

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGULEERDE SECTOREN /  
DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS RÉGULÉS

### Le conditionnel imparfait: verbintenissen en toezeggingen in het Belgisch mededingingsrecht

*Johan Ysewyn en Marjolein De Backer<sup>1</sup>*

<b>1. Inleiding</b> .....	429
<b>2. Verbintenissen en toezeggingen: een poging tot conceptuele analyse</b> .....	429
<b>2.1. Aard van verbintenissen en toezeggingen</b> .....	429
<b>2.2. Doel van verbintenissen en toezeggingen</b> .....	430
<b>2.3. Gevolgen van niet-naleving van verbintenissen en toezeggingen</b> .....	431
<b>3. Procedureel kader</b> .....	431
<b>3.1. Concentratiecontrole</b> .....	431
3.1.1. <i>Eerste fase: verbintenissen aangeboden aan de auditeur/Raad en voorwaarden voorgesteld door de Raad</i> .....	431
(a) Tijdslijn .....	431
(b) Rechten van de aanmeldende partijen .....	432
(c) Rechten van derden .....	432
3.1.2. <i>Tweede fase: verbintenissen aangeboden aan de auditeur/Raad en voorwaarden voorgesteld door de Raad</i> .....	433
(a) Tijdslijn .....	433
(b) Rechten van de aanmeldende partijen .....	433
(c) Rechten van derden .....	434
3.1.3. <i>Vormvereisten zowel tijdens de eerste als de tweede fase</i> .....	435
3.1.4. <i>Verzoek tot herziening of opheffing van verbintenissen</i> .....	435
3.1.5. <i>Rolverdeling tussen de diverse spelers binnen de Belgische Mededingingsautoriteit</i> .....	437
3.1.6. <i>Interactie met andere sectorregulators</i> .....	437
<b>3.2. Restrictieve mededingingspraktijken</b> .....	437
3.2.1. <i>Formeel aanvaarden van toezeggingen</i> .....	437
3.2.2. <i>Toezeggingen en indicatie van inbreuk</i> .....	438
3.2.3. <i>Informeel mededingingsbeleid</i> .....	439
<b>4. Aanvaarde verbintenissen en toezeggingen</b> .....	439
<b>4.1. Aard van de verbintenis</b> .....	439
4.1.1. <i>Afstoting (van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel)</i> .....	439
4.1.2. <i>Voorkomen misbruik van machtspositie</i> .....	440
4.1.3. <i>Beëindiging of verbod van exclusiviteitsovereenkomsten</i> .....	441
4.1.4. <i>Beperking op groei</i> .....	442
4.1.5. <i>Toegang tot infrastructuur</i> .....	442
4.1.6. <i>Leveren van producten of diensten aan derden</i> .....	443
4.1.7. <i>Beëindiging van samenwerkingsovereenkomsten met concurrenten</i> .....	444
4.1.8. <i>Eliminatie van het risico van coördinatie</i> .....	444
4.1.9. <i>Vergemakkelijken van toegang tot de markt voor concurrenten</i> .....	444
4.1.10. <i>Verbintenis met betrekking tot de distributie</i> .....	445

<sup>1</sup> Advocaten, Linklaters LLP.

<b>4.2. Duurtijd van de verbintenissen</b> .....	446
<b>4.3. Motivering van de verbintenissen</b> .....	446
<b>4.4. Toezicht op de naleving van de verbintenissen en toezeggingen</b> .....	446
<b>5. Conclusie</b> .....	448

### Table des matières

<b>1. Introduction</b> .....	429
<b>2. Engagements: une tentative d'analyse conceptuelle</b> .....	429
<b>2.1. La nature des engagements</b> .....	429
<b>2.2. Le but des engagements</b> .....	430
<b>2.3. Conséquences de la violation des engagements</b> .....	431
<b>3. Contexte procédural</b> .....	431
<b>3.1. Contrôle des concentrations</b> .....	431
3.1.1. Première phase: engagements présentés à l'Auditeur/au Conseil et engagements proposés par le Conseil .....	431
3.1.2. Seconde phase: engagements présentés à l'Auditeur/au Conseil et engagements proposés par le Conseil .....	433
3.1.3. Conditions de forme requises pour présenter des engagements durant la première et seconde phase .....	435
3.1.4. Requête de révision ou de révocation des engagements .....	435
3.1.5. Répartition des rôles entre les différents acteurs au sein de l'Autorité de la concurrence belge .....	437
3.1.6. Interaction avec d'autres régulateurs sectoriels .....	437
<b>3.2. Pratiques restrictives de concurrence</b> .....	437
3.2.1. Pratiques formelles .....	437
3.2.2. Engagements et indice d'infraction .....	438
3.2.3. Pratiques informelles .....	439
<b>4. Engagements</b> .....	439
<b>4.1. Les types d'engagements</b> .....	439
4.1.1. Cession .....	439
4.1.2. Prévention d'un abus de position dominante .....	440
4.1.3. Cessation ou prohibition d'accords d'exclusivité .....	441
4.1.4. Limitation de la croissance de l'entreprise .....	442
4.1.5. Accès à l'infrastructure .....	442
4.1.6. Livraison de produits ou prestation de service à des tiers .....	443
4.1.7. Cessation d'accords de coopération avec des concurrents .....	444
4.1.8. Élimination du risque de coordination .....	444
4.1.9. Faciliter l'accès des concurrents au marché .....	444
4.1.10. Engagements concernant la distribution .....	445
<b>4.2. Durée des engagements</b> .....	446
<b>4.3. Motivation des engagements</b> .....	446
<b>4.4. Contrôle de la mise en œuvre des engagements</b> .....	446
<b>5. Conclusion</b> .....	448

### SAMENVATTING

Dit artikel bespreekt het procedureel kader alsook de rechtspraak van de Raad voor de Mededinging – en het hof van beroep te Brussel – in verband met toezeggingen (restrictieve mededingingspraktijken) en verbintenissen (concentratiedossiers). Het geeft een gedetailleerd overzicht van alle types van verbintenissen en toezeggingen die de Raad reeds heeft aanvaard. De Raad heeft tot nu toe voornamelijk gedragsvoorwaarden aan zijn beslissingen gekoppeld. De recente beslissing in het overnamedossier van Scarlet door Belgacom is ongetwijfeld een aanzet om meer structurele voorwaarden te aanvaarden; wat betreft restrictieve mededingingspraktijken lijkt er zich ook een nieuw beleid te ontwikkelen waarbij toezeggingen informeel aanvaard worden – en dit vooraleer er een formeel onderzoek wordt geopend. Ook heeft de Raad zich recentelijk moeten buigen over de opheffing/aanpassing van eerder aangegane verbintenissen. Het hof van beroep heeft hier duidelijk gemaakt dat de Raad zulke opheffing of aanpassing moet baseren op een degelijk marktonderzoek. Uit dit alles blijkt dat de Belgische mededingingspraktijk wel degelijk evolueert maar de auteurs van dit artikel merken op dat een éénduidig kader dat de procedure en de voorwaarden om verbintenissen en toezeggingen aan te bieden en te aanvaarden uiteenzet, nog steeds ontbreekt – en zij maken een aantal suggesties in dit verband.

## RÉSUMÉ

*Cet article discute de la pratique décisionnelle du Conseil de la Concurrence belge et de la jurisprudence de la cour d'appel de Bruxelles ainsi que du cadre procédural dans lequel des engagements sont offerts par les parties dans des dossiers de concentration ou de pratiques restrictives de concurrence. Il donne un aperçu détaillé de tous les types d'engagements acceptés par le Conseil à ce jour. Le Conseil a principalement imposé, dans ses décisions, des conditions relatives au comportement des parties. La décision récente du Conseil concernant la reprise de Scarlet par Belgacom constitue toutefois un appel clair en faveur de l'imposition de conditions plus structurelles; en ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence, on discerne là aussi une nouvelle politique puisque des engagements ont été acceptés de manière informelle – avant même que soit ouverte une procédure formelle. Le Conseil a par ailleurs dû récemment s'incliner à retirer/adapter des engagements précédemment imposés. La cour d'appel insiste d'ailleurs pour que le Conseil motive le retrait ou l'adaptation sur une solide étude de marché. Il ressort ainsi que la pratique des autorités belges de concurrence évolue bel et bien. Les auteurs de cet article remarquent cependant qu'une procédure et des conditions claires concernant l'offre et l'acceptation d'engagements font toujours défaut et font dès lors un certain nombre de suggestions à cet égard.*

## 1. INLEIDING

1. Er is ontegensprekelijk de laatste jaren een tendens in de praktijk van de Raad voor de Mededinging (hierna “de Raad”) om verbintenissen en toezeggingen te koppelen aan zijn beslissingen, zowel in concentratiecontrole als in dossiers inzake restrictieve mededingingspraktijken.

Tot voor kort had de Raad zich beperkt tot het opleggen van gedragsvoorwaarden. Eind 2008 heeft de Raad in zijn voorwaardelijke goedkeuringsbeslissing van de overname van Scarlet door Belgacom<sup>2</sup> voor het eerst in zijn geschiedenis een structurele voorwaarde aan zijn goedkeuringsbeslissing verbonden.

Dit artikel geeft de stand van het recht en de beslissingspraktijk van de Raad weer op 1 maart 2009.

Dit artikel zal

- trachten de concepten van verbintenissen en toezeggingen nader toe te lichten;
- het procedurele kader voor het aanbieden van verbintenissen en toezeggingen schetsen; en
- dan een exhaustief overzicht geven van de verbintenissen en toezeggingen die op vandaag zijn aanvaard door de Raad, zowel in de context van concentraties als restrictieve mededingingspraktijken.

## 2. VERBINTENISSEN EN TOEZEGGINGEN: EEN POGING TOT CONCEPTUELE ANALYSE

### 2.1. Aard van verbintenissen en toezeggingen

2. Verbintenissen worden aangeboden in concentratiedossiers en toezeggingen gebeuren in onderzoeken naar restrictieve mededingingspraktijken (zie randnr. 42 voor door de Raad aanvaardde verbintenissen en toezeggingen).

Zowel voor restrictieve mededingingspraktijken als concentraties geldt dat de Raad toezeggingen en verbintenissen niet kan opleggen indien ze niet worden aangeboden door de partijen (zie bespreking arrest *Editeco*, randnrs. 19 en 24). Als een verbintenis niet volstaat om de bezorgdheden van de Raad tegemoet te komen, dan moet de Raad de concentratie verbieden<sup>3</sup>. Dit wijst erop dat verbintenissen en toezeggingen een contractueel element in zich dragen. Ze worden

immers aangeboden aan de Raad, die deze dan koppelt aan zijn beslissing, waardoor ze een bindend karakter krijgen.

3. De Raad kan wel zelf voorwaarden en/of verplichtingen overwegen die moeten waarborgen dat de partijen hun verbintenissen nakomen (art. 58 § 2, 1° en art. 59 § 6 wet tot bescherming van de economische mededinging van 10 juni 2006<sup>4</sup>, hierna “WEM”, zie randnr. 11). Indien deze voorwaarden en/of verplichtingen niet opgenomen zijn in het verslag van de auditeur, hoort de Raad de partijen en de auditeur hierover en krijgen zij minimaal twee werkdagen om zich hierover uit te spreken. De Raad kan dus een signaal geven aan de partijen dat de aangeboden verbintenissen niet volstaan zodat de partijen de kans hebben nieuwe verbinte-

<sup>2</sup> *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, randnrs. 37-46, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>3</sup> D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, randnrs. 15-172 en C. RAKOVSKY, “EC Merger Remedies”, *Concurrences* 2009, 3.

<sup>4</sup> K.B. 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. 50.613.

nissen aan te bieden die een tweede fase of verbodsbepaling vermijden. In *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, heeft de Raad na de zitting op vrijdag aan de partijen in een nota over het weekend meegedeeld in welke omstandigheden de verbintenissen niet zouden volstaan en welke voorwaarden en/of verplichtingen de Raad in overweging zou kunnen nemen op basis van artikel 58 § 2, 1° WEM. De partijen en de auditeur zouden hierover gehoord worden op woensdag. De partijen hebben echter op dinsdag aan de Raad laten weten dat zij de nota van 27 januari 2008 niet in overweging wilden nemen en ook niet op de zitting zouden verschijnen<sup>5</sup>. De Raad heeft vervolgens een tweede fase procedure geopend.

