

De hervorming van de Belgische mededingingswet: een nieuwe start of een gemiste kans?

Geert A. Zonnekeyn¹ en Dominique Smeets²

1. Inleiding	904
2. De institutionele wijzigingen	905
A. De Belgische Mededingingsautoriteit – een realiteit?	905
<i>a. De Raad voor de Mededinging</i>	906
Samenstelling van de Raad	906
Benoemingsvoorwaarden	906
Het financieel statuut van de raadsleden	906
Onverenigbaarheden	906
Wraking	907
Tuchtregime	907
<i>b. Het Auditoraat</i>	907
Samenstelling en benoemingsvoorwaarden	907
Het financieel statuut van de auditers	908
Bevoegdheden	908
Het Auditoraat als college	908
<i>c. De Dienst voor de Mededinging</i>	909
<i>d. De griffie</i>	909
<i>e. De Commissie voor de Mededinging</i>	909
B. Restrictieve mededingingspraktijken	909
<i>a. Materieelrechtelijke wijzigingen</i>	909
Afschaffing van de aanmeldingsplicht	909
Uitzonderingen op het verbod van artikel 3 § 1 van de WBEM	910
<i>b. Procedurele wijzigingen</i>	910
Behandeling van klachten en verzoeken	910
De vertrouwelijkheid	910
Punten van bezwaar	911
Clementieregeling	912
De aard van de beslissingen genomen door de Raad	912
Toezeggingen	912
Voorlopige maatregelen	913
Beslissing	913
Samenwerking met de Europese Commissie	914
C. Concentratiecontrole	914
<i>a. Materieelrechtelijke wijzigingen</i>	914
Verhoging van de aanmeldingsdrempels	914
Omzetberekening	915
Wijziging van de materiële test	915
<i>b. Procedurele wijzigingen</i>	915
Aanmeldingstermijn	915
Aanmeldingsplicht	915
Schorsingsplicht	916
Procedure voor het Auditoraat	916
Verbintenissen	917
Verwijzing van een concentratie	917
Termijnen	917

¹. Advocaat, partner Vlaemminck & Partners en academisch consultant Europees Instituut Universiteit Gent.

². Voltijds lid van de Raad voor de Mededinging. Dit artikel geeft enkel de mening van de auteur weer.

Vereenvoudigde aanmeldingsprocedure	917
De Ministerraad	918
Beslissingsbevoegdheid	918
D. De prejudiciële procedure en rechtsmiddelen	918
a. Prejudiciële vragen	918
b. Hoger beroep	919
c. Cassatie	920
d. De Ministerraad	920
e. De verhouding met de sectoriële regulatoren	920
Het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie ("BIPT")	920
De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)	921
Het koninklijk besluit betreffende de spoorweginfrastructuur	921
3. Uitvoeringsbepalingen en overgangsbepalingen	922
A. Uitvoeringsbepalingen	922
B. Overgangsbepalingen	922
4. Besluit	922

SAMENVATTING

Op 1 oktober 2006 is de nieuwe Belgische mededingingswet in werking getreden. Het gaat om twee wetten die de wet tot bescherming van de economische mededinging van 5 augustus 1991 vervangen, met name de wet tot oprichting van een Raad voor de Mededinging en de wet tot bescherming van de economische mededinging. Beide wetten werden via koninklijk besluit gecoördineerd tot één wet, de "WBEM". De WBEM heeft een aantal belangrijke materieelrechtelijke en institutionele wijzigingen ingevoerd. Nochtans wijzigt de WBEM het Belgische mededingingslandschap niet op revolutionaire wijze. Het behoud van het duale systeem is hiervan een tekenend voorbeeld. Op institutioneel vlak is het wel opmerkelijk dat er een interne bevoegdheidsverschuiving plaatsvindt in het voordeel van het Auditoraat (het vroegere Korps Verslaggevers) dat zich lijkt te ontwikkelen tot de werkelijke motor van het Belgische mededingingsbeleid. Vele wijzigingen zijn ingegeven door de inwerkingtreding van verordening 1/2003. Andere wijzigingen trachten vooral een aantal procedurele tekortkomingen of lacunes uit de oude WBEM op te vangen. De nieuwe mededingingswet moet een nieuwe en noodzakelijke impetus geven aan het mededingingsbeleid in België. Men kan enkel hopen dat deze doelstelling wordt bereikt en dat het Belgische mededingingsrecht definitief uit de startblokken komt zonder te worden teruggefloten wegens de zoveelste valse start.

RÉSUMÉ

La nouvelle loi belge sur la concurrence est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2006. En réalité, deux lois ont remplacé l'ancienne loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique: la loi instituant un Conseil de la concurrence et la loi sur la protection économique. Ces deux lois ont été coordonnées, par un arrêté royal, sous le nom de "Loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée" (LPCE). La LPCE apporte un certain nombre de modifications de droit matériel et de droit procédural. Elle modifie le paysage de la concurrence en Belgique sans toutefois y apporter des changements révolutionnaires. Le maintien du système dualiste en est un exemple. Néanmoins, au niveau institutionnel, on constate un glissement interne de compétences au profit de l'Auditorat (l'ancien "Corps des Rapporteurs") qui le transforme, semble-t-il, en véritable moteur de la politique belge de concurrence. De nombreux changements ont été nécessités par l'entrée en vigueur du règlement européen 1/2003. D'autres modifications ont pour objet principal d'apporter des solutions aux problèmes et lacunes de procédure rencontrés sous la loi coordonnée en 1999. La LPCE de 2006 poursuit l'objectif de donner une nouvelle et nécessaire impulsion à la politique belge de la concurrence. On ne peut qu'espérer que ce but soit atteint et que les autorités belges de concurrence atteignent enfin leur vitesse de croisière.

1. INLEIDING

1. In het federale regeerakkoord van juli 2003 verbond de regering er zich toe om het toezicht op de regels betreffende de vrije concurrentie te versterken. Deze hervorming zou op twee essentiële pijlers berusten. Enerzijds zou de Belgische Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging³ worden aangepast aan verordening 1/2003 die in werking trad op 1 mei 2004⁴. Anderzijds zou de Raad voor de Mededinging (hierna “de Raad”) worden uitgebouwd tot een volwaardige mededingingsautoriteit die bevoegd zou zijn voor de bescherming van de mededinging in alle sectoren. Tijdens de buitengewone Ministerraad van 16 en 17 januari 2004 te Gembloux werden deze intenties bevestigd en werden de volgende krachtlijnen geformuleerd⁵:

1. het creëren van een onafhankelijke, zelfstandige Belgische mededingingsautoriteit met daarin een Mededingingsraad die de beslissingen neemt en een Mededingingsdienst die de onderzoeken voert;
2. het stroomlijnen van de Belgische wetgeving met de Europese regelgeving;
3. de concentratieregels aanpassen;
4. de verhouding met sectorregulators scherp stellen.

2. Het zou meer dan één jaar duren vóór deze ambitieuze plannen werden geconcretiseerd door twee voorontwerpen van wet die op 20 mei 2005 door de Ministerraad werden goedgekeurd⁶. In navolging van het advies van de Raad van

State werden beide wetsontwerpen, die op 21 december aan de Kamer werden overgemaakt, tot één tekst geïntegreerd zodat het volledige wijzigingspakket onderworpen werd aan het bicameraal stelsel op grond van artikel 77 G.W.⁷. Beide wetsontwerpen werden door de bevoegde Kamercommissie op 27 maart 2006 aangenomen. Ook de plenaire vergadering van de Kamer gaf op 20 april 2006 zijn goedkeuring⁸ maar besliste vooraf, tijdens de plenaire vergadering van 30 maart 2006, om het wetsontwerp te splitsen omdat het Kamerreglement voorschrijft dat een gemengd wetsontwerp moet worden gesplitst in een verplicht (art. 78 G.W.) en optioneel (art. 77 G.W.) bicameraal ontwerp⁹. Daarna werden de teksten overgemaakt aan de Senaat die het eerste wetsontwerp niet evoceerde (de evocatietermijn verviel op 8 mei 2006)¹⁰ en het tweede wetsontwerp op 4 mei 2006 zonder amendering goedkeurde¹¹.

3. Beide wetten werden op 29 juni in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd en zijn in werking getreden op 1 oktober 2006¹². Zij hebben een aantal materieelrechtelijke en procedurele wijzigingen aangebracht die in deze bijdrage worden besproken. Aan de hand van deze analyse zal het voor de lezer duidelijk worden of de nieuwe Belgische mededingingswet inderdaad het begin inluidt van een nieuw tijdperk voor de afdwinging van het mededingingsrecht in België.

3. Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging van 5 augustus 1991, *B.S.* 11 oktober 1991, p. 22493. Deze wet werd sinds haar inwerkingtreding op 1 april 1993 meerdere malen gewijzigd. Voor een gecoördineerde versie, zie het koninklijk besluit houdende coördinatie van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 september 1999, p. 32315. Een meer recente maar officieuze gecoördineerde versie is terug te vinden op de website van de Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie [www.mineco.fgov.be/organization_market/competition/law_competition_nl_001.pdf]. In dit artikel zal naar deze tekst worden verwezen (hierna de “de oude WBEM”).

4. Verord. (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het EG-Verdrag, *PB*. EG L. 1/1, 4 januari 2003.

5. Over deze krachtlijnen, zie F. MOERMAN, “Vers une autorité belge de la concurrence”, in *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence. Un rôle accru pour le praticien?*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 255-260.

6. Over deze wetsontwerpen, zie o.a. J. STEENLANT, “De toekomstige Belgische Mededingingswet”, in *Tendensen in het Bedrijfsrecht. Mededinging. Praktische aspecten waaraan de juristen aandacht moeten besteden*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 261-279; P. NIHOUL, “Le projet de loi belge sur la protection de la concurrence économique”, *T.B.M.* 2006, p. 25; J. STEENBERGEN, “Naar een nieuwe Belgische Mededingingswet: de institutionele bepalingen”, *S.E.W.* 2006, p. 61-68 en G.A. ZONNEKEYN, “De hervorming van de Belgische Mededingingswet: een stille (r)evolutie?”, *C.J.* 2005, p. 69-76. Reeds op 25 april 2004 werd een koninklijk besluit aangenomen dat de oude WBEM in overeenstemming bracht met de meest essentiële bepalingen van verordening 1/2003. Zie koninklijk besluit van 25 april 2004 tot wijziging van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, *B.S.* 3 mei 2004, p. 36537. Over deze wijzigingen, zie D. SMEETS, “Nouveau règlement européen en matière d’ententes et nouveau rôle du Conseil de la concurrence”, *DAOR* 2004, p. 21-37 en D. SZAFRAN, “Incidences du Règlement 1/2003 sur le régime des pratiques restrictives de concurrence et du Règlement 139/2004 sur le régime des concentrations”, in A. PUTTEMANS (ed.), *Aspects récents du droit de la concurrence*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 101-125.

7. Zie memorie van toelichting bij het wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2180/001, p. 36.

8. Wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2180/008 en het wetsontwerp tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2426/001.

9. *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2180/004, p. 85-86. Het betreft het wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2180/006 (dat aangelegenheden regelt als bedoeld in art. 78 G.W.) en het wetsontwerp tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2180/007 (dat aangelegenheden regelt als bedoeld in art. 77 G.W.).

10. *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 1664/001.

11. *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 1665/003.

12. Wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging en de wet tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 29 juni 2006, p. 32746. Voor een gecoördineerde versie zie het koninklijk besluit van 15 september 2006 houdende coördinatie van de wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging en van de wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, *B.S.* 29 september 2006, p. 50613 (hierna “de WBEM”). Art. 113 van de wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen (*B.S.* 28 juli 2006, p. 36940) gaf aan de Koning de bevoegdheid om een gecoördineerde versie van de WBEM samen te stellen.

2. DE INSTITUTIONELE WIJZIGINGEN

4. De WBEM wijzigt de institutionele structuur, maar niet ingrijpend. De wetgever heeft gekozen voor een behoud van de duale structuur met (i) een onafhankelijke Raad voor de Mededinging die de beslissingen neemt, (ii) een Auditoraat (voorheen het Korps Verslaggevers) dat het vervolgbeleid bepaalt en dat de onderzoeken leidt en (iii) een Dienst voor de Mededinging die belast is met het onderzoek. Wel verlegt de WBEM een aantal bevoegdheden van de Raad naar het Auditoraat dat zich thans meer als een beslissingsorgaan lijkt te profileren terwijl de Raad zelf in toenemende mate als een beroepsinstantie zal fungeren. De stelling van sommige pratici dat de WBEM de Raad meer slagkracht geeft, lijkt daarom een uiting van overdreven optimisme¹³.

5. Het oprichten van een op zichzelf staande en onafhankelijke Belgische Mededingingsautoriteit, zoals tijdens de buitengewone Ministerraad van 16 en 17 januari 2004 te Gembloux was beslist, bleek financieel niet haalbaar¹⁴. Daarom werd geopteerd voor een structuur die de inhoudelijke autonomie van de Belgische mededingingsorganen vergroot, zonder daarbij een nieuwe openbare instelling op te richten en eventueel afstand te doen van het duale organisatiemodel. Nochtans werden reeds eerder vraagtekens geplaatst bij het Belgische duale model dat “*als intellectuele constructie alle respect verdient maar misschien geen navolging*” zoals Steenberghe het bijna tien jaar geleden formuleerde¹⁵. Ook Nihoul stelde tijdens de hoorzitting van de bevoegde Kamercommissie de vraag of het niet beter is “*te opteren voor een gecentraliseerd systeem zoals bij de Europese Commissie waarbij een dossier van begin tot einde behandeld wordt door hetzelfde orgaan*”¹⁶. Niet iedereen lijkt deze stelling te delen. Parret bijvoorbeeld schreef recent dat het Belgische mededingingsregime institutioneel best als voorbeeld voor Nederland kan gelden en dat het feit dat België een dualistisch stelsel kent een goede zaak is¹⁷.

