als betrokken, gezien deze noch verticaal noch horizontaal gerelateerd was tot de betrokken bouwmarkt. Het lijkt waarschijnlijk dat, in zijn vroegere rechtspraak, de raad hier wel degelijk een beïnvloeding tussen de verschillende markten zou hebben vastgesteld.

In bepaalde gevallen leidt deze analyse tot verrassende resultaten. Zo nam in Carestel, GIB en Lunch Garden¹⁵⁸, één van de marktleiders in de markt van de concessiecatering (dit is catering op luchthavens, langs autosnelwegen), Carestel, de keten van selfservice restaurants Lunch Garden over. Zoals hierboven reeds vermeld definieerde de raad de productmarkt in enge zin, van de “informal eating out”-markt, enerzijds, en van de markt van de concessiecatering, anderzijds (*supra*, § 31). De transactie ontsnapte aan een gedetailleerde analyse doordat de raad stelde dat de “informal eating out”-markt noch verticaal noch horizontaal gerelateerd was tot de markt van de concessiecatering. Bijgevolg geen betrokken markt¹⁵⁹.

In Belgacom, De Post en BPG e-services¹⁶⁰, gaf de raad dan weer een zeer ruime interpretatie aan de verticale relatie tussen bepaalde markten. In deze transactie richtten Belgacom en De Post een gemeenschappelijke onderneming op die tot doel had een aantal beveiligingsplatformen voor elektronische communicatie te ontwikkelen en te commercialiseren. De raad stelde vast dat deze activiteit in een verticale relatie stond tot (i) de markt voor aansluiting op het vaste openbare telecommunicatienet; (ii) de markt voor de publieke telefonie; (iii) de markt voor de huurlijnen; en (iv) de markt voor internettoegang. Men kan zich inderdaad voorstellen dat e-commerce gerichte activiteiten een relatie hebben met deze markten. Maar de raad ging verder en stelde dat er ook een verticale relatie bestond met (i) de markt voor mobiele telefonie; (ii) de markt voor de distributie van poststukken; en

¹⁵⁰ Kaufhof Warenhaus AG en Innovation SA, 2001-C/C-36, 19 juni 2001, B.S. 6 september 2001, 30235.

¹⁵¹ AB Electrolux en Diamant Boart International, 2002-C/C-46, 26 juni 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/2, 79.

¹⁵² Zie J. YSEWYN, “Toepassingsgebied van het concentratietoezicht naar Belgisch recht” (noot onder beslissing van 16 januari 1995, DHL International NV en Express Line NV), T.B.H. 1995, 717.

¹⁵³ Belgacom Security Holding NV en JW Electronics NV, 1998-C/C-17, 22 december 1998, B.S. 11 mei 1998, 16386; Belgacom NV en Aviapartner NV, 1997-C/C-22, 30 september 1997, B.S. 29 november 1997, 32026.

¹⁵⁴ The Procter & Gamble Company en Tambrands Inc, 1997-C/C-12, 23 mei 1997, B.S. 6 augustus 1997, 20136.

¹⁵⁵ Imperial Tobacco Overseas Ltd en co, 1997-C/C-5, 3 maart 1997, B.S. 14 juni 1997, 16056.

¹⁵⁶ Warcoing, Tiense Suikerraffinaderij en Suikerfabriek van Veurne, 2002-C/C-57, 12 juli 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/3, 36.

¹⁵⁷ Heijmans en Moeskops’ Bouwbedrijf, 2002-C/C-60, 26 augustus 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/3, 49.

¹⁵⁸ Carestel, GIB, Lunch Garden en Crock’In, 2002-C/C-71, 2 oktober 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/4, 10.

¹⁵⁹ Andere voorbeelden zijn Sobel en Degussa, 2002-C/C-23, 4 maart 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/1, 83; Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium, 2002-C/C-28, 8 april 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/2, 8; General Electric, Hercules en BetzDearborn, 2002-C/C-31, 12 april 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/2, 15.

¹⁶⁰ Belgacom, De Post en BPG e-services, 2002-C/C-89, 18 december 2002, Driem. Tijdschr. RM 2002/4, 133.

(iii) de pakketmarkten. Hoe men deze verticale relatie moet zien, is onduidelijk.

Ook blijkt duidelijk uit de rechtspraak dat een betrokken markt steeds moet betrekking hebben op de Belgische markt. Indien er geen verkopen zijn in België, kan er ook geen sprake zijn van een betrokken markt, zelfs indien de geografische markt ruimer is dan België en de ondernemingen wel actief zijn buiten België¹⁶¹.

Het feit dat de raad bij het bepalen van de betrokken markt, enkel rekening houdt met de horizontale en de verticale relaties tussen markten, leidt wel tot één belangrijke vraag. Kan de raad nu nog conglomerale aspecten in een transactie beoordelen? Indien er geen betrokken markten zijn, moeten partijen ook geen informatie verstrekken over die markten in het aanmeldingsformulier – en is het bijgevolg moeilijk voor de raad om een conglomerale analyse te voeren. De enige informatie die de raad in dat scenario zou hebben, wordt verstrekt in afdeling 7 van het aanmeldingsformulier waar slechts zeer beperkte inlichtingen worden gevraagd.

3.2. Structuur van de markt

42. Artikel 10, § 2, van de WEM, zoals gewijzigd door de wijzigingswetten, bepaalt dat de raad, bij zijn toelaatbaarheidsbeslissing, onder meer rekening moet houden met “de positie op de markt van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden in leveranciers en afnemers, hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van vraag en aanbod van de betrokken producten of diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, [...]”. Deze criteria vinden in de praktijk toepassing, enerzijds in de structuur van de transactie, en anderzijds in de structuur van de markt.

Wat de structuur van de transactie betreft, houdt de raad in zijn analyse rekening met:

- (i) het feit dat de transactie enkel resulteert in aandeelverschuivingen tussen bestaande aandeelhouders, waarbij één aandeelhouder de aandelen van de andere over-

neemt¹⁶². De raad is van oordeel dat dit type transactie geen verschuivingen teweegbrengt in de concurrentieverhoudingen;

- (ii) het feit dat slechts een verticale relatie bestaat tussen de markten waarop de overnemer actief is en deze van de overgenomen onderneming¹⁶³ waardoor “l’acquéreur n’augmente pas sa part de marché”;
- (iii) het feit dat de concentratie een reeds bestaande samenwerking formaliseert in een juridisch kader. Zo wordt in de beslissing betreffende de overname van City Bird door Thomas Cook melding gemaakt van het feit dat “City Bird het merendeel van de vluchten van Thomas Cook Belgium [verzorgt], zodat de betrokken overname slechts een formalisering is van de bestaande situatie”¹⁶⁴. In Cadbury Denmark en Dandy Holding¹⁶⁵ nam Cadbury Schweppes (die het kauwgommerk Hollywood produceerde) Dandy over (die de concurrerende merken Stimorol en V6 produceerde). De raad merkte op dat “les parties soutiennent que ‘cette concentration n’emporte aucun changement sur le marché belge par rapport à la situation existant à ce jour. Stimorol Belgium est en effet le distributeur exclusif des chewing-gums de Cadbury Schweppes en Belgique. Les marques Hollywood, Stimorol et V6 sont donc déjà commercialisées par la même entité et le demeureront de la même façon à l’issue de la concentration. Il importe donc de souligner dans le cas d’espèce que, selon les parties, une éventuelle décision d’inadmissibilité n’aurait aucun impact sur leur situation contractuelle”¹⁶⁶. Ook in AstraZeneca en Bio Therabel¹⁶⁶ wordt melding gemaakt van het feit dat beide ondernemingen reeds met elkaar verbonden zijn door copromotie- en comarketingakkoorden;
- (iv) het feit dat de overname slechts resulteert in een beperkte verhoging van het marktaandeel van de overnemer¹⁶⁷.

43. Wat de structuur van de markt betreft, werd rekening gehouden met de volgende elementen:

- (i) het bestaan van andere belangrijke concurrenten¹⁶⁸. In een aantal zaken wordt melding gemaakt van het

¹⁶¹. *ABN Amro Participaties, EMG Euromarine Electronics en SRH Marine*, 2002-C/C-37, 24 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 36.

¹⁶². *Crédit Commercial de France en Financière Groupe Dewaay*, 2002-C/C-04, 23 januari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 29; *Brink’s Security International, Lagerhaus Dornach, Nauta Holding, Balspeed Re, Balspeed en SA Brink’s Ziegler*, 2002-C/C-14, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 52; *Bernheim Comofi, Immobilière Générale des Parkings, Interparking*, 2002-C/C-21, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 74; *American Express International en BBL Travel American Express*, 2002-C/C-22, 20 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 78.

¹⁶³. *Daimler en Abramtrans*, 2001-C/C-46, 4 september 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 13180; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en I.T.A.P.*, 2002-C/C-15, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 55; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en Deman Brussels*, 2002-C/C-16, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 59.

¹⁶⁴. *C&N Touristic Belgium, City Bird Holding en City Bird*, 2001-C/C-48, 19 september 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13908.

¹⁶⁵. *Cadbury Denmark en Dandy Holding*, 2002-C/C-66, 11 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 90.

¹⁶⁶. *AstraZeneca en Bio Therabel*, 2001-C/C-38, 26 juni 2001, *B.S.* 16 oktober 2001, 35980.

¹⁶⁷. *Mobistar, SAIT Systems en Debitel*, 2001-C/C-23, 16 mei 2001, *B.S.* 21 september 2001, 31738; *Gebroeders Delhaize en Cie “De Leeuw” e.a.*, 2001-C/C-53, 1 oktober 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13916; *Barry Callebaut en Stollwerck*, 2002-C/C-55, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 25.

¹⁶⁸. *Crédit Commercial de France en Financière Groupe Dewaay*, 2002-C/C-04, 23 januari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 29; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en I.T.A.P.*, 2002-C/C-15, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 55; *DaimlerChrysler Belgium Luxembourg en Deman Brussels*, 2002-C/C-16, 15 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 59; *Merloni TermoSanitari en Wolf*, 2001-C/C-44, 28 augustus 2001, *B.S.* 13 maart 2002, 10661.

bestaan van een concurrent met een zeer sterke positie waardoor de transactie noodzakelijk is om deze ene concurrent efficiënt te bestrijden¹⁶⁹. Ook het feit dat een concurrent die recent tot de markt is toetreden, erin slaagt om zeer snel zijn marktaandeel te verhogen, is een element in de analyse¹⁷⁰;

- (ii) het feit dat de markt zeer versnipperd is met vele spelers¹⁷¹;
- (iii) de sterke onderhandelingspositie van de afnemers¹⁷²;
- (iv) het al dan niet bestaan van toetredingsbelemmeringen voor potentiële concurrenten¹⁷³. Toetredingsbelemmeringen zijn, in de voorbije twee jaar, een zeer belangrijk element gebleken bij de analyse van concentraties. Bij zijn analyse hield de raad rekening met reglementaire¹⁷⁴ en technische belemmeringen alsook met de duur van bestaande leveringscontracten¹⁷⁵. Toegang tot essentiële informatie is eveneens cruciaal¹⁷⁶. Ook merkbekendheid en de beperkte toegang tot verkooppunten zijn vermeld als belangrijke toetredingsbelemmeringen¹⁷⁷. Het feit dat werkelijk nieuwe toetredingen zijn gebeurd in de voorbije jaren is ook een element in de analyse¹⁷⁸;
- (v) het feit dat de prijzen niet substantieel zullen verhogen na de concentratie. In Galloo, Galloometal en Trade Arbed¹⁷⁹ wordt enigszins sibillijns verwezen naar het feit dat “na de concentratie er op de Belgische markt nog voldoende factoren zullen aanwezig zijn die de prijsvorming op het terrein onafhankelijk van de aanmeldende partijen zullen beïnvloeden”;
- (vi) het feit dat in “bidding markets” een hoog marktaandeel niet noodzakelijk indicatief is van een machtspositie. In ISS Europe, Lavold en Randstad¹⁸⁰ vond het substantieel marktaandeel van de partijen na de con-

centratie een tegengewicht in het feit dat het hier ging om een “bidding market” waar de mededinging telkens weer speelt op het ogenblik dat een nieuw project werd toegewezen. Dit betekent, volgens de raad, dat “indien ISS geen concurrentiële prijzen hanteert, zij het contract niet in de wacht [zal] slepen”;

- (vii) de concurrentiële druk van andere producten (“second-line”-substituëerbaarheid) Een argument dat reeds vroeger door de raad werd aangeboord om een concentratie goed te keuren¹⁸¹, is de concurrentie die wordt uitgeoefend door producten die, hoewel ze niet behoren tot dezelfde productmarkt, toch een concurrentiële druk uitoefenen op de partijen. Zo omschrijft de raad in Cadbury Denmark en Dandy Holding¹⁸² de productmarkt als de markt voor kauwgom. Toch houdt de raad in zijn mededingingsanalyse rekening met het feit dat “la frontière entre le marché concerné du chewing-gum et les autres produits appartenant au segment de la confiserie de poche reste faible”. Alhoewel deze producten strikt gezien geen deel uitmaken van de productmarkt houdt de raad dus rekening met het feit dat zij toch een substantiële concurrentiële druk uitoefenen op de ondernemingen die actief zijn in de relevante markt¹⁸³;
- (viii) de “failing company defence”. In C&N Touristic Belgium, City Bird Holding en City Bird¹⁸⁴, heeft de raad de “failing company defence” toegepast. Dit concept impliceert dat een concentratie, die in principe een machtspositie creëert, toch kan worden toegelaten, indien aan drie criteria is voldaan:
 - de overgenomen onderneming zal, gelet op haar financiële toestand, op korte termijn van de markt verdwijnen;

¹⁶⁹. *Mobistar, SAIT Systems en Debitel*, 2001-C/C-23, 16 mei 2001, B.S. 21 september 2001, 31738; *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12.

¹⁷⁰. *Barry Callebaut en Stollwerck*, 2002-C/C-55, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 25.

¹⁷¹. *Bricorama e.a.*, 2002-C/C-13, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 49; *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8; *ING Lease Holding, Fortis Bank Nederland Holding en Top Lease*, 2002-C/C-35, 7 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 28; *CRH, Douterloigne e.a.*, 2002-C/C-56, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 32.