4. Wat betreft restrictieve mededingingspraktijken treedt de Raad in dialoog over de toezeggingen die partijen hem aanbieden. Eens de toezeggingen, zoals voorgesteld door de partijen, worden opgenomen in de beslissing van de Raad, zijn zij wel algemeen bindend (art. 53 § 1 WEM).

5. In het informeel mededingingsbeleid met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken is het moeilijk toezeggingen als een contract te karakteriseren. De Dienst/het auditoraat stellen dan enkel vast dat partijen hun praktijken hebben aangepast en openen, op basis hiervan, dan ook geen formeel onderzoek. Toezeggingen zijn hier geen *contrat* maar een *constat* (zie randnr. 40-41).

## 2.2. Doel van verbintenissen en toezeggingen

6. Concentratiecontrole is gericht op het handhaven van een concurrentiële marktstructuur. Onderzoek van restrictieve mededingingspraktijken is daarentegen gericht op het toezien op (mededingingsbepalend) gedrag van ondernemingen. Zowel verbintenissen (in het geval van concentratiecontrole) als toezeggingen (in de context van restrictieve mededingingspraktijken) zijn toekomstgericht. Ze hebben echter een ander doel: verbintenissen beogen de aanpassingen van een concentratie (dat de marktstructuur kan veranderen) en toezeggingen beogen het beëindigen van een inbreuk<sup>6</sup>.

7. De betrokken ondernemingen leggen verbintenissen voor om de negatieve effecten van de concentratie te elimineren. Waar een concentratie van ondernemingen tot een significante belemmering van de mededinging op de markt zou leiden vermijden partijen dus een verbodsbepaling door verbintenissen aan te bieden. De verbintenissen zorgen er immers voor dat het aangepaste voorstel van concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt niet langer belemmert<sup>7</sup>.

Om de daadwerkelijke mededinging op de markt te waarborgen na de concentratie, moeten verbintenissen (1) de mededingingsbezwaren volledig wegnemen, (2) in alle opzichten volledig en effectief zijn, en (3) op korte termijn effectief kunnen worden uitgevoerd zodat de mededinging op de markt gehandhaafd wordt<sup>8</sup>.

8. Toezeggingen hebben tot gevolg dat de praktijken van de betrokken ondernemingen niet langer een inbreuk uitmaken op de mededingingsregels en dat er voor de Raad dan ook geen grond meer is om verder op te treden<sup>9</sup>. Dat er geen grond meer bestaat voor het verder optreden van de Raad lijkt a contrario bevestigd door het feit dat de hoven en rechtbanken enkel nog kunnen beslissen dat er voor het verleden een restrictieve mededingingspraktijk bestond (art. 53 § 1 WEM).

Dit kan echter tot conflicten leiden waar het gedrag van de ondernemingen ook een inbreuk uitmaakt op het Europees mededingingsrecht aangezien enkel de Europese Commissie bevoegd is om een beslissing te nemen dat het gedrag van ondernemingen in geen enkel geval een restrictieve mededingingspraktijk uitmaakt onder de artikelen 81 en 82<sup>10</sup>. Bovendien betekent een beslissing waarbij de Europese Commissie toezeggingen aanvaardt niet dat er geen inbreuk werd gepleegd of wordt gepleegd. Toezeggingsbeschikkingen van de Commissie nemen dus geen standpunt in over de legitimiteit van een bepaalde praktijk, zij geven alleen een verbindend karakter aan de toezeggingen<sup>11</sup>.

Wanneer ondernemingen zulke toezeggingen aanbieden, moeten zij de bezorgdheden van de Raad over hun gedrag wegnemen. Indien dit het geval is, is er dan ook geen grond meer voor de Raad om later nog actie te ondernemen tegen deze praktijken<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, 2008-C/C-05, 31 januari 2008, randnr. 14-16, zie [http://economie.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/052008CC05\\_TECTEO\\_PUB.pdf](http://economie.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/052008CC05_TECTEO_PUB.pdf).

<sup>6</sup> C. RAKOVSKY, "EC Merger Remedies", *Concurrences* 2009, 1-2.

<sup>7</sup> Mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PB*. 22 oktober 2008, C. 267/1, par. 1-8.

<sup>8</sup> Mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PB*. 22 oktober 2008, C. 267/1, par. 9.

<sup>9</sup> Zie ook D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, randnr. 13-76.

<sup>10</sup> Wanneer de Raad van mening is dat er geen verbod moet worden opgelegd kan de Raad beslissen dat er voor de Raad "geen reden bestaat om op te treden". De Raad kan echter geen formele vaststelling doen dat de art. 81 of 82 geheel niet van toepassing zijn. Zie verordening (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 verdrag, *PB*. 4 januari 2003, L. 1/1, art. 5 en considerans 14. Zie ook D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, randnr. 2-10 en 13-76.

<sup>11</sup> Verordening (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 verdrag, *PB*. 4 januari 2003, L. 1/1, considerans 13.

<sup>12</sup> Verordening (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 verdrag, *PB*. 4 januari 2003, L. 1/1, art. 9.

9. Het is vermeldenswaardig dat de Raad ervan uitgaat dat toezeggingen moeilijk aanvaard kunnen worden voor een inbreuk op het kartelverbod. De Raad heeft in *VEBIC*<sup>13</sup> de toezeggingen van de partijen inderdaad niet aanvaard omdat ze (onder andere) niet zouden tegemoet kunnen komen “aan de schade die de mededinging heeft geleden door haar inbreuk in het verleden, hetgeen de toezeggingen ongeschikt maakt in het kader van de specifieke inbreuk op het kartelverbod die de Raad in deze zaak heeft vastgesteld”.

10. Het verschillende doel van verbintenissen (in het geval van concentratiecontrole) en toezeggingen (in het geval van onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken) heeft tot gevolg dat gedragsvoorwaarden normaal volstaan om bezorgdheden over restrictieve mededingingspraktijken tegemoet te komen waar structurele voorwaarden meer toepasselijk zijn voor concentraties (zie verder randnr. 42 in verband met structurele/ gedragsvoorwaarden)<sup>14</sup>.

### 2.3. Gevolgen van niet-naleving van verbintenissen en toezeggingen

11. Verbintenissen worden bindend wanneer ze zijn opgenomen in een beslissing van de Raad en moeten nageleefd worden (art. 58 § 2, 1° en art. 59 § 6 WEM).

In concentratiedossiers kan de Raad voorwaarden en/of ver-

plichtingen aan zijn voorwaardelijke beslissing verbinden die waarborgen dat de verbintenissen worden nageleefd. Voorwaarden hebben betrekking op het naleven van een verbintenis tot het nemen van maatregelen, zoals bijvoorbeeld de afstoting van een bedrijfsonderdeel. Verplichtingen zijn de uitvoeringsmaatregelen die nodig zijn om dit resultaat te bereiken (bv. de aanstelling van trustees). Bij de niet-naleving van een verplichting kan de Raad (naar het voorbeeld van de Europese Commissie) de goedkeuringsbeslissing intrekken of een geldboete of dwangsom opleggen. In het geval een voorwaarde niet wordt nagekomen wordt de goedkeuringsbeslissing automatisch ingetrokken en kan de Raad opleggen dat de transactie ongedaan gemaakt wordt, mits oplegging van geldboetes indien nodig<sup>15</sup>.

Het is niet duidelijk of de Raad in zijn beslissing tot verbindendverklaring van toezeggingen reeds een dwangsom kan opleggen om de naleving van de toezeggingen te waarborgen aangezien artikel 63, tweede lid WEM niet naar artikel 53 § 1 WEM verwijst. Artikel 63, tweede lid WEM verwijst alleen naar artikel 53 § 2 WEM waarbij de Raad het initiatief kan nemen het onderzoek te heropenen indien de betrokken ondernemingen in strijd handelen met de door hen gedane toezeggingen<sup>16</sup>.

Bij niet-naleving van toezeggingen kan de Raad het onderzoek heropenen krachtens artikel 53 § 2, 2° WEM en eveneens boetes opleggen op basis van artikel 63, tweede lid WEM.

## 3. PROCEDUREEL KADER

### 3.1. Concentratiecontrole

12. Het procedureel kader voor het aanbieden van verbintenissen tijdens een concentratieonderzoek is door de WEM en de rechtspraak van het hof van beroep verder ontwikkeld. Een eenduidig kader voor de rechten van derde partijen en voor de herziening of opheffing van aanvaardde verbintenissen ontbreekt echter nog steeds.

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van de procedure en de rechten van partijen (inclusief belanghebbende derden) voor het aanbieden van verbintenissen zowel in de eerste als de tweede fase en bij de wijziging of opheffing van verbintenissen.

#### 3.1.1. Eerste fase: verbintenissen aangeboden aan de auditeur/Raad en voorwaarden voorgesteld door de Raad

##### (a) Tijdslijn

13. In een eerste fase onderzoek beslist de Raad binnen een termijn van veertig werkdagen te rekenen vanaf de dag volgend op de dag van ontvangst van de aanmelding. Deze termijn wordt met vijftien werkdagen verlengd indien de betrokken ondernemingen verbintenissen aanbieden teneinde de concentratie toelaatbaar te horen verklaren (art. 58 § 2, 3° WEM). Aanmeldende partijen kunnen de voorwaarden van een concentratie wijzigen zolang de Raad nog geen beslissing heeft genomen<sup>17</sup>. Ze hebben de keuze hiervoor

<sup>13</sup>. *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakers, IJsbereiders en Chocoladebewerders*, 2008-I/O-04, 25 januari 2008, randnr. 60, zie [http://economie.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/042008io04\\_Vebic\\_pub.pdf](http://economie.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/042008io04_Vebic_pub.pdf).

<sup>14</sup>. C. RAKOVSKY, “EC Merger Remedies”, *Concurrences* 2009, 1-2.

<sup>15</sup>. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PB*, 22 oktober 2008, C. 267/1, par. 12. Zie ook D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, randnrs. 15-115 en N. LEVY, *European Merger Control Law*, LexisNexis, 2007, 4<sup>de</sup> druk, randnr. 18.08[8].

<sup>16</sup>. Zie D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, randnrs. 17-28.

<sup>17</sup>. Art. 58 § 2, 1° WEM.

verbintenissen aan te bieden op het ogenblik van de aanmelding, of in de loop van het eerste fase onderzoek.

### (b) Rechten van de aanmeldende partijen

14. Partijen kunnen verbintenissen neerleggen bij het auditeuraat (art. 56 WEM) wanneer de auditeur de partijen ten minste vijf werkdagen voor het indienen van zijn verslag inlicht dat hij bezwaren heeft. De partijen beschikken dan over vijf werkdagen om verbintenissen aan te bieden en worden door de auditeur over deze verbintenissen gehoord. Aan gezien partijen op basis van het verslag van de auditeur moeten kunnen nagaan wat zijn bezwaren zijn en welke verbintenissen deze zouden kunnen tegemoet komen, is het essentieel dat de auditeur zijn bezwaren duidelijk toelicht en motiveert.

De auditeur analyseert de verbintenissen vervolgens in zijn verslag aan de Raad die de concentratie op basis van de verbintenissen goedkeurt indien ze de mededingingsbezwaren wegnemen.

15. De Raad kan ook zelf voorwaarden en/of verplichtingen in overweging nemen die niet besproken worden in het verslag van de auditeur (art. 58 § 2, 1° WEM). In dit geval is de Raad verplicht de betrokken ondernemingen en de auditeur hiervan op de hoogte te brengen en hen hierover te horen (zie randnr. 3). De auditeur en de betrokken ondernemingen beschikken daarna over minimaal twee werkdagen om zich over de voorgestelde verbintenissen uit te spreken.