6. Nochtans geeft de WBEM aan de Raad voor de Mededinging de bevoegdheid om mededelingen vast te stellen met betrekking tot de toepassing van de WBEM¹⁸. Dergelijke reglementaire bevoegdheid lijkt niet verenigbaar met de “rechtsprekende” bevoegdheden van de Raad omdat op die manier een regelgevende bevoegdheid wordt gegeven aan de Raad. Het Belgische dualistische model lijkt op deze wijze – zij het gedeeltelijk – op de helling te komen staan. In de rechtsleer is trouwens ook de vraag gesteld naar de juridische waarde van dergelijke mededelingen¹⁹.

A. De Belgische Mededingingsautoriteit – een realiteit?

7. In artikel 1, 4° van de WBEM wordt uitdrukkelijk verwezen naar een Belgische Mededingingsautoriteit die de Raad voor de Mededinging (bestaande uit de Algemene Vergadering van de Raad, het Auditoraat en een Griffie) en de Dienst voor de Mededinging bij de Federale Overheidsdienst Economie, KMO, Middenstand en Energie omvat, elk overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden zoals bepaald in de wet. In hetzelfde artikel wordt bepaald dat de Belgische Mededingingsautoriteit de mededingingsautoriteit is die bevoegd is om de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen zoals bedoeld in artikel 35 van verordening 1/2003. Artikel 35 § 1 van verordening 1/2003 voorziet immers dat de lidstaten de mededingingsautoriteit(en) moeten aanwijzen die bevoegd zijn voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag. De door de wetgever gehanteerde oplossing is een zeer pragmatisch. Een bepaling waarbij de wetgever zelf op gedetailleerde wijze de bevoegde instellingen had aangeduid zou veel te rigide zijn geweest. De kritiek op de door de wetgever gevolgde strategie is dan ook onterecht²⁰.

¹³. Zie K. PLATTEAU, “Nieuwe mededingingswetten geven Raad voor de Mededinging meer slagkracht”, *Juristenkrant* 2006, nr. 132, p. 6.

¹⁴. J. STEENBERGEN, “Naar een nieuwe Belgische Mededingingswet: de institutionele bepalingen”, *S.E.W.* 2006, p. 63. Volgens STEENBERGEN werd te Gembloux een financiële portefeuille voorzien van 3,3 miljoen euro, een bedrag dat helemaal dreigde te worden opgeslorpt door de institutionele kosten van een autonome instelling.

¹⁵. J. STEENBERGEN, “Redactionele signalen”, *S.E.W.* 1997, p. 121.

¹⁶. *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2180/004, p. 7. Zie over de diverse organisatiemodellen, B. PONET, “De Belgische Raad voor de Mededinging in het wijzigend mededingingslandschap”, in L. PEETERS, P. MATTHYSSENS en L. VEREECK (eds.), *Stakeholder Synergie*, Diepenbeek, Limburgs Universitair Centrum, 2002, p. 521-549. Voor een analyse van het Europese systeem, zie W. P. J. WILS, “The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *W. Comp.* 2004, p. 201-224.

¹⁷. L. PARRET, “Belgische NMA groeit”, *Financieel Dagblad* 19 mei 2006.

¹⁸. Art. 11 § 3 van de WBEM.

¹⁹. J. STUYCK, “Horizontale Overeenkomsten – Relaties met concurrenten”, in Y. MONTANGIE (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 60, voetnoot 17.

²⁰. Zie o.a. de kritiek van B. PONET, “L’impact du règlement de modernisation pour le Conseil belge de la concurrence. Quelques considérations”, in *La décentralisation dans l’application du droit de la concurrence. Un rôle accru pour le Praticien?*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 139-163. Zij stelt onder andere dat “(L)le texte ne semble pas prévoir la désignation bien précise de la compétence pour chaque organe. Ceci est en contradiction avec la méthodologie suivie par la Commission européenne, qui a demandé au réseau ECN une désignation bien précise d’un ou plusieurs organes par article du Règlement.”. PONET herhaalt deze kritiek in B. PONET, “Toepassing van mededingingsrecht door mededingingsautoriteiten en nationale rechterlijke instanties: enige procedureaspecten”, in Y. MONTANGIE (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 109-110. Niets belet de Belgische mededingingsautoriteiten om de interne bevoegdheidsverdeling schriftelijk aan de Commissie mee te delen. Op die manier kan de bevoegdheidsverdeling achteraf nog worden aangepast in overeenstemming vanzelfsprekend met de bevoegdheidsverdeling zoals voorzien door de Belgische mededingingswet.

a. De Raad voor de Mededinging

Samenstelling van de Raad

8. De Raad voor de Mededinging blijft een administratief rechtscollege en is samengesteld uit:

1. de algemene vergadering van de Raad;
2. het Auditoraat (de nieuwe benaming voor het Korps Verslaggevers dat volgens de bepalingen van de oude WBEM was ondergebracht bij de Dienst voor de Mededinging); en
3. de Griffie (vroeger beschikte de Raad over een Secretariaat).

9. De Raad telt twaalf leden en zes voltijdse leden waaronder een voorzitter en een ondervoorzitter²¹. De “raadsleden” worden benoemd voor een hernieuwbare periode van zes jaar. Het is belangrijk op te merken dat de functies van voorzitter en van ondervoorzitter niet langer het privilege zijn van magistraten, die weliswaar niet worden uitgesloten voor deze functies²².

10. De voorzitter van de Raad en de ondervoorzitter behoren tot een verschillende taalrol maar moeten beiden hun kennis bewijzen van de Franse en de Nederlandse taal²³. De verplichte taalpariteit geldt ook voor de overige raadsleden. De oude WBEM voorzag niet in een dergelijke taalpariteit alhoewel er bij de samenstelling van de Raad wel naar gestreefd werd een evenwicht te zoeken tussen de Nederlandstalige leden en de Franstalige leden. De twaalf raadsleden moeten ook hun functionele kennis van de Engelse taal bewijzen. Eén raadslid moet zijn functionele kennis van de Duitse taal bewijzen.

11. De Raad wordt ingedeeld in kamers bestaande uit drie raadsleden²⁴. De algemene vergadering van de Raad legt jaarlijks de samenstelling van de kamers vast en kiest daaruit de voorzitters. De voorzitter van de Raad wijst de zaken toe aan de kamers²⁵. Tot op heden werd de samenstelling van de kamers van vier vooral bepaald door de beschikbaarheid (en talenkennis) van de leden en was de voorzitter van de kamer een magistraat. Bovendien was de samenstelling van de

kamers een prerogatief van de voorzitter van de Raad hetgeen de voorzitter een de facto bevoegdheid gaf om raadsleden te schorsen door hen bijvoorbeeld niet langer in een kamer te laten zetelen.

12. De algemene vergadering van de Raad is samengesteld uit de voorzitter, de ondervoorzitter en de raadsleden. Belangrijk is dat de auditeur-generaal wordt opgeroepen op elke algemene vergadering er op zijn verzoek kan worden gehoord²⁶.

Benoemingsvoorwaarden

13. Om tot voorzitter, ondervoorzitter of raadslid benoemd te kunnen worden, moeten de kandidaten slagen in een examen inzake beroepsbekwaamheid²⁷. Dit examen is bedoeld om de maturiteit van de kandidaten te evalueren, alsmede de noodzakelijke capaciteiten voor de uitoefening van het betrokken ambt. Bovendien moeten zij het bewijs leveren van een “nuttige” ervaring voor de uitoefening van de functie. Ook magistraten zullen thans het bewijs moeten leveren van hun kennis van het mededingingsrecht, een voorwaarde die volgens de bepalingen van de oude WBEM niet expliciet gold voor magistraten²⁸.

Het financieel statuut van de raadsleden

14. De WBEM voorziet een opwaardering van het statuut van alle raadsleden²⁹. De voorzitter en de ondervoorzitter ontvangen een wedde die gelijk is aan 90% van de wedde van de eerste voorzitter van de Raad van State. De andere voltijdse leden ontvangen een wedde die gelijk is aan 90% van een raadslid bij de Raad van State. De niet-voltijdse raadsleden kunnen tot 50% van het inkomen van een voltijds raadslid ontvangen pro rata de verrichte prestaties.

Onverenigbaarheden

15. Om de onafhankelijkheid van de voltijdse raadleden te waarborgen, voorziet de WBEM een aantal onverenigbaarheden. Artikel 39 van de WBEM bepaalt onder andere dat de

²¹ Art. 12 § 1 van de WBEM. Art. 13 § 1 van de WBEM bepaalt dat de voorzitter en de ondervoorzitter na drie jaar onderling van functie wisselen. De *ratio legis* van deze bepaling is onduidelijk en volgens STEENBERGEN “een erg Belgische oplossing”. Zie J. STEENBERGEN, “Naar een nieuwe Belgische Mededingingswet: de institutionele bepalingen”, *S.E.W.* 2006, p. 64.

²² Art. 15 § 2 van de WBEM. Zij dienen evenwel art. 323bis van het Ger. W. in acht te nemen.

²³ Art. 15 § 1 van de WBEM.

²⁴ Voordien werd een kamer van de Raad samengesteld uit vier leden conform art. 4 al. 1 van het huishoudelijk reglement van de Raad. Zie koninklijk besluit van 14 december 2000 houdende goedkeuring van het huishoudelijk reglement van de Raad voor de Mededinging, *B.S.* 29 juni 2001, p. 22402. De Raad had reeds geanticipeerd op deze wetwijziging door op 24 mei 2006 zijn huishoudelijk reglement te wijzigen en de mogelijkheid te voorzien om een kamer met drie raadsleden samen te stellen. Zie koninklijk besluit van 1 juli 2006 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 december 2000 houdende goedkeuring van het huishoudelijk reglement van de Raad voor de Mededinging, *B.S.* 13 juli 2006, p. 35143.

²⁵ Art. 19 van de WBEM.

²⁶ Art. 22 al. 2 van de WBEM.

²⁷ Art. 16 van de WBEM.

²⁸ J. CLASPER, “On the road”, *Global Competition Review* 2005, p. 27.

²⁹ Art. 17 van de WBEM.

functie van raadslid onverenigbaar is met gerechtelijke functies en met het beroep van advocaat. Het is onduidelijk wat bedoeld wordt met “gerechtelijke functies” aangezien magistraten tot raadslid benoemd kunnen worden.

16. Een andere belangrijke onverenigbaarheid betreft de raadsheren in het hof van beroep te Brussel die tevens deeltijds lid zijn van de Raad. De WBEM voorziet dat zij, tijdens de duur van hun mandaat, geen kennis mogen nemen van hoger beroep tegen beslissingen van de Raad of van zijn voorzitter en dat zij ook na de afloop van hun mandaat geen kennis mogen nemen van hoger beroep tegen beslissingen in zaken waarin zij zitting hebben gehouden en dit op straffe van de nietigheid van het arrest³⁰.

Wraking

17. De WBEM neemt de bepalingen van de oude WBEM inzake de wraking van raadsleden over³¹. Indien de wraking wordt betwist, doet de algemene vergadering van de Raad uitspraak erover in afwezigheid van het betrokken raadslid. Men kan zich vragen stellen over de opportuniteit van deze bepaling. Het is immers vreemd dat het orgaan waartoe het betrokken raadslid behoort uitspraak doet over het verzoek tot wraking. De onafhankelijkheid zou beter gewaarborgd worden indien deze beslissingsbevoegdheid aan een extern orgaan werd toevertrouwd.

18. De problematiek van de wraking van raadsleden is immers niet fictief zoals blijkt uit twee beslissingen van de Raad. In *De Tijd/Editeco* had één van de tussenkomen partijen twee wrakingsverzoeken ingediend op grond van artikel 18 § 2 van de oude WBEM j° artikel 828 Ger.W. tegen de leden van de kamer van de Raad die kennis moesten nemen van het dossier. Vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie stelde dat, opdat een wrakingsverzoek rechtsgeldig zou zijn, dit moet neergelegd worden door een partij. De kamers van de Raad die zich over deze verzoeken moesten buigen namen hierover verschillende standpunten in. De Nederlandstalige kamer, die zich over het eerste verzoek moest uitspreken, stelde dat “op concentratieprocedures wel degelijk de bepalingen van het Ger.W. van toepassing (zijn) voor zover er door de wet tot bescherming van de economische mededin-

ging niet wordt van afgeweken. Tussenkomen partij is wel degelijk een partij in de zin van het Ger.W.”³². De Franstalige kamer, die een aantal dagen later oordeelde, nam een tegenovergesteld standpunt in. Deze kamer stelde vast dat, gelet op de aard van concentratiecontrole, enkel de aanmeldende partijen kunnen beschouwd worden als een partij in de zin van het Ger.W. Dit werd volgens haar bevestigd door de verschillende procedurele behandeling die een derde partij kreeg volgens de bepalingen van de oude WBEM³³. De Franstalige kamer die het wrakingsverzoek behandelde kwam dus tot de conclusie dat de derde partij geen partij was in de zin van het Ger.W. en dus geen wrakingsverzoek kon indienen³⁴.

Tuchtregime

19. Artikel 31 van de WBEM bepaalt dat elk raadslid (en elk lid van het Auditoraat bij de Raad) uit zijn ambt vervallen kan worden verklaard of in zijn ambt kan worden geschorst overeenkomstig artikel 615 Ger.W.³⁵. Daarnaast voorziet artikel 31 alinea 2 van de WBEM dat de voorzitter van de Raad op gemotiveerde wijze aan de raadsleden (en de leden van het Auditoraat) een terechtwijzing, een blaam of een inhouding van de wedde als tuchtrechtelijke sanctie kan opleggen.