¹⁷². *Merloni TermoSanitari en Wolf*, 2001-C/C-44, 28 augustus 2001, B.S. 13 maart 2002, 10661; *Eriks Groep e.a.*, 2002-C/C-39, 29 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 45; *Barry Callebaut en Stollwerck*, 2002-C/C-55, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 25; *Cadbury Denmark en Dandy Holding*, 2002-C/C-66, 11 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 90.

¹⁷³. *Merloni TermoSanitari en Wolf*, 2001-C/C-44, 28 augustus 2001, B.S. 13 maart 2002, 10661.

¹⁷⁴. *SMAP en Naviga*, 2002-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

¹⁷⁵. *Electrabel Customer Solutions en IDEG*, 2002-C/C-62, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 61; *Electrabel Customer Solutions en Interlux*, 2002-C/C-61, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 53; *Electrabel Customer Solutions en Sedilec*, 2002-C/C-81, 12 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 70; *Electrabel Customer Solutions en Simogel*, 2002-C/C-82, 12 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 85; *Electrabel Customer Solutions en Intermosane 2*, 2002-C/C-83, 12 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 100. Tegen al deze beslissingen is hoger beroep aangehangig gemaakt.

¹⁷⁶. *Ibid.*

¹⁷⁷. *Cadbury Denmark en Dandy Holding*, 2002-C/C-66, 11 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 90.

¹⁷⁸. *VZW Sociale en Fiscale Diensten voor Werkgevers, VZW Sociaal Hulpbetoon, VZW Secrétariat des Classes Moyennes en VZW SBB Sociaal Secretariaat*, 2001-C/C-1, 3 januari 2001, B.S. 14 september 2001, 30894; *Barry Callebaut en Stollwerck*, 2002-C/C-55, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 25; *SMAP en Naviga*, 2002-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

¹⁷⁹. *Galloo, Galloometal en Trade Arbed*, 2002-C/C-40, 30 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 49.

¹⁸⁰. *ISS Europe, Lavold en Randstad*, 2001-C/C-17, 11 april 2001, B.S. 21 september 2001, 31734.

¹⁸¹. *Overzicht 1998*, § 26.

¹⁸². *NV Ici Paris XL, NV Gallea Cosmetics en NV Parfums et Cosmétiques*, 1998-C/C-2, 12 januari 1998, B.S. 12 maart 1998, 6663.

¹⁸³. *Cadbury Denmark en Dandy Holding*, 2002-C/C-66, 11 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 90.

¹⁸⁴. *C&N Touristic Belgium, City Bird Holding en City Bird*, 2001-C/C-48, 19 september 2001, B.S. 4 april 2002, 13908.

- er bestaat geen alternatieve overnemer die tot een minder anticoncurrentiële positie zou leiden; en
 - de overnemer zou het marktaandeel van de overgenomen onderneming toch inpalmen, indien deze van de markt verdwijnt¹⁸⁵;
- (ix) de collectieve machtspositie: in de besproken periode zijn er geen zaken behandeld waar een collectieve machtspositie werd onderzocht. Toch is in één zaak een interessant punt aan het licht gekomen. In *Deloitte & Touche Belgique en Arthur Andersen Belgique*¹⁸⁶ bleven de marktaandelen van deze twee auditkantoren op alle betrokken markten juist beneden de 25%-marktaandeeldrempel en moest de raad bijgevolg, overeenkomstig artikel 33, § 2.1, a), WEM, de concentratie toelaatbaar verklaren. Toch zijn de auditmarkten die beheerst worden door de Big Four-accountantskantoren een ideale kandidaat voor een gedetailleerde analyse inzake de verwezenlijking of versterking van een collectieve machtspositie¹⁸⁷. Uit deze zaak blijkt dat het toelaatbaarheidsvermoeden zulke analyse echter in de weg kan staan.

44. Uiteindelijk verwijst de raad, in zijn analyse, ook naar een aantal elementen die niet noodzakelijk in een mededingingsanalyse thuishoren, maar eerder in een rechtvaardigingsanalyse:

- (i) een aantal concentratiedossiers in de voorbije jaren kwamen voort uit Europese Commissiedossiers waar de partijen verplicht waren om bedrijven of divisies af te stoten om de goedkeuring van de commissie te bekomen. Als onderdeel van de voorwaarde wil de commissie er zich steevast van overtuigen dat de overnemer een leefbare onderneming is en wil dan ook die overnemer goedkeuren. Alhoewel deze goedkeuring niet gesteund is op mededingingsgronden, verwijst de raad in een aantal gevallen naar die goedkeuring van de commissie om de concentratie op Belgisch niveau goed te keuren¹⁸⁸;
- (ii) in een aantal dossiers vindt men ook “national champions”-argumenten terug. In *Ticket BBL Travel e.a.*¹⁸⁹ wordt melding gemaakt van het feit dat de concentratie “zal bijdragen tot de leefbaarheid [van de ondernemin-

gen], wat goed is voor de concurrentie op de Belgische markt, waarop zich in de toekomst waarschijnlijk [...] ook buitenlandse touroperators zullen bewegen”. Ook in *CMB, Hessenatie en Noordnatie*¹⁹⁰ wordt geargumenteed dat zonder de concentratie “er voor de Antwerpse haven een definitieve misschien wel fatale achterstand ten opzichte van de andere havens zou ontstaan”;

- (iii) in één zaak in het voorbije jaar wordt ook melding gemaakt van het feit dat de transactie de werkgelegenheid veilig stelt¹⁹¹;
- (iv) van groot belang bij de toelaatbaarheidsanalyse zijn ook de verklaringen van afnemers en concurrenten. In een groot aantal beslissingen in de voorbije periode wordt de tussenkomst van derden uitdrukkelijk vermeld, over het algemeen concurrenten en klanten. Zo wordt de afwezigheid van enige reactie op de publicatie van de aanmelding in het *Belgisch Staatsblad* beschouwd als een positief element bij het goedkeuren van een concentratie¹⁹². Het is ook opvallend dat, in alle zaken waar klagers de moeite nemen om op de zitting voor de raad hun standpunt uiteen te zetten, een tweedefaseonderzoek is geopend. Dit toont aan dat het voor derden, zowel concurrenten, klanten als leveranciers, cruciaal is om, zodra zij op de hoogte zijn dat een concentratie plaatsvindt in hun sector die problematisch is voor hun positie, rechtstreeks – en zo snel mogelijk – hun positie kenbaar te maken bij de raad;
- (v) ook wordt opnieuw herhaaldelijk verwezen naar het feit dat andere mededingingsautoriteiten reeds de concentratie goedkeurden¹⁹³.

3.3. Voorwaarden

45. Overeenkomstig artikel 12, § 5, WEM kan de raad zijn beslissing vergezeld laten gaan van bepaalde voorwaarden en lasten. In een aantal zaken in het voorbije jaar heeft de raad uitdrukkelijk voorwaarden en lasten opgelegd.

Vooreerst blijkt dat, in de besproken periode, de raad voornamelijk gedragsvoorwaarden oplegt, eerder dan structurele voorwaarden.

¹⁸⁵. Zie voor een meer gedetailleerde bespreking *Jaarverslag RM 2001*, § 36.

¹⁸⁶. *Deloitte & Touche Belgique en Arthur Andersen Belgique*, 2002-C/C-59, 7 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 44.

¹⁸⁷. Zie Beslissing Europese Commissie, 20 mei 1998, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, IV/M.1016 [1999], *PB. L.* 50/27, § 107 e.v.; Beslissing Europese Commissie, 4 februari 1998, *KPMG/Ernst & Young*, M.1044 (aanmelding ingetrokken op 18 februari 1998).

¹⁸⁸. *KPN Mobile International en Orange International*, 2001-C/C-6, 5 februari 2001, *B.S.* 14 september 2001, 30898; *Domo en Basell Europe Holdings*, 2001-C/C-27, 28 mei 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11098; *Warcoing, Tiense Suikerraffinaderij en Suikerfabriek van Veurne*, 2002-C/C-57, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 36.

¹⁸⁹. *Ticket BBL Travel e.a.*, 2001-C/C-32, 18 juni 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11102.

¹⁹⁰. *CMB, Hessenatie en Noordnatie*, 2001-C/C-41, 3 augustus 2001, *B.S.* 28 maart 2002, 17173.

¹⁹¹. *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8.

¹⁹². *L.S.G. Sky Chefs Belgium en curatoren van Sabena*, 2002-C/C-52, 5 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 12; *Warcoing, Tiense Suikerraffinaderij en Suikerfabriek van Veurne*, 2002-C/C-57, 12 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 36.

¹⁹³. *Vaillant en Hepworth*, 2001-C/C-09, 27 februari 2001, *B.S.* 19 juli 2001, 24651; *Johnson & Johnson en Alza Corporation*, 2001-C/C-10, 2 maart 2001, *B.S.* 16 oktober 2001, 35978; *Electronic Data Systems Belgium en Atraxis Belgium*, 2002-C/C-28, 8 april 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 8; *ABN Amro Participaties, EMG Euromarine Electronics en SRH Marine*, 2002-C/C-37, 24 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 36; *Advent International en Viatrix*, 2002-C/C-54, 9 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 21.

In de eerste twee *Electrabel*-zaken¹⁹⁴, legde de raad *Electrabel* de volgende voorwaarden op:

- aviser six mois à l’avance chaque client de la date de sa prochaine éligibilité et de la liberté de choix qui s’offre à lui en lui communiquant la liste et les coordonnées complètes des fournisseurs ayant obtenu une licence de livraison;
- accorder aux clients qui ont signé un contrat d’une durée de trois ans et plus, un droit de résiliation unilatérale moyennant un préavis de six mois.

De bedoeling was duidelijk: de in aanmerking komende cliënteel aan te sporen – of ten minste te informeren – van de mogelijkheid elektriciteit aan te kopen bij een andere leverancier. Een aantal interveniërende partijen vonden dit duidelijk niet voldoende en hebben beslist de voorwaardelijke goedkeuringsbeslissingen aan te vechten voor het Hof van Beroep te Brussel. In de daaropvolgende zaken, heeft de raad beslist geen voorwaarden meer op te leggen, maar simpelweg de transacties te verbieden¹⁹⁵. De raad stelde immers vast dat “la condition relative à la durée des anciens contrats ne trouve pas à s’appliquer dès lors qu’aucun client éligible n’a conclu de contrat de trois ans et plus; que la seule condition relative aux informations à communiquer à chaque client éligible ne se révèle pas en soi suffisante pour empêcher d’entraver de manière significative la concurrence sur le marché concerné”. Zoals te verwachten hebben de aanmeldende partijen hoger beroep aangetekend tegen deze beslissingen. Ondertussen werden op 4 juli 2003, acht gelijkaardige concentraties tussen *Electrabel* en de intercommunales goedgekeurd waarbij de raad echter wel een aantal structurele voorwaarden, zowel op het niveau van de productie als dat van de distributie van elektriciteit, oplegt¹⁹⁶.

De enige andere zaak waarin voorwaarden werden opgelegd was *Belgacom, De Post en BPG e-services*¹⁹⁷. Opnieuw waren de voorwaarden voornamelijk gedragsvoorwaarden. Wat enigszins verontrustend was in deze zaak, was dat het onduidelijk is voor de buitenstaander hoe de voorwaarden het bestaan of versterking van een machtspositie neutraliseren. Dit heeft ten dele te maken met de tijdsdruk waaronder de raad beslissingen moet nemen waardoor de motivering van de beslissing soms duidelijkheid mist.

3.4. Toepassing van de artikelen 2 en 3 van de WEM op concentraties

46. De toepassing van de artikelen 2 en 3 WEM op concentraties is reeds in voorgaande overzichten besproken¹⁹⁸. Het probleem hier betreft het bestaan van nevenrestricties bij concentraties. In de marge van een concentratie worden doorgaans door de betrokken ondernemingen contractueel een aantal restricties aanvaard die kunnen beschouwd worden als mededingingsbeperkingen. Het gaat hier over het algemeen om niet-concurrentiebedingen, licentie- en leveringsovereenkomsten. In tegenstelling met de EG-Concentratieverordening waarin uitdrukkelijk voorzien wordt dat een beschikking waarbij een concentratie wordt goedgekeurd, eveneens de restricties omvat die rechtstreeks verbonden zijn aan en noodzakelijk zijn om de concentratie tot stand te brengen, geeft de WEM geen antwoord op de vraag of deze nevenrestricties ook gedekt worden door een toelaatbaarheidsbeslissing van de Raad voor de Mededinging.

In de besproken periode maakt de raad in een aantal zaken melding van het bestaan van niet-concurrentiebedingen zonder echter vast te stellen dat deze, als nevenrestricties, automatisch zouden gedekt worden door de beslissing tot goedkeuring van de concentratie¹⁹⁹. Dit is in overeenstemming met *CRH plc en NV Schelfhout C.*²⁰⁰ waar de raad had gesteld dat “het [onjuist] is te stellen dat een concurrentiebeding als nevenrestrictie geen rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van een concentratie. Dergelijke restricties, die noodzakelijk zijn voor de efficiënte verkoop van een onderneming of een deel van een onderneming, dienen samen met de definitieve overeenkomst te worden aangemeld”²⁰¹. In één zaak maakt de raad melding van een “restriction accessoire de la convention” maar helaas is de tekst confidencieel²⁰².

IV. RESTRICTIEVE MEDEDINGINGSPRAKTIJKEN

47. In de voorbije periode heeft de raad zijn activiteit inzake restrictieve mededingingspraktijken in beperkte mate uitgebouwd²⁰³. Daarbij kunnen een aantal algemene opmer-

¹⁹⁴ *Electrabel Customer Solutions en Interlux*, 2002-C/C-61, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 53; *Electrabel Customer Solutions en IDEG*, 2002-C/C-49, 28 juni 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 94. Tegen deze beslissingen is hoger beroep aanhangig gemaakt.

¹⁹⁵ *Electrabel Customer Solutions en SEDILEC*, 2002-C/C-75, 16 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 40; *Electrabel Customer Solutions en SIMOGEL*, 2002-C/C-76, 16 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 42. Tegen deze beslissingen is hoger beroep aanhangig gemaakt.

¹⁹⁶ Persbericht van de Raad voor de Mededinging, beschikbaar op diens website.

¹⁹⁷ *Belgacom, De Post en BPG e-services*, 2002-C/C-89, 18 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 133.

¹⁹⁸ *Overzicht 1996*, § 23; *Overzicht 1997*, § 33.