16. Samengevat is de eerste fase tijdslijn (uitgedrukt in werkdagen vanaf de formele aanmelding) als volgt wanneer verbintenissen worden aangeboden:

	20 WD	25 WD	30WD	55WD
Aanmelding	Auditeur informeert partijen	Partijen bieden verbintenissen aan	Verslag auditeur	Eerste fase beslissing Raad

### (c) Rechten van derden

17. Krachtens artikel 57 § 2, lid 3 WEM hoort de Raad derden die een voldoende belang doen blijken vooraleer hij een beslissing neemt. De leden van de bestuursorganen of van de directieorganen van de ondernemingen die deelne-

men aan de concentratie, alsook de vertegenwoordigers van de meest representatieve werknemersorganisaties van de aanmeldende partijen, of de personen die zij aanwijzen, worden geacht een voldoende belang te hebben.

In de praktijk richten derden die wensen gehoord te worden, een schriftelijk verzoek tot de kamer van de Raad waarin zij hun belang uiteenzetten. Het is belangrijk dit zo snel mogelijk na de aanmelding door de partijen – of ten minste na de publicatie ervan – te doen om als derde voldoende tijd te krijgen om nuttig tussen te komen.

18. Hoewel het recht om gehoord te worden voor derde partijen verzekerd is, staat de precieze draagwijdte van dit recht nog steeds ter discussie. Volgens de rechtspraak van de Raad, gebaseerd op de prejudiciële vraag gesteld aan Hof van Cassatie in *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, hebben derden slechts toegang tot de stukken die “*echt nodig zijn om die derde in staat te stellen zijn standpunt over de aangemelde concentratie en over de weerslag ervan op de mededinging op nuttige wijze uiteen te zetten*”<sup>18</sup>. De Raad oordeelt in elke zaak afzonderlijk welke documenten van het dossier voor derde partijen noodzakelijk zijn om hun recht om gehoord te worden effectief te kunnen uitoefenen. De Raad neemt hierin een vrij conservatieve houding aan op basis van deze cassatierechtspraak die bepaalt dat toegang *echt nodig* moet zijn.

Deze conservatieve houding kan echter niet zo ver gaan dat belanghebbende derden geen toegang zouden krijgen tot een niet-vertrouwelijke versie van de verbintenissen – en die delen van het verslag die de aangeboden verbintenissen bespreken. Net zoals de Europese Commissie die op basis van een niet-confidentiële versie van de verbintenissen een marktonderzoek uitvoert, kan men ervan uitgaan dat de visie van derde partijen ook essentieel is voor de Raad bij de beoordeling van de verbintenissen (zie ook randnr. 25 voor de tweede fase – *Tecteo/Brutele-Câble Wallon*). Tot nog toe heeft de Raad derden dan ook toegang tot een niet-vertrouwelijke versie van de verbintenissen en het verslag gegeven (zie bv. *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon* en *Belgacom/Scarlet*).

19. Er is geen specifieke bepaling voorzien voor het horen van derden over verbintenissen die niet opgenomen zijn in het verslag van de auditeur. Sinds het arrest van het hof van beroep te Brussel in *Editeco* is het echter duidelijk dat de Raad derde partijen moet horen vooraleer de Raad verbintenissen een verbindend karakter kan geven<sup>19</sup>. Dit lijkt erop te wijzen dat het begrip “*de betrokken ondernemingen*” in artikel 58 § 2, 1° WEM bijgevolg ruim geïnterpreteerd moet worden en zowel de aanmeldende als de tussenkomende partijen omvat. Indien de Raad de tussenkomende partijen niet

<sup>18</sup> Cass. 22 januari 2008, *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, A.P.T. 2007-08 (samenvatting), 80, *T.B.H.* 2008, 350, *T.B.H.* 2008 (samenvatting K. BAEKELANDT), 572; *Tecteo/Brutele-Câble Wallon*, 2008-C/C-16, 25 april 2008, randnr. 5, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/162008CC16\\_TECTEO\\_Phase2\\_PUB.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/162008CC16_TECTEO_Phase2_PUB.pdf) en *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, randnrs. 13-15, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>19</sup> Brussel 15 september 2005, *IPM/Rossel & Cie/De Persgroep/Editeco*, AM 2006, 81, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 832, *T.B.H.* 2006, 263 en *T.B.M.* 2006, 126.

zou horen kan zijn beslissing door het hof van beroep vernietigd worden.

Zoals in randnr. 18 beschreven, heeft de Raad in *Tecteo/Bru-télé-Câble Wallon* aan het Hof van Cassatie gevraagd of derden zich op het recht van verdediging kunnen beroepen om toegang te krijgen tot het gemotiveerd verslag en onderzoeksdossier. De Raad heeft daarnaast ook gevraagd of het al dan niet aanbieden van verbintenissen aan de auditeur het antwoord op deze vraag beïnvloedt. Deze vraag betreft dus in feite alleen de toegang tot het verslag. Het Hof geeft echter een verdere indicatie, want het voegt eraan toe dat “*verbintenissen het evenwicht van de concentratie [kunnen] wijzigen en meer bepaald een weerslag hebben op de rechten van derden. Zij wijzigen evenwel niets aan de aard van de rechten van die derden of aan de opdracht van de Raad voor de Mededinging*”. Ons inziens heeft het cassatiearrest in de praktijk dan ook geen invloed wanneer verbintenissen niet werden aangeboden aan de auditeur. Waar verbintenissen niet werden opgenomen in het verslag van de auditeur lijkt kennisname ervan door derden ons inziens, omwille van hun belang in de afweging van de Raad en omwille van de marktkennis van derden, meer dan strikt noodzakelijk om derden in staat te stellen op nuttige wijze hun standpunt kenbaar te maken aan de Raad.

### 3.1.2. Tweede fase: verbintenissen aangeboden aan de auditeur/Raad en voorwaarden voorgesteld door de Raad

#### (a) Tijdslijn

20. In een tweede fase onderzoek beslist de Raad binnen een termijn van zestig werkdagen na de beslissing om het tweede fase onderzoek in te stellen. Deze termijn wordt in voorkomend geval verlengd met dezelfde duur als die welke de partijen gebruikt hebben om verbintenissen voor te stellen (art. 59 § 6 WEM). Na de opening van een tweede fase start de auditeur een bijkomend onderzoek en dient deze binnen een termijn van dertig werkdagen een bijkomend verslag in bij de Raad. Ten laatste twintig werkdagen na de datum van de beslissing om een tweede fase onderzoek te openen, kunnen de aanmeldende partijen aan de auditeur verbintenissen aanbieden. Wanneer de aanmeldende partijen van deze mogelijkheid gebruik maken, wordt de termijn van dertig werkdagen voor het indienen van het bijkomend verslag van de auditeur verlengd met *dezelfde duur als die welke de partijen gebruikt hebben om hun verbintenissen voor te stellen*. De termijn van zestig werkdagen waarbinnen de Raad een eindbeslissing moet nemen, wordt eveneens verlengd met

dezelfde termijn. De termijn van zestig werkdagen kan bovendien op uitdrukkelijk verzoek van de partijen en ten hoogste voor de duur die zij voorstellen verlengd worden door de Raad. Alleen wanneer de partijen een verlenging verzoeken met het oog op het aanbieden van nieuwe verbintenissen, staat de Raad in ieder geval een verlenging van twintig werkdagen en eveneens een nieuwe zitting toe<sup>20</sup>.

Indien de auditeur van mening is dat de concentratie aan bepaalde voorwaarden en/of verplichtingen moet worden onderworpen om toelaatbaar te zijn, dan dient hij dit in het bijkomend verslag te motiveren.

21. Bij het nemen van een tweede fase beslissing kan de Raad eveneens zelf voorwaarden en/of verplichtingen in overweging nemen, die moeten waarborgen dat de aangeboden verbintenissen worden nageleefd en die niet in het bijkomend verslag besproken worden, nadat de Raad de auditeur en de betrokken ondernemingen hierover gehoord heeft (zie randnr. 3). De auditeur en de betrokken ondernemingen krijgen minimaal twee werkdagen om zich over het voorstel van de Raad uit te spreken. Dit geeft de Raad de mogelijkheid om, vooral in de complexe tweede fase dossiers, na het bijkomend verslag van de auditeur wanneer alle bezwaren duidelijk zijn, nog een dialoog aan te gaan met de partijen om alsnog een verbodsbepaling te vermijden.

22. Samengevat is de tweede fase tijdslijn (uitgedrukt in werkdagen vanaf de opening van de tweede fase) als volgt indien verbintenissen worden aangeboden:

20 WD		50 WD		80 WD*	
Opening tweede fase onderzoek	Partijen bieden verbintenissen aan	Verslag auditeur	Tweede fase beslissing Raad		

\* Kan niet verlengd worden tenzij op uitdrukkelijk verzoek van de partijen ten hoogste voor de duur die zij voorstellen teneinde hen toe te laten nieuwe verbintenissen voor te stellen (art. 59 § 6, lid 3 WEM).

#### (b) Rechten van de aanmeldende partijen

23. De Raad hoort de ondernemingen die deelnemen aan de concentratie<sup>21</sup> en zij hebben de mogelijkheid om hun eventuele schriftelijke opmerkingen op het bijkomend verslag in te dienen binnen een termijn van tien werkdagen na de neerlegging ervan, met kopie aan de auditeur en de andere bij de zaak betrokken partijen<sup>22</sup>. De auditeur kan in het geval dat er schriftelijke opmerkingen worden ingediend, een aan-

<sup>20</sup>. Art. 59 § 6, lid 3 WEM.

<sup>21</sup>. Art. 59 § 5 *juncto* art. 57 § 2, lid 1 WEM.

<sup>22</sup>. Art. 59 § 3 WEM.

vullend verslag neerleggen bij de Raad binnen een termijn van vijf werkdagen nadat de termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen verstreken is. De auditeur zendt een kopie van het aanvullende verslag aan de aanmeldende partijen<sup>23</sup> die hun eventuele schriftelijke opmerkingen moeten indienen uiterlijk op de dag voor de hoorzitting met kopie aan de auditeur<sup>24</sup>.

Op basis van *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*<sup>25</sup> – waar de procedure weliswaar enigszins atypisch verlopen is<sup>26</sup> – lijkt het dat verbintenissen, aangeboden tijdens de eerste fase, onder bepaalde omstandigheden ook nog kunnen gelden en geanalyseerd kunnen worden tijdens het tweede fase onderzoek. De partijen hadden verbintenissen aangeboden tijdens het eerste fase onderzoek maar de Raad ging er vanuit dat niets erop wees dat de aangeboden verbintenissen niet meer zouden gelden tijdens de tweede fase. De Raad had zich hiervoor gebaseerd, enerzijds, op het arrest van het hof van beroep van Brussel van 27 december 2007<sup>27</sup>, waarin de aanmeldende partijen uitdrukkelijk hadden verklaard dat zij zich gebonden voelden door de eerste fase verbintenissen en, anderzijds, op het feit dat de partijen in de tweede fase opnieuw drie originele exemplaren van de verbintenissen – zonder aanpassingen of verduidelijkingen ten aanzien van de verbintenissen aangeboden tijdens de eerste fase – hadden neergelegd. Nadat de partijen, op vraag van de Raad, uitdrukkelijk bevestigd hadden dat zij geen verdere verbintenissen aanboden, heeft de Raad zijn analyse gebaseerd op de verbintenissen zoals aangeboden in de eerste fase.

**24.** De bevoegdheid van de Raad om verbintenissen op te leggen wordt wel beperkt door de rechten van verdediging van de partijen. Het hof van beroep heeft in *Editico*<sup>28</sup> immers bepaald dat de Raad enkel de bevoegdheid heeft om verbintenissen te aanvaarden voor zover zij door de partijen zelf zijn voorgedragen. Indien er geen voorwaarden en/of verplichtingen zijn opgenomen in het verslag van de auditeur om de uitvoering van de verbintenissen te waarborgen, kan de Raad dan ook slechts voorwaarden en/of verplichtin-

gen opleggen nadat de Raad de auditeur en de betrokken ondernemingen hierover heeft gehoord<sup>29</sup>. In *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*<sup>30</sup> heeft de Raad zelf de verbintenissen aangepast op basis van de opmerkingen gemaakt door derde partijen en de auditeur (zie randnr. 25) en heeft de concentratie goedgekeurd op basis van deze door de Raad gepreciseerde verbintenissen. Het valt op dat deze preciseringen vooral betrekking hebben op definities en dus de aard van de verbintenissen niet wijzigen. Het lijkt er dus wel op dat de Raad zich gebonden voelt door de principes neergelegd door het hof van beroep in *Editico*.