20. De tuchtrechtelijke bevoegdheid van de voorzitter tegenover de leden van het Auditoraat doet vragen rijzen naar de onafhankelijkheid van deze instelling. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot bescherming van de economische mededinging van 20 december 2005 bepaalt immers dat het Auditoraat een autonome rol uitoefent bij het leiden van de procedure en het onderzoek van de dossiers van de Raad en dat de oprichting van dit korps beantwoordt aan de noodzakelijkheid van een volkomen opsplitsing van de bevoegdheden inzake onderzoek en beslissing³⁶.

b. Het Auditoraat

Samenstelling en benoemingsvoorwaarden

21. Het Auditoraat maakt deel uit van de Raad en bestaat uit minimum zes (het huidige aantal leden van het Korps Verslag-

³⁰ Art. 40 al. 2 van de WBEM.

³¹ Art. 18 § 2 van de WBEM.

³² Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 13 december 2005, *NV Uitgeversbedrijf Tijd/Editeco SA*, nr. 2005-D/V-53, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/4, p. 45. Ten gronde werd de vordering tot wraking echter afgewezen.

³³ Meer bepaald de bepalingen van art. 40bis al. 1, art. 41 § 2 al. 3 en art. 43bis § 2 van de oude WBEM.

³⁴ Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 16 december 2005, *Rossel & Cie/De Persgroep/Editeco*, nr. 2005-D/V-54, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/4, p. 47. Over de positie van derden in het Europese mededingingsrecht, zie S. DURANDE en A. MONTESA LLOREDA, “Les droits des tiers dans les procédures concurrences devant la Commission européenne”, *Concurrences* 2005, nr. 4, p. 34-44.

³⁵ Art. 615 Ger. W. voorziet dat het Hof van Cassatie, in algemene vergadering, kennis neemt van de vorderingen tot ontzetting uit hun ambt of tot schorsing ingesteld tegen leden van de Raad van State.

³⁶ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2180/001, p. 49. Een ander voorbeeld van de vervlechting van de onderzoeks- en beslissingsbevoegdheid is terug te vinden in art. 44 § 3, 2° van de WBEM dat bepaalt dat het Auditoraat (en de Dienst) een huiszoeking mogen verrichten in de lokalen, vervoermiddelen en andere plaatsen van de ondernemingen mits een voorafgaande machtiging door de voorzitter van de Raad.

DOCTRINE

gevers) en uit maximum tien auditers³⁷. Zij worden, zoals reeds het geval was, voor een onbepaalde duur aangesteld en verkrijgen automatisch het statuut van auditor³⁸. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen adjunct-auditers en auditers. Bovendien voorziet de WBEM in de benoeming van een auditor-generaal. Hij wordt gekozen onder de auditers voor een hernieuwbare termijn van zes jaar op advies van de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging³⁹. De auditers worden benoemd onder de adjunct-auditers die zes jaar dienstanciënniteit tellen bij het Auditoraat. De adjunct-auditers worden benoemd door middel van een vergelijkend examen inzake beroepsbekwaamheid⁴⁰. Zij moeten houder zijn van een diploma van master en hun functionele kennis van het Frans, het Nederlands en het Engels bewijzen.

22. Ten hoogste drie vierde van de leden van het Auditoraat mogen houder zijn van een diploma in hetzelfde studiegebied⁴¹. Bovendien moet de helft van de leden van het Auditoraat houder zijn van een diploma in de Franse taal en de andere helft van een diploma in de Nederlandse taal⁴². Ten minste één lid van het Auditoraat moet een functionele kennis van de Duitse taal bewijzen.

Het financieel statuut van de auditers

23. Ook het financiële statuut van de auditers wordt opgewaardeerd⁴³. De auditor-generaal ontvangt een wedde die van toepassing is op de eerste auditers-afdelingshoofden van de Raad van State. De auditers ontvangen een wedde die van toepassing is op de auditers van de Raad van State en de adjunct-auditers een wedde die geldt voor de adjunct-auditers bij de Raad van State. Artikel 28 van de WBEM bepaalt verder dat de leden van het Auditoraat onderworpen zijn aan de reglementering die van toepassing is op de rijksambtenaren, behoudens indien daar uitdrukkelijk wordt van afgeweken.

Bevoegdheden

24. Artikel 29 § 1 van de WBEM bepaalt dat de auditers belast zijn met:

1. het ontvangen van de klachten en de verzoeken om voorlopige maatregelen betreffende de restrictieve mededingingspraktijken, evenals van de aanmeldingen van concentraties;
2. het leiden en organiseren van het onderzoek en toezien op de uitvoering van de door de Raad genomen beslissingen;
3. het afgeven van de opdrachtbevelen aan de ambtenaren van de Dienst voor de Mededinging;
4. het opstellen en het indienen van het gemotiveerd verslag bij de Raad;
5. het seponeren van klachten en verzoeken om voorlopige maatregelen;
6. het zich uitspreken op verzoek van de belanghebbende natuurlijke of rechtspersonen of op eigen initiatief, over het betrouwbaar karakter van de gegevens die in de loop van de procedure aan de Dienst of aan het Auditoraat zijn overgemaakt;
7. het vragen van de verwijzing van een concentratie naar de “Belgische Mededingingsautoriteit” en het verwijzen van een concentratie naar de Europese Commissie met toepassing van de artikelen 4 en 9 enerzijds en van artikel 22 anderzijds van de Europese concentratieverordening⁴⁴.

Het Auditoraat als college

25. De WBEM maakt een onderscheid tussen het optreden van het Auditoraat als college en het optreden van de auditers zelf. Als principe geldt dat de auditers “*alle handelingen (kunnen) verrichten ter volbrenging van hun opdracht, behalve wanneer de wet deze handelingen aan het Auditoraat voorbehoudt*”⁴⁵. Daarnaast wordt ook nog vermeld dat de auditor-generaal, de auditers en de adjunct-auditers collegiaal de bevoegdheden van het Auditoraat uitoefenen en dat elk van hen de bevoegdheden van de auditers, zoals omschreven in de WBEM, kan uitoefenen⁴⁶. Het is echter niet helemaal duidelijk wat de bevoegdheden zijn die op collegiale wijze moeten worden uitgeoefend. Er lijkt bijvoorbeeld een collegiale bevoegdheid van het Auditoraat te bestaan wanneer het gaat om de opening van een onderzoek bij toepassing van artikel 29 § 3 van de WBEM en het vast-

³⁷. Art. 25 al. 1 van de WBEM.

³⁸. Art. 62 van de WBEM.

³⁹. Art. 26 van de WBEM.

⁴⁰. Art. 25 al. 3 van de WBEM.

⁴¹. Art. 25 al. 5 van de WBEM.

⁴². Art. 25 al. 6 van de WBEM.

⁴³. Art. 28 van de WBEM.

⁴⁴. Verord. (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (“de Concentratieverordening”), *PB*. EG L. 24/1, 29 januari 2004. Over de nieuwe concentratieverordening, zie o.a. J.-F. BELLIS, “Le régime des concentrations”, in A. PUTTEMANS (ed.), *Aspects récents du droit de la concurrence*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 53-74 en J. STEENBERGEN en M.H. VAN DER WOUDE, “Het EU-mededingingsrecht na 1 mei 2004: verordening 139/2004”, *S.E.W.* 2004, p. 715-727. Specifiek over het verwijzingsstelsel, zie K. VERANNEMAN, “Bevoegdheidsverdeling in de nieuwe EG-Concentratieverordening: een overzicht en enkele bedenkingen”, *Markt & Mededinging* 2004, p. 164-169.

⁴⁵. Art. 29 § 2 van de WBEM.

⁴⁶. Art. 25 al. 2 van de WBEM.

stellen van het huishoudelijk reglement bedoeld in artikel 29 § 4 van de WBEM. In vele andere gevallen wordt verwezen naar het Auditoraat *of* de auditeur wat een zekere verwarring in de hand werkt.

c. De Dienst voor de Mededinging

26. Bij de hervorming van de WBEM lijkt de wetgever de Dienst voor de Mededinging uit het oog verloren te hebben. De WBEM zegt dan ook weinig nieuws over de Dienst. Artikel 34 van de WBEM bepaalt dat de Dienst onder meer belast wordt met:

1. het opsporen en het onderzoek van mededingingsbeperkende praktijken [onder het gezag van het Auditoraat];
2. het vertegenwoordigen, op aanwijzing van de minister, van België in de Europese en internationale mededingingsorganisaties⁴⁷;
3. het voorbereiden, uitvoeren en evalueren van het beleid inzake economische mededinging in België; en
4. het voorbereiden van de Belgische wetgeving en reglementering met betrekking tot de economische mededinging.

27. De draagwijdte van deze bevoegdheden mag nochtans niet worden onderschat. Op Europees en internationaal vlak wordt de Dienst, wat de vertegenwoordiging van België betreft, de belangrijkste instelling en bovendien worden aan de Dienst belangrijke bevoegdheden gegeven inzake de evaluatie en het voorbereiden van de Belgische mededingingswetgeving. De Dienst is onder andere belast met de redactie van de talrijke uitvoeringsbesluiten van de WBEM en ook de gecoördineerde tekst van de WBEM werd door de Dienst voorbereid. Weliswaar zullen de ambtenaren van de Dienst hun taken in de schaduw van de andere Belgische mededingingsorganen vervullen en is ook het financiële statuut minder aantrekkelijk. Deze situatie kan leiden tot potentiële conflicten en zal vooral de relatie met het Auditoraat niet ten goede komen.

28. Globaal wordt echter wel een verhoging voorzien voor de werkmiddelen van de Dienst, hetgeen het functione-

ren van de Dienst als instelling ten goede zal komen. Uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat een verhoging van het budget met 1,1 miljoen euro wordt voorzien.

d. De griffie

29. Het secretariaat van de Raad voor de Mededinging wordt waargenomen door de griffie⁴⁸. Belangrijk is dat er thans één (gedeelde) griffie bestaat voor de Raad en voor het Auditoraat.

e. De Commissie voor de Mededinging

30. De Commissie voor de Mededinging dat het paritair consultatief orgaan is in de schoot van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven blijft behouden⁴⁹. De Commissie heeft een adviserende bevoegdheid voor alle algemene kwesties in verband met het mededingingsbeleid. Zij oefent deze bevoegdheid uit op eigen initiatief of op verzoek van de minister. Dit is een bevoegdheid die voordien aan de Raad toebehoorde⁵⁰.

B. Restrictieve mededingingspraktijken

a. Materieelrechtelijke wijzigingen

Afschaffing van de aanmeldingsplicht

31. Volgens de oude WBEM moesten mededingingsbeperkende overeenkomsten bij de Raad worden aangemeld om een negatieve verklaring of een individuele vrijstelling te kunnen genieten. De WBEM schaft deze aanmeldingsplicht af en voorziet dat overeenkomsten die de voorwaarden van artikel 2 § 3 van de WBEM vervullen automatisch worden vrijgesteld⁵¹. Dit is in overeenstemming met verordening 1/2003 waar het systeem van de a-priori aanmeldingen werd vervangen door een systeem van “wettelijke uitzondering”.

⁴⁷. De Raad voor de Mededinging wordt niet uitdrukkelijk vermeld als één van de “vertegenwoordigende” instellingen. Krachtens art. 21 van de WBEM moet de Raad voor deelname aan Europese en internationale vergaderingen de voorafgaande toestemming van de minister vragen. Dit betekent dat de Raad principieel niet kan deelnemen aan bijeenkomsten op Europees en internationaal niveau zoals de bijeenkomsten van het European Competition Network of van het International Competition Network. Alhoewel deelname aan deze fora zeer informatief en verrijkend kan zijn, lijkt de visie van de wetgever te stroken met de kwalificatie van de Raad als administratief rechtscollege dat zich principieel zou moeten beperken tot zijn rechtsprekende bevoegdheden. Art. 12 van de WBEM lijkt dit trouwens te bevestigen door aan de Raad de enkele bevoegdheid te geven om deel te nemen aan vergaderingen tussen “rechterlijke autoriteiten”.

⁴⁸. Art. 32 van de WBEM.

⁴⁹. Art. 42 en 43 van de WBEM.

⁵⁰. Art. 16 al. 2 van de oude WBEM.

⁵¹. De voorwaarden om van een individuele vrijstelling te kunnen genieten, zoals voorzien door art. 2 § 3 van WBEM stemmen in grote mate overeen met de tekst van art. 81 § 3 van het EG-Verdrag. Art. 2 § 3, 3° van de WBEM voorziet echter ook – en dit is niet voorzien door het Europese mededingingsrecht – dat mededingingsbeperkende overeenkomsten kunnen worden vrijgesteld indien zij kleine en middelgrote ondernemingen de mogelijkheid bieden om hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen. Er wordt niet bepaald hoe een “kleine en middelgrote onderneming” moet worden gekwantificeerd. Er kan verwezen worden naar art. 15 § 1 van het Wetboek Vennootschappen dat de criteria vastlegt voor de definitie van kleine (en middelgrote) vennootschappen.

Ondernemingen zullen dus in de toekomst zelf moeten bepalen of hun overeenkomsten binnen het toepassingsgebied van de wet vallen en of zij een individuele vrijstelling kunnen genieten⁵².

32. Er is een overgangsregeling die voorziet dat de aanmeldingen die nog onder de oude WBEM zijn ingediend vervallen⁵³. De bestaande vrijstellingsbeslissingen blijven echter van toepassing tot op het ogenblik waarop zij vervallen met het voorbehoud dat de Raad deze kan herroepen of kan wijzigen⁵⁴.