¹⁹⁹ *Brink's Security International, Lagerhaus Dornach, Nauta Holding, Balspeed Re, Balspeed en SA Brink's Ziegler*, 2002-C/C-14, 8 februari 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/1, 52; *Heijmans en Moeskops' Bouwbedrijf*, 2002-C/C-60, 26 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 49; *Carestel, GIB, Lunch Garden en Crock'In*, 2002-C/C-71, 2 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 10.

²⁰⁰ *CRH plc en NV Schelfhout C.*, 2000-C/C-41, 13 december 2000, *B.S.* 3 mei 2001, 14383.

²⁰¹ Zie ook *DIRCKX, l.c.*, 100, § 20-21.

²⁰² *SMAP en Naviga*, 2002-C/C-73, 9 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 29.

²⁰³ Zie *Overzicht 1999-2000*, § 38 e.v.

kingen worden geformuleerd betreffende (1) de aard van de beslissingen en gehanteerde bewijsstandaard, (2) de verhouding met het Europees recht, en (3) de kuisbeurt uitgevoerd door de raad in een reeks overjaarse dossiers in het kader van de wijzigingswetten.

48. Aard van de beslissingen en bewijsstandaard. Zes beslissingen werden genomen inzake een aanmelding om vrijstelling naar artikel 2, § 3, WEM te bekomen. Alle andere beslissingen zijn geweest op basis van klachten. Zoals reeds in de vorige editie van dit overzicht wordt hierna de substantiële analyse van de raad in zowel de beslissingen ten gronde alsook de beslissingen op grond van verzoeken tot voorlopige maatregelen behandeld. Vanuit strikt juridisch standpunt blijft dit enigszins laakbaar, aangezien de bewijsstandaard anders is. In het kader van verzoeken tot voorlopige maatregelen moet immers enkel een *prima facie*-inbreuk worden aangetoond. De praktijk evolueert echter steeds meer in de richting van een rechtspraak die bijna uitsluitend op verzoeken tot voorlopige maatregelen gebaseerd is, waarbij de raad in zulke beslissingen een verregaande analyse maakt die vergelijkbaar is met deze in een beslissing ten gronde. Daarenboven blijkt tot op heden dat de beslissingen waarbij voorlopige maatregelen worden toegekend, vaak het eindpunt van de procedure voor de raad uitmaken. Dit heeft tot gevolg dat de substantiële bewijsstandaard gehanteerd in de voorlopige maatregelen op zichzelf reeds het onderwerp wordt van regelmatige betwistingen, en, vervolgens, van de beroepsprocedure voor het Hof van Beroep te Brussel. Kenschetsend voor deze ontwikkeling is de *dioxinecrisiszaak*²⁰⁴. In het kader van voorlopige maatregelen besliste de voorzitter in deze zaak dat Rendac “een machtspositie bekleedt op de markt van de ophaling en verwerking van landbouwdieren”. Rendac tekende beroep aan, argumenterend dat de voorzitter zijn rechtsmacht zou hebben overschreden door niet op het voorlopig karakter van de beslissing te wijzen.

Een aantal bevindingen van het hof verdienen bijzondere aandacht:

- de stelling van Rendac, zo het hof, “dat het de voorzitter van de raad, uitspraak doende over voorlopige maatregelen, niet toekomt het bestaan van een ongeoorloofde restrictieve mededingingspraktijk vast te stellen”, is “terecht”. Het nalaten van de voorzitter om zijn rechtsmacht te expliciteren is echter geen grond tot vernietiging, aangezien “de vaststellingen van de voorzitter [...] noodzakelijk beperkt zijn tot hun doel, namelijk een beslissing tot het al dan niet toekennen van voorlopige maatregelen”. Immers, de beperkte rechts-

macht van de voorzitter “brengt met zich mede dat zijn vaststellingen niet bindend zijn voor de bodemrechter, ongeacht de gebruikte bewoording”;

- bij de vaststelling van het misbruik van machtspositie (de drie door de klager gelaakte praktijken zijn prijsdiscriminatie, toepassing van te lage prijzen, en niet-toegelaten kruissubsidiëring) daarentegen, vertrouwt de voorzitter, zo het hof, “op het eerste gezicht” op “veronderstellingen, die niet zonder meer voor waar kunnen worden aangenomen”. Hoewel de machtspositie van Rendac ten aanzien van het ophalen en verwerken van kadavers van landbouwdieren niet betwist wordt, had het hof namelijk een veel diepgaander empirisch onderzoek gewenst naar de aangehaalde misbruiken van kruissubsidiëring en te lage prijzen “op een andere relevante markt dan deze waarop de machtspositie bestaat”, de markt voor het ophalen en verwerken van kadavers van gezelschapsdieren. De beslissing van de voorzitter wordt dan ook vernietigd.

Gezien de bewijslast opgelegd door het hof, blijft de vereiste diepgang ten aanzien van de argumentatie van “voorlopige maatregelen” aldus een open vraagstuk.

49. Verhouding met het Europese Recht. Gegeven deze randopmerking en de daaruit in het algemeen voortvloeiende beperkingen aan argumentatieve ontwikkeling in de beslissingen op grond van verzoeken tot voorlopige maatregelen, lijkt de raad in zijn beschikkingspraktijk voorbereidingen te treffen om het moderniseringsproject van de Europese Commissie dat in 2004 van start gaat, op te vangen²⁰⁵. De Europese Commissie wenst haar aandacht vooral te vestigen op die zaken die een impact hebben op de ontwikkeling van de Europese binnenmarkt en het Europees mededingingsrecht als dusdanig. In het kader van het moderniseringsproject zullen aldus een hele reeks gevallen van restrictieve praktijken die op dit moment nog onder de verantwoordelijkheid van de Europese jurisdictie ressorteren, worden doorverwezen naar de nationale rechtbanken en mededingingsautoriteiten, en dus ook naar de Belgische Raad voor de Mededinging. Om de toepassing van het Europees recht te vrijwaren, heeft de Europese Commissie voor zulke gevallen een hele reeks algemene verordeningen en richtlijnen uitgevaardigd (o.a. horizontale restricties²⁰⁶, verticale restricties²⁰⁷) die de nationale mededingingsautoriteiten en praktijkjuristen in staat moeten stellen een correcte inschatting van de economische parameters te verrichten. Tegen deze achtergrond, verwijst de raad herhaaldelijk naar het Europees recht in de eigen beschikkingsprak-

²⁰⁴. Zie *BVBA Incine en NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, B.S. 28 september 2001, 33024; en Brussel, 12 november 2002, *NV Rendac/BVBA Incine*, onuitg. We komen nog herhaaldelijk terug op deze zaak.

²⁰⁵. *Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van artikelen [81] en [82] van het EG-Verdrag* (1999); en Verordening van de raad, 1/2003, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artt. 81 en 82 van het Verdrag [2003] *PB. L.* 1/1.

²⁰⁶. [2001] *PB. C.* 3/2.

²⁰⁷. [1999] *PB. L.* 336/21, en [2000] *PB. C.* 291/1.

tijk²⁰⁸. Zo wordt ten aanzien van de vrijstellingsaanvraag naar artikel 2, § 3, WEM van BIAC en Restair (met betrekking tot een overeenkomst waarbij Restair gedurende 10 jaar het exclusieve recht wordt toegekend om de lounges op de nationale luchthaven ter beschikking te stellen, en aldaar catering services aan te bieden) verwezen naar de principes en de bevoegdheidsregeling zoals bevat in de sinds 1 januari 1998 van kracht zijnde Europese Richtlijn betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op luchthavens²⁰⁹, en ten aanzien van de vrijstellingsaanvraag naar artikel 2, § 3, WEM van Diprolux (met betrekking tot een selectief distributiesysteem van parfumerie-, hygiëne-, en schoonheidsproducten van het merk Chanel) wordt opdracht aan de dienst gegeven om het onderzoek over te doen volgens de regels besloten in de Europese Verordening en richtsnoeren inzake verticale restricties. Bovendien neemt de raad geen genoegen meer met het enkel aangeven van bepaalde restrictieve praktijken, maar evolueert hij naar een economische analyse op basis van het (desgevallend) bestaan van een machtspositie²¹⁰. Hierbij valt positief op dat de raad nauwlettend argumenteert dat zijn beslissingen ingegeven zijn door een bekommernis om de mededinging op de Belgische markt te willen beschermen, maar niet de positie van concurrenten²¹¹. Dit is, zeker nu dossiers uitgaande van een klacht gebracht door concurrenten (zoals zijnde de verzoeken tot voorlopige maatregelen) de norm uitmaken, een belangrijke grondslag voor het uitvoeren van een behoorlijke analyse.

50. Kuisbeurt in hangende dossiers en verjaring. In het kader van het beginsel “last in-first out” (*supra*, § 5) ten slotte, valt het op dat de raad in de besproken periode tevens een aantal overjaarse dossiers heeft afgesloten. De raad inspireerde zich daartoe op de wijzigingswetten, en sprak een hele reeks verjaringen uit op basis van artikel 48 WEM in gevallen waar sinds jaren geen activiteit meer te bespeuren was, en dit nog op basis van de oude wet indien een zaak hangende was vóór 1 oktober 1999. Merk daarbij op dat de raad in het algemeen de datum van indienen van het verslag van de dienst overeenkomstig artikel 23 WEM als definitie van een “hangende zaak” hanteert, en tevens als beginpunt van de looptijd van de 5 jaar durende periode van verjaring,

dewelke wordt bepaald “de quantième à veille de quantième”²¹². Stuiting van de verjaringstermijn gebeurt door daden van onderzoek of daden van beslissing verricht binnen die termijn van vijf jaar. Met die daden begint een nieuwe termijn te lopen. Zo besliste de raad in de *architectenzaak*²¹³ dat de verjaringstermijn *in ultimo* gestuit werd door de laatste daad van beslissing (nadat de laatste daad van onderzoek de beëindiging van het verslag door de verslaggever was) – namelijk het overmaken van het verslag van de adviseur-generaal van het Bestuur Handelsbeleid aan de voorzitter van de raad. In de *dwarssliggerszaak*²¹⁴ verklaarde de raad bovendien een klacht van misbruik van machtspositie gedeeltelijk onontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond op basis van de nieuwe bepalingen van de WEM, en dit hoewel de klacht vóór de inwerkingtreding van de wijzigingswet was aanhangig gemaakt en onderzocht door de dienst. In het kader van een onderzoek inzake restrictieve praktijken van de NMBS ten gevolge van verkrijging van controle over haar leverancier van dwarsliggers, rees namelijk de vraag naar de toepasselijke omzetrempels ten gevolge de wijzigingen aan de WEM. De klagende partij (een concurrerend producent van dwarsliggers) was van mening dat de oude drempels van toepassing waren, en de NMBS aldus aan haar aanmeldingsplicht had verzaakt, daarbij misbruik makend van een machtspositie. De raad volgt deze argumentatie echter niet en bevindt dat de nieuwe drempels bepalend zijn op het moment van de beslissing. De Wet van 26 april 1999 stipuleert weliswaar in artikel 47, § 2, WEM dat zij “niet van toepassing [is] op procedures die hangende zijn bij de Raad voor de Mededinging of bij het Hof van Beroep te Brussel op het ogenblik van de inwerkingtreding van deze wet”. De raad leidt daaruit af dat de wetgever hiermee enkel naar procedurele regels verwijst, en niet naar de onderliggende substantie van de wetwijziging. Enige andere “*interprétation large*” van het artikel 47 WEM zou, volgens de raad, immers een “*contradiction évidente*” doen ontstaan met het doel van de wetgever om het aantal aanmeldingen te reduceren. De raad stoelt zijn redenering op (1) het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel ten aanzien van administratieve sancties²¹⁵, (2) het algemene principe dat bij aanpassingen van de wet de minst restrictieve regeling van toepassing is²¹⁶; en (3) het

²⁰⁸. Zie ook, *Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al.*, 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56, waar de parallelle toepassing van de bijzondere regels van het landbouwbeleid aan de orde kwam.

²⁰⁹. *NV BIAC en NV Restair*, 2001-E/A-14, 30 maart 2001, *B.S.* 3 oktober 2001, 33517. Tegen deze beslissing is hoger beroep aanhangig gemaakt. Zie ook Brussel, 25 februari 2002, *BIAC en Restair*, onuitg. (schorsing tenuitvoerlegging).

²¹⁰. Zie onder, “substantiële analyse”, en vergelijk *Overzicht 1999-2000*, § 40 e.v.

²¹¹. *Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie/Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en alle Regionale Christelijke Ziekenfondsen*, 2001-V/M-02, 10 januari 2001, *B.S.* 5 mei 2001, 14852; *BVBA Incine/NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33024; *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030; *BVBA Executive Limousine Organisation/NV BIAC*, 2001-V/M-26, 28 mei 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11096; *BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie*, 2001-V/M-58, 13 november 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13925.

²¹². *SA Codipac/SA Adeac*, 2001-P/K-56, 5 november 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13922. Dat betekent vanaf de datum waarop de looptijd van de verjaring begint tot op de dag vóór deze datum, *in casu* dus van 5 november 1996 tot en met 4 november 2001. Vergelijk tevens art. 48, § 2, dat bepaalt dat de verjaring slechts wordt gestuit door daden van onderzoek of daden van beslissing.

²¹³. *M.V. en J.B./Orde van Architecten*, 2002-P/K-51, 4 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 5.

²¹⁴. *I.T.B./S.N.C.B. en C.C.B.*, 2001-P/K-25, 23 mei 2001, *B.S.* 14 september 2001, 30903.

²¹⁵. Hierbij verwijzend naar Arbitragehof 18 november 1992, *B.S.* 12 januari 1993, 699.

²¹⁶. Hierbij verwijzend naar Cass. 26 oktober 1982, *Pas.* 1982, 269.

doel van de mededingingswetgeving, zijnde een juiste toepassing van de regels besloten in de WEM ter vrijwaring van een optimale concurrentiële structuur van de Belgische markt. Omdat de omzetcijfers in onderliggend geval niet behaald worden, is de klacht in zoverre ongegrond. Tevens zou de NMBS haar machtspositie misbruikt hebben, maar de raad verklaart dit deel van de klacht onontvankelijk aangezien de dienst in haar verslag hiervan geen gewag maakt.