### (c) Rechten van derden

**25.** Tijdens een tweede fase onderzoek wordt het recht om gehoord te worden voor tussenkomen partijen gewaarborgd door artikel 59 § 5 *juncto* artikel 57 § 2, lid 1 WEM. Derde partijen kunnen hun schriftelijke opmerkingen formuleren ten aanzien van het bijkomend verslag van de auditeur – en per definitie ook de niet-vertrouwelijke versie van de voorgestelde verbintenissen. Dit is in lijn met het standpunt van de Europese Commissie die in haar uitvoerende verordening<sup>31</sup> en *Best Practice Guidelines*<sup>32</sup> het belang erkent voor derden om toegang te hebben tot de punten van bezwaar en andere stukken in het dossier.

Het belang van de aftoetsing van de verbintenissen aan de markt wordt bevestigd door een incident tijdens het onderzoek door de auditeur in *Belgacom NV/Scarlet NV*<sup>33</sup>. De auditeur had, na de neerlegging van een vertrouwelijke versie van de verbintenissen, aan de raadsman van Belgacom gevraagd om per kerende te bevestigen dat de verbintenissen niet vertrouwelijk waren en dus konden voorgelegd worden aan derden. Deze antwoordde echter dat hij dit pas de volgende ochtend zou kunnen bevestigen – wat toen ook gebeurde. Toch vond de auditeur het noodzakelijk om aan de Raad voor te stellen een geldboete op te leggen wegens het niet antwoorden binnen de gestelde termijn. De Raad stelde

<sup>23</sup>. Art. 59 § 3 *juncto* art. 55 § 5 WEM.

<sup>24</sup>. Art. 59 § 4 WEM.

<sup>25</sup>. *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, 2008-C/C-16, 25 april 2008, randnrs. 36, 40-41 zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/162008CC16\\_TECTEO\\_Phase2\\_PUB.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/162008CC16_TECTEO_Phase2_PUB.pdf).

<sup>26</sup>. Na het arrest van het hof van beroep van 27 december 2007 hadden de partijen beslist om niet meer actief deel te nemen aan de procedure voor de Raad.

<sup>27</sup>. Tecteo en Brutélé hebben beroep ingesteld bij het hof van beroep van Brussel nadat de Raad een prejudiciële vraag had gesteld aan het Hof van Cassatie. Het hof van beroep besliste onder meer dat de verbintenissen aangeboden tijdens de administratieve procedure blijven gelden.

<sup>28</sup>. Brussel 15 september 2005, *IPM/Rossel & Cie/De Persgroep/Editico*, AM 20061, 81, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2005, 832, *T.B.H.* 2006, 263 en *T.B.M.* 2006, 126.

<sup>29</sup>. Art. 59 § 6, lid 1 WEM.

<sup>30</sup>. *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, 2008-C/C-16, 25 april 2008, randnrs. 42 en 59, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/162008CC16\\_TECTEO\\_Phase2\\_PUB.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/162008CC16_TECTEO_Phase2_PUB.pdf). Zie ook verkorte weergave in K. BOURGEOIS, “Toegang tot het dossier voor derden in concentratiezaken: overzicht van een recent en vinnig debat”, *T.B.M.* 2008-1, 4.

<sup>31</sup>. Verordening (EG) nr. 1033/2008 van de Commissie van 20 oktober 2008 tot wijziging van verordening (EG) nr. 802/2004 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PB. L.* 279/3, 22 oktober 2008, art. 17.2.

<sup>32</sup>. DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings, par. 36, zie <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

<sup>33</sup>. *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, randnrs. 37-46, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).



vast dat het hier echter niet ging om een verzoek om inlichtingen in de zin van artikel 44 § 2 WEM en dat een geldboete op grond van artikel 64 § 1 dan ook niet kon opgelegd worden. Niettemin toont het initiatief van de auditeur hoe belangrijk een uitermate snelle aftoetsing van verbintenissen aan de markt is in de context van het onderzoek.

Na verwijdering van de zakengeheimen en de vertrouwelijke gegevens zendt de auditeur zijn aanvullend verslag ook aan de vertegenwoordigers van de meest representatieve organisaties van werknemers van de aanmeldende partijen of aan diegenen die zij aanwijzen<sup>34</sup>. Ons inziens heeft het cassatie-arrest in *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon* in de praktijk geen invloed op deze principes (zie randnr. 18 en 19).

In *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*<sup>35</sup> erkent de Raad expliciet dat hij zowel rekening moet houden met het onderzoek van de verbintenissen door de auditeur als met de opmerkingen van derden gemaakt tijdens het marktonderzoek<sup>36</sup>. De Raad analyseert uitgebreid het verzoek van de tussenkomende partijen, BeTV en Belgacom, om de verbintenissen uit te breiden, maar wijst deze uiteindelijk af omdat deze uitbreidingen de verbintenissen onproportioneel zouden maken. De Raad aanvaardt wel de opmerking van BeTV dat de verbintenissen niet precies genoeg gedefinieerd zijn – en past deze dan ook in die zin aan – aangezien dit de aard of de betekenis van de aangeboden verbintenissen niet wijzigt (zie randnr. 18).

### 3.1.3. Vormvereisten zowel tijdens de eerste als de tweede fase

26. Verbintenissen aangeboden zowel tijdens de eerste als de tweede fase moeten in drie exemplaren, samen met de bijlagen, per aangetekend schrijven tijdens de openingsuren van de griffie (dus vóór 16 uur) worden verzonden naar de griffie van de Raad ter attentie van de auditeur. Bovendien moeten zij tegelijkertijd elektronisch verstuurd worden<sup>37</sup>. Het is positief dat deze vormvereisten door de Raad met een zekere flexibiliteit worden toegepast. Zo aanvaardt de Raad ook verbintenissen die aangeboden worden ná 16 uur en wordt, onder bepaalde omstandigheden ook gevraagd om de

voorstellen rechtstreeks aan de leden van de kamer elektronisch door te sturen.

De griffie zal meteen een ontvangstbewijs bezorgen aan de aanmeldende partijen of hun gemeenschappelijke vertegenwoordiger. De griffie kan dit doen met een aangetekende brief, een fax of via e-mail<sup>38</sup>.

Voor verbintenissen die worden aangeboden in de loop van een bijkomend onderzoek is de dag van de neerlegging in de termijn inbegrepen<sup>39</sup>.

27. In België – in tegenstelling tot Europa – is er geen formulier om verbintenissen (vooral de afstoting van een bedrijfsonderdeel) neer te leggen. In *Belgacom NV/Scarlet NV* hebben de partijen hun verbintenissen wel grotendeels gebaseerd op de Model Tekst van de Commissie voor afstotingen met inbegrip van de bepalingen betreffende de bevoegdheden van de toezichthoudende trustee (*Monitoring Trustee*), de met afstoting belaste trustee (*Divestiture Trustee*) en de kenmerken van de koper<sup>40</sup>.

Nu de Raad steeds vaker verbintenissen verbindt aan zijn goedkeuringsbeslissing, zou een mededeling die de voorwaarden voor verbintenissen uiteenzet, zeer nuttig kunnen zijn zodat de procedure meer gestroomlijnd wordt. Ook zou dit gepaard kunnen gaan met een formulier waardoor het duidelijk is voor de partijen welke gegevens de Raad nodig heeft voor zijn beoordeling. Dat een mededingingsautoriteit hierbij belang heeft blijkt uit de Corrigerende Maatregelen Mededeling van de Europese Commissie, het herwerkte en nieuwe formulier (Formulier RM) dat zij hierbij heeft ingevoerd<sup>41</sup> en haar Model Tekst voor afstotingen (*Model Text for divestiture commitments*)<sup>42</sup>.

### 3.1.4. Verzoek tot herziening of opheffing van verbintenissen

28. Vele beslissingen van de Raad bepalen dat de door hem aanvaardde verbintenissen kunnen gewijzigd worden op verzoek van de partijen. Dit volgt uit het feit dat de Raad meestal geen vaste tijdsbepalingen verbindt aan de verbintenissen (zie randnr. 87-88).

<sup>34</sup>. Art. 59 § 3 *juncto* art. 55 § 5 WEM.

<sup>35</sup>. *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, 2008-C/C-16, 25 april 2008, randnr. 40 e.v., zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/162008CC16\\_TECTEO\\_Phase2\\_PUB.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/162008CC16_TECTEO_Phase2_PUB.pdf).

<sup>36</sup>. Zie in deze zin ook, D. VANDERMEERSCH, “De toegang van de belanghebbende derden tot het dossier in concentratiezaken”, *T.B.M.* 2008/3, 3, par. 40.

<sup>37</sup>. Art. 6 § 2 K.B. betreffende de procedures inzake bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 22 november 2006, p. 64.604.

<sup>38</sup>. Art. 6 § 3 K.B. betreffende de procedures inzake bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 22 november 2006, p. 64.604.

<sup>39</sup>. Art. 6 § 4 K.B. betreffende de procedures inzake bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 22 november 2006, p. 64.604.

<sup>40</sup>. *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>41</sup>. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PB.* 22 oktober 2008, C. 267/1.

<sup>42</sup>. Zie <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>.

29. Zowel Kinopolis<sup>43</sup> als Telenet<sup>44</sup> hebben dergelijk verzoek tot herziening ingediend.

In *Kinopolis* hadden de verbintenissen, opgelegd in 1997, een duur van tien jaar. Deze duurtijd wordt voor telkens tien jaar stilzwijgend verlengd tenzij de partijen zes maanden voor het verstrijken van de tienjarige periode een verzoek indienen tot opheffing van de verbintenissen. Het verzoek tot opheffing werd op 16 april 2007<sup>45</sup> ingewilligd door de Raad maar werd in beroep door het hof geannuleerd<sup>46</sup>. De Raad heeft na dit verbreekingsarrest en een nieuw onderzoek op 1 oktober 2008 bepaalde verbintenissen opnieuw opgeheven. De Raad oordeelt dat het behoud van de verbintenissen voor een lange periode niet meer gerechtvaardigd is en analyseert hiervoor zowel de situatie op de markt voor de concurrenten van Kinopolis als de impact op consumenten. Het is volgens de Raad niet vanzelfsprekend dat de opheffing of wijziging van de verbintenissen de schade voor consumenten, veroorzaakt door de marktmacht van Kinopolis, in zoverre deze bestaat, vergroot. Indien de verbintenissen dan alleen de concurrenten beschermen, kan dit leiden tot een gebrek aan stimulansen voor de concurrenten om innovatief te zijn. De Raad concludeert dan ook dat het nut van de verbintenissen sterk ter discussie staat en dat andere marktspelers na 14 jaar voldoende gewapend moeten zijn om de concurrentie met Kinopolis aan te gaan. De Raad beslist om de verbintenis in verband met de investeringsmaatschappij (zie randnr. 46) op te heffen aangezien deze niet langer een referentieaandeelhouder is van Kinopolis. De andere verbintenissen worden behouden voor een periode van drie jaar<sup>47</sup>. Tegen deze beslissing hebben de Federatie van Cinema's van België, UGC en Multiscope opnieuw hoger beroep aangetekend.