Uitzonderingen op het verbod van artikel 3 § 1 van de WBEM

33. Artikel 5 van de WBEM voorziet een aantal uitzonderingen op het verbod van artikel 2 § 1 van de WBEM:

- (1) artikel 5 alinea 3 van de WBEM voorziet dat mededingingsbeperkende praktijken die binnen de werksfeer vallen van een nationale groepsvrijstelling, genomen op basis van artikel 50 van de WBEM, niet verboden kunnen worden;
- (2) artikel 5 alinea 3 van de WBEM bepaalt dat mededingingsbeperkende praktijken die op grond van een Europese verordening of beschikking zijn vrijgesteld niet verboden kunnen worden. Dit principe was reeds, zij het minder expliciet, opgenomen in artikel 32 van de oude WBEM;
- (3) ten slotte bepaalt artikel 5 alinea 2 van de WBEM dat mededingingsbeperkende praktijken die de handel tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloeden of die de mededinging binnen de communautaire markt niet merkbaar beperken (en dus niet verboden worden krachtens het Europese mededingingsrecht), maar indien dit wel het geval zou zijn geweest een Europese groepsvrijstelling zouden genieten, niet verboden kunnen worden. Dit is een schoolvoorbeeld van de doorwerking van een Europese groepsvrijstelling in de Belgische rechtsorde⁵⁵ maar ook een toepassing van artikel 3 lid 2 van verordening 1/2003.

b. Procedurele wijzigingen

34. Wat de procedurele wijzigingen betreft, moet worden benadrukt dat een aantal van de onder dit hoofdstuk vermelde voorstellen ook van belang zijn voor de procedure inzake concentraties⁵⁶.

Behandeling van klachten en verzoeken

35. Klachten en verzoeken inzake restrictieve mededingingspraktijken worden ingediend bij het Auditoraat en niet langer bij de Raad⁵⁷. Het Auditoraat kan een klacht of verzoek seponeren om redenen van onontvankelijkheid of ongegrondheid⁵⁸. Deze bevoegdheid ligt dus niet langer bij de Raad. Tegen deze beslissing kan wel een beroep worden ingeleid bij de Raad. De beslissing van de Raad is niet vatbaar voor hoger beroep⁵⁹.

36. Indien het beroep gegrond wordt geacht, wordt het dossier terug overgemaakt aan het Auditoraat voor verder onderzoek⁶⁰. Een gelijkaardige procedure is voorzien inzake het verzoek om voorlopige maatregelen⁶¹. Ook daar kan het Auditoraat een verzoek seponeren omwille van onontvankelijkheid of ongegrondheid, terwijl de oude WBEM voorzag dat enkel de voorzitter van de Raad hiervoor bevoegd was⁶².

37. We stellen dus vast dat een aantal bevoegdheden van de Raad en zijn voorzitter worden verschoven naar het Auditoraat om de procedure sneller en efficiënter te laten verlopen. De Raad ontpopt zich tijdens de eerste fase van de procedure meer als een beroepsorgaan.

De vertrouwelijkheid

38. De vertrouwelijkheid wordt op gedetailleerde wijze geregeld door de WBEM⁶³. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de fase voor de auditeur, dus vóór de indiening van het verslag bij de Raad, en de fase voor de Raad. De essentie van de regeling komt erop neer dat problemen

^{52.} Zie hierover F. WUICKMANS, M. BEEUWSAERT en J. STEENLANT, "Zelfredzaamheid in het Europees kartelrecht", *T.P.R.* 2004, p. 993-1019.

^{53.} Art. 94 § 1 van de WBEM.

^{54.} Art. 94 § 3 van de WBEM.

^{55.} Zie hierover E. BALLON, "De relatie tussen nationaal en Europees mededingingsrecht", in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De hervormde Belgische Mededingingswet*, Antwerpen, Kluwer, 2000, p. 62.

^{56.} Voor een meer diepgaande analyse van de wijzigingen inzake concentraties, zie J. YSEWYN en A. HERTOGEN, "Concentratiecontrole naar Europees en Belgisch recht: de pijnpunten", in *Tendensen in het Bedrijfsrecht. Mededinging. Praktische aspecten waaraan de juristen aandacht moeten besteden*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 139-195.

^{57.} Art. 45 § 1 van de WBEM.

^{58.} Art. 45 § 2 van de WBEM.

^{59.} Art. 45 § 3 van de WBEM.

^{60.} Art. 45 § 3 van de WBEM.

^{61.} Art. 62 van de WBEM.

^{62.} Art. 62 § 3 van de WBEM.

^{63.} Zie hierover ook J. STEENLANT, "De toekomstige Belgische Mededingingswet", in *Tendensen in het Bedrijfsrecht. Mededinging. Praktische aspecten waaraan de juristen aandacht moeten besteden*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 265-267.

inzake vertrouwelijkheid beslecht zijn voor de aanvang van de procedure voor de Raad.

(i) Procedure voor de auditeur

39. De auditeur maakt een inventaris op van alle documenten en gegevens die tijdens het onderzoek zijn verzameld en spreekt zich uit over hun vertrouwelijkheid⁶⁴. De vertrouwelijkheid van de gegevens en documenten wordt beoordeeld in functie van de personen die kennis krijgen van het verslag.

40. Wanneer de auditeur van oordeel is dat een gegeven niet als vertrouwelijk kan worden beschouwd, terwijl dit door de betrokkene wel als vertrouwelijk werd aangemerkt, dan vraagt hij deze laatste om hierover een standpunt in te nemen binnen een door hem bepaalde termijn. Hierbij maakt de auditeur een afweging tussen het belang van een effectieve toepassing van de wet en de noodzaak om het vertrouwelijk karakter te beschermen⁶⁵.

41. Aanvaardt de auditeur het vertrouwelijk karakter dan vraagt hij om een niet-vertrouwelijke samenvatting. De vertrouwelijke documenten worden vervolgens uit het onderzoeksdossier verwijderd en vervangen door de niet-vertrouwelijke samenvatting⁶⁶. Aanvaardt de auditeur dit niet dan deelt hij dit op gemotiveerde wijze mee aan de betrokkene. Deze laatste beschikt over een termijn van tien dagen om hiertegen beroep in te stellen bij de Raad. Deze termijn wordt herleid tot twee werkdagen bij onderzoek of beslissing inzake concentraties⁶⁷.

42. Een lid van de Raad dat niet in de kamer zal zetelen die het dossier behandelt spreekt zich dan binnen een termijn van tien dagen uit over het beroep. Deze termijn wordt herleid tot twee dagen in geval van een concentratieprocedure⁶⁸. Tegen deze beslissing staat geen afzonderlijk beroep open bij het hof van beroep te Brussel. De auditeur kan geen vertrouwelijke gegevens meedelen zolang het raadslid zich niet heeft uitgesproken.

43. Het is echter niet duidelijk of de Raad gebonden is door zijn beslissing als beroepsinstantie wanneer het zich later opnieuw moet uitspreken over de vertrouwelijkheid in het kader van een beslissing ten gronde.

⁶⁴. Art. 44 § 6 van de WBEM.

⁶⁵. Art. 44 § 7 lid 1 en lid 2 van de WBEM.

⁶⁶. Art. 44 § 7 lid 3 van de WBEM.

⁶⁷. Art. 44 § 8 lid 1 van de WBEM.

⁶⁸. Art. 44 § 8 lid 2 van de WBEM.

⁶⁹. Art. 48 § 2 lid 1 van de WBEM.

⁷⁰. Art. 48 § 2 lid 2 van de WBEM.

⁷¹. Art. 48 § 2 lid 3 van de WBEM.

⁷². Zie hierover meer uitgebreid de Raad voor de Mededinging in het Jaarverslag 2002 van de Raad voor de Mededinging, p. 42-47. Het huishoudelijk reglement van de Raad zal op dit punt moet worden aangepast. Art. 23 bepaalt immers nog dat het de voorzitter, de ondervoorzitter of de door de voorzitter aangewezen magistraat is die zich uitsprekt over de vertrouwelijkheid van de stukken die door de partijen of derden werden bezorgd.

⁷³. Art. 45 § 4 van de WBEM.

(ii) Procedure voor de Raad

44. De voorzitter van de kamer van de Raad die de zaak behandelt nodigt de ondernemingen op wier activiteit het onderzoek betrekking heeft uit om aan te duiden welke passages in het verslag vertrouwelijk zijn vooraleer een niet-vertrouwelijke versie van het verslag wordt overgemaakt aan de klager(s) of aan de personen die willen gehoord worden in de procedure voor de Raad⁶⁹.

45. Klager(s) of personen die wensen tussen te komen in de procedure voor de Raad hebben in principe geen toegang tot het dossier, behoudens andersluidende beslissing van de voorzitter van de betrokken kamer⁷⁰.

46. Indien andere personen dan diegenen die het voorwerp uitmaken van een onderzoek vertrouwelijke informatie meedelen aan de Raad dan zal een raadslid dat geen deel uitmaakt van de kamer die de zaak behandelt zich uitspreken over de vertrouwelijkheid. Hiertegen is geen afzonderlijk beroep mogelijk⁷¹.

47. De vertrouwelijkheid is thans beter geregeld dan vroeger toen de Raad dikwijls werd geconfronteerd met problemen inzake vertrouwelijkheid⁷². De WBEM geeft nu aan ondernemingen meer inspraak over het vertrouwelijk karakter van gegevens en bovendien wordt hun de mogelijkheid geboden om hierover reeds in een vroeg stadium van de procedure een discussie aan te vatten. Bovendien, en dat is ook zeer belangrijk, wordt vermeden dat de Raad via het verslag kennis neemt van gegevens of stukken die nadien als vertrouwelijk worden gekwalificeerd of dat aan de klager vertrouwelijke informatie wordt meegedeeld via het verslag.

Punten van bezwaar

48. De punten van bezwaar worden meegedeeld wanneer het verslag wordt overgemaakt aan de Raad⁷³. De ondernemingen worden dus niet meer opgeroepen om hun opmerkingen te geven op deze punten van bezwaar vooraleer ze worden opgenomen in het verslag. De motivering voor deze wijziging is dat het tegensprekelijk debat voor de Raad moet worden gevoerd en de vaststelling dat de ondernemingen

toch geen toegang hebben tot het dossier in het stadium voor de auditeur.

Clementieregeling

49. Op 30 april 2004 werd door de Raad en het Korps Verslaggevers een clementieregeling gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*⁷⁴. Deze clementieregeling krijgt thans een wettelijke grondslag⁷⁵. Artikel 49 van de WBEM bepaalt dat een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten kan worden toegekend aan een onderneming die bij een door artikel 2 van de WBEM verboden praktijk betrokken was, indien deze onderneming er toe heeft bijgedragen het bestaan van deze verboden praktijk te bewijzen en de deelnemers eraan te identificeren, onder andere door inlichtingen te verstrekken waarover de mededingingsautoriteit voorheen niet beschikte; door het bewijs te leveren van een verboden praktijk waarvan het bestaan nog niet vaststond of door de verboden praktijk te erkennen.

50. Artikel 49 van de WBEM verwijst naar artikel 2 van de WBEM alsdusdanig en maakt geen onderscheid tussen horizontale of verticale mededingingsbeperkende praktijken. Deze insteek lijkt te breed aangezien de Belgische clementieregeling enkel geldt voor horizontale afspraken⁷⁶. Daarnaast lijkt de verwijzing naar “ondernemingsverenigingen” ook vreemd en rijst de vraag of het praktisch mogelijk is voor een ondernemingsvereniging om een clementievraag in te dienen.

51. Op verzoek van de auditeur-generaal zal de kamer van de Raad die de zaak behandelt een clementieverklaring aannemen waarin de voorwaarden worden bepaald waaraan de beoogde vrijstelling is onderworpen, nadat de betrokken ondernemingen hun bemerkingen hebben neergelegd. Deze verklaring wordt aan de onderneming overgemaakt en wordt niet gepubliceerd. Dit laatste is evident aangezien een verzoek tot “clementie” vertrouwelijk moet blijven. Op het ogenblik van de beslissing kan de kamer, indien de voorwaarden aangeduid in de clementieverklaring worden nageleefd, een vrijstelling van geldboeten toekennen in verhouding tot de bijdrage die geleverd werd om de inbreuk te bewijzen.

52. De basisvoorwaarden om immunititeit te kunnen genieten zijn dezelfde als deze onder het clementieprogramma van de Europese Commissie, al voegen de Raad en het Korps (lees het Auditoraat) er in hun mededeling nog uitdrukkelijk aan toe dat de onderneming die in aanmerking wil komen voor immunititeit de feiten die zij aanvoert later niet meer kan betwisten. De basisvoorwaarden voor een eventuele vermindering van een geldboete zijn eveneens gelijkaardig aan de Europese voorwaarden⁷⁷.

De aard van de beslissingen genomen door de Raad

53. Verordening 1/2003 noopte de wetgever de oude WBEM te wijzigen met betrekking tot de aard van beslissingen die door de Raad voor de Mededinging kunnen worden genomen. Het koninklijk besluit van 25 april 2004 had op dit punt reeds een aantal wijzigingen ingevoerd en deze wijzigingen werden ook opgenomen in de WBEM. Conform verordening 1/2003 kan de Raad enkel nog beslissen dat er geen sprake is van een restrictieve mededingingspraktijk in deze gevallen waar er geen beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten aanwezig is⁷⁸. Daarnaast bepaalt artikel 51 van de WBEM dat de Raad kan beslissen dat er op basis van de gegevens die bekend zijn geen aanleiding bestaat om op te treden.

54. Ook de bevoegdheid die door verordening 1/2003 aan de nationale mededingingsautoriteiten werd toegekend om het voordeel van een Europese groepsvrijstelling in te trekken wordt door de WBEM ingevoerd⁷⁹. Parallel hiermee wordt aan de Raad de bevoegdheid gegeven om het voordeel van een nationale – lees Belgische – groepsvrijstelling in te trekken⁸⁰.