1. Bevoegdheid van de Raad voor de Mededinging

51. De discussie omtrent de bevoegdheid van de raad in de context van restrictieve mededingingspraktijken is in de voorbije periode enigszins verschoven van de geschillen tussen uitoefenaars van vrije beroepen en hun respectieve tucht-overheden en beroepsverenigingen²¹⁷ naar diverse vraagstukken van algemene praktijk, zoals de bevoegdheid van de raad ten aanzien van wettelijke monopolies en overheidsmaatregelen.

1.1. Het ondernemingsbegrip

52. In de besproken periode kreeg de raad de gelegenheid het ondernemingsbegrip te preciseren²¹⁸, zowel in diverse geschillen tussen uitoefenaars van vrije beroepen en hun respectieve tucht-overheden, en inzake de reglementen uitgevaardigd door beroepsverenigingen, alsook in de *orthodontiezaak*²¹⁹, de *ambulancedienstenzaak*²²⁰ en de *tuinbouwveilingenzaak*²²¹.

De raad herinnert eraan dat de WEM van toepassing is op "elke entiteit die activiteiten van economische of commerciële aard voert, welke ook de juridische vorm van de onderneming is en ongeacht het al dan niet bestaan van een winst-oogmerk". Het is daarbij irrelevant dat deze activiteiten geheel of gedeeltelijk aansluiten bij een opdracht van algemeen belang. Het is niet noodzakelijk dat deze prestaties verricht worden door een handelaar of in het kader van een beroepsactiviteit. Ten aanzien van het Rode Kruis geldt dan ook dat het als onderneming dient te worden gedefinieerd, *in casu* wegens haar activiteiten in het kader van niet-dringend

ziekenvervoer. Voor de ziekenfondsen moet echter een nauwkeurig onderscheid gemaakt worden. Wanneer zij een aanvullende verzekering (zoals *in casu* orthodontie) aanbieden, dan zijn zij ondernemingen in de zin van de WEM. Wat daarentegen hun activiteiten in de context van de verplichte verzekering in het kader van de wetgeving op de ziekteverzekering betreft, geldt dat de ziekenfondsen géén ondernemingen in de zin van de WEM zijn. In de *ambulancedienstenzaak* oordeelt de raad dan ook dat de tussenkomst die de mutualiteiten aan hun leden betalen voor het ziekenvervoer voor een stuk onder de vrije aanvullende verzekering valt, maar voor een ander deel onder de verplichte verzekering (en dus uitgesloten is van de toepassing van de WEM, bijvoorbeeld vervoer in verband met nierdialyse, chemotherapie, onderzoek met betrekking tot transplantaties, enz.). De raad volgt de Europese hoven en de Europese Commissie aldus inzake de bijzondere behandeling van de rol die de ziekenfondsen spelen in de socialezekerheidssystemen, recentelijk nog bevestigd in *Cisal di Battistello/INAIL*²²².

We merken in verband met de *tuinbouwveilingenzaak* nog op dat het belang van een ondernemingsvereniging, conform het Europese recht, rechtstreeks voortvloeit uit het belang van één van haar leden.

1.2. Vrije beroepen en Beroepsverenigingen

53. Een aantal achterhoedegevechten blijven woeden inzake de geschillen tussen uitoefenaars van vrije beroepen en hun respectieve tucht-overheden, evenals inzake de reglementen uitgevaardigd door beroepsverenigingen.

Advocatuur. De omzwervingen van advocaat-stagiair Tambué²²³ laten de raad (bij monde van zijn voorzitter) toe een aantal vaststellingen te doen inzake de toepassing van het mededingingsrecht op de advocatuur. Nadat Tambué een viertal keer niet geslaagd was in de balie-examens te Aarlen en tevens de stageplichten ten aanzien van zijn stagemeester totaal verwaarloosd had, besloot de Balie te Aarlen tot schrapping van de lijst der stagiairs over te gaan. De heer Tambué argumenteert vervolgens dat het reglement van de Balie van Aarlen (en dat van de Nationale Orde van Advocaten) tegen het algemeen economisch belang verstoot, en vraagt voorlopige maatregelen aan. Na enig heen-en-weer,

²¹⁷. Vergelijk *Overzicht 1999-2000*, § 39.

²¹⁸. Ook het Hof van Beroep te Brussel heeft zich over het ondernemingsbegrip uitgesproken. Zie Brussel 28 juni 2002, *BVBA Daems Racing/VZW Vlaamse Autosportfederatie*, onuitg. Een volledige bespreking van deze zaak valt echter buiten het kader van deze bijdrage.

²¹⁹. *Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie/Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en alle Regionale Christelijke Ziekenfondsen*, 2001-V/M-02, 10 januari 2001, *B.S.* 5 mei 2001, 14852. Er is tegen deze zaak geen beroep aanhangig gemaakt.

²²⁰. *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030.

²²¹. *Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al.*, 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56.

²²². H.v.J. 22 januari 2002, onuitg.

²²³. *Tambué/l'Ordre National des Avocats de Belgique en de Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau d'Arlon*, 2001-V/M-55, 3 oktober 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13919; *Tambué/l'Ordre National des Avocats de Belgique en de Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau d'Arlon*, 2002-V/M-01, 8 januari 2002, *B.S.* 23 juli 2002, 32875. Tegen deze beslissing is hoger beroep aanhangig gemaakt.

veroorzaakt, onder meer, door de overgang van de Nationale Orde van Advocaten naar de respectieve Vlaamse en Waalse opvolgers, en een uitspraak van het Arbitragehof, beslist de voorzitter dat elke inbreuk op het mededingingsrecht ten gevolge van een handeling van een balie door de bevoegde mededingingsautoriteit kan worden gesanctioneerd²²⁴. Het beroep van advocaat, zo gaat de voorzitter verder, beantwoordt zonder twijfel aan de kenmerken van een onderneming of ondernemingsvereniging, ook al vertoont het eveneens kenmerken van een publieke dienst of een opdracht van algemeen belang. De besluiten van een balie zijn aldus te kwalificeren als besluiten van een door het mededingingsrecht gevatte ondernemingsvereniging. In het onderliggende geval echter, zo besluit de voorzitter, kunnen de respectieve reglementen inzake stagiairs echter niet als mededingingsbeperkend worden beschouwd. Immers, hoewel de stageverplichtingen wel degelijk een toegangsbarrière vormen tot het beroep van advocaat, kunnen deze niet als zijnde een ernstige belemmering van de mededinging worden beschouwd, aangezien (a) minder dan 1% van de ingeschreven stagiairs niet aan de stageverplichtingen voldoet en (b) dit lage cijfer bovendien niet eens deze juristen weerhoudt die (om welke reden dan ook) zelfs niet aan een stage zijn begonnen.

Antiquairs. In de *antiekbeurzenzaak*²²⁵ kwam de Gilde van Vlaamse Antiquairs aan de orde, dewelke haar leden – ongeveer 16% van 's lands erkende antiquairs – schriftelijk had verboden om tijdens de zomermaanden aan antiekbeurzen in Knokke deel te nemen. Dit verbod ging rechtstreeks in tegen het belang van de NV MSA, een concurrerende organisator van antiekbeurzen, onder meer van de jaarlijkse “Internationale Kunst- en Antiekbeurs” te Knokke. Na een hele heisa omtrent de beschikbaarheid van de raad en diens voorzitter (de zaak is hangende sinds 1998) en een bijkomend onderzoek door de dienst, stelt de voorzitter vast dat besluiten van de gilde als besluiten van een ondernemingsvereniging kunnen worden aanzien en als dusdanig onder het mededingingsrecht ressorteren. Deze besluiten zijn immers bindend voor alle leden van de gilde, waardoor ze eveneens een rechtstreekse impact hebben op de antiekbeurzen georganiseerd door de NV MSA. Het deelnameverbod sluit immers een aantal kandidaat-standhouders voor de NV MSA uit, hetgeen “zeker merkbaar” is (ook al gaat het hier om slechts 16% van één groep van mogelijke standhouders, namelijk die van de Belgische antiquairs). Het door de gilde aangevoerde kwaliteitsargument wordt vervolgens door de voorzitter afgedaan als “bijzonder wankel” aangezien de Koninklijke Kamer van Antiquairs (een concurrerende beroepsvereniging) haar leden niet verbiedt aan de beurzen

georganiseerd door de NV MSA deel te nemen. Het kwalitatief gehalte van de door de NV MSA georganiseerde beurzen wordt bovendien vastgesteld per proces-verbaal van vaststelling van bezoek aan de beurs Art Nocturne Knokke tijdens de zomer van 2002, uitgevoerd door de experten van de dienst in opdracht van de verslaggever.

Architecten. Een aantal architecten dienden medio 1995 een klacht in inzake minimumbarema's opgelegd door de Orde van Architecten. De dienst volgde de klagers, en stelde vast dat het reglement van de Orde van Architecten een aantal inbreuken op het mededingingsrecht zou bevatten, aangezien minimumbarema's zich op het economische terrein van het beroep van architect begeven als onderdeel van de concurrentiële voorwaarden van het beroep – en als dusdanig geen relatie mogen hebben met de tuchtprocedures van een ondernemingsvereniging als zijnde de Orde van Architecten. Door het langtijdige dralen van de raad (zie onder, *incidenten inzake procedure*, bij *rechten van verdediging*) is de zaak echter voorlopig van de baan²²⁶.

Installateurs. In de *gasmetercontrolezaak*²²⁷ kwamen de prijsafspraken van de Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvakklieden en een aantal geaggregeerde controleorganen aan de beurt. Deze zaak wordt hieronder in detail besproken (*infra*, § 60) – het volstaat hier te vermelden dat de Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvakklieden door haar statutaire activiteiten wel degelijk als “ondernemingsvereniging” in de zin van het mededingingsrecht kan worden gekenmerkt. De voorzitter herinnert eraan dat er sprake is van een ondernemingsvereniging wanneer de natuurlijke of rechtspersonen die er leden van zijn, of sommige ervan, ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, a), WEM, dit is op duurzame wijze een economisch doel nastreven. Het is dus geenszins noodzakelijk dat – conform het Europese mededingingsrecht – alle leden “ondernemingen” in de zin van de WEM zijn.

Vastgoedmakelaars. Het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (BIV), opgericht per K.B. in 1995, beschikt ingevolge de Kaderwet van 1976 over twee vormen van inkomsten: schenkingen en lidgeld (bijdragen van leden en stagiairs). Eén van haar leden, verzekeraar in hoofdberoep en vastgoedmakelaar in bijberoep, wenste van de in het huishoudelijk reglement van het BIV voorziene vermindering van het lidgeld te kunnen genieten. Het BIV weigerde, waarop het betreffende lid de Raad voor de Mededinging verzocht een onderzoek uit te voeren naar de lidmaatschapspolitiek van het BIV. Hoewel het BIV een machts-

²²⁴ Zie ook Cass. 25 september 2003, *T.B.H.* 2004, nr. 1 waarin het hof de aard van de balie onderzoekt. De raad heeft niet het recht op te treden op tuchtrechtelijk vlak noch maatregelen te nemen die een tuchtrechtelijke procedure zouden kunnen tegenwerken: Cass. 27 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1233.

²²⁵ *NV MSA/Gilde van Vlaamse Antiquairs*, 2002-V/M-38, 27 mei 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/2, 39; *NV MSA/Gilde van Vlaamse Antiquairs*, 2002-V/M-95, 24 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 175. Tegen beide zaken is hoger beroep aanhangig gemaakt.

²²⁶ *R.C., T.D., H.S., M.V. en J.B./Orde van Architecten*, 2002-P/K-51, 4 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 5.

²²⁷ *Ministerie van Economie/Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvakklieden et al.*, 2002-V/M-91, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 148. Tegen deze beslissing is hoger beroep aanhangig gemaakt.

positie inneemt aangezien vastgoedmakelaars in België lid moeten zijn om hun beroep te kunnen uitoefenen, vindt de raad vervolgens geen misbruik in het opleggen van een lidgeld van (toen) 10.000 BEF, aangezien dit lidgeld uitsluitend wordt gebruikt om de werkingskosten van het BIV te financieren, niet buitensporig hoog is, “snel kan worden terugverdiend”, en op het moment van de klacht net was verlaagd. Tijdens het onderzoek in deze zaak heeft de dienst echter wel vastgesteld dat het BIV een aantal minimumbarema's inzake de honoraria van vastgoedmakelaars hanteert (zowel in brochures als op de website). Deze, hoewel volgens het BIV “louter indicatief” en zonder controle op niet-naleving, kunnen echter conform de Europese rechtspraak strijdig zijn met het mededingingsrecht als vorm van gebonden verkoopprijzen. De raad beveelt aldus verder onderzoek door de dienst naar het percentage van de vastgoedtransacties dewelke onder de aanbevolen minimumbarema's worden uitgevoerd²²⁸.

1.3. Wettelijke monopolies

54. De bevoegdheid van de raad ten aanzien van wettelijke monopolies was aan de orde in de vrijstellingsaanvraag voor de luchthavenlounges op de nationale luchthaven Zaventem²²⁹. Sinds de omvorming in 1998 van de privaatrechtelijke NV Brussels Airport Terminal Company (“BATC”) tot de NV van Publiek Recht Brussels International Airport Company (“BIAC”), met daarbij inbegrepen een deel van de Regie der Luchtwegen, is BIAC een autonoom overheidsbedrijf waarvan de Belgische Staat 50% + 1 aandelen van het kapitaal houdt. Uit deze structuur volgt dat BIAC met betrekking tot de concessie voor de commerciële exploitatie van de passagiersgebonden gebouwen van de nationale luchthaven, en dus ook met betrekking tot de exploitatie van de luchthavenlounges, over een wettelijk monopolie beschikt. De aangemelde overeenkomst verleent aan Restair exclusieve rechten waardoor zij in de praktijk de enige aanbieder van catering services in die lounges wordt. Bij de beoordeling van deze overeenkomst houdt de raad echter uitsluitend rekening met de feitelijke toestand op de markt voor de exploitatie van de luchthavenlounges op de nationale luchthaven Zaventem – deze wordt als “niet vrij toegankelijk” bevonden – en niet met de oorsprong van deze toestand in een wettelijk monopolie. De raad stelt aldus vast dat de WEM toepassing vindt, aangezien er “ontegensprekelijk” beperking van de mededinging is (10 jaar exclusiviteit, geen

toegang voor nieuwe leveranciers, en een uitzonderingsnorm die zodanig hoog is dat enkel de toenmalige nationale luchtvaartmaatschappij Sabena deze haalt). De raad stelt dus vast dat het bevoegdheidscriterium inzake wettelijke monopolies gelegen is in het al dan niet voorkomen van een feitelijke mededingingsbeperking.