30. Telenet heeft de opheffing van de verbintenissen, voorzien in *NV Telenet Bidco en NV Canal+*, met betrekking tot de uitzendrechten van de voetbalwedstrijden van de eerste afdeling van de Belgische competitie, bekomen. Wanneer Telenet de uitzendrechten van de Belgische competitie verwerft, is Telenet niet langer verplicht om Canal+ waarin deze rechten worden ondergebracht, ter beschikking te stellen van concurrerende distributieplatformen. Het verslag van de auditeur stelt vast dat de alternatieve infrastructuur voor broadcastingsdiensten ontwikkeld in België niet het gevolg

zijn van verbintenissen aanvaard door de Raad. Er bestaat dus geen dwingende reden om de verbintenis te handhaven. Aangezien de verbintenis geen ander doel heeft – zoals andere infrastructuur toelaten marktaandeel te verwerven – en er geen dwingende reden is om de verbintenis te handhaven, wordt ze opgeheven. Bovendien heeft het al dan niet houden van voetbaluitzendrechten en/of het terbeschikkingstellen ervan aan concurrenten geen effect op de groei van het marktaandeel van Belgacom. Andere alternatieve structuren hebben in principe evenveel kans om te bieden op de uitzendrechten als Telenet en een kleine zwakke financiële speler die niet sterk genoeg is om meer te bieden dan Telenet voor de voetbalrechten, kan moeilijk een doorbraak op de markt bewerkstelligen als infrastructuuruitbater met een betaalzender dankzij de voetbalrechten. Belgacom heeft op 25 april 2008 beroep aangetekend bij het hof van beroep, waar de zaak momenteel hangende is.

31. Hoewel de Raad vaak voorziet in de mogelijkheid tot opheffing of herziening van de verbintenissen, valt het op dat de WEM hiervoor geen procedureel kader biedt en de beoordeling door de Raad dan ook vrij discretionair blijkt. In beide bovenvermelde zaken is de herziening gebeurd op basis van een verzoek van de betrokken partijen en gevolgd door een marktonderzoek onder leiding van de auditeur die een gemotiveerd verslag en onderzoeksdossier heeft ingediend bij de Raad. Het hof van beroep heeft in *Kinopolis* terecht verduidelijkt dat een wijziging of opheffing van verbintenissen door een onderzoek moet voorafgegaan worden dat gelijkwaardig is aan het onderzoek gevoerd voor het goedkeuren van een concentratie. Immers, maatregelen opgelegd door de Raad hebben in principe geen aflopend karakter (zelfs niet wanneer ze voor een bepaalde duur worden opgelegd die verlengbaar is) en elke wijziging moet dan ook gemotiveerd zijn op basis van een economische analyse die consistent is met de analyse die werd toegepast bij het aanvaarden van verbintenissen<sup>48</sup>.

Derde partijen hebben beroep ingediend tegen beide beslissingen<sup>49</sup> tot opheffing wat er op wijst dat het gebrek aan procedureel kader, vooral wat betreft de rechten van belanghebbende derde partijen, moet uitgewerkt worden. De mogelijkheid tot opheffing en wijziging van verbintenissen neemt immers voor derde partijen de rechtszekerheid weg dat deze

<sup>43</sup>. Omtrent het verzoek van Kinopolis Group NV en Kinopolis Film Distributie NV tot opheffen van de voorwaarden opgelegd in beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997, 2007-C/C-12, 16 april 2007, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/122007cc12\\_verzoek\\_Kinopolis\\_opheffing\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/122007cc12_verzoek_Kinopolis_opheffing_pub.pdf).

<sup>44</sup>. Verzoekschrift strekkende tot herziening van de voorwaarden van beslissing nr. 2003-C/C-89 van 12 november 2003 inzake *NV Telenet Bidco en NV Canal+*, 2008-C/C-11, 25 maart 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/112008cc11\\_Verzoek\\_Telenet\\_herziening\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/112008cc11_Verzoek_Telenet_herziening_pub.pdf).

<sup>45</sup>. Verzoek van Kinopolis tot opheffing van de voorwaarden opgelegd in beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/122007\\_cc12\\_verzoek\\_Kinopolis\\_opheffing\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/122007_cc12_verzoek_Kinopolis_opheffing_pub.pdf).

<sup>46</sup>. Brussel 18 maart 2008, *Federatie van Cinema's van België VZW e.a., onuitg.*

<sup>47</sup>. Verzoek van Kinopolis tot opheffing van de voorwaarden opgelegd in beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997, 2008-C/C-52, 1 oktober 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/522008cc52\\_Verzoek\\_Kinopolis\\_opheffing\\_voorwaarden\\_1997.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/522008cc52_Verzoek_Kinopolis_opheffing_voorwaarden_1997.pdf).

<sup>48</sup>. Brussel 18 maart 2008, *Federatie van Cinema's van België VZW e.a., onuitg.* Zie ook F. WIJCKMANS, "Kinopolis: pingpong tussen Raad en Hof", *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 942-943 en K. BOURGEOIS, "Toegang tot het dossier voor derden in concentratiezaken: overzicht van een recent en vinnig debat", *T.B.M.* 2008-1, 4.

verbintenissen de effectieve mededinging op de markt verzekeren. Een opheffing of wijziging kan ons inziens dan ook alleen worden toegestaan wanneer het duidelijk is dat de huidige en toekomstige marktsituatie in die mate is veranderd dat deze verbintenissen niet langer noodzakelijk zijn<sup>49</sup>. In deze context moet ook opgemerkt worden dat de rol die de verbintenissen hebben gespeeld in de evolutie van de marktsituatie ook moet meegenomen worden in de analyse – en dat de Raad de afweging moet maken welke de verwachte impact zal zijn van de opheffing van de verbintenissen en voorwaarden op de toekomstige marktsituatie.

Het hof, in lijn met de cassatierechtspraak, heeft de Raad erop gewezen dat tussenkomen partijen toegang moeten krijgen tot de dossierstukken die hen in staat moeten stellen relevante opmerkingen te maken: “*Het recht van belanghebbende derden om mededeling te bekomen van bepaalde stukken [is] onlosmakelijk verbonden met het recht aan de procedure deel te nemen.*”<sup>51</sup>. Derde partijen hebben nochtans geen automatisch recht tot toegang aangezien volgens de Raad noch de wet, noch het beginsel van het recht van verdediging een rechtsbasis zijn voor een recht van een derde om toegang te bekomen tot het dossier omdat deze derden zich niet moeten verdedigen<sup>52</sup>. De Raad beslist dan ook welke dossierstukken derde partijen echt nodig hebben, wat volgens de Raad voor concurrenten van de anmeldende partijen beperkt is aangezien zij als marktspelers sowieso een uitstekende kennis hebben van de markt<sup>53</sup>.

### 3.1.5. Rolverdeling tussen de diverse spelers binnen de Belgische Mededingingsautoriteit

**32.** Wat hier opvalt is dat, op het ogenblik dat de auditeur zijn verslag indient, de Raad duidelijk de voorttrekkersrol bij de beoordeling van de voorgestelde verbintenissen overneemt. In die mate zelfs dat de rol van de auditeur op dat ogenblik lijkt herleid te worden tot die van een derde partij.

In *Belgacom NV/Scarlet NV*<sup>54</sup> heeft de Raad de auditeur immers net als een derde partij gehoord over de verbintenissen die Belgacom heeft neergelegd bij de Raad: “(…), heeft de Raad volgende derden, naast de auditeur-generaal en Scarlet, uitgenodigd om te worden gehoord (...)”. De Raad heeft zelf ook de leiding genomen in de verdere besprekingen van de verbintenissen totdat Belgacom een aangepast voorstel van verbintenissen heeft neergelegd.

### 3.1.6. Interactie met andere sectorregulators

**33.** De Raad heeft enkel de bevoegdheid om de gevolgen van een concentratie voor de daadwerkelijke mededinging op de Belgische markt te beoordelen. Verdere gevolgen van een transactie moeten door de sectorregulators die zelf verbintenissen kunnen opleggen worden geanalyseerd. De Raad kan geen verbintenissen verbinden aan een transactie die geen invloed hebben op de mededinging op de markt maar vooruitlopen op de regelgeving van een sectorregulator.

De Raad geeft inderdaad uitdrukkelijk aan in *Belgacom NV/Scarlet NV*<sup>55</sup> dat derde partijen de Raad niet kunnen vragen beperkingen aan Belgacom’s marktmacht op te leggen die niet binnen zijn bevoegdheid, maar binnen die van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) liggen.

## 3.2. Restrictieve mededingingspraktijken

### 3.2.1. Formeel aanvaarden van toezeggingen

**34.** Onder de oude WEM<sup>56</sup> ontbrak de mogelijkheid voor de Raad om toezeggingen te aanvaarden in het kader van een onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken. De Raad heeft zichzelf deze bevoegdheid toegeëigend op basis

<sup>49.</sup> Kinopolis heeft op 16 december 2006 een verzoek ingediend tot opheffing van de voorwaarden opgelegd in 1997 door de Raad in het kader van de fusie van de groepen Bert en Claeys tot Kinopolis. Dit verzoek is door de Raad ingewilligd bij beslissing van 16 april 2007. De Federatie van Cinema’s van België, Utopolis Belgium NV en UGC zijn in beroep gegaan en in maart 2008 heeft het hof van beroep te Brussel de beslissing van de Raad vernietigd en de zaak naar de Raad verwezen voor verdere afhandeling. Op 1 oktober 2008 heeft de Raad het verzoek van Kinopolis ingewilligd. Tegen deze beslissing hebben de Federatie van Cinema’s van België, UGC en Imagix beroep aangetekend. De zaak is momenteel hangende voor het hof van beroep.

<sup>50.</sup> Zie ook F. WIJCKMANS, “Kinopolis: pingpong tussen Raad en Hof”, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging*, 949: zowel de Raad als partijen moeten de gevolgen van een in kracht van gewijsde gegane beslissing aanvaarden.

<sup>51.</sup> Het hof van beroep verwijst hiervoor ook naar het cassatiearrest in *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*.

<sup>52.</sup> *Kinopolis Longdoz/Project Mediacité*, 2008-I/O-08, 27 februari 2008, randnr. 13-23, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/082008io08\\_Kinopolis\\_Mediacite\\_Luik.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/082008io08_Kinopolis_Mediacite_Luik.pdf).

<sup>53.</sup> Verzoek tot instemming met transactie tussen Kinopolis Group NV en Multiscope Palace NV, 2008-C/C-56, 29 oktober 2008, randnr. 1-17, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/562008cc56\\_Verzoek\\_Kinopolis\\_instemming\\_transactie\\_Multiscope\\_Pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/562008cc56_Verzoek_Kinopolis_instemming_transactie_Multiscope_Pub.pdf).

Zie ook D. VANDERMEERSCH, “De toegang van de belanghebbende derden tot het dossier in concentratiezaken”, *T.B.M.* 2008-3, 3, randnr. 41: dit is betwistbaar aangezien vertrouwelijkheid met de markten nog steeds geen inzicht geeft in de argumentatie van de partijen met betrekking tot deze markten.

<sup>54.</sup> *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, randnr. 37-46, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>55.</sup> *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, randnr. 103-104, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>56.</sup> K.B. van 1 juli 1999 houdende coördinatie van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 september 1999, p. 32.315.

van de rechtstreekse werking van het Europees mededingingsrecht in *Distri-one*<sup>57</sup> en *Banksys*<sup>58</sup>.

De Raad verwees naar artikel 5 van verordening 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het verdrag dat bepaalt dat: “*De mededingingsautoriteiten van de lidstaten in individuele gevallen bevoegd zijn om de artikelen 81 en 82 van het verdrag toe te passen. Zij kunnen, te dien einde, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, de volgende besluiten nemen: de beëindiging van een inbreuk bevelen; voorlopige maatregelen opleggen; toezeggingen aanvaarden; geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties opleggen. Wanneer op grond van de inlichtingen waarover zij beschikken aan de voorwaarden voor een verbod is voldaan, kunnen zij ook beslissen dat er voor hen geen reden bestaat om op te treden.*” Deze bepaling is op basis van artikel 249, lid 2 van het EG-Verdrag rechtstreeks van toepassing in het Belgisch recht. Bovendien voorziet artikel 45 van verordening 1/2003 zelf nog eens uitdrukkelijk dat ze *verbindend is in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat.*

**35.** Wat de procedure betreft, heeft de Raad er zich in *Distri-one* en *Banksys* toe beperkt het voorstel van toezeggingen aan de belangrijkste klanten en concurrenten voor commentaar voor te leggen zodat zij hierop hun commentaar kunnen formuleren. De Raad heeft dus niet de meer stringente publicatievoorwaarden gevolgd die de Europese Commissie dient te respecteren op basis van artikel 27 § 4 verordening 1/2003 dat de Europese Commissie verplicht om een beknopte samenvatting van de zaak en een overzicht van de voorgestelde toezeggingen te publiceren in het *Publicatieblad* zodat alle belanghebbende derden de mogelijkheid krijgen om hun opmerkingen te formuleren<sup>59</sup>.