Toezeggingen

55. Artikel 5 lid 1 van verordening 1/2003 bepaalt dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten in individuele gevallen bevoegd zijn om de artikelen 81 en 82 van het verdrag toe te passen. Daarom kunnen de nationale mededingingsautoriteiten, ambtshalve of naar aanleiding van een

⁷⁴. Gezamenlijke mededeling van de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *B.S.* 30 april 2004, p. 36257. De mededeling trad in werking op de vijfde werkdag na de publicatie. Zie hierover K. MARCHAND, “Clementie in het Belgisch Mededingingsrecht”, *T.B.M.* 2006, p. 96-106.

⁷⁵. Art. 49 van de WBEM.

⁷⁶. K. MARCHAND, “Clementie in het Belgisch Mededingingsrecht”, *T.B.M.* 2006, p. 97.

⁷⁷. Over de Europese clementieregeling, zie o.a. R.P. GERRITS en G.A. ZONNEKEYN, “Leniency strategy: whether, where and when to apply?”, in *Tendenzen in het Bedrijfsrecht. Mededinging. Praktische aspecten waaraan de juristen aandacht moeten besteden*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 17-19 en B. VAN BARLINGEN en M. BARENNE, “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in Practice”, *Competition Policy Newsletter* 2005, nr. 3, p. 6-16.

⁷⁸. Art. 52 al. 1, 2° van de WBEM.

⁷⁹. Art. 52 al. 1, 4° van de WBEM.

⁸⁰. Art. 52 al. 1, 3° van de WBEM.

klacht, de beëindiging van een inbreuk bevelen, voorlopige maatregelen opleggen, *toezeggingen aanvaarden*⁸¹ en geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties opleggen.

56. Het onderzoek dat naar aanleiding van een klacht van *Distri-One* van 21 april 1998 werd opgestart naar een aantal commerciële praktijken van *Coca-Cola Entreprises Belgium*, werd op 30 november 2005 beëindigd met de aanvaarding door de Raad van een aantal toezeggingen van CCEB⁸². Het was de eerste keer dat een Belgische procedure inzake restrictieve praktijken op een dergelijke wijze werd afgesloten⁸³. De Raad oordeelde dat hij van de door artikel 5 van verordening 1/2003 geboden mogelijkheid, om toezeggingen te aanvaarden, gebruik kon maken omdat de bepalingen van deze verordening rechtstreeks toepasselijk zijn in de lidstaten.

57. De voorwaarde voor de toepassing van artikel 5 lid 1 van verordening 1/2003 dat de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid verleent om de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen, is dat de beweerde restrictieve mededingingspraktijk de handel tussen de lidstaten merkbaar beïnvloedt. *In casu* moest de Raad dus vooraf kunnen aantonen dat er een merkbare beïnvloeding was van de handel tussen de lidstaten om artikel 82 van het EG-Verdrag te kunnen toepassen. Bij gebreke hiervan had de Raad enkel een misbruik van machtspositie kunnen vaststellen op basis van artikel 3 van de (oude) WBEM. In dat geval had de Raad echter geen toezeggingen kunnen aanvaarden omdat de oude WBEM deze mogelijkheid niet voorzag. In zijn beslissing besloot de Raad dat het distributiesysteem van *Coca-Cola Entreprises Belgium*, welke het voorwerp was van de klacht, de handel tussen de lidstaten merkbaar kon beïnvloeden en dat hij daarom bevoegd was om toezeggingen te aanvaarden.

58. De WBEM voorziet nu expliciet de mogelijkheid voor ondernemingen om toezeggingen voor te stellen en deze te laten bekrachtigen door een beslissing van de Raad⁸⁴.

Voorlopige maatregelen

59. Verzoeken om voorlopige maatregelen kunnen door een klager, de minister of de minister bevoegd voor de betrokken sector, worden ingediend bij het Auditoraat⁸⁵. Een kopie van dit verzoek wordt overgemaakt aan de voorzitter van de Raad. Voorlopige maatregelen kunnen worden genomen teneinde de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang⁸⁶.

60. Indien de auditeur beslist dat het verzoek om voorlopige maatregelen onontvankelijk of ongegrond is, zal hij het verzoek seponeren bij een met redenen omklede beslissing. Tegen deze beslissing kan beroep worden ingesteld bij de voorzitter van de Raad⁸⁷.

61. Indien de auditeur het verzoek ontvankelijk en gegrond acht, dient hij een gemotiveerd verslag in bij de Raad waarna de procedure zoals voorzien voor restrictieve mededingingspraktijken zal worden gevolgd⁸⁸.

Beslissing

62. De Raad kan na ontvangst van het verslag van de auditeur betreffende een klacht, een verzoek of een ambtshalve onderzoek beslissen dat op grond van de gegevens die hem bekend zijn er geen aanleiding bestaat om op te treden⁸⁹.

63. Daarnaast kan de Raad ook beslissen:

1. dat er een restrictieve mededingingspraktijk bestaat en bevelen dat deze beëindigd wordt, indien nodig volgens de door de Raad voorgeschreven modaliteiten;
2. dat er geen restrictieve mededingingspraktijk bestaat, voor zover er geen enkele beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschap bestaat;

^{81.} Art. 9 van verordening 1/2003 verleent ook aan de Europese Commissie de mogelijkheid om toezeggingen te aanvaarden. Zie hierover C.J. COOK, "Commitment Decisions: The Law and practice under Article 9", *World Competition* 2006, p. 209-228 en W.P.J. WILS, "Settlement of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under article 9 of Regulation No. 1/2003", *World Competition* 2006, p. 345-366.

^{82.} Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 november 2005, *Distri-One/Coca-Cola Enterprises Belgium*, nr. 2005-1/O-52, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/4, p. 14 en beslissing van de Raad voor de Mededinging van 31 augustus 2006, *Banksys SA/FNUCM t. Banksys SA/UNIZO t. Banksys SA*, nr. 2006-1/O-12, *B.S.* 3 oktober 2006, p. 51236.

^{83.} De oude WBEM voorzag een dergelijke beslissing niet. Art. 31 van de oude WBEM, dat de beslissingsbevoegdheid van de Raad omschreef, werd bij koninklijk besluit van 25 april 2004 gewijzigd in het licht van art. 5 van verordening 1/2003 maar de mogelijkheid om toezeggingen te aanvaarden werd niet toegevoegd.

^{84.} Art. 53 § 1 van de WBEM.

^{85.} Art. 62 § 2 van de WBEM.

^{86.} Art. 62 § 1 van de WBEM.

^{87.} Art. 62 § 3 van de WBEM.

^{88.} Art. 62 § 5 en § 6 van de WBEM.

^{89.} Art. 51 van de WBEM.

DOCTRINE

3. dat de werking van artikel 5 tweede lid, of de werking van een koninklijk besluit in de zin van de artikelen 5 derde lid en 50 in een individueel geval vervalt, indien de betrokken restrictieve mededingingspraktijk met artikel 2 § 3, onverenigbare gevolgen heeft;
4. dat de werking van een verordening in de zin van artikel 5 eerste lid, in een individueel geval vervalt, indien de betrokken restrictieve mededingingspraktijk met artikel 81 § 3 van het EG-Verdrag onverenigbare gevolgen heeft op het nationale grondgebied of een gedeelte daarvan, welk gebied alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke geografische markt.

64. Indien de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging waarop het onderzoek betrekking heeft het voorwerp uitmaakt van een Belgische of Europese groepsvrijstelling, vaardigt de Raad een beslissing tot seponering uit.

Samenwerking met de Europese Commissie

65. De WBEM wijdt een volledige afdeling aan de samenwerking tussen de Belgische mededingingsorganen en de Europese Commissie in het licht van verordening 1/2003⁹⁰.

(i) Inspecties

66. Artikel 20 van verordening 1/2003 bepaalt de bevoegdheden waarover de ambtenaren van de Europese Commissie en de hen begeleidende personen beschikken in het kader van inspecties. In navolging van artikel 20 lid 5 van verordening 1/2003 bepaalt artikel 70 alinea 1 van de WBEM dat de bijstand bij inspecties, verificaties of andere opdrachten in het kader van het toezicht op de naleving van het Europese mededingingsrecht in België wordt verleend door de auditeurs en de ambtenaren van de Dienst. De auditeurs en de ambtenaren van de Dienst hebben hierbij dezelfde bevoegdheden en verplichtingen als die van de in artikel 22 van verordening 1/2003 bedoelde gemandateerde personeelsleden wanneer zij optreden op verzoek van een mededingingsautoriteit uit een andere lidstaat en als die van de in artikel 20 lid 2 van verordening 1/2003 bedoelde gemandateerde personeelsleden wanneer zij optreden op verzoek van de Europese Commissie.

(ii) Uitwisseling van informatie

67. Een punt dat voor ondernemingen uitermate belangrijk

is betreft de uitwisseling van informatie zoals geregeld door artikel 11 van verordening 1/2003. Artikel 71 van de WBEM bepaalt dat de Dienst, het Auditoraat en de Raad voor de toepassing van artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag de bevoegdheid hebben om alle gegevens, met inbegrip van vertrouwelijke inlichtingen, mee te delen aan de Europese Commissie en de andere mededingingsautoriteiten en om dergelijke informatie die zij van de bovenvermelde autoriteiten verkrijgen zelf als bewijsmiddel te gebruiken.

(iii) Overmaken van (ontwerp)beslissingen

68. Artikel 11 § 4 van verordening 1/2003 bepaalt dat uiterlijk 30 dagen vóór het aannemen van een beslissing tot aanvaarding van toezeggingen of een beslissing tot intrekking van een groepsvrijstelling, de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de Commissie daarvan in kennis moeten stellen. Daartoe stellen zij de Europese Commissie een samenvatting van de zaak, de beoogde beslissing of, bij ontstentenis daarvan, elk ander document waarin het voorgestelde optreden wordt aangegeven ter beschikking.

69. Voor de Raad kan de verplichting voor het overmaken van ontwerpbeslissingen tot problemen leiden. In de eerste plaats moet er op gewezen worden dat de Raad geen (formele) ontwerpbeslissingen neemt en dat de kamer aan wie een zaak wordt toevertrouwd, na het horen van de partijen en de interne beraadslaging, op basis van een door een lid van de kamer opgestelde ontwerpbeslissing, een definitieve beslissing neemt. De redactie van een dergelijke ontwerpbeslissing is niet door de WBEM voorzien en de betrokken partijen hebben geen inzage in dergelijke ontwerpbeslissingen. Ten tweede lijkt het overmaken van ontwerpbeslissingen niet verenigbaar met het statuut van de Raad als onafhankelijk administratief rechtscollege en lijkt er een conflict te bestaan met de geheimhouding van het beraad waartoe de Raad als administratief rechtscollege is gehouden⁹¹.

C. Concentratiecontrole

a. Materieelrechtelijke wijzigingen

Verhoging van de aanmeldingsdrempels

70. De aanmeldingsdrempels voor concentraties werden bij koninklijk besluit van 3 juli 2005 verhoogd⁹². Concentraties moeten thans worden aangemeld wanneer minstens twee

⁹⁰. Zie hierover D. ARTS en K. BOURGEOIS, "Samenwerking tussen mededingingsautoriteiten en rechtsbescherming: enkele bedenkingen", *T.B.M.* 2006, p. 26-47.

⁹¹. Zie hierover Ph. LAMBRECHT en J. STEENLANT, "La modernisation du droit communautaire de la concurrence: l'impact du nouveau système sur les entreprises", in *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence. Un rôle accru pour le praticien?*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 228.

⁹². K.B. van 3 juli 2005 houdende verhoging van de drempels bedoeld in art. 11 § 1 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 19 juli 2005, p. 32722.

van de bij de concentratie betrokken ondernemingen in België een gezamenlijke omzet behalen van 100 miljoen euro (voordien 40 miljoen euro) en elke bij de concentratie betrokken onderneming individueel in België een omzet verwezenlijkt van 40 miljoen euro (voordien 15 miljoen euro)⁹³.

71. De nieuwe drempels zijn in werking getreden op de dag van de publicatie in het *Belgisch Staatsblad*, dus op 19 juli 2005. Dit deed de interessante vraag rijzen naar de werking van deze wijziging in de tijd. De Raad stelde vast dat, gezien de omzetzdrempels behoren tot het economisch publiekrecht en dus van openbare orde zijn, de wijziging ervan onmiddellijk van toepassing was. De Raad verwees tevens naar de voorbereidende werken in de context van de drempelverhoging in 1999⁹⁴. Dat betekende dus dat zolang de Raad geen eindbeslissing had genomen – en de concentratie aanmeldbaar was of aangemeld was en de termijnen nog liepen – de nieuwe drempels onmiddellijk van kracht werden.

Omzetberekening

72. De omzet wordt berekend op basis van de totale omzet gerealiseerd tijdens het vorig boekjaar in België⁹⁵. Artikel 46 § 3 a) van de oude WBEM bepaalde dat de omzetberekening voor banken, kredietinstellingen en andere financiële instellingen werd vervangen door één tiende van het balanstotaal. Artikel 5 van de Europese concentratieverordening voorziet echter een andere regeling⁹⁶. Artikel 86 § 3 a) van de WBEM voorziet thans een identieke berekening als de concentratieverordening.