1.4. Overheidsmaatregelen

55. In het kader van de dioxinecrisis en de BSE-crisis werden overheidsmaatregelen genomen welke er onder meer op gericht waren te verhinderen dat besmette dieren terug in de voedselketen zouden terechtkomen. Traditionele ophalers en verwerkers van kadavers van landbouwdieren, zoals de NV Rendac, zagen ten gevolge van deze maatregelen hun inkomsten verkregen uit de doorverkoop aan de dierenvoedingsindustrie en de meststoffenindustrie teloorgaan, hetgeen de overheid noopte om hen een compensatie toe te kennen. Deze compensatieregeling is echter niet van toepassing op de ophaling en herverwerking van kadavers van gezelschapsdieren, waardoor de BVBA Incine, een concurrent van Rendac die zich uitsluitend met de verwerking van dit type kadavers bevat, zich benadeeld zag omdat Rendac lagere prijzen voor de verwerking van gezelschapsdieren zou kunnen aanbieden door kruissubsidiëring via de opbrengsten verkregen op de gesubsidieerde markt van de verwerking van landbouwdieren²³⁰. Vooraleer de grond van de zaak te onderzoeken, onderzoekt de voorzitter de bevoegdheid van de raad ten aanzien van overheidsmaatregelen. Aanvankelijk had de dienst Incine immers doorverwezen naar de Europese Commissie omdat er sprake zou zijn van een of andere wijze van overheidssteun. Nadat de Europese Commissie echter het standpunt heeft ingenomen dat deze klacht een interne Belgische aangelegenheid betreft, belandt het dossier wederom bij de Belgische mededingingsautoriteiten. De voorzitter oordeelt dat de drie door Incine gelaakte praktijken (prijstdiscriminatie, toepassing van te lage prijzen, en niet toegelaten kruissubsidiëring) alle drie als inbreuken op de WEM kunnen worden gekwalificeerd. Het bevoegdheidscriterium ten aanzien van de tussenkomst van de overheid is dus gelegen in het al dan niet voorkomen van een feitelijke beperking van de mededinging. Voor de volledigheid merken we eveneens op dat ook het normerend optreden van de overheid indirect onderwerp van het mededingingsrecht kan worden (zie de *pvc-normeringszaak*²³¹ en de *gasmetercontrolezaak*²³²).

²²⁸. *Marc De Smet/Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars*, 2002-P/K-45, 19 juni 2002, *Driem. Tijdschrift RM* 2002/2, 71. Tegen deze zaak is hoger beroep aanhangig gemaakt in zoverre er vastgesteld wordt dat het BIV een machtspositie inneemt.

²²⁹. *NV BIAC en NV Restair*, 2001-E/A-14, 30 maart 2001, *B.S.* 3 oktober 2001, 33517.

²³⁰. *BVBA Incine/NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33024.

²³¹. *BVBA Gema Plastics*, 2002-V/M-69, 13 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 118; *BVBA Gema Plastics*, 2002-V/M-72, 4 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 15.

²³². *Ministerie van Economie/Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvklieden et al.*, 2002-V/M-91, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 148.

2. Procedurele incidenten

56. De besproken periode kende een aantal incidenten inzake procedure, samengebracht onder vijf thema's: (1) recht van verdediging, (2) devolutive werking van het hoger beroep tegen beslissingen van de (voorzitter van de) raad, (3) sanctionering van niet in de klacht vermelde partijen, (4) wraking van leden van de dienst, en (5) samenvoeging en beraad.

Recht van verdediging. De raad heeft in verscheidene beslissingen de rechten van verdediging in de kijker gezet door bedrijfsgeheimen te vrijwaren en/of de tegensprekelijkheid van bepaalde door partijen of de dienst ingenomen standpunten te verzekeren²³³. In de *architectenzaak*²³⁴ heeft de raad bovendien uitspraak kunnen doen omtrent de redelijke termijn van beslissing (*in casu* werden partijen in kennis gebracht van het verslag van de dienst een kleine vijf jaar nadat dit was neergelegd). De raad verduidelijkt dat "door het enkel verstrijken van een te lang geachte tijdspanne een onregelmatigheid is ontstaan in de procedure voor de raad". Niet het verstrijken van een "weze het lange" termijn is determinerend, maar "wel of hierdoor de rechten van de betrokken partijen om zich naar behoren te verdedigen worden geschaad". De raad stelt vast dat hoewel het dossier op zich "niet zomaar als complex kan worden gekwalificeerd", en partijen "niets euvel kan worden geduid in verband met hun processueel gedrag", de praktijk die voorwerp is van de klacht aan de uitoefening van de disciplinaire functie door de orde en de naleving van beroepsplichten door de klagers raakt en aldus van wezenlijk belang is voor alle betrokkenen. De raad stelt echter vast dat de uitgangspunten van het verslag voorbijgestreefd zijn door het verstrijken van een termijn van 1.775 dagen (zowel inzake de evolutie van het Europese mededingingsrecht ten aanzien van de organisatie en de werking van vrije beroepen, alsook inzake de onderliggende feiten). De raad besluit dat een op het verslag gebaseerde beslissing aldus de vereiste effectiviteit zou kunnen missen, en merkt op dat het aan de klagende partijen is "om, indien de door hen aangevoerde feiten sinds juni 1997 niet aan relevantie hebben ingeboet, de mededingingsautoriteiten

opnieuw te adieren betreffende de ten laste van de Orde van Architecten geïncrimineerde praktijken". Ook in de *tuinbouwveilingenzaak*²³⁵ is de redelijke termijn aan de orde, waarbij de verweerders artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden inroepen. De raad, in de gepubliceerde beslissing, verwijst naar het Europese mededingingsrecht en de complexiteit van de onderliggende zaak, en oordeelt dat onontvankelijkheid ook meer dan zes jaar na indienen van de klacht (en vier en half jaar na neerlegging van het verslag door de dienst) niet aanwezig is.

Devolutive werking van het hoger beroep tegen beslissingen van de (voorzitter van de) raad. In de tweede *antiekbeurzenzaak* stelde zich de vraag of de voorzitter nog bevoegd was aangezien de Gilde van Vlaamse Antiquairs beroep had ingesteld tegen de eerste *antiekbeurzenzaak*²³⁶. In de eerste zaak had de voorzitter beslist het geschil ontvankelijk te verklaren en bijkomende onderzoeksmaatregelen te bevelen door het korps. Het hoger beroep door de Gilde heeft weliswaar – conform de bepalingen van artikel 43bis, § 1, WEM – uitsluitend betrekking op de ontvankelijkheid, maar de mogelijke gevolgen van het instellen van het hoger beroep kwamen desalniettemin aan de orde tijdens de tweede *antiekbeurzenzaak*. Artikel 43bis, § 4, WEM bepaalt immers dat het hoger beroep de beslissing van de raad of diens voorzitter bij uitzondering op het algemeen principe zoals vervat in artikel 1397 Gerechtelijk Wetboek *niet* schorst, waardoor de vraag rijst of het principe van de devolutive werking zoals vervat in artikel 1068, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek nog wel van toepassing is²³⁷. De voorzitter beslist dat dit niet het geval is en blijft dus *in casu* bevoegd om uitspraak te doen.

Sanctionering van niet in de klacht vermelde partijen. In de *tuinbouwveilingenzaak*²³⁸ herinnert de raad eraan dat ook andere ondernemingen dan die vermeld in een klacht kunnen worden opgeroepen om zich te verdedigen ten aanzien van de hun ten laste gelegde praktijken. De raad betreft aldus twee veilingen (de Veiling Hoogstraten en de Limburgse Tuinbouwveiling) in het geding, dewelke samen met één van de beklagde partijen, de Vennootschap Mechelse Veilingen,

²³³ *BVBA Incine/NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33024; *NV BIAC en NV Restair*, 2001-E/A-14, 30 maart 2001, *B.S.* 3 oktober 2001, 33517; *VT4/VTM*, 2001-P/K-21, 23 april 2001, *B.S.* 21 september 2001, 31739; *Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al.*, 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56. We merken tevens op dat het Hof van Beroep te Brussel zich over de rechten van de verdediging heeft uitgesproken in *VT4/VMM* (inzake toegang tot dossier). Brussel 25 juni 2002, *VT4 Limited/Vlaamse Mediamaatschappij NV*, onuitg. Een volledige bespreking van deze zaak valt echter buiten het kader van deze bijdrage.

²³⁴ *R.C., T.D., H.S., M.V. en J.B./Orde van Architecten*, 2002-P/K-51, 4 juli 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 5.

²³⁵ *Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al.*, 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56.

²³⁶ *NV MSA/Gilde van Vlaamse Antiquairs*, 2002-V/M-38, 27 mei 2002, *Driem. Tijdschrift RM* 2002/2, 39; 24 december 2002, nr. 2002-V/M-95, *NV MSA/Gilde van Vlaamse Antiquairs*, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 175.

²³⁷ Art. 1068 (1) Ger.W. bepaalt dat hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen, het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep. Door het hoger beroep wordt met andere woorden de rechter in hoger beroep gevat van het geheel van het geschil, zelfs deze onderdelen ervan waaromtrent nog geen uitspraak werd gedaan.

²³⁸ *Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al.*, 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56.

de zogenaamde “Veiling Marketing Service” (VMS) hebben opgericht. De VMS werd er immers van beticht een mogelijke bron van gezamenlijk machtsmisbruik uit te maken.

Wraking van leden van de dienst. In het verzoek om voorlopige maatregelen in de *ambulancedienstenzaak*²³⁹, wenste de eisende partij de leden van de dienst gewraakt te zien wegens het niet op objectieve wijze opstellen van het verslag. De voorzitter gaat niet op dit verzoek in, stellende dat (i) de WEM hiertoe geen procedure voorziet, (ii) het tot een “ontoelaatbare verlamming” van de procedure zou leiden indien de mogelijkheid zou bestaan om de verslaggevers uit het onderzoek te weren telkens partijen het niet eens zijn met de ingenomen standpunten, (iii) het verzoek tot wraking “manifest laattijdig” (*in casu* vier jaar na de verslagen) werd geformuleerd, en (iv) volgens de voorzitter er “nergens sprake is van een tendentiekus verslag”. Wat de waarde van zulk *obiter dictum* ook moge zijn, kan de beslissing zelf worden bijgetreden. Het Belgische institutionele systeem, waarbij de dienst een eerste onderzoek pleegt en de raad (of, in het geval van voorlopige maatregelen, de voorzitter) vervolgens een beslissing velt, waartegen desgevallend beroep bij de rechtbanken kan worden ingesteld, biedt voldoende ruimte voor partijen om hun standpunt te verduidelijken en de objectiviteit van de beslissing te garanderen. Het toelaten van een wrakingsprocedure tijdens het eerste administratieve gedeelte van de beslissingsvorming zou slechts de deur wijd openstellen voor procedurele vertragingen, hetgeen niet nuttig lijkt voor de substantiële analyse.

Samenvoeging en inberaadneming. In de eerste *pvc-normeringszaak*²⁴⁰ hanteert de voorzitter de regels van samenvoeging. Deze is, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, ter vrije beoordeling van de feitenrechter, en de voorzitter houdt in onderliggend geval rekening met (i) het feit dat verzoekende partij de tweede klacht als reactie op de opmerking van verwerende partijen heeft ingesteld, (ii) bovendien zelf de samenvoeging heeft verzocht, (iii) en ook het Korps Verslaggevers aan beide zaken samen refereert. In de tweede *pvc-normeringszaak*²⁴¹ ten slotte, houdt de voorzitter – wederom conform vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie – een nota neergelegd na de sluiting van de debatten buiten het beraad. Het “sluiten van de debatten” wordt vastgesteld als zijnde de hoorzitting ter zake.

3. Substantiële analyse

3.1. Misbruik van machtspositie

57. In de besproken periode werd slechts één eindbeslissing genomen op grond van misbruik van machtspositie²⁴². Er werden wel een relatief groot aantal beslissingen op grond van verzoeken tot voorlopige maatregelen gewezen. Zoals reeds in de inleiding tot dit stuk aangestipt, laat de lagere bewijsstandaard van de *prima facie*-inbreuk slechts in beperkte mate uitspraken toe van algemene aard. Toch kunnen er een aantal lessen worden getrokken omtrent de ontwikkeling van de praktijk van de raad, ook ten gronde.

3.1.1. Bestaan van een machtspositie

58. Om een machtspositie vast te stellen, verwijst de raad in het kader van voorlopige maatregelen naar een aantal parameters uit de Europese rechtspraak, gebaseerd op marktaandeelen. Een “zeer aanzienlijk marktaandeel” van 50% of meer over een relatief lange periode levert, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, voldoende bewijs, zo de raad, van een machtspositie. Een marktaandeel groter dan 40% levert daarentegen slechts een “sterke indicatie” op van een dominante positie, terwijl een marktaandeel beneden de 30% behoudens bijkomende factoren “geen indicatie” van dominantie zal zijn²⁴³. De raad neemt duidelijk geen genoegen meer met het enkel aangeven van een misbruik, zonder eerst en vooral het bestaan van een machtspositie vast te stellen²⁴⁴:

- een eerste voorbeeld is de beslissing inzake een klacht gebracht door de uitbater van een benzinstation tegen de moedermaatschappij Esso Belgium²⁴⁵, waarin de raad vaststelt dat de klagende partij niet aangeeft dat Esso een dominante positie inneemt in België. Zonder deze vaststelling, stelt de raad, kunnen de voorliggende praktijken (*in casu* discriminatoire contractvoorwaarden) echter niet het voorwerp van een misbruik zijn;
- een tweede voorbeeld is de beslissing inzake een klacht gebracht tegen de fabrikant van luxestofzuigers van het merk Rain Air door haar exclusieve verdeler voor België. De raad stelt vast dat Rain Air “gezien de vele producenten van stofzuigers” niet over een machtspositie op de Belgische markt van de verkoop van stofzuigers beschikt, en merkt op dat de exclusieve

^{239.} *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030. We merken op dat er tegen deze zaak geen hoger beroep aanhangig gemaakt is, maar dat de onderliggende problematiek wel een vervolg kent voor de rechtbanken te Gent.

^{240.} *BVBA Gema Plastics*, 2002-V/M-69, 13 september 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/3, 118.

^{241.} *BVBA Gema Plastics*, 2002-V/M-72, 4 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 15. Tegen deze zaak is hoger beroep aanhangig gemaakt.