**36.** De WEM voorziet nu wel expliciet in artikel 53 § 1 dat een procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken beëindigd kan worden op basis van voorgestelde toezeggingen die een einde stellen aan de inbreuk. In *VEBIC*<sup>60</sup> hebben de partijen toezeggingen aangeboden onder artikel 53 § 1 WEM maar deze zijn niet aanvaard door de Raad omdat ze vasthielden aan “*de elementen van het systeem die samen genomen de essentie vormen van het inbreukmakend karakter*” en dus de bezorgdheden van de Raad niet wegnemen.

**37.** De wet voorziet de mogelijkheid, maar niet de verplichting, voor de Raad om de auditeur te verzoeken een ver-

slag op te stellen over de voorgestelde toezeggingen. De Raad bepaalt zelf de termijn waarbinnen dit verslag moet worden neergelegd.

Wanneer de Raad een verbindend karakter toekent aan de toezeggingen wordt de procedure hiermee beëindigd. De procedure kan echter steeds heropend worden als de betrokken onderneming de toezeggingen niet langer respecteert<sup>61</sup>. Bovendien ontnemt deze bepaling niet de bevoegdheid aan de nationale rechterlijke instanties om het bestaan van restrictieve praktijken voor het verleden vast te stellen. Belangrijk is echter dat het aanbieden van toezeggingen niet kan uitgelegd worden als een nadelige erkenning en zoals ook geldt voor de Europese Commissie bepaalt een toezeggingbeschikking van de Raad niet of er al dan niet een inbreuk bestond (zie randnr. 8). Het lijkt dat de beschikking van de Raad dan ook niet noodzakelijkerwijze als een erkenning van “schuld” kan gebruikt worden in rechterlijke procedures, wat de directe impact op procedures voor de rechterlijke instanties beperkt<sup>62</sup>.

**38.** Hoewel de WEM nu expliciet in de mogelijkheid voorziet om een procedure te beëindigen door een verbindend karakter te geven aan de voorgestelde toezeggingen ontbreekt er nog steeds een procedureel kader. De uitvoeringsbepalingen van de WEM bevatten geen enkele bepaling met betrekking tot de procedurele en/of vormvereisten voor het indienen – of aftoetsen – van toezeggingen. Bovendien voorziet de wet niet op welke wijze derde belanghebbenden geconsulteerd moeten worden opdat zij hun opmerkingen over de toezeggingen kunnen formuleren. Dit is een belangrijke lacune die dringend moet worden ingevuld.

### 3.2.2. Toezeggingen en indicatie van inbreuk

**39.** Bij onderzoeken naar restrictieve mededingingspraktijken kan de Europese Commissie toezeggingen alleen aanvaarden in zaken waarin ze geen boete wil opleggen<sup>63</sup>. Zoals hierboven reeds vermeld, houdt een beslissing die toezeggingen een verbindend karakter geeft niet noodzakelijk een oordeel in over het al dan niet legitieme karakter van de onderzochte praktijken (zie randnrs. 8 en 37).

Nochtans kan de Raad volgens de tekst van artikel 53 § 1 WEM slechts toezeggingen aanvaarden *wanneer de kamer van de Raad die de zaak behandelt voornemens is een beslissing te nemen waarbij de beëindiging van een inbreuk wordt*

<sup>57.</sup> *Distri-one/Coca-Cola Enterprises Belgium*, 2005-I/O-52, 30 november 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 14.

<sup>58.</sup> *Banksys SA, FNUCM/Banksys SA en UNIZO/Banksys SA*, 2006-I/O-12, 31 augustus 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/03, 6.

<sup>59.</sup> J. YSEWYN, *Tien jaar Belgisch Mededingingsrecht – Rechtspraakoverzicht*, Gent, Larcier, 2008, randnr. 406.

<sup>60.</sup> *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, IJsbereiders en Chocoladebewerkers*, 2008-I/O-04, 25 januari 2008, randnr. 59, zie [http://economie.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/042008io04\\_Vebic\\_pub.pdf](http://economie.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/042008io04_Vebic_pub.pdf).

<sup>61.</sup> Art. 53 § 2, 2° WEM.

<sup>62.</sup> Art. 53 § 1 WEM.

<sup>63.</sup> Verordening (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 verdrag, *PB*, 4 januari 2003, L. 1/1, considerans 13.

gelast. Dit betekent dat, hoewel de Raad in zijn beslissing geen standpunt inneemt, hij wel slechts toezeggingen kan aanvaarden wanneer de Raad een verbodsbeslissing wil nemen.

Het blijft een open vraag wanneer de Raad partijen moet inlichten van zijn voornemen een verbodsbeslissing te nemen zodat zij de kans hebben om toezeggingen aan te bieden.

De Europese verordening betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 stelt dat de Europese Commissie toezeggingen kan aanvaarden die aan de bezorgdheden van de Commissie, uitgedrukt in haar preliminaire analyse, tegemoet komen<sup>64</sup>. Men kan er dus vanuit gaan dat partijen zeker toezeggingen kunnen aanbieden na het verslag van de auditeur, hoewel het standpunt van de auditeur verschillend kan zijn van de kamer van de Raad die de zaak behandelt. Partijen kunnen dit volgens ons ook nog later doen – na de zitting van de Raad – zoals in *VEBIC*<sup>65</sup> waar de partijen toezeggingen aangeboden hebben meer dan één maand na de zitting van de Raad.

### 3.2.3. Informeel mededingingsbeleid

40. In 2007 hebben we de eerste tekenen gezien van een Belgisch informeel mededingingsbeleid met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken<sup>66</sup>.

Het informeel mededingingsbeleid streeft ernaar om het openen van een formeel onderzoek te beperken. In bepaalde zaken waarin wel een inbreuk wordt gesteld, maar waar de impact op de markt minimaal is, kan men zich voorstellen dat de directeur-generaal van de Dienst voor de Mededinging met de ondernemingen naar een gepaste oplossing zoekt om het vastgestelde mededingingsprobleem te beëindigen – waarbij dan rekening gehouden wordt met aanpassingen van het commerciële gedrag van de ondernemingen – zonder dat hiervoor formeel een onderzoek gestart moet worden<sup>67</sup>. Partijen kunnen dus informeel toezeggingen aanbieden zodat er geen formeel onderzoek geopend wordt.

41. De rechtsbasis voor dit informeel mededingingsbeleid is onduidelijk, in tegenstelling tot de aanvaarding van toezeggingen aangeboden tijdens een formeel onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken, zoals besproken in randnrs. 34-38.

## 4. AANVAARDE VERBINTENISSEN EN TOEZEGGINGEN

### 4.1. Aard van de verbintenis

42. Verbintenissen worden geclassificeerd naar hun aard. Verbintenissen die betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen zijn *gedragsvoorwaarden*, verbintenissen die betrekking hebben op de structuur van de markt zijn *structurele voorwaarden*.

De Europese Commissie verkiest in principe structurele verbintenissen, en vooral de afstoting van een bedrijfsonderdeel omdat deze concurrerende marktstructuren waarborgen. Gedragsvoorwaarden kunnen alleen in “*zeer uitzonderlijke omstandigheden aanvaard worden en indien de werkbaarheid ervan volledig wordt gegarandeerd door effectieve tenuitvoerlegging en effectief toezicht en indien er geen risico bestaat dat zulks tot mededingingsverstorende effecten leidt*”<sup>68</sup>.

De beslissingspraktijk van de Raad staat in schril contrast met die van de Europese Commissie. De Raad legt immers

vooral de nadruk op gedragsvoorwaarden en gaat hierin zelfs voorbij aan het verhoogde belang van toezicht voor dit soort maatregelen (zie randnrs. 90-92). *Belgacom NV/Scarlet NV* kan hierin misschien een kantelmoment zijn aangezien de Raad hier voor het eerst de afstoting van een bedrijfsonderdeel aan een goedkeuringsbeslissing verbindt.

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van alle types van verbintenissen die de Raad reeds heeft aanvaard. Zoals reeds vermeld in randnummers 34-38, heeft de Raad slechts twee zaken met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken afgesloten door het aanvaarden van toezeggingen.

#### 4.1.1. Afstoting (van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel)

43. De Raad heeft in 2008 voor het eerst de afstoting van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel als verbintenis aanvaard.

<sup>64</sup>. Verordening (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 verdrag, *PB*. 4 januari 2003, L. 1/1, art. 9.1.

<sup>65</sup>. *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, IJsbereiders en Chocoladebewerkers*, 2008-I/O-04, 25 januari 2008, randnr. 4, zie [http://economie.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/042008io04\\_Vebic\\_pub.pdf](http://economie.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/042008io04_Vebic_pub.pdf).

<sup>66</sup>. Het Jaarverslag 2007 van de Algemene Directie Mededinging, zie [http://www.economie.fgov.be/organization\\_market/competition/competition\\_council/annual\\_reports/annual\\_report\\_2007\\_nl.pdf](http://www.economie.fgov.be/organization_market/competition/competition_council/annual_reports/annual_report_2007_nl.pdf) en J. STEENBERGEN, “Het Jaarverslag 2007 van de Algemene Directie Mededinging”, *T.B.M.* 2008/3, 37.

<sup>67</sup>. J. STEENBERGEN, “Schikkingen en de Belgische mededingingsautoriteit”, *T.B.M.* 2008/4, 16.

<sup>68</sup>. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PB*. 22 oktober 2008, C. 267/1, par. 15 en 17.

In twee oudere zaken werd daar wel al een eerste aanzet toe gegeven.

In zijn *Electrabel*<sup>69</sup>-beslissing van 2003 merkt de Raad op dat de door hem eerder goedgekeurde overeenkomst tussen Electrabel en SPE van 20 januari 1995 moet worden nageleefd. Electrabel dient 8,5% van de aandelen van de joint-venture tussen Electrabel en SPE aan SPE over te dragen zodat SPE ook zelfstandig elektriciteit kan ontwikkelen en een volwaardig concurrent kan worden op de Belgische markt.

In *Sustrans*<sup>70</sup> verzoekt de Raad dat alle tabaksautomaten van Tabaccomat in België en de daaraan verbonden exploitatie verkocht worden tegen redelijke en marktconforme prijzen aan één of meerdere onafhankelijke kopers en dit binnen een termijn van 60 kalenderdagen.

44. In *Belgacom NV/Scarlet NV*<sup>71</sup> verbindt Belgacom zich ertoe het netwerk – preciezer de *backbone* – van Scarlet, dat met het hare overlapt, binnen een afstotingsperiode aan één of meerdere concurrenten te verkopen zodat het netwerk ter beschikking komt van de concurrentie. Dankzij zijn netwerk heeft Scarlet zich immers kunnen ontwikkelen tot een concurrent van Belgacom, waartoe een andere concurrent nu ook de mogelijkheid krijgt.

De Raad volgt in zijn analyse slechts beperkt de Corrigerende Maatregelen Mededeling van de Commissie. Dit kan deels te verklaren zijn doordat er weliswaar een structurele maatregel is aanvaard, maar dit geen standaard structurele verbintenis was aangezien Belgacom er zich niet toe verbonden heeft een bedrijfsonderdeel of onderneming over te dragen maar enkel *assets* (m.n. de *backbone* met software en eventueel personeel). Een Toezichthoudende Trustee wordt wel aangesteld om het afstotingsproces te overzien en de met afstoting belaste Trustee is verantwoordelijk voor de verkoop (zonder daarbij gebonden te zijn aan een minimumprijs) indien Belgacom geen geschikte koper vindt binnen een afstotingsperiode. De Raad stelt echter expliciet dat bepaalde elementen die gebruikelijk zijn bij het afstoten van een bedrijfsonderdeel in dit geval niet van toepassing zijn. Zo is een up-front-koper niet noodzakelijk aangezien Belgacom tijd nodig heeft om de klanten die bij haar willen blijven van het Scarlet-netwerk af te koppelen. De Raad merkt wel op dat verschillende spelers op de markt al interesse hebben geuit voor het Scarlet-netwerk en een Toezichthoudende Trustee zal erop toezien dat het Migratieplan wordt nageleefd. Belgacom behoudt tijdens de afstotingsprocedure ook toegang tot het Scarlet-netwerk (dus geen *hold-separate*)

voor de migratie van de klanten van Scarlet en haar eigen netwerk. De nodige *Chinese walls* tussen het technische personeel van Belgacom en haar commerciële werknemers worden wel verzekerd. Zogenaamde isolatie (*ring fencing*) tussen het netwerk van Scarlet ten aanzien van Belgacom is eveneens niet noodzakelijk volgens de Raad.