Wijziging van de materiële test

73. Conform de Europese concentratieverordening werd de materiële test voor de toetsing van concentraties gewijzigd. Artikel 8 § 4 van de WBEM bepaalt dat concentraties die tot gevolg hebben dat een daadwerkelijke mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, met name door het in het leven roepen van een machtspositie, ontoelaatbaar worden verklaard. Deze wijziging is in overeenstemming met artikel 2 § 3 van de Europese concentratieverordening en heeft als

resultaat dat naast het begrip “machtspositie” ook de mededingingsbeperkende gevolgen van een concentratie welke voortvloeien uit niet-gecoördineerde gedragingen van de ondernemingen die geen machtspositie op de betrokken markten hebben in aanmerking zal worden genomen⁹⁷.

b. Procedurele wijzigingen

Aanmeldingstermijn

74. Artikel 12 § 1 van de oude WBEM voorzag dat concentraties moesten worden aangemeld binnen een termijn van één maand na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming. Artikel 9 § 1 van de WBEM voorziet niet langer een dwingende termijn voor de aanmelding van concentraties. Partijen kunnen een concentratie aanmelden vóór de totstandbrenging en na de sluiting van een overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming. Dit betekent dat partijen een concentratie kunnen aanmelden voor of na de sluiting van een overeenkomst op voorwaarde dat de concentratie niet “tot stand wordt gebracht”.

75. Daarnaast wordt, net zoals onder de oude WBEM, voorzien dat partijen ontwerpovereenkomsten kunnen aanmelden mits alle partijen 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. Ook in het geval van een openbaar bod tot aankoop of ruil, kunnen de partijen een ontwerp aanmelden wanneer zij hun intentie tot het doen van een dergelijk bod publiekelijk hebben aangekondigd⁹⁸.

Aanmeldingsplicht

76. Volgens de oude WBEM berustte de aanmeldingsplicht op alle partijen bij een overeenkomst, inclusief de verkoper. In alle andere gevallen berustte de aanmeldingsplicht op de controleverwervende partij. De WBEM beperkt de gezamenlijke aanmeldingen tot transacties tussen twee of

⁹³. Art. 7 § 1 van de WBEM.

⁹⁴. Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 19 augustus 2005, *NV Stora Enso Langerbrugge/NV Indaver*, nr. 2005-C/C-43, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/3, p. 66; beslissing van de Raad voor de Mededinging van 19 augustus 2005, *AG Heidelberg Cement/AG Solnhofen Holding/NV Betonex*, nr. 2005-C/C-44, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/3, p. 70 en beslissing van de Raad voor de Mededinging van 2 september 2005, *Kredietbank SA Luxembourg/Financière Groupe Dewaay*, nr. 2005-C/C-46, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/3, p. 81.

⁹⁵. Art. 86 § 1 van de WBEM.

⁹⁶. Verord. (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (“de Concentratieverordening”), *PB*. EG L. 24/1, 29 januari 2004. Over de nieuwe concentratieverordening, zie o.a. J. STEENBERGEN en M.H. VAN DER WOUDE, “Het EU-mededingingsrecht na 1 mei 2004: verordening 139/2004”, *S.E.W.* 2004, p. 715-727.

⁹⁷. Over deze test, zie o.a. A. RIESENKAMPPF, “The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Regulation”, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2004, p. 683-713.

⁹⁸. Art. 9 § 1 van de WBEM.

meer voordien onafhankelijke ondernemingen en tot het verkrijgen van zeggenschap. Indien dit niet het geval is, vindt de aanmelding plaats door de persoon of de onderneming die de zeggenschap over een of meer ondernemingen of een gedeelte daarvan verwerft⁹⁹.

Schorsingsplicht

77. Artikel 12 § 4 van de oude WBEM voorzag dat tot de beslissing van de Raad over de toelaatbaarheid van de concentratie, de bij de concentratie betrokken ondernemingen slechts de uit de concentratie voortvloeiende maatregelen konden nemen welke de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmerden en de marktstructuur niet duurzaam wijzigden¹⁰⁰. Deze bepaling zorgde ervoor dat de bevoegdheid van de Raad om een concentratie te verbieden geen dode letter bleef. De aanmeldende partijen konden tijdens de tweede fase van het onderzoek wel een uitzondering vragen op deze schorsingsplicht en de Raad verzoeken om zich uit te spreken over de uitvoering van een aantal maatregelen¹⁰¹. In *Johnson Controls Gent NV/Johnson Controls Automotive (UK) Ltd./ECA NV*¹⁰² hadden partijen de Raad verzocht om in een tweedefaseonderzoek te kunnen overgaan tot de volledige overname van de betrokken bedrijfstak. De Raad oordeelde dat dit resulteerde in een oneigenlijk gebruik van de procedure voorzien in artikel 12 § 5 van de oude WBEM en dat de maatregel die zij voorstelden neerkwam op een verzoek tot goedkeuring van de gehele transactie. De volledige overname van de betrokken bedrijfstak en de daaraan verbonden aanpassingen aan de productielijnen werden dan ook door de Raad beschouwd als onomkeerbaar en resulterend in een definitieve wijziging van de marktstructuur.

78. De WBEM voorziet ook nu, zij het in andere bewoordingen, dat de aanmeldende partijen de concentratie niet tot uitvoering mogen brengen zolang de Raad zich niet heeft

uitgesproken over de toelaatbaarheid van de concentratie¹⁰³. De aanmeldende partijen kunnen een ontheffing vragen van deze schorsingsplicht en kunnen dit nu óók tijdens de eerste fase van het onderzoek¹⁰⁴. Er worden, behoudens enkele concrete voorbeelden die overgenomen zijn uit de Europese concentratieverordening¹⁰⁵ geen duidelijke criteria vermeld die een ontheffing rechtvaardigen. Het was voor de rechtszekerheid beter geweest om dit duidelijk in de WBEM te omschrijven¹⁰⁶. Indien de aanmeldende partijen om een ontheffing verzoeken, vraagt de kamer van de Raad dat de auditeur binnen een termijn van twee weken na de indiening van het verzoek een verslag neerlegt dat de noodzakelijke appreciatie-elementen bevat om tot een beslissing te komen¹⁰⁷.

Procedure voor het Auditoraat

79. De aanmelding van een concentratie gebeurt thans bij het Auditoraat (voorheen bij de Raad)¹⁰⁸. Een exemplaar hiervan wordt “onverwijld” overgemaakt aan de Raad. De auditeur zal vervolgens, na een onderzoek door de Dienst, een gemotiveerd verslag neerleggen bij de Raad binnen een termijn van 25 werkdagen na de aanmelding van de concentratie. Indien de inlichtingen die bij de aanmelding werden verstrekt niet volledig waren, loopt deze termijn vanaf de dag volgend op de dag waarop de volledige inlichtingen werden ontvangen.

80. Indien de auditeur van oordeel is dat een daadwerkelijke mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, onder andere door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, brengt hij “de ondernemingen die aan de concentratie deelnemen” hiervan op de hoogte ten minste vijf werkdagen voor de indiening van het verslag bij de Raad¹⁰⁹. De ondernemingen beschikken in dat geval over

⁹⁹. Art. 9 § 2 van de WBEM.

¹⁰⁰. Zie hierover G.A. ZONNEKEYN, “De interpretatie van de opschortingsverplichting voor concentraties door het hof van beroep te Brussel – *quo vadis?*”, *DAOR* 2004, p. 95-101.

¹⁰¹. Art. 12 § 5 van de oude WBEM.

¹⁰². Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 28 mei 2003, *Johnson Controls Gent NV/Johnson Controls Automotive (UK) Ltd./ECA NV*, nr. 2003-C/C-44, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/2, p. 119.

¹⁰³. Art. 10 § 4 van de WBEM.

¹⁰⁴. Art. 10 § 6 van de WBEM. Zie voor een toepassing, beslissing van de Europese Commissie van 26 april 2006, *T-Mobile Austria/Tele.ring*, nr. COMP/M.3916.

¹⁰⁵. Zie art. 7 lid 1 en lid 2 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (“de Concentratieverordening”), *PB*. EG L. 24/1, 29 januari 2004. Art. 10 § 5 van de WBEM voorziet met name dat de schorsingsplicht niet belet dat “de tenuitvoerlegging van een openbaar aanbod tot aankoop of ruil of van een reeks transacties met financiële instrumenten, inclusief met deze converteerbaar in andere financiële instrumenten, die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt zoals een effectenbeurs en waardoor de zeggenschap in de zin van artikel 6 wordt verkregen door tussenkomst van meerdere verkopers, mits 1° de concentratie overeenkomstig dit artikel onverwijld bij het Auditoraat wordt aangemeld, en 2° de verkrijger de aan de betrokken effecten verbonden stemrechten niet uitoefent dan wel slechts uitoefent om de volle waarde van zijn belegging te handhaven en op basis van een door de kamer van de Raad overeenkomstig § 6 verleende ontheffing.”.

¹⁰⁶. Zie in dezelfde zin, J. YSEWYN en A. HERTOGEN, “Concentratiecontrole naar Europees en Belgisch recht: de pijnpunten”, in *Tendensen in het Bedrijfsrecht. Mededinging. Praktische aspecten waaraan de juristen aandacht moeten besteden*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 168, voetnoot 72. Deze auteurs spreken van een “gemiste kans”.

¹⁰⁷. Art. 10 § 6 van de WBEM.

¹⁰⁸. Art. 9 § 1 van de WBEM. Het verloop van het onderzoek bij het Auditoraat wordt geregeld door art. 55 van de WBEM.

¹⁰⁹. Art. 56 al. 1 van de WBEM.

een termijn van vijf werkdagen om aan de auditeur verbintenissen voor te stellen. De auditeur hoort de ondernemingen over de aangeboden verbintenissen en formuleert in het verslag een standpunt over de aangeboden verbintenissen¹¹⁰.

Verbintenissen

81. Krachtens artikel 34 § 1 van de oude WBEM kon de Raad aan zijn beslissing tot goedkeuring van een concentratie voorwaarden en verplichtingen koppelen. Dergelijke beslissing kon enkel worden genomen na een tweedefase-onderzoek¹¹¹. Wel beschikten de aanmeldende partijen over de mogelijkheid om, tot op het ogenblik van de beslissing van de Raad over de toelaatbaarheid van de concentratie, eenzijdig de voorwaarden van de concentratie te wijzigen¹¹². Zoals boven vermeld voorziet de WBEM nu dat de ondernemingen die aan de concentratie deelnemen ook tijdens de eerste fase van het onderzoek verbintenissen kunnen voorstellen aan de auditeur indien deze van oordeel is dat er ernstige twijfels bestaan over de toelaatbaarheid van de concentratie¹¹³.

82. Inzake verbintenissen dient gewezen te worden op het duale karakter van de concentratiecontrole. Alhoewel de ondernemingen verbintenissen kunnen voorstellen aan de auditeur, voorziet artikel 58 § 2, 1° van de WBEM dat de Raad aan een goedkeuringsbeslissing voorwaarden en/of verplichtingen kan verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen nakomen die zij hebben aangeboden. Indien de Raad voorwaarden en/of verplichtingen in overweging neemt die niet in het verslag besproken zijn, worden de betrokken ondernemingen en de auditeur hierover gehoord en beschikken zij over minimaal twee werkdagen om zich hierover uit te spreken.

83. De WBEM voorziet ook nu dat “de aanmeldende partijen” de voorwaarden van de concentratie kunnen wijzigen tot op het ogenblik waarop de Raad een beslissing heeft genomen. In dat geval slaat de beslissing van toelaatbaarheid op de gewijzigde concentratie.

Verwijzing van een concentratie

84. Het Auditoraat is bevoegd om de verwijzing van een concentratie te vragen naar de Belgische mededingingsautoriteit en het verwijzen van een concentratie naar de Europese Commissie¹¹⁴. Deze bevoegdheid mag niet worden onderschat. In vele gevallen vraagt een lidstaat een verwijzing omdat de bij de Europese Commissie aangemelde concentratie belangrijke gevolgen kan hebben voor de mededinging op de nationale markt van de lidstaat. De Electrabel-zaken zijn een uitstekend voorbeeld hiervan. In deze zaken ging het verzoek uit van de minister van Economie. De vraag rijst of een dergelijk verzoek ook nu nog moet uitgaan van de bevoegde minister dan wel of het Auditoraat zelf het aanspreekpunt kan zijn van de Europese Commissie. Dergelijke bevoegdheid lijkt immers moeilijk verenigbaar met de onafhankelijkheid van het Auditoraat.

Termijnen

85. De termijnen voor de behandeling van concentratiedossiers worden gewijzigd. De oude WBEM voorzag dat de Raad een beslissing moest nemen binnen een termijn van 45 dagen na de aanmelding van de concentratie¹¹⁵. Deze termijn kon worden verlengd op uitdrukkelijk verzoek van de partijen en ten hoogste voor de duur die zij voorstelden¹¹⁶. Deze termijn wordt in de WBEM “verkort” tot 40 werkdagen tenzij de partijen tijdens het eerstefaseonderzoek verbintenissen aanbieden. In dergelijke omstandigheden wordt de termijn verlengd met vijftien werkdagen¹¹⁷. Het tweedefaseonderzoek duurt zestig werkdagen tenzij de partijen verbintenissen aanbieden ten gevolge waarvan de termijn wordt verlengd met twintig werkdagen¹¹⁸.

Vereenvoudigde aanmeldingsprocedure

86. Eind 2002 werd door de Raad voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers een vereenvoudigde procedure voor de behandeling van bepaalde concentraties ingevoerd¹¹⁹. Het concept van de vereenvoudigde procedure

^{110.} Art. 56 al. 2 en al. 3 van de WBEM.

^{111.} Er bestaat hierop één uitzondering waarbij de Raad tijdens de eerste fase voorwaarden oplegde aan de aanmeldende partijen. Zie beslissing van de Raad voor de Mededinging van 23 april 2003, nr. 2003-C/C-39, *NV Minute Maid Juices/BVBA Coca-Cola Enterprises Belgium/SA Chaudfontaine Distribution/SA Chaudfontaine Monopole*, B.S. 28 april 2004, p. 34800.

^{112.} Art. 33 § 2.1., a) van de oude WBEM.

^{113.} Art. 56 al. 2 van de WBEM.