^{242.} *Marc De Smet/Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars*, 2002-P/K-45, 19 juni 2002, *Driem. Tijdschrift RM* 2002/2, 71.

^{243.} *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030.

^{244.} Zie ook *Overzicht 1999-2000*, § 41.

^{245.} *Demol/SA Esso Belgium*, 2001-V/M-61, 19 november 2001, *Jaarverslag RM* 2004, 329.

verdelers weliswaar economisch afhankelijk was van Rain Air, doch dat “dergelijke afhankelijkheid... geen restrictieve mededingingspraktijk in de zin van de [WEM]” is²⁴⁶;

- nog duidelijker wordt de raad in de *ambulancedienstenzaak*²⁴⁷. Hierin stelt de raad vast dat artikel 3 WEM “enkel” het misbruik van een machtspositie verbiedt, maar dat “het bestaan van een machtspositie of het verkrijgen van een machtspositie op zich niet verboden zijn”. Uit de stukken van het dossier blijkt echter dat het marktaandeel van het Rode Kruis op de markt van het niet-dringend ziekenvervoer slechts 20-25% bedraagt, zonder dat er andere gegevens zijn waaruit zou blijken dat het Rode Kruis een machtspositie zou innemen. De raad besluit dan ook dat “waar géén machtspositie wordt aangetoond,... er *a fortiori* géén sprake [kan] zijn van misbruik van een machtspositie”.

59. Marktmacht blijft een complexe materie. Het onderliggend probleem bij het onderzoek naar de definitie van de relevante markt en het al dan niet vaststellen van marktmacht op deze markt, komt duidelijk naar voren in de *dioxinecrisiszaak*²⁴⁸. De raad stelt in deze zaak (met beroep op een hele reeks precedënten) dat het voor de toepassing van artikel 35 WEM volstaat dat de aangeklaagde inbreuk een “waarschijnlijk karakter” vertoont, zonder dat het daarbij noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen “met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing”. Tegen deze redenering is op zich niets aan te merken, ware het niet dat “voorlopige” maatregelen tegenwoordig in de praktijk het karakter van eindbeslissingen gekregen hebben²⁴⁹. In deze gevallen kan de vaststelling van een machtspositie veel verderreikende gevolgen hebben, dan voorzien bij opleggen van voorlopige maatregelen. Het blijft immers een stigma voor de betrokken onderneming, en dit hoewel uitsluitend vastgesteld op basis van een *prima facie*-test. Het beoordelen van marktmacht is echter één van de moeilijkste onderdelen van de industriële economie, die daartoe een hele reeks gesofisticeerde theoretische modellen en empirische bemeetsmethodes ontwikkeld heeft. Marktaandelen zijn inderdaad slechts een eerste indicatie van marktmacht²⁵⁰. Bovendien voldoet een marktdefinitie (op basis waarvan vervolgens marktaandelen worden vastgesteld) die uitsluitend gebaseerd is op productkenmerken, niet meer aan de vereisten van de huidige stand van zaken²⁵¹. In de *dioxinecrisiszaak*, bijvoorbeeld, stelt de raad vast dat de relevante productmarkt de markt is voor de

“ophaling en de verwerking en/of het laten cremeren zonder ceremonie van karkassen van gezelschapsdieren”. Zonder kennis te hebben van de details van dit dossier, werpt deze productmarktdefinitie toch een reeks vraagtekens op. Deze definitie volgt uit het verslag, waarin een onderscheid gemaakt werd tussen landbouwdieren en gezelschapsdieren, in functie van de grootte van de benodigde installatie, emotionele redenen verbonden aan gezelschapsdieren, en sanitaire redenen die het herverwerken van gezelschapsdieren bemoeilijkt. Het onderscheid “met of zonder ceremonie” volgt tenslotte uit de benodigde infrastructuur en het prijsverschil. Hoe zit het echter met de elasticiteit van het aanbod ten aanzien van de ophaling en verwerking van landbouwdieren enerzijds, en gezelschapsdieren anderzijds, alsook ten aanzien van het onderscheid met of zonder ceremonie? Welke rol speelt de kruiselingse elasticiteit tussen ophaling en verwerking van landbouwdieren en gezelschapsdieren? Gegeven de aard van de genomen beslissing die Rendac vervolgens in een monopoliepositie plaatst met betrekking tot de ophaling en verwerking van landbouwdieren, en in een machtspositie met betrekking tot gezelschapsdieren, lijkt het aangewezen dat de raad de wel zeer enge definitie van de productmarkt nader had gesubstantieerd²⁵².

In de *tuinbouwveilingenzaak*²⁵³ toont de raad wel kennis van de eveneens door de Europese Commissie gehanteerde test van de “hypothetische monopolist” als instrument voor de marktafbakening, maar slaagt er vervolgens niet in deze test te kwantificeren. Hoewel als uitgangspunt voor de marktdefinitie – op basis waarvan de machtspositie te evalueren is – de “waarschijnlijke reactie van de afnemer (de exporteur) op een hypothetische kleine (5 tot 10%) duurzame wijziging van de prijs” wordt aangenomen, volgt er slechts een kwalitatieve opsomming van een aantal kenmerken van de veilingverkoop en de rechtstreekse verkoop door de telers, evenals de verkoop van groenten en de verkoop van fruit. In het bijzonder in verband met de afbakening van de geografische markt (als zijnde België of een substantieel deel daarvan), rijzen een aantal pertinente vragen. De raad stelt immers vast dat “de aankopen door de Belgische exporteurs bij veilingen in het buitenland verwaarloosbaar zijn en enkel sporadisch plaats [vinden] in geval van schaarste”. Dit zou tot een gemiddeld percentage lager dan 3% (ingeval van fruit) of 5% (in geval van groenten) van aankopen in het buitenland leiden, “in de hand gewerkt door een aantal specifieke elementen, met name de bederfbaarheid van de goederen, de hoge waarde en het grote te vervoeren volume en de

²⁴⁶ BVBA R.L. Office/BVBA Rain Air Benelux, 2002-P/K-87, 6 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 129.

²⁴⁷ Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030.

²⁴⁸ BVBA Incine/NV Rendac, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33024.

²⁴⁹ We verwijzen tevens naar de opmerkingen die aan het begin van dit onderdeel over restrictieve mededingingspraktijken werden geformuleerd.

²⁵⁰ P. VAN CAYSELE, *De Belgische Wet op de Mededinging: Concentraties in een Industrieel Economisch en Internationaal Juridisch Perspectief* 1994, 48.

²⁵¹ R. VAN DEN BERGH en P. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics* 2001, 96 e.v.

²⁵² Waarbij weliswaar opgemerkt kan worden dat partijen de initiële definitie niet betwist hebben, ook niet in de beroepsprocedure.

²⁵³ Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al., 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56.

specialisatie van bepaalde veilingen die tot gevolg hebben dat het moeilijk is om zich te bevoorraden op andere veilingen voor een welbepaald soort product". We merken op dat de test van de "hypothetische monopolist" niet noodzakelijkerwijze geschikt is voor om het even welke markt, aangezien niet altijd de nodige data beschikbaar en toegankelijk zijn om de test te kwantificeren, vaak het geval in een zogenaamde "bidding market" als zijnde veilingen. Uit de beslissing genomen door de raad blijkt niet wat de precieze verhouding is tussen de prijzen in het binnenland en de prijzen in het buitenland, noch wat de wederzijdse beïnvloeding van de prijszetting is tussen binnen- en buitenland, noch het cumulatieve effect van de identieke kopersreglementen van de verschillende betrokken veilingen.

Samenvattend merken we op dat de objectieve afbakening van het al dan niet voorkomen van een economische machtspositie problematisch blijft in de praktijk van de raad. Het is echter duidelijk dat de raad naar meer economische argumentatie streeft en regelmatig bijkomend onderzoek van de dienst in deze zin vordert²⁵⁴. Het lijkt aan partijen om in de navolgende perioden – evenals in het kader van de modernisering van het Europese mededingingsrecht – de benodigde empirische data aan te brengen om aan dit streven tegemoet te komen.

3.1.2. Misbruiken

60. De voorbije twee jaar heeft de raad, bij monde van zijn voorzitter, een aantal misbruiken onderzocht.

(i) Exclusiviteitsverplichting

In de *ambulancedienstenzaak*²⁵⁵ ontving de raad een klacht van de Unie der Belgische Ambulancediensten ("UBA") vanwege een contract dat het Belgische Rode Kruis had afgesloten met de Christelijke Mutualiteiten Oostende-Veurne-Diksmuide (de "CM"), waarbij het Rode Kruis gedurende twee jaar exclusief belast werd met het niet-dringend ziekenvervoer. De CM had een extern vervoerssysteem opgezet van patiënten naar het ziekenhuis, omdat zulk vervoer een dure aangelegenheid is, vaak niet gedekt door de tussenkomst van de wettelijke ziekteverzekering. Door het afsluiten van contracten met een aantal erkende vervoersdiensten (o.a. met het Rode Kruis, maar ook met de UBA) werd dit financieel haalbaar voor de leden van de CM. Het contract afgesloten met de UBA werd vervolgens echter niet vernieuwd toen bleek dat de UBA druk uitoefende om een gunstigere prijs te bedingen tijdens de verlengingsgesprek-

ken. De UBA bleef daarna beschikbaar voor leden van de CM, maar er werd minder terugbetaald hetgeen het gebruik van de UBA minder interessant maakte. De voorzitter verwerpt de daaropvolgende klacht van de UBA ten aanzien van het exclusieve contract dat het Rode Kruis met de CM had afgesloten, omdat er volgens de voorzitter geen causaal verband is tussen de door de UBA opgelopen schade (het verlies van het contract) en de aangeklaagde praktijken van het Rode Kruis. Trouwens, zo stelde de voorzitter van de raad, indien de UBA schade had opgelopen, dan "hebben zij dit louter en alléén aan hun eigen handelswijze te wijten".

(ii) Kruissubsidiëring

In de *dioxinecrisiszaak*²⁵⁶ kwam het kruissubsidiëren van activiteiten op de relevante markt (ophaling en verwerking en/of het laten cremen zonder ceremonie van karkassen van gezelschapsdieren) met opbrengsten gerealiseerd op een andere markt (de landbouwdieren) aan de orde. De voorzitter stelt dat "de niet-toegelaten kruissubsidiëring *prima facie* bewezen wordt aan de hand van de correspondentie die [door Rendac] met diverse overheidsinstanties gevoerd werd, waaruit blijkt dat de overheid niet (kon) nagaan of de compensatievergoeding van de overheid effectief en alleen voor de ophaling en verbranding van landbouwdieren gebruikt werd". Ter staving voert de voorzitter een aantal citaten uit deze correspondentie aan die in de richting van kruissubsidiëring wijzen. De voorzitter acht het "bovendien bijzonder laagbaar dat, in tijden van [de dioxinecrisis], overheidsmiddelen van hun finaliteit afgewend worden, teneinde concurrentievervalsing te organiseren". De voorzitter doelt hierbij op het uitbreiden van Rendacs – uit de nauwe marktdefinitie voortvloeiende, zie boven – "de *facto*-monopoliepositie" op de markt van ophaling en verwerking van landbouwdieren tot de markt voor gezelschapsdieren, waardoor Rendac op deze markt "naar alle waarschijnlijkheid" te lage prijzen zou kunnen hanteren.

(iii) Discriminatie

In de klacht van een uitbater van een benzinestation tegen de moedermaatschappij Esso Belgium²⁵⁷ werd de voorzitter verzocht uitspraak te doen over het toepassen van ongelijke voorwaarden door Esso op gelijkaardige contracten. Het onderzoek wees echter uit dat de situatie van de klagende partij en de twee door haar aangevoerde concurrenten helemaal niet gelijkaardig was. De benzinestations hadden immers verschillende objectieven met betrekking tot het volume van aankoop van brandstoffen en de te ondernemen investeringen. De telkens van toepassing zijnde voorwaarden weerspiegelen aldus deze verschillende objectieven, en

^{254.} Een typerend voorbeeld, *Club Méditerranée*, 2002-E/A-47, 27 juni 2002, *Driem. Tijdschrift RM* 2002/2, 88. Duidelijk onder de indruk van de recente Europese commotie inzake *Airtours*, stelt de raad voor dat de dienst de marktdefinitie verder onderzoekt, en in het bijzonder het volledige contracten-netwerk van Club Méditerranée onder de loep neemt.

^{255.} *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030.

^{256.} *BVBA Incine/NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33024.

^{257.} *Demol/SA Esso Belgium*, 2001-V/M-61, 19 november 2001, *Jaarverslag RM* 2004, 329.

ook de concurrentiële ligging van de benzinestations ten aanzien van andere merken, enz. Het verzoek tot voorlopige maatregelen werd dan ook niet weerhouden.

(iv) Prijsafspraken

De *gasmetercontrolezaak*²⁵⁸ begon met een klacht “in het algemeen belang” gebracht door de Minister van Economie inzake prijsafspraken op de markt van de controle van gasmeters. We merken cursorisch op dat het algemeen belang wordt gedefinieerd als zijnde het belang van de consument in het algemeen. De minister – na opmerkingen door een particulier – richt de klacht tegen de Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvaklieden en een aantal geaggregeerde controleorganen, houdende dat deze jaarlijkse “afspraken” maken omtrent de prijzen voor (1) de controle van gasmeters uitgevoerd binnen het kader van de habilitatie, zijnde voor het jaar 2002, € 75 vóór BTW (waarvan de geaggregeerde controleorganen € 65 aan de niet-gehabiliteerde “gewone installateur/klant” factureren, en € 15 aan de Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvaklieden), en (2) de controle van gasmeters uitgevoerd door een niet-gehabiliteerde “gewone installateur/klant”, zijnde voor het jaar 2002 een prijschaar tussen € 125 en € 200 vóór BTW. Per K.B. en typereglement bestaan er in België een hele reeks voorschriften die de habilitatie van een aantal geaggregeerde controleorganen vastleggen met het oog op de garantie van de kwaliteit en veiligheid van de controle van gasmeters. De Minister van Economie is trouwens in dit proces als waarnemer betrokken. Dit systeem laat uiteraard de mogelijkheid bestaan dat niet-gehabiliteerde installateurs of particulieren eveneens de installatie van gasmeters uitvoeren, dewelke vervolgens echter door een geaggregeerd controleorgaan (zijnde een gehabiliteerde installateur) dient te worden gekeurd. In verband met de gelaakte prijsafspraken besluit de voorzitter dat er een onderscheid dient gemaakt te worden tussen de twee types prijsafspraken. In het eerste geval is er een economische verklaring voor het bestaan van de prijsafspraken tussen de Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvaklieden en de diverse geaggregeerde controleorganen gegeven, aangezien de Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvaklieden optreedt als co-contractant. In het tweede geval is de noodzaak tot het vastleggen van prijzen geenszins gegeven, aldus de voorzitter, en dit noch op basis van overwegingen inzake kwaliteit en veiligheid van de controle van gasmeters, noch van de onafhankelijkheid van de controleorganen. De feitelijke data wijzen veeleer op een systematisch toepassen van minimumprijzen (standaardcontrole aan € 125 vóór BTW), en dit sinds eind 1999. De prijschaar wordt aldus – conform het Europese mededingingsrecht – gelijkgesteld met een systeem van “indicatieve” prijzen hetwelk in de realiteit toelaat de prijzen kunstmatig hoog te houden. Het bestaan van de prijschaar

tussen € 125 en € 200 vóór BTW heeft geen praktische waarde voor de consument, aangezien slechts het minimumtarief wordt toegepast. De voorzitter verbiedt dan ook bij wijze van voorlopige maatregel de vastlegging van of referentie naar een (zelfs indicatieve) prijschaar door de Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvaklieden en de geaggregeerde controleorganen.