#### 4.1.2. Voorkomen misbruik van machtspositie

45. De Raad heeft tot nu toe zeven keer verbintenissen aanvaard die tot doel hebben misbruiken van een machtspositie te voorkomen.

46. In *Kinepolis*<sup>72</sup> wil de Raad voorkomen dat de Kinepolis-groep haar machtspositie misbruikt doordat (i) de nieuwe groep geen exclusiviteit of prioriteitsrecht mag eisen van filmdistributeurs met betrekking tot het toewijzen van films, (ii) films die door de groep gedistribueerd worden niet mogen voorbehouden worden aan de eigen zalen van de groep (zie verbod exclusiviteitsovereenkomsten) en (iii) er geen aanzienlijk betere promotie mag worden gevoerd voor de films die de groep verdeelt. Bovendien kunnen de aanmeldende partijen de gewestelijke investeringsmaatschappij (GIMV) die bij de concentratie betrokken is, niet verzoeken dat deze niet participeert of geen steun geeft aan andere ondernemingen die niet tot de Kinepolis-groep behoren.

47. In *Minute Maid*<sup>73</sup> verbinden de partijen zich ertoe een heel aantal verkoopvoorwaarden niet te hanteren ten aanzien van hun verdelers zodat ze hun machtspositie niet kunnen misbruiken: (i) de partijen eisen geen exclusiviteit voor de verkoop van hun producten, (ii) bieden geen groeikorting aan voor aankopen die tegelijk betrekking hebben op producten van het merk Coca-Cola en van andere merken, (iii) bieden geen groeikorting aan voor aankopen van producten van het merk Coca-Cola die berekend zijn op basis van een referentieperiode van meer dan drie maanden en (iv) de aankoop van Coca-Cola-producten kan nooit een voorwaarde zijn voor het leveren van niet Coca-Cola-producten.

48. De Raad verbiedt *Telenet*<sup>74</sup> om haar consumenten te verplichten Canal+ aan te schaffen met eender welk ander Telenet-product. Gezamenlijke facturatie van de verschillende producten is echter wel toegestaan. Dit verbod van koppelverkoop geldt zowel voor de verdeling van Canal+ via de Telenet-structuur als de verdeling van Canal+ op de andere infrastructuren. Bovendien mag Telenet in haar

<sup>69.</sup> *Electrabel Customers Solutions SA/Interest SCRL*, 2003-C/C-56, 4 juli 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/03, 4.

<sup>70.</sup> *NV Sustrans/NV Sugro/NV Maas Services België/NV Caritas/NV Tabaccomat*, 2003-C/C-40, 30 april 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/01, 95.

<sup>71.</sup> *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>72.</sup> *Majestiek NV en Claeys Invest NV*, 97-C/C-25, 17 november 1997, *B.S.* 5 februari 1998, p. 3.276.

<sup>73.</sup> *Minute Maid Juices NV/Coca-Cola Enterprises Belgium BVBA/Chaudfontaine Distribution SA/Chaudfontaine Monopole SA*, 2003-C/C-39, 23 april 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/02, 90.

<sup>74.</sup> *Telenet Bidco NV/Canal+ NV*, 2003-C/C-89, 12 november 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/04, 72.

publiciteit die verwijst naar de infrastructuur waarop Canal+ wordt verdeeld niet louter naar Telenet verwijzen, maar moet Telenet ook naar de andere infrastructuren waarop Canal+ verdeeld wordt, verwijzen. Op Canal+ mag geen enkele publiciteit gevoerd worden voor de producten of diensten van Telenet behalve voor Canal+ zelf, behoudens onder normale commerciële en niet-discriminerende voorwaarden.

49. De uitgeverijen in *Editeco*<sup>75</sup> mogen adverteerders geen exclusieve combinaties opleggen. Dit wil zeggen dat elke adverteerder themareclame mag laten plaatsen in concurrerende titels van *L'Echo* en één of meerdere van de door Rossel en/of De Persgroep gecontroleerde kranten. De financiële en wettelijke advertentieruimte moet in elke krant afzonderlijk aangekocht kunnen worden. Verplichte combinaties zijn dan ook verboden. Daarnaast moet elke consument de beheerde kranten afzonderlijk kunnen kopen en is een gezamenlijk aanbod verboden.

50. De Raad verbindt de partijen in *Banksys*<sup>76</sup> voornamelijk tot prijsvoorwaarden, meer bepaald het verbod van gezamenlijk aanbod van de producten uit de *acquiring markt* en de *terminal markt* en de toezegging om een brede waaier van mogelijkheden te blijven aanbieden m.n. betaling via Bancontact/Mister Cash, internet, gsm, enz.

51. Franchisenemers kunnen niet verplicht worden om de restaurants onder de naam *Autogrill/Carestel*<sup>77</sup> uit te baten en er mogen geen getrouwheidsclausules die gepaard gaan met een prijsvermindering worden opgenomen in de overeenkomsten met de busmaatschappijen.

52. De Raad is van oordeel dat de verbintenis van *Belgacom*<sup>78</sup> om haar tarieven nationaal – en niet regionaal – te verlagen wanneer een alternatieve operator zijn breedbandtarieven of telefonietarieven verlaagt, ertoe bijdraagt het behoud of het verhogen van prijzen als gevolg van de concentratie tegen te gaan. Hoewel het hierdoor mogelijk is dat Belgacom haar tarief niet zal verlagen omwille van de grote verliezen, is de Raad van mening dat het risico beperkt is omdat er meerdere spelers zijn op de Belgische markt.

### 4.1.3. Beëindiging of verbod van exclusiviteitsovereenkomsten

53. De Raad heeft reeds vijf maal verbintenissen aanvaard die bestaande exclusiviteitsovereenkomsten opheffen of verbieden nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten aan te gaan.

54. Zie randnummer 46 voor de verbintenissen aanvaard in *Kinopolis*<sup>79</sup>.

55. De partijen in *Telenet*<sup>80</sup> mogen geen exclusieve distributiecontracten afsluiten met opennetzenders die Telenet op haar kabelnetwerken verdeelt en evenmin met betaaltelevisiezenders. Telenet mag met de zenders die zij op haar netwerk verdeelt geen overeenkomsten afsluiten die voor die zenders een bepaald nadeel zouden veroorzaken indien zij eveneens via een andere infrastructuur zouden worden verdeeld, of overeenkomsten waarbij deze zenders voorwaarden dienen op te leggen aan alternatieve infrastructuren die minder voordelig zijn dan de voorwaarden die de zenders aanvaarden en toepassen voor de verdeling op de kabelnetwerken van Telenet. Telenet moet de overeenkomsten met de zenders binnen de 30 dagen na de beschikking van de Raad conformeren met deze verbintenis.

56. In *Carestel*<sup>81</sup> verbinden de partijen zich ertoe de bestaande exclusiviteitsovereenkomsten met busmaatschappijen die alleen maar zouden stoppen bij de wegstaurant van Autogrill/Carestel, binnen de 6 maanden na de beschikking van de Raad te beëindigen.

57. De partijen in *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*<sup>82</sup> verbinden zich ertoe geen exclusiviteitsclausules op te leggen voor *chaîne en clair*. De partijen kunnen echter nog steeds een tijdelijk partnership aangaan voor bepaalde evenementen. In *Tecteo-BETV/ACM*<sup>83</sup> bieden de partijen dezelfde verbintenis aan. Deze wordt door de Raad opnieuw in zijn beslissing opgenomen om de uitvoering ervan te verzekeren aangezien er een beroep tegen *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon* hangende is en deze beslissing van de Raad dus mogelijk opgeheven wordt.

<sup>75</sup>. *NV Rossel & Cie/NV De Persgroep/NV Editeco en NV Uitgeversbedrijf Tijd/NV Editeco*, 2005-C/C-56, 20 december 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 53.

<sup>76</sup>. *Banksys SA, FNUCM/Banksys SA en UNIZO/Banksys SA*, 2006-I/O-12, 31 augustus 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/03, 6.

<sup>77</sup>. *Autogrill SpA/Carestel Group SA*, 2006-CONC-C/C-0030, 9 oktober 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/04, 3.

<sup>78</sup>. *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>79</sup>. *Majestiek NV en Claeys Invest NV*, 97-C/C-25, 17 november 1997, *B.S.* 5 februari 1998, p. 3.276.

<sup>80</sup>. *Telenet Bidco NV/Canal+ NV*, 2003-C/C-89, 12 november 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/04, 72.

<sup>81</sup>. *Autogrill SpA/Carestel Group SA*, 2006-CONC-C/C-0030, 9 oktober 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/04, 3.

<sup>82</sup>. *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, 2008-C/C-16, 25 april 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/162008CC16\\_TECTEO\\_Phase2\\_PUB.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/162008CC16_TECTEO_Phase2_PUB.pdf).

<sup>83</sup>. *Tecteo-BETV/ACM*, 2008-C/C-57, 31 oktober 2008, zie [http://economie.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/572008CC57\\_TECTEO\\_BeTV\\_et\\_Annexe\\_Pub.pdf](http://economie.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/572008CC57_TECTEO_BeTV_et_Annexe_Pub.pdf).

#### 4.1.4. Beperking op groei

58. Reeds twee maal heeft de Raad verbintenissen aanvaard om de groeiomgankelijkheden van de goedgekeurde concentratie te beperken.

59. De Kinopolis-groep<sup>84</sup> kan geen nieuwe één- of meerzalencomplexen oprichten of overnemen noch een bestaand complex uitbreiden, renoveren of vervangen zonder voorafgaande toestemming van de Raad tenzij dit slechts een 20% vermeerdering van capaciteit inhoudt gedurende een periode van tien jaar, zodat de uitbreiding (eerder dan de groei) van Kinopolis in bepaalde gevallen kan worden gecontroleerd. Kinopolis heeft al verschillende malen toestemming gevraagd aan de Raad voor projecten onder deze verbintenis.

60. Ook de groei van fusieonderneming tussen *Autogrill/Carestel*<sup>85</sup> is door de Raad afgeremd. De Raad gebiedt de partijen niet deel te nemen aan nieuwe openbare aanbestedingen voor concessies van bepaalde rustplaatsen langs de autosnelweg. De partijen kunnen ook geen onderconcessie aangaan met de hoofdconcessionaris van diezelfde rustplaatsen voor het uitbaten van hun restaurants. Deze verbintenis kan opgeheven worden als *Autogrill/Carestel* bepaalde andere wegrestaurants niet langer uitbaat. De partijen kunnen wel aan een tweede aanbesteding deelnemen, mits toestemming van de Raad en enkel voor bepaalde wegrestaurants als er tijdens de eerste ronde geen kandidaten zijn. De partijen mogen eveneens niet aansturen op een stilzwijgende verlenging van de bestaande concessies. Elke concessieverlenging moet gemotiveerd worden en toestemming moet worden bekomen van de Raad. Bovendien moeten *Autogrill* en *Carestel* afzonderlijk deelnemen aan de openbare aanbestedingen van concessies zolang ze nog niet volledig geïntegreerd zijn.

#### 4.1.5. Toegang tot infrastructuur

61. De Raad heeft in zeven zaken verbintenissen opgenomen in zijn beslissing die concurrenten van de fusie moet toelaten toegang te hebben tot de nodige infrastructuur.