^{114.} Art. 29 § 1, 7° van de WBEM.

^{115.} Art. 33 § 2.2. van de oude WBEM.

^{116.} Art. 33 § 3 van de oude WBEM.

^{117.} Art. 58 § 3, 3° van de WBEM.

^{118.} Art. 59 § 6 al. 1 en al. 3 van de WBEM.

^{119.} 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, p. 55777. De Raad en het Korps hebben op 15 september 2006 een gezamenlijke mededeling aangenomen waarin zij verklaren dat de bepalingen van de bestaande mededeling van toepassing blijven tot “de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging nadere regels heeft bepaald.”

wordt nu verankerd in de WBEM. Artikel 61 § 1 van de WBEM bepaalt dat de aanmeldende partijen om de toepassing van de vereenvoudigde procedure kunnen verzoeken. De beslissing om de vereenvoudigde procedure toe te passen en om de aangemelde concentratie goed te keuren wordt genomen door de auditeur die de aanmeldende partijen en de Raad hiervan per brief op de hoogte brengt binnen een termijn van twintig werkdagen na de aanmelding¹²⁰. Dergelijke brief wordt beschouwd als een goedkeuringsbeslissing van de Raad¹²¹.

87. Indien de auditeur tot de vaststelling komt dat niet aan de voorwaarden voor toepassing van de vereenvoudigde procedure is voldaan of dat er twijfels bestaan over de toelaatbaarheid van de concentratie, zal hij dit met een summiere toelichting vaststellen in een brief die aan de aanmeldende partijen en aan de Raad wordt overgemaakt binnen een termijn van twintig kalenderdagen na de aanmelding¹²². Dergelijke brief is niet vatbaar voor afzonderlijk beroep. Ten gevolge van deze beslissing vervalt de vereenvoudigde procedure en zal de aangemelde concentratie volgens de “normale” procedure worden behandeld.

88. De vereenvoudigde procedure zoals opgenomen in de mededeling is van toepassing op de volgende types concentraties:

- (i) 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 euro bedraagt, en de totale waarde van de aan de gemeenschappelijke onderneming overgedragen activa in België minder dan 15 miljoen euro bedraagt;
- (ii) een concentratie tussen ondernemingen waarbij de partijen geen horizontaal of verticaal gerelateerde activiteiten hebben; of indien ze die toch hebben, een markt-aandeel bereiken dat lager ligt dan 25%; en
- (iii) de partijen zijn actief op een zogenaamde kleine markt (“small markets”) met uitsluiting van onder andere zogenaamde “emerging markets” of “innovative markets”.

^{120.} Art. 61 § 3 van de WBEM.

^{121.} Art. 61 § 4 van de WBEM.

^{122.} Art. 61 § 5 van de WBEM.

^{123.} Art. 60 § 1 van de WBEM.

^{124.} Art. 60 § 2 van de WBEM.

^{125.} Art. 60 § 3 van de WBEM.

^{126.} Art. 42 van de oude WBEM.

^{127.} Zie G.A. ZONNEKEYN, “De prejudiciële procedure en de WBEM – een overbodige luxe?”, in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2002*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2003, p. 957-974.

De Ministerraad

89. Binnen een termijn van dertig werkdagen te rekenen van de kennisgeving van de beslissing van de Raad aan de aanmeldende partijen en de kanselarij van de eerste minister, kan de Ministerraad een concentratie toestaan om redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan het risico van aantasting van de mededinging vastgesteld door de Raad¹²³. De Ministerraad kan eveneens de voorwaarden en verplichtingen die eventueel door de Raad zijn uitgesproken, geheel of gedeeltelijk opheffen.

90. In zijn beoordeling en motivering houdt de Ministerraad rekening met onder meer het algemeen belang, de veiligheid van het land en de mededingingskracht van de betrokken sectoren gelet op de internationale concurrentie, de consumentenbelangen en de werkgelegenheid.

91. De Ministerraad doet ambtshalve uitspraak of op verzoek van de aanmeldende partijen¹²⁴. De beslissing van de Ministerraad wordt genomen binnen dertig werkdagen te rekenen van de kennisgeving van de beslissing van de Raad en enkel op grond van deze beslissing. Bij ontstentenis van beslissing binnen die termijn wordt de Ministerraad geacht geen toelating te hebben verleend¹²⁵.

Beslissingsbevoegdheid

92. De Raad behoudt zijn beslissingsbevoegdheid inzake concentratiecontrole maar ziet deze bevoegdheid toch ingeperkt omdat de Raad zich niet langer kan uitspreken over de goedkeuring van concentraties waarbij de vereenvoudigde procedure wordt toegepast.

D. De prejudiciële procedure en rechtsmiddelen

a. Prejudiciële vragen

93. Volgens de bepalingen van de oude WBEM was het hof van beroep te Brussel als enige rechtbank bevoegd om prejudiciële vragen van nationale rechtbanken te beantwoorden¹²⁶. Van deze prejudiciële procedure werd in de praktijk weinig gebruik gemaakt¹²⁷. De WBEM verlegt de bevoegdheid voor het beantwoorden van prejudiciële vragen naar het

Hof van Cassatie¹²⁸ en heft de verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen op¹²⁹. Bovendien moet de vraagstelling beperkt blijven tot de interpretatie van de WBEM en kunnen niet langer vragen gesteld worden over “*het geoorloofde karakter van een mededingingspraktijk*”. Ook de Raad voor de Mededinging kan thans een prejudiciële vraag stellen¹³⁰.

94. Een pertinente vraag is of het Hof van Cassatie zich kan uitspreken over de interpretatie van het Europese mededingingsrecht. Een lezing van artikel 72 van WBEM lijkt dit uit te sluiten omdat hier enkel sprake is van een interpretatie van de WBEM. Artikel 73 § 2 van de WBEM daarentegen vermeldt dat de griffier van het Hof van Cassatie de partijen, de Raad, de minister en, *in het geval van toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag*, de Europese Commissie onverwijld in kennis stelt van de prejudiciële vraag. Dit artikel opent de deur voor de discussie of het Hof van Cassatie zich ook kan uitspreken over de interpretatie van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag.

95. Volgens Schurmans bestond er onder de oude WBEM geen enkele twijfel over de bevoegdheid van het hof van beroep te Brussel om zich in het kader van een prejudiciële procedure uit te spreken over *de toepassing* van de artikelen 81 of 82 van het EG-Verdrag¹³¹. Schurmans baseerde zich hierbij op het feit dat het hof van beroep zich enkel kon uitspreken over de concrete toepassing van het Europese mededingingsrecht op de voorliggende vraag, met name over het “geoorloofde karakter van een mededingingspraktijk” en niet over de *interpretatie* ervan. Deze stelling lijkt bevestigd door een arrest van het hof van beroep te Brussel van 23 juni 2005 waarin het hof oordeelde dat “(...) *ces dispositions donnent expressément à la cour d’appel de Bruxelles la compétence de répondre aux questions préjudicielles relatives à la licéité d’une pratique de concurrence faisant l’objet du litige au principal, il y lieu de constater qu’elles n’organisent pas un renvoi préjudiciel en interprétation de la loi*”¹³². Deze stelling is correct in de mate dat het de toepassing van het Europese mededingingsrecht betreft.

96. Bovenvermelde discussie over de toepassing van het Europese mededingingsrecht lijkt sinds de inwerkingtreding van verordening 1/2003 trouwens overbodig sinds artikel 6 van deze verordening uitdrukkelijk bepaalt dat de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn om de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toe te passen. Er bestaat geen reden om aan te nemen waarom dit artikel niet van toepassing zou zijn in het kader van de prejudiciële procedure¹³³.

97. De enige vraag die rest is of het Hof van Cassatie de bevoegdheid heeft de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag te *interpreteren*. Deze mogelijkheid lijkt uitgesloten omdat op deze wijze een inbreuk wordt gepleegd op het monopolie van het Hof van Justitie tot interpretatie van het Europese recht. De enige mogelijkheid die rest is de hypothese dat aan het Hof van Cassatie een vraag wordt voorgelegd die reeds in het verleden door het Hof van Justitie werd beantwoord en dus toepassing wordt gemaakt van de zogenaamde “*acte clair*”-theorie. In dit geval kan echter de opportuniteit van de prejudiciële vraag door de verwijzende rechter ter discussie worden gesteld.

b. Hoger beroep

98. Het hof van beroep te Brussel blijft bevoegd voor hogere beroepen tegen beslissingen van de Raad of zijn voorzitter¹³⁴. Nieuw is dat het hof zich ook kan uitspreken over stilzwijgende beslissingen van de Raad tot toelating van een concentratie door het verstrijken van de in de WBEM voorziene termijnen.

99. De WBEM voorziet dat het hof van beroep thans over een *volle rechtsmacht* beschikt¹³⁵. Deze bevoegdheid staat haaks op de rechtspraak van het hof van beroep te Brussel waarin het hof oordeelde dat het niet over een volle rechtsmacht beschikt, in ieder geval wat concentratiecontrole betreft¹³⁶. De WBEM lijkt een einde te hebben gemaakt aan

¹²⁸. Art. 72, 73 en 74 van de WBEM.

¹²⁹. Art. 73 § 1 van de WBEM.

¹³⁰. Art. 73 § 1 van de WBEM.

¹³¹. Zie CH. SCHURMANS, “Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence”, in *La décentralisation dans l’application du droit de la concurrence. Un rôle accru pour le praticien?*, Brussel, Bruylant, 2004, p. 89-122.

¹³². Brussel 23 juni 2005, *Edmond Laurent/Brasserie Haacht SA*, *T.B.H.* 2006, p. 640-647. Over dit arrest, zie X. TATON, “Le contentieux préjudiciel interne en droit de la concurrence après l’entrée en vigueur du règlement 1/2003”, *T.B.H.* 2006, p. 648-661 en H. VIAENE, “De prejudiciële vraag of hoe een vlag niet altijd de lading dekt”, *T.B.M.* 2006, p. 118-125.

¹³³. Zie in dezelfde zin, X. TATON, “Le contentieux préjudiciel interne en droit de la concurrence après l’entrée en vigueur du règlement 1/2003”, *T.B.H.* 2006, p. 653. VIAENE daarentegen meent dat deze bevoegdheid eerder voortvloeit uit art. 3 lid 2 van verordening 1/2003 omdat dit artikel bepaalt dat de toepassing van het nationale mededingingsrecht door een nationale rechtbank niet mag leiden tot het verbieden van een overeenkomst die is toegestaan krachtens art. 81 van het EG-Verdrag. Zie H. VIAENE, “De prejudiciële vraag of hoe een vlag niet altijd de lading dekt”, *T.B.M.* 2006, p. 118.

¹³⁴. Art. 75 al. 1 van de WBEM.

¹³⁵. Art. 75 al. 2 van de WBEM.

¹³⁶. Brussel 15 september 2005, *SIPM/Rossel & Cie en De Persgroep*, *T.B.M.* 2006, p. 126-130. Voor een commentaar, zie J.-F. BELLIS en M. FAVART, “Le contrôle juridictionnel sur les décisions d’admissibilité d’une concentration par le Conseil de la Concurrence après l’arrêt *Editeco*”, *J.T.* 2005, p. 765-770; F. LOUIS en S. DIERCKENS, “L’effet dévolutif du recours contre des décisions du Conseil de la Concurrence en matière de concentrations”, *T.B.M.* 2006, p. 131-145; P. VALCKE, “Raad voor de Mededinging krijgt tweede zit in overnamedossier *L’Echo*” (noot onder Brussel 15 september 2005), *AM* 2006, nr. 2 en G.A. ZONNEKEYN, “Het overnamedossier *Editeco*: een procedureel imbroglgio zonder voorgaande”, in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2005*, Mechelen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2006, p. 869.

de controverse omtrent de draagwijdte van de bevoegdheid van het hof van beroep.

100. Wat opvalt is dat de Raad thans geen schriftelijke opmerkingen meer kan indienen in de beroepsprocedure. Dit lijkt opportuun omdat de schriftelijke opmerkingen van de Raad in de meeste gevallen vrij summier waren en weinig toevoegden aan de procedure in hoger beroep. Bovendien liet de Raad zich nooit vertegenwoordigen voor het hof van beroep en bleef zijn interventie beperkt tot het indienen van schriftelijke opmerkingen.

101. Ten slotte kan worden vermeld dat het hof van beroep er voor zorgt dat de vertrouwelijkheid van het dossier bezorgd door de Raad, wordt bewaard gedurende de volledige procedure voor het hof¹³⁷. Dit is een belangrijke vernieuwing die vermijdt dat partijen en derden via een “omweg” toch toegang zouden krijgen tot vertrouwelijke stukken uit het dossier.

c. Cassatie

102. De WBEM voorziet dat ook de minister van Economie een voorziening in cassatie kan inleiden tegen de arresten van het hof van beroep te Brussel zonder dat hij een belang moet aantonen en zonder partij te zijn geweest voor de Raad of het hof¹³⁸. Dit artikel is ongetwijfeld een reactie op een arrest van het Hof van Cassatie van 8 oktober 2004 waarbij een voorziening in cassatie door de minister van Economie tegen een arrest van het hof van beroep te Brussel onontvankelijk werd verklaard omdat de minister geen partij was geweest noch in de procedure voor de Raad, noch in deze voor het hof van beroep¹³⁹.

d. De Ministerraad

103. Artikel 77 van de WBEM bepaalt dat tegen beslissingen van de Ministerraad inzake concentraties bij de Raad van State een beroep tot vernietiging kan worden ingesteld binnen een termijn van dertig dagen na de kennisgeving. Evenmin als bij hogere beroepen voor het hof van beroep werkt het beroep schorsend. Het onderzoek van de Raad van State is echter beperkt tot een legaliteitscontrole. De Raad heeft met andere woorden geen volle rechtsmacht. Na een

eventuele nietigverklaring van de bestreden beslissing beschikt de Ministerraad over een nieuwe termijn om uitspraak te doen die aanvangt wanneer het vernietigingsarrest van de Raad van State ter kennis wordt gebracht.

e. De verhouding met de sectoriële regulatoren

104. Alhoewel de WBEM de verhouding tussen de Belgische mededingingsorganen en de sectoriële regulatoren niet op exhaustieve wijze regelt wordt toch een aanzet gegeven voor een meer efficiënte samenwerking tussen de Dienst, het Auditoraat en de sectoriële regulatoren. De WBEM voorziet in de eerste plaats dat de Koning de samenwerking tussen de betrokken organen kan regelen, wat het onderzoek betreft evenals de wederzijdse uitwisseling van vertrouwelijke inlichtingen¹⁴⁰. Ten tweede bepaalt de WBEM dat de Raad als beroepsinstantie kan fungeren tegen beslissingen van de sectoriële regulatoren in de gevallen bepaald door de wet¹⁴¹. Tegen de beslissing van de Raad als beroepsinstantie staat enkel nog beroep open bij het Hof van Cassatie¹⁴².