3.1.3. Rechtvaardiging van een misbruik omwille van wettelijke verplichtingen

61. In de *pilotenvervoerszaak*²⁵⁹ moest de raad zich wederom uitspreken over de vraag of een misbruik door een onderneming in machtspositie, *in casu* BIAC, kon gerechtvaardigd worden op grond van het feit dat het misbruik, *in casu* exclusiviteit, opgelegd is door een wettelijke bepaling. Executive Limousine Organisation (“ELO”) wou door een klacht tegen BIAC toegang tot de tarmac van de nationale luchthaven krijgen naast de twee via de selectieprocedure van het Grondafhandelings-K.B. toegestane dienstenverleners (Sabena en Belgavia), om aldus de crew te kunnen afhalen aan het vliegtuig in plaats van vanaf de uitgang van de luchthaven. ELO zou door het verbod om op de tarmac te komen namelijk aanzienlijk verlies lijden. Het Grondafhandelings-K.B. voorziet dat voor de grondafhandelingsdiensten die plaatsgrijpen op de airside, en met name de platformafhandeling zoals de crewhandling, het aantal toegestane dienstenverleners beperkt zal worden tot twee (onder meer om veiligheidsredenen), waarvoor een selectieprocedure voorzien wordt voor de periode van zeven jaar. ELO had echter, zo wijst het onderzoek uit, helemaal niet deelgenomen aan de reglementair uitgeschreven selectieprocedure en kwam derhalve niet in aanmerking voor een toelating als “derdenafhandelaar”. BIAC had Sabena en Belgavia conform de voorziene procedure geselecteerd. De voorzitter van de raad besluit, in verwijzing naar de reeds in het vorige overzicht besproken Way Up SA/Belgacom-beslissing²⁶⁰, dat BIAC niet in strijd met het mededingingsrecht handelde, doordat zij aan wettelijke verplichtingen voldoet.

3.2. Restrictieve mededingingspraktijken

62. Eveneens werden in de besproken periode een aantal restrictieve praktijken behandeld.

Eén beslissing betreft een vrijstellingsaanvraag naar artikel 2, § 3, WEM, in verband met de overeenkomst tussen BIAC en Restair voor de exclusieve uitbating van de luchthavenloun-

²⁵⁸. Ministerie van Economie/Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvaklieden et al., 2002-V/M-91, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 148.

²⁵⁹. *BVBA Executive Limousine Organisation/NV BIAC*, 2001-V/M-26, 28 mei 2001, *B.S.* 15 maart 2002, 11096.

²⁶⁰. Vergelijk nog *Overzicht 1999-2000*, § 43.

ges op de nationale luchthaven²⁶¹. De raad onderzoekt nauwgezet het effect op de mededinging, en besluit vervolgens dat een vrijstelling kan worden verleend voor de periode waarin zij bevoegd is, omdat (1) de exclusiviteit niet volledig is, (2) de rendabele inrichting van de beschikbare ruimtes door BIAC hierdoor gediend is, (3) de zware investeringen een langdurige overeenkomst vereisen, (4) omwille van de veiligheid van de luchthaven slechts aan een beperkt aantal personeelsleden toegang kan worden verleend, (5) de echte concurrentie zich afspeelt op basis van imago van de lounges welke de luchtvaartmaatschappijen zelf in de hand hebben, (6) de voordelen voor gebruikers door de grotere vakkennis van gespecialiseerde cateraars, en (7) ten slotte omdat de concurrentie kan spelen telkens de voorafgaande selectieprocedure van toepassing is, waarbij het van belang is dat de selectie voor een periode van vier jaar is gebeurd (en niet voor de in het K.B. voorziene zeven jaar). Het laatste punt is in het kader van de economische analyse van deze zaak zeer belangrijk, aangezien het toont dat de raad de cruciale parameters van de concurrentie op een zogenaamde “bidding market” juist heeft geïdentificeerd, hoewel de analyse van de voorafgaande selectieprocedure explicieter had gekund. Bovendien valt op dat de raad er zorg voor draagt om het belang van de eindgebruiker in de kijker te zetten²⁶². Ook dit valt vanuit economisch oogmerk aan te moedigen, omdat de consumentenwelvaart inderdaad het finale doel van het mededingingsrecht uitmaakt. Toch vallen ook in deze zaak de beperkingen aan de economische analyse op, en hadden we het op prijs gesteld, indien de raad een aantal punten (vooral in verband met de verhouding tussen de noodzakelijke investeringen en de duur van de overeenkomst, en de invloed van de luchtvaartmaatschappijen op de cateraars) beter had uitgewerkt.

63. Naast deze vrijstellingsaanvraag speelden restrictieve praktijken ook een rol in één klacht ten gronde, en een aantal verzoeken om voorlopige maatregelen.

In de *tuinbouwveilingenzaak*²⁶³ kwam het systeem van de land- en tuinbouwveilingen aan de orde. De Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten (Nubelt) hekelde de mededingingsbeperkende clausules in de kopersreglementen van een aantal land- en tuinbouwveilingen. Volgens Nubelt leggen deze reglementen ongelijke voorwaarden op voor gelijkwaardige prestaties, daar waar zij bepalen dat een veiling zonder motivering of verantwoording afnemers kan weigeren, of zonder motivering of verantwoording afnemers kan uitsluiten. Dit is zeker aan de orde

inzake de kopersreglementen van de Belgische Fruitveiling en de Veiling Borgloon, en tevens inzake de Veiling Haspengouw, dewelke geen kopersreglement beweert te hanteren. Deze laatste verwijst op de achterzijde van haar verkoopfacturen namelijk naar “algemene verkoopvoorwaarden” waarin dan wel naar het – zogenaamd niet-bestaande – kopersreglement wordt verwezen. Nubelt, daarin gevolgd door de dienst²⁶⁴ en de raad, stelt vast dat de verkoopweigeringen en uitsluitingsbepalingen niet overeenstemmen met wat conform het Europese mededingingsrecht als “objectief vooraf gestelde voorwaarden” kan worden gedefinieerd. Bovendien stelt de raad vast dat deze bepalingen ook *in concreto* werden toegepast, en dat bepaalde exporteurs, leden van Nubelt, hierdoor werden getroffen. De raad beslist dan ook dat de gelaakte clausules uit de kopersreglementen van de Belgische Fruitveiling en de Veiling Borgloon niet meer mogen worden gebruikt, en dienen te worden aangepast binnen een termijn van drie maanden. De Veiling Haspengouw dient een aantal facturen over te maken ter staving van haar bewering dat intussen geen verwijzing meer naar het “kopersreglement” wordt gemaakt.

In de *ambulancedienstenzaak*²⁶⁵ had de voorzitter de gelegenheid zich uit te spreken over de noodzaak van het bestaan van een overeenkomst tussen ondernemingen vooraleer er sprake kan zijn van restrictieve praktijken. In deze zaak stonden een aantal voordelen van het Rode Kruis centraal waarvan het Rode Kruis zou genieten ingevolge al dan niet lokale overheidssteun of giften, zoals het éénvormig oproepnummer “105”, de bij M.B. verleende machtiging om in het kader van tewerkstellingsmaatregelen personeel aan te werven, de machtiging en erkenning als officiële vrijwilligersorganisatie, enz. De voorzitter vond dat deze voordelen niet kunnen worden beschouwd als overeenkomsten tussen ondernemingen, aangezien zij “zijn toegestaan bij éézijdige en reglementaire beslissing vanwege de federale of lokale overheid”.

In de *orthodontiezaak*²⁶⁶ was de Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie (“BBUSO”) van oordeel dat de Christelijke Mutualiteiten (“CM”) de voorwaarden bepalen waaronder een practicus als orthodontist wordt beschouwd, waarbij de CM bovendien een lijst opstellen met de als orthodontisten beschouwde tandartsen, zodat de patiënten “als het ware geloodst worden naar de krachtens deze lijst erkende orthodontisten”. Volgens de BBUSO leggen de CM de practicus vervolgens een maximumprijs op door te stipuleren dat, indien de kosten voor zijn behandeling een bepaald bedrag

^{261.} *NV BIAC en NV Restair*, 2001-E/A-14, 30 maart 2001, *B.S.* 3 oktober 2001, 33517.

^{262.} Zie vooral punten 2 en 6 van de beslissing.

^{263.} *Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al.*, 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56.

^{264.} Oude wetgeving; nu verslaggever.

^{265.} *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030.

^{266.} *Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie/Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en alle Regionale Christelijke Ziekenfondsen*, 2001-V/M-02, 10 januari 2001, *B.S.* 5 mei 2001, 14852. We verwijzen tevens naar de tweede motorkartingzaak, *BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie*, 2001-V/M-58, 13 november 2001, *B.S.* 4 april 2002, 13925. De beroepsprocedure in de eerste motorkartingzaak zoals besproken in het *Overzicht 1999-2000*, § 44, zet deze zaak alvast in de kijker voor het volgende overzicht. Wordt vervolgd.

overschrijden, zij aan de patiënt helemaal geen bijkomende tegemoetkoming toekennen (ook niet *pro rata*). Dit alles wordt vastgelegd in een standaardovereenkomst die de practicus verplicht is te ondertekenen. De BBUSO wenst de manier waarop de CM de aanvullende verzekering orthodontie organiseren op basis van het verbod op prijsbinding verboden te zien, en de voorzitter vindt inderdaad dat de combinatie van de door de CM gehanteerde prijsafspraken met de marktverdelingsafspraken (in het bijzonder de lijsten van erkende orthodontisten) een *prima facie*-schending vormen van het mededingingsrecht.

4. Sancties en maatregelen

64. In deze periode werd slechts één eindbeslissing genomen in verband met artikel 3 WEM²⁶⁷, maar geen substantiële boetes opgelegd. Wel werd er aan zowel BIAC alsook aan Restair een boete van € 3.718,40 opgelegd wegens het te laat aanmelden van hun overeenkomst²⁶⁸, en aan een aantal betrokken veilingen in de *tuinbouwveilingenzaak*²⁶⁹ een boete van € 10.000 wegens het hanteren van een kopersreglement strijdig met artikel 2, § 1 WEM.

Inzake de *antiekbeurzenzaak*²⁷⁰ werd een publicatiemaatregel opgelegd (*in casu* een aangetekend schrijven aan alle leden van de Gilde van Vlaamse Antiquairs, en een publicatieverplichting op de website), evenals in de *gasmetercontrolezaak*²⁷¹ (*in casu* de publicatie van de beslissing van de voorzitter op de websites van de betrokken ondernemingen gedurende één maand, evenals de publicatie in de toepasselijke vaktijdschriften).

5. Verhouding met beslissingen van nationale rechtbanken

65. Evenals in de in het vorige overzicht besproken *VZW Radio Tienen/Sabam-beslissing*²⁷², argumenteert de raad in de *orthodontiezaak*²⁷³ alsook in de *ambulancedienstenzaak*²⁷⁴ dat zij niet gebonden is door enige kracht van gewijsde van vonnissen en arresten gewezen door hoven en

rechtbanken. De raad behartigt als administratief rechtscollege het algemeen economisch belang, wat het *erga omnes*-karakter van de beslissingen van de raad verklaart. De hoven en rechtbanken daarentegen spreken zich uit over particuliere belangen van partijen. Dit standpunt is verdedigbaar²⁷⁵. Wij merken wel op dat de daardoor gecreëerde dichotomie tussen de raad en de rechterlijke macht tot voortgezette coördinatie noopt. Immers, de mogelijkheid tot tegenstrijdige resultaten kan tot strategisch gedrag van partijen leiden, hetgeen vertraging maar ook misbruik van de respectieve procedures tot gevolg kan hebben. Immers, de mogelijkheid om een voorlopige procedure op te starten voor één van de instanties, kan worden gevolgd door een geding ten gronde voor de andere instantie. Bovendien is het niet uit te sluiten dat partijen parallelle procedures voor beide instanties opstarten. De rechtszekerheid zou niet goed gediend zijn, indien dezelfde feiten tot manifest andere inschattingen zouden kunnen aanleiding geven, zeker niet nu in het kader van het moderniseringsproject van de Europese Commissie steeds meer gevallen van restrictieve mededingingspraktijken zullen worden doorverwezen naar de nationale rechtbanken en mededingingsautoriteiten.

6. Voorlopige maatregelen

66. Artikel 35 WEM voorziet dat de voorzitter van de raad, op vraag van de klager of van de Minister van Economie, voorlopige maatregelen kan nemen bestemd om litigieuze restrictieve mededingingspraktijken te schorsen. De drie reeds in het vorige overzicht²⁷⁶ uitvoerig besproken cumulatieve voorwaarden om voorlopige maatregelen toe te kennen, worden bevestigd en verder uitgewerkt.

6.1. Klacht ten gronde en belang van partijen

67. In de *ambulancedienstenzaak*²⁷⁷ herinnert de voorzitter eraan dat deze eerste voorwaarde ertoe strekt te verhinderen dat “de voorzitter zou gevat kunnen worden zonder dat er ten gronde reeds een onderzoek loopt”. In de twee verzoeken in

²⁶⁷. *Marc De Smet/Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars*, 2002-P/K-45, 19 juni 2002, *Driem. Tijdschrift RM* 2002/2, 71.

²⁶⁸. *NV BIAC en NV Restair*, 2001-E/A-14, 30 maart 2001, *B.S.* 3 oktober 2001, 33517.

²⁶⁹. *Nationale Unie van Belgische Exporteurs van Land- en Tuinbouwproducten/Vennootschap Mechelse Veilingen et al.*, 2002-P/K-80, 5 november 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 56.

²⁷⁰. *NV MSA/Gilde van Vlaamse Antiquairs*, 2002-V/M-95, 24 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 175.

²⁷¹. *Ministerie van Economie/Koninklijke Maatschappij van Belgische Gasvakklieden et al.*, 2002-V/M-91, 20 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 148.

²⁷². *Overzicht 1999-2000*, § 47.

²⁷³. *Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie/Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en alle Regionale Christelijke Ziekenfondsen*, 2001-V/M-02, 10 januari 2001, *B.S.* 5 mei 2001, 14852.

²⁷⁴. *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030.

²⁷⁵. De rechterlijke macht is evenmin gebonden door de beslissingen van de raad en uiteraard geldt hetgeen in de tekst hierboven wordt geschreven, niet ten aanzien van het Hof van Beroep te Brussel noch ten aanzien van het Hof van Cassatie als zij oordelen als appelrechter of cassatierechter van de beslissingen van de raad. Het reeds vermelde cassatiearrest van 27 november 1997 wijst er ook op dat een veralgemening van de stelling van de voorzitter van de raad niet zou kunnen worden gevolgd (Nvdr).

²⁷⁶. *Overzicht 1999-2000*, § 48-52. We merken op dat ook het Hof van Beroep te Brussel zich uitvoerig heeft uitgesproken over deze materie. Zie Brussel 21 januari 2002, *SABAM/VZW Radio Tienen*, onuitg. Een volledige bespreking van deze zaak valt echter buiten het kader van deze bijdrage.

²⁷⁷. *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, *B.S.* 28 september 2001, 33030.

de zaak *Franchisés Nopri/GBRA*²⁷⁸ stelde de voorzitter dan ook vast dat de klacht onontvankelijk was ten aanzien van het eerste verzoek (aangezien de partijen op het moment dat dit verzoek aanhangig werd gemaakt geen geding ten gronde hadden lopen), en dat de klacht zonder voorwerp was geworden ten aanzien van het tweede verzoek (aangezien de partijen van hun tweede klacht hadden afgezien).

In de *remgeldverminderingenzaak*²⁷⁹ (hoewel geen voorlopige maatregel) en de *pvc-normeringszaak*²⁸⁰ wordt verduidelijkt dat het Hof van Beroep te Brussel het “rechtstreeks en dadelijk belang” opgenomen in artikel 23 WEM geïnterpreteerd heeft overeenkomstig artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek, waaruit blijkt dat de klager moet aantonen dat hij (i) een materieel en moreel voordeel uit zijn vordering kan halen, hetwelk (ii) zich formuleert op het ogenblik van het instellen van de vordering, en (iii) persoonlijk is in hoofde van de klager. In de *remgeldverminderingenzaak* wordt aldus een vordering *ad futurum* onontvankelijk verklaard, aangezien de klager ten tijde van het indienen van de klacht nog geen erkend huisarts was, doch slechts student geneeskunde. In de *pvc-normeringszaak* wordt een “louter hypothetische veronderstelling dat verzoekende partij ooit hulpstukken zou wensen te laten... goedkeuren” afgedaan als niet voldoende aan een *hic et nunc* rechtstreeks belang.

Dat partijen een rechtstreeks en dadelijk belang moeten hebben, wordt bevestigd in onder meer de *dioxinecrisiszaak*²⁸¹ alsook in de *tweede motorkartingzaak*²⁸². In de eerste zaak geldt dat Incine immers een rechtstreekse concurrent is van Rendac, en in de tweede zaak geldt dat de BVBA Daems Racing als leverancier van kartingbanden rechtstreeks getroffen is door de reglementen opgelegd door de VZW Vlaamse Autosportfederatie (“VAS”) waarin een bepaalde hardheid van banden werd opgelegd.

6.2. Prima facie-inbreuk op de WEM

68. Zoals hierboven reeds gesteld, komen in de afdeling waarin de substantiële mededingingsanalyse van de raad wordt besproken reeds de verzoeken tot voorlopige maatregelen aan bod (*supra*, § 57 e.v.).

6.3. Urgentie

69. In de besproken periode heeft de voorzitter het urgen-

tiecriterium uitgebreid gemotiveerd. In de *dioxinecrisiszaak*²⁸³ wordt duidelijk gesteld dat het bestaan van een (i) ernstig, (ii) onmiddellijk en (iii) onherstelbaar nadeel moet worden aangegeven, dat (iv) in verband staat met de aangeklaagde praktijk en (v) dat dringend moet worden vermeden. Deze voorwaarden, zo de voorzitter, zijn cumulatief in de zin dat het ontbreken van één ervan de gegrondheid van het verzoek tenietdoet. De volgende precedentes tonen aan dat de raad inderdaad poogt de voorlopige maatregelen conform zijn opdracht vanuit mededingingsrechtelijk perspectief te beoordelen, en daarbij niet individuele concurrenten wenst te bevoordelen. Dit laatste zou inderdaad in strijd zijn met het economisch doel van de Mededingingswet²⁸⁴.

In de *orthodontiezaak*²⁸⁵ eist de voorzitter manifest empirisch bewijs van het nadeel. In deze zaak stelt de BBUSO dat “de manier waarop de CM momenteel uitvoering geven aan hun aanvullende verzekering orthodontie [zich] in een niet te verwaarlozen beweging van cliënteel zal vertalen (zijnde naar praktici die wel de eisen opgelegd door de CM hebben aanvaard)”. Ook bij navraag door de dienst houdt het BBUSO het echter bij een “louter theoretische berekening van de mogelijke schade voor haar leden”, die de voorzitter niet van aard vindt om het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel te bewijzen. In de *ambulancedienstenzaak*²⁸⁶ eist de voorzitter een duidelijke band met de te beschermen mededinging op zich. In deze zaak stelt de voorzitter vast dat de UBA “slechts het standpunt van een kleine minderheid van de private sector” vertolkt, en het in feite gaat om “de concurrentieslag door een kleine minderheid van private ziekenvervoerders die het Rode Kruis als marktspeler in bepaalde grote agglomeraties willen uitschakelen, met als uitsluitend doel dit marktaandeel in te palmen”. Dat enige schade geleden door de UBA (het stopzetten van enkele ambulancediensten) een gevolg is van het feit dat het Rode Kruis als marktspeler optreedt in de markt van het niet-dringend ziekenvervoer, wordt niet bewezen. De voorzitter concludeert dan ook dat er geen sprake is van hoogdringendheid, en de UBA niet in haar bewijslast nopens het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel slaagt. In de *pilotenvervoerszaak*²⁸⁷ ten slotte, eist de voorzitter tijdige actie van de klagende partij. In deze zaak stelt de voorzitter vast dat ELO meer dan drie jaar gewacht heeft om haar klacht aanhangig te maken, en intussen haar activiteiten volledig gereorganiseerd heeft. De geëiste toegang tot de tarmac is dus niet van dien aard om als ernstig en onmiddellijk gekwa-

²⁷⁸. *Franchisés Nopri/GBRA*, 2001-V/M-20, 19 april 2001, B.S. 19 juli 2001, 24654.

²⁷⁹. *Ludwig Van der Auwera/Ziekenfondsen, Artsensyndicaten, en de Belgische Staat*, 2002-P/K-36, 22 mei 2002, *Driem. Tijdschrift RM* 2002/2, 32.

²⁸⁰. *BVBA Gema Plastics*, 2002-V/M-72, 4 oktober 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/4, 15.

²⁸¹. *BVBA Incine/NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, B.S. 28 september 2001, 33024.

²⁸². *BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie*, 2001-V/M-58, 13 november 2001, B.S. 4 april 2002, 13925.

²⁸³. *BVBA Incine/NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, B.S. 28 september 2001, 33024.

²⁸⁴. P. VAN CAYSELE, *De Belgische Wet op de Mededinging: Concentraties in een Industrieel Economisch en Internationaal Juridisch Perspectief* 1994, 18.

²⁸⁵. *Belgische Beroepsvereniging van Universitaire Specialisten in de Orthodontie/Landsbond der Christelijke Mutualiteiten en alle Regionale Christelijke Ziekenfondsen*, 2001-V/M-02, 10 januari 2001, B.S. 5 mei 2001, 14852.

²⁸⁶. *Unie der Belgische Ambulancediensten/Belgische Rode Kruis*, 2001-V/M-22, 11 mei 2001, B.S. 28 september 2001, 33030.

²⁸⁷. *BVBA Executive Limousine Organisation/NV BIAC*, 2001-V/M-26, 28 mei 2001, B.S. 15 maart 2002, 11096.

lificeerd te worden. In de *dioxinecrisiszaak*²⁸⁸, daarentegen, merkt de voorzitter op dat het criterium van hoogdringendheid “met een zekere flexibiliteit” dient gehanteerd te worden. Hoewel Incine reeds in het derde kwartaal van 1998 met de aan de zaak onderliggende problematiek geconfronteerd wordt, dient zij pas twee en een half jaar later een formeel verzoek om voorlopige maatregelen in. De voorzitter is echter van mening dat “mede gelet op de diverse stappen die de BVBA Incine bij talrijke overheidsinstanties [in de tussentijd] ondernomen heeft”, de voorwaarde van hoogdringendheid vervuld is.

In de *tweede motorkartingzaak*²⁸⁹ wordt voldaan aan het criterium dat het nadeel ernstig moet zijn, doordat het vergrendelen van de markt voor één jaar ontegensprekelijk een financieel nadeel voor de leverancier van kartingbanden inhoudt.

6.4. Voorlopige maatregelen

70. De voorlopige maatregelen die opgelegd worden zijn niet controversieel. De besproken precedenten tonen evenwel aan dat de verzoeken tot voorlopige maatregelen vaak een afweging door de voorzitter van de raad vragen waarbij enige fijngevoeligheid voor de implicaties van de gebrachte verzoeken binnen het kader van de mededinging noodzakelijk is. Dit is des te belangrijker nu de verzoeken tot voorlopige maatregelen vaak het eindpunt van de procedure uitmaken, maar de voorzitter van de raad – onder het kritische toezicht door het hof van beroep – zijn beslissing moet treffen op basis van de lagere bewijsstandaard inherent aan voorlopige maatregelen.

V. CONCLUSIE

71. Eén ding is duidelijk: de Raad voor de Mededinging heeft een tweede adem gevonden. De voorbije twee jaar is er een groter aantal beslissingen geweest dan de voorgaande jaren, en alhoewel concentraties een belangrijk onderdeel blijven van de mededingingspraktijk zien we ook meer beslissingen inzake restrictieve mededingingspraktijken, weze het vaak in de context van voorlopige maatregelen. Dit betekent per definitie ook dat tegen meer beslissingen hoger beroep aangetekend wordt, wat impliceert dat, op middellange termijn, we ook meer duidelijkheid zullen krijgen over

een aantal juridisch betwiste punten. Ook wordt de achterstand van oude zaken intelligent aangepakt. Het “last in-first out”-principe betekent dat de raad prioriteit zou moeten kunnen geven aan recente dossiers met een hoog actualiteitsgehalte zonder al te veel middelen en tijd te moeten besteden aan zaken die, zelfs voor de partijen, van weinig of geen belang meer zijn. In de praktijk blijkt het aantal behandelde dossiers inzake restrictieve mededingingspraktijken echter nog steeds vrij beperkt.

Dit betekent echter allerminst dat alle problemen van de baan zijn. Het gebrek aan economische analyse, zowel in concentratiedossiers als in zaken betreffende restrictieve mededingingspraktijken (vooral misbruik van machtspositie) blijft een teer punt. De impact van de modernisering van het EG-mededingingsrecht zal dit nog verder accentueren. Ook blijven de concentraties zonder enig belang, dit is de concentraties waar het marktaandeel beneden 25% blijft, een substantieel deel van de activiteit van de raad beheersen. De impact van de vereenvoudigde procedure op deze dossiers blijft af te wachten.

En dan, het debat over het gebrek aan middelen duurt voort. Nog steeds is het aantal ambtenaren op de dienst die dossiers behandelen laag – en is het personeelsverloop bij de dienst hoog. Er is nog steeds slechts één Nederlandstalige en één Franstalige verslaggever – en de benoemingsprocedure voor bijkomende verslaggevers ligt stil. Gezien het Korps Verslaggevers een cruciale rol heeft gekregen bij de behandeling van dossiers, creëert dit een trechtereffect waardoor de doorstroming van zaken naar de raad vertraagt. Op het niveau van de raad was de situatie iets rooskleuriger, gezien daar de vier voltijdse leden benoemd zijn en hun functie hebben opgenomen. In zijn *Jaarverslag 2001*, had de raad dan ook de wens geuit “om zijn activiteiten in de toekomst niet enkel te concentreren op beslissingen inzake concentraties en inzake voorlopige maatregelen, doch [...] zich voortaan ook veel meer over kartels en andere mededingingsbeperkende afspraken te buigen”²⁹⁰. Zoals blijkt uit dit overzicht is deze intentie in 2002 niet in daden omgezet.

Het regeerakkoord Verhofstadt II voorziet dat “de Raad voor de Mededinging [zal] uitgebouwd worden tot een volwaardige mededingingsautoriteit die bevoegd zal zijn voor de vrijwaring van de economische concurrentie in alle sectoren”. Laat ons hopen dat dit plan – na meer dan tien jaar moeizame werking op het niveau van de mededingingsactoren – geen dode letter blijft.

^{288.} *BVBA Incine/NV Rendac*, 2001-V/M-12, 9 maart 2001, B.S. 28 september 2001, 33024.

^{289.} *BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie*, 2001-V/M-58, 13 november 2001, B.S. 4 april 2002, 13925. We merken op dat het beroep tegen de eerste motorkartingzaak intussen beslecht is, zie Brussel 28 juni 2002, *BVBA Daems Racing/VZW Vlaamse Autosportfederatie*, onuitg.

^{290.} *Jaarverslag RM 2001*, § 131.