105. Een verdere invulling wordt aan deze samenwerking niet gegeven wat toch enigszins ontgoochelend is als men de doelstellingen van de regering zoals geformuleerd te Gembloux erop naleest (*i.e.* “de verhouding met sectorregulatoren scherp stellen”). Naert formuleert de actuele situatie goed door te besluiten dat “*it has to be diagnosed that (the) relationship (between the competition authority and sector regulators) is in Belgium still in the build up stage*”¹⁴³. Het lijkt daarom opportuun om in deze bijdrage een kort overzicht te geven van de reeds bestaande samenwerkingsmechanismen tussen de mededingingsorganen (voornamelijk de Raad voor de Mededinging) en de sectoriële regulatoren. Hieruit blijkt dat de Raad voor de Mededinging als advies- en beslissingsorgaan optreedt en ook als beroepsinstantie.

Het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (“BIPT”)

(i) Beslissingsbevoegdheid

106. Artikel 4 van de wet van 17 januari 2003 bepaalt dat de Raad uitspraak doet over geschillen tussen telecommunica-

^{137.} Art. 76 § 5 van de WBEM.

^{138.} Art. 78 van de WBEM.

^{139.} Cass. 8 oktober 2004, *Minister van Economie en de Belgische Staat/Daems Racing, Vlaamse Autosportfederatie en de Raad voor de Mededinging, onuitg.*

^{140.} Art. 46 al. 2 van de WBEM.

^{141.} Art. 79 van de WBEM.

^{142.} Art. 81 al. 1 van de WBEM.

^{143.} Zie F. NAERT, *Competition authorities and regulators: the birth of a Belgian model?*, tekst van een lezing gehouden tijdens de “Third International Conference on Industrial Organization, Economics & Law”, gehouden te Athene van 12 t.e.m. 14 juni 2006 en terug te vinden op <http://webs.hogent.be/~fn246/>.

tieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten voor wat betreft interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik, alsmede over geschillen tussen postoperatoren m.b.t. hun vergunning¹⁴⁴. Artikel 14 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector¹⁴⁵ voorziet dat het BIPT onder andere bevoegd is voor het formuleren van adviezen, het nemen van administratieve beslissingen en in geval van een geschil tussen aanbieders van telecommunicatienetwerken, -diensten of -apparatuur, of in geval van een geschil tussen postoperatoren, het formuleren van voorstellen om de partijen te verzoenen. Daarnaast voorzien de artikelen 15 en 16 dat het BIPT voorlopige maatregelen kan opleggen maar ook definitieve beslissingen kan nemen wanneer een inbreuk wordt vastgesteld.

107. Deze onduidelijke bevoegdheidsafbakening kan aanleiding geven tot bevoegdheidsconflicten tussen de Raad en het BIPT¹⁴⁶. Aangezien de WBEM de Raad nu ook nog de bevoegdheid geeft om als beroepsinstantie op te treden tegen beslissingen genomen door het BIPT is de kans op bevoegdheidsconflicten en tegenstrijdige beslissingen nog vergroot.

(ii) Adviserende bevoegdheid

108. De wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voorziet in een adviserende rol voor de Raad aan het BIPT¹⁴⁷. Dit advies is in sommige gevallen bindend en dient door het BIPT te worden ingewonnen wanneer het bepaalde stappen onderneemt in verband met marktanalyse en -reglementering. Artikel 55 § 4 van deze voorziet bijvoorbeeld dat de Raad binnen de 30 kalenderdagen een advies

kan geven over de ontwerpbeslissingen van het BIPT die de operatoren identificeert met een sterke machtspositie op de relevante markten en de desgevallend opgelegde verplichtingen¹⁴⁸. Daarnaast bepaalt artikel 55 § 5 dat de Raad een bindend advies kan uitbrengen met betrekking tot de vraag of de beslissingen van het BIPT in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen¹⁴⁹. In navolging van deze wet werd door de Raad en het BIPT op 14 juni 2005 een samenwerkingsprotocol getekend waarin wordt bepaald dat het BIPT betreffende zijn beslissingen inzake marktanalyse en -reglementering overleg pleegt met de Raad¹⁵⁰.

De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)

109. De wet van 27 juli 2005 tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas¹⁵¹ heeft een artikel 29^{ter} toegevoegd aan de elektriciteitswet op grond waarvan een beroep kan worden ingeleid bij de Raad tegen bepaalde beslissingen van de CREG¹⁵².

Het koninklijk besluit betreffende de spoorweginfrastructuur

110. De Raad verkreeg bijkomende beslissingsbevoegdheden op basis van het koninklijk besluit van 12 maart 2003 betreffende de voorwaarden voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur¹⁵³. Dit koninklijk besluit voorziet ook dat indien de Raad zich uitspreekt over spooraanlegingen

¹⁴⁴. Wet betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbeslechting naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *B.S.* 24 januari 2003, p. 2602.

¹⁴⁵. *B.S.* 24 januari 2003, p. 2591.

¹⁴⁶. In een arrest van 7 april 2006 oordeelde het hof van beroep te Brussel dat "(L) IBTP est donc compétent pour agir, en cas d'urgence, nonobstant le fait qu'il n'a pas reçu la compétence de résoudre le litige entre les parties par une solution définitive, et ce, sans préjudice de la question de savoir si l'IBPT pourrait également prendre des mesures urgentes dans l'hypothèse où la pratique incriminée relève uniquement des règles de concurrence". Zie rechtsoverweging 73 van het arrest van het hof van beroep van Brussel 7 april 2006, *Belgacom Mobile NV/BIPT*. Deze zaak werd ook aanhangig gemaakt bij de Raad voor de Mededinging, die zich op 1 september 2006 over de klacht uitsprak. Zie beslissing van de Raad voor de Mededinging van 1 september 2006, *NV The Phone Compant t. NV Belgacom Mobile*, nr. 2006-P/K-14, *B.S.* 3 oktober 2006, p. 51244.

¹⁴⁷. Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *B.S.* 20 juni 2005, p. 28070.

¹⁴⁸. De Raad heeft reeds drie adviezen verleend aan het BIPT. Zie "Avis du Conseil de la concurrence du 25 mars 2006 relatif au Projet de décision du Conseil de l'IBPT relative à la définition des marchés, l'analyse des conditions de concurrence, l'identification des opérateurs puissants et la détermination des obligations appropriées pour les marchés du groupe 'Accès', sélectionnés dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003"; "Advies van de Raad voor de Mededinging van 15 juni 2006 over de ontwerpbeslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) betreffende de markten 3, 4, 5, 6, 8, 9 en 10, de markten voor de zogenaamde 'vaste telefonie', geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003" en "Advies van de Raad voor de Mededinging van 15 juni 2006 over de ontwerpbeslissing van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) betreffende markt 16, de markt voor mobiele gespreksafgifte, geselecteerd in de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 februari 2003" (alle adviezen werden gepubliceerd op de webste van de Raad).

¹⁴⁹. Hier stelt zich het probleem dat de Raad rechter en partij kan zijn als hij vervolgens gevat zou worden inzake een beroep tegen een beslissing van het BIPT waarover hij eerder een bindend advies heeft verstrekt.

¹⁵⁰. Aldus C. Rutten, lid van het bestuur van het BIPT, tijdens de hoorzitting van de Commissie Bedrijfsleven in de Kamer op 21 februari 2006. Zie *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 2180/004, p. 20.

¹⁵¹. *B.S.* 29 juli 2005, p. 33842.

¹⁵². Voor een analyse van de beroepsmogelijkheden, zie B. DELVAUX, "De specifieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG", in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 211-249.

¹⁵³. *B.S.* 14 maart 2003, p. 12536. Zie in het bijzonder art. 91 zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 11 juni 2004, *B.S.* 15 juni 2004, p. 44406.

de samenselling van de Raad wordt uitgebreid met drie leden die worden aangeduid bij een door de Ministerraad goedge-

keurd besluit en dit op basis van hun bekwaamheid inzake spoorzakeaangelegenheden¹⁵⁴.

3. UITVOERINGSBEPALINGEN EN OVERGANGSBEPALINGEN

A. Uitvoeringsbepalingen

111. De redactie van de uitvoeringsbesluiten is thans volop aan de gang. De uitvoeringsbesluiten waren op het ogenblik van de inwerkingtreding van de WBEM nog niet in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd. Het is zeer de vraag of nog gebruik kan worden gemaakt van de “bestaande” uitvoeringsbesluiten die waren genomen ter uitvoering van een wet (de oude WBEM) die thans is opgeheven. Daarnaast zullen waarschijnlijk ook de bestaande mededelingen van de Raad en het Korps (lees Auditoraat) worden gewijzigd en aangepast aan de bepalingen van de WBEM. Er zal ongetwijfeld rekening worden gehouden met de ervaringen die de mededingingsorganen hebben opgedaan bij de toepassing van deze mededelingen en de recente ontwikkelingen in het Europese mededingingsrecht.

B. Overgangsbepalingen

112. De WBEM bevat een aantal overgangsbepalingen. Een aantal specifieke problemen worden echter niet aangepakt zoals een overgangsregeling voor de hangende procedures

voor het hof van beroep te Brussel, zij het een hoger beroep of een prejudiciële procedure.

113. Aan de mandaten van de leden van de Raad werd van rechtswege een einde gesteld bij de inwerkingtreding van de WBEM¹⁵⁵. Daarnaast werd de Raad – als instelling – opgeheven aangezien de WBEM een nieuwe Raad heeft opgericht¹⁵⁶. Aangezien het weinig waarschijnlijk is dat de nieuwe raadsleden op het ogenblik van de inwerkingtreding van de WBEM reeds benoemd zullen zijn kan de vraag worden gesteld of er geen juridisch vacuüm dreigt te ontstaan. Om een dergelijk probleem bij de overgang van de oude naar de nieuwe Raad te vermijden bepaalt artikel 95 alinea 2 van de WBEM dat de bestaande leden van de Raad kunnen aanblijven zolang zij niet worden vervangen.

114. Vervolgens rijst de vraag hoe en door wie de hangende dossiers voor de Raad zullen moeten worden afgehandeld op het ogenblik van de inwerkingtreding van de WBEM. Om problemen te vermijden lijkt het aangewezen dat de Raad zich vóór 31 september 2006 uitspreekt over alle zaken die nog in beraad zijn.

4. BESLUIT

115. De WBEM wijzigt het Belgische mededingingsland- schap maar niet op revolutionaire wijze. Het behoud van het duale systeem is hiervan een tekenend voorbeeld. Nochtans vindt er een interne bevoegdheidsverschuiving plaats in het voordeel van het Auditoraat dat zich lijkt te ontwikkelen tot de werkelijke motor van het Belgische mededingingsbeleid.

116. Vele wijzigingen zijn ingegeven door de inwerkingtreding van verordening 1/2003. Andere wijzigingen trachten vooral een aantal procedurele tekortkomingen of lacunes uit de oude WBEM op te vangen. In een verslag van juni 2006 vermeldt het Rekenhof dat het matig functioneren van de

Belgische mededingingswet onder andere te wijten is aan een slechte interne organisatie van de mededingingsorganen en dat om betere resultaten te verkrijgen, de middelen niet verder moeten worden verhoogd, maar er een actiever beheer moet zijn met meer aandacht voor de behandelings- termijnen van de dossiers¹⁵⁷.

117. De nieuwe mededingingswet moet een nieuwe en noodzakelijke impetus geven aan het mededingingsbeleid in België. Men kan enkel hopen dat deze doelstelling wordt bereikt en dat het Belgische mededingingsrecht definitief uit de startblokken komt zonder te worden teruggefloten wegens de zoveelste valse start.

^{154.} Volgens NAERT zou de Ministerraad op 31 maart 2006 besloten hebben om de bevoegdheden van de Raad inzake spoorzakeaangelegenheden te schrappen evenals de voorziene uitbreiding van de Raad. Zie F. NAERT, *Competition authorities and regulators: the birth of a Belgian model?*, tekst van een lezing gehouden tijdens de “Third International Conference on Industrial Organization, Economics & Law”, gehouden te Athene van 12 t.e.m. 14 juni 2006 en terug te vinden op <http://webs.hogent.be/~fn246/>.

^{155.} Art. 95 al. 1 van de WBEM.

^{156.} Art. 11 § 1 van de WBEM bepaalt immers dat er een Raad voor de Mededinging wordt opgericht.

^{157.} *Naar een doeltreffende controle op de restrictieve mededingingspraktijken*, Verslag van het Rekenhof aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers van juni 2006, 27 p. Te raadplegen op de website van het Rekenhof <http://www.ccrek.be>.