62. *Electrabel*<sup>86</sup> verbond zich er toe zich er voor enige tijd van te weerhouden nieuwe capaciteit op te nemen, die gecreëerd zou worden aan de zuidgrens van België door nieuwe lijnen of nieuwe technieken, zodat concurrenten

gebruik konden maken van deze nieuwe capaciteit.

63. In *Telenet*<sup>87</sup> vraagt de Raad Telenet om nieuwe betaalzenders, op een commerciële basis, toegang te geven tot diens kabelnetwerken. Die toegang moet gebaseerd zijn op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende criteria rekening houdend met vergelijkbare marktgegevens, o.m. in ons omringende landen en berekend op basis van specifieke kostenelementen die verbonden zijn aan de distributie van dergelijke betaaltelevisieprogramma's zoals het aantal benodigde kanalen, het aantal nog beschikbare kanalen of bijkomende dienstverlening zoals facturatie. Daarnaast moet Telenet haar digitale versleutelingsstelsel (*digital conditional access*) dat voor de eigen betaalzender wordt gebruikt, op een commerciële basis op een niet-discriminerende wijze openstellen voor derde betaalzenders die wensen op de kabel uit te zenden. Canal+ moet eveneens ter beschikking gesteld worden aan alternatieve structuren die erom vragen. De commerciële onderhandelingen die hieraan vooraf gaan moeten gebeuren aan niet-exclusieve, eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. De alternatieve operator moet hiervoor een redelijke en niet-discriminerende vergoeding ontvangen en staat zelf in voor de technische distributie en het versleutelen van Canal+. Telenet kan niet verhinderen dat deze operatoren van een alternatieve infrastructuur publiciteit voeren om aan te tonen dat Canal+ deel uitmaakt van hun zenderpakket. Het gebruik van de digitale decoder van Telenet is niet verboden maar Telenet kan dat niet verplichten op de andere infrastructuren. Om dit alles te bereiken verbinden de partijen zich ertoe voor Canal+ geen contracten met filmrechtenverdelers af te sluiten waarin bepalingen voorkomen dat de betaalzender enkel mag worden uitgezonden via de kabelinfrastructuur. Telenet zal inspanningen doen om tegen redelijke voorwaarden de rechten te verwerven opdat Canal+ niet enkel op haar eigen kabelnetwerken maar op alle andere bestaande en toekomstige infrastructuren in Vlaanderen kan verdeeld worden. Telenet moet er in eerste instantie naar streven contracten af te sluiten die infrastructuurneutraal zijn.

64. De Raad heeft een verbindend karakter gegeven aan de verbintenissen van de uitvaartverzekeraar *Dela*<sup>88</sup> die de keuze van de geconventioneerde uitvaartondernemingen voor 10 jaar regelt aan de hand van het "Certificaat van Hoogste Kwaliteit 2005". *Dela* verbindt zich er onder meer toe samenwerkingsovereenkomsten te sluiten met alle uitvaartondernemingen, ook die buiten de *Dela*-groep, voor zover die aan de objectieve voorwaarden van het kwaliteitsattest voldoen.

<sup>84.</sup> *Majestiek NV en Claes Invest NV*, 97-C/C-25, 17 november 1997, B.S. 5 februari 1998, p. 3.276.

<sup>85.</sup> *Autogrill SpA/Carestel Group SA*, 2006-CONC-C/C-0030, 9 oktober 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/04, 3.

<sup>86.</sup> *Electrabel Customers Solutions SA/Interest SCRL*, 2003-C/C-56, 4 juli 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/03, 4.

<sup>87.</sup> *Telenet Bidco NV/Canal+ NV*, 2003-C/C-89, 12 november 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/04, 72.

<sup>88.</sup> *NV Dela Holding/BV Funeralco/NV Waterland Equity Fund/BVBA GDS Graphics/NV Sophia Group*, 2005-C/C-29, 10 juni 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/02, 76.



65. De Raad zorgt er in *Editeco*<sup>89</sup> voor dat andere kranten-uitgevers dezelfde mogelijkheden krijgen om optionele combinatiekortingen voor financiële en wettelijk verplichte advertenties te bekomen als de partijen zelf. Bovendien verbinden de partijen zich er ook toe om geen discriminerende voorwaarden toe te passen ten aanzien van handelspartners bij het verstrekken van kant-en-klare koerslijsten aan de geschreven pers in België. Het aanbod van kant-en-klare koerslijsten zal eveneens niet zonder enige objectieve rechtvaardiging verminderd worden ten aanzien van de situatie op de dag van de beslissing van de Raad.

66. In *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*<sup>90</sup> verbinden de partijen zich ertoe niet-discriminatoire toegang tot de kabelinfrastructuur te verzekeren. In *Tecteo-BETV/ACM* bieden de partijen dezelfde verbintenis aan (zie ook randnr. 57).

67. Belgacom neemt in *Belgacom NV/Scarlet NV* de verbintenis op zich om het behoud van het *dark fibre*-aanbod van Scarlet, dat dankzij de afstoting ervan blijft bestaan, aan andere DSL-operatoren te verzekeren.

Belgacom verbindt zich er ook toe in *Belgacom NV/Scarlet NV*<sup>91</sup> dat de groothandelsovereenkomsten en het groothandelsaanbod voor de doorverkoop van breedbandtoegang en de huurlijnenmarkten geëerbiedigd worden. Hoewel de Raad vaststelt dat operatoren die breedbandinternetdiensten aanbieden op de kleinhandelsmarkt op lange termijn onrechtstreekse concurrentiële druk kunnen uitoefenen op de positie van Belgacom in de groothandelsmarkt en er geen zekerheid is of de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de groothandelsmarkt op significante wijze zou belemmeren, bestaat er niettemin ongerustheid op de markt. De situatie in de markt voor huurlijnen is volgens de Raad minder duidelijk, wel neemt deze verbintenis elk mededingingsbezwaar betreffende de markt voor huurlijnen weg. In het licht van deze overwegingen van de Raad kan er dus getwijfeld worden aan de proportionaliteit van deze verbintenis. De Raad is echter zelf van mening dat de huidige verbintenissen niet buitensporig zijn.

Voor de groothandelsmarkt verbindt Belgacom zich tot bepaalde prijszettingen.

Het is vermeldenswaardig dat Belgacom eveneens een verbintenis (Cybercenter Overeenkomst) aangaat om specifieke zorgen van BASE tegemoet te komen. De bezwaren van BASE worden niet beschreven in de beslissing van de Raad noch wordt de inhoud van de verbintenis bekend gemaakt.

#### 4.1.6. Leveren van producten of diensten aan derden

68. De Raad verzekerde meerdere malen dat derden na de fusie de nodige producten of diensten kunnen bekomen.

69. Een dergelijke verbintenis heeft de Raad voor het eerst aanvaard in *Belgacom, De Post* en *BPG e-services*<sup>92</sup> waar verzekerd wordt dat elke Internet Service Provider haar klanten een PostBox-account kan aanbieden via de website van deze ISP. Bovendien kan de ISP de toegang tot de Postbox integreren in haar eigen Web Interface met een eigen "*Look and feel*". Elke PostBox-account zal voor de consument toegankelijk zijn via de website van de individuele ISP's.

70. *Electrabel*<sup>93</sup> verbindt zich er toe een elektriciteitsbeurs te creëren waarop elke dag 100MW openbaar te koop wordt aangeboden. Daarnaast wordt er aan de hand van een veiling over een periode van 5 jaar ook 1200MW te koop aangeboden (verminderd met de 100MW die op de elektriciteitsbeurs wordt aangeboden, de capaciteit waartoe derden in België toegang krijgen die ze voordien niet hadden, en extra capaciteit die gecreëerd wordt door transmissie van het buitenland). De veiling moet transparant, niet-discriminerend en op een vertrouwelijke basis verlopen.

*Electrabel*<sup>94</sup> heeft zich er later eveneens toe verbonden om er voor te zorgen dat elke derde die geïnteresseerd is in het aankopen van gas L en die over een licentie beschikt van Distrigaz, een gedetailleerd aanbod ontvangt om dit gas L aan te kopen. De prijs aangerekend aan deze derde zal niet-discriminerend zijn ten aanzien van de prijs betaald door ECS.

71. *Belgacom* heeft de verbintenis aangeboden om alle Scarlet-producten nog gedurende drie jaar aan te bieden en dit aan dezelfde prijzen en voorwaarden<sup>95</sup>.

<sup>89</sup>. *NV Rossel & Cie/NV De Persgroep/NV Editeco* en *NV Uitgeversbedrijf Tijd/NV Editeco*, 2005-C/C-56, 20 december 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 53.

<sup>90</sup>. *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, 2008-C/C-16, 25 april 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/162008CC16\\_TECTEO\\_Phase2\\_PUB.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/162008CC16_TECTEO_Phase2_PUB.pdf).

<sup>91</sup>. *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, randnrs. 37-46, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>92</sup>. *Belgacom, De Post* en *BPG e-services*, 2002-C/C-89, 18 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/04, 133.

<sup>93</sup>. *Electrabel Customers Solutions SA/Interest SCRL*, 2003-C/C-56, 4 juli 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/03, 4.

<sup>94</sup>. *Bv. Electrabel Customers Solutions SA/Intermosane*, 2004-C/C-07, 15 januari 2004, *Driem. Tijdschr. RM* 2004/01, 16.

<sup>95</sup>. *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

#### 4.1.7. *Beëindiging van samenwerkingsovereenkomsten met concurrenten*

72. De Raad heeft reeds drie maal een concentratie goedgekeurd op basis van de verbintenis om een samenwerkingsovereenkomst met concurrenten op te zeggen.

73. De Kinopolis-groep<sup>96</sup> verbindt zich ertoe alle bestaande programmatieovereenkomsten met onafhankelijke zaaluitbaters te beëindigen binnen een termijn van één jaar en er eveneens geen nieuwe meer te sluiten.

74. In *Sustrans*<sup>97</sup> verzoekt de Raad de partijen om een samenwerkingsovereenkomst stop te zetten. Het samenwerkingsakkoord tussen Lekkerland België en Caritas (LCT), moet zowel aan de aanbodzijde (gezamenlijke inkopen) als aan de vraagzijde (gezamenlijke benadering van afnemers) beëindigd worden binnen 60 kalenderdagen na de beslissing van de Raad. Dit geldt voor de markt voor groothandel van tabakswaaren en snoepwaaren.

75. In *Carestel*<sup>98</sup> verbinden de partijen zich ertoe een einde te maken aan alle overeenkomsten waarin hun concurrenten (tabakshops) verplicht worden zich te bevoorraden bij Autogrill/Carestel.

#### 4.1.8. *Eliminatie van het risico van coördinatie*

76. In *Editeco*<sup>99</sup> bepaalt de Raad dat de reclameregie van de twee zakenkranten *De Tijd* en *L'Echo* niet geïntegreerd kunnen worden met die van de algemene kranten van de Persgroep of Rossel zodat deze duidelijk afzonderlijk zouden blijven opereren.

77. Zie ook Belgacom's verbintenis waarbij ze zich tot nationale prijszetting verbindt (randnr. 52).

#### 4.1.9. *Vergemakkelijken van toegang tot de markt voor concurrenten*

78. Naast het toegankelijk maken van infrastructuur heeft de Raad in de loop van de jaren een hele reeks verbintenissen aanvaard die er toe leiden dat de markt gemakkelijker toegankelijk wordt voor andere ondernemingen.

79. In *Belgacom, De Post en BPG e-services*<sup>100</sup> verbinden

de partijen zich aan een hele reeks verbintenissen die moeten verzekeren dat individuele Internet Service Providers – en niet alleen de nieuwe onderneming (nu Certipost) – het PostBox-product kunnen aanbieden. Zo wordt vooreerst het PostBox-e-mailadres afgeschaft en kan de PostBox door elke gebruiker op elk moment aan eender welk e-mailadres gekoppeld worden. De individuele ISP's die door een registratieproces gegaan zijn bij een geaccrediteerde registratieautoriteit kunnen hun klanten een PostBox-account aanbieden verbonden met het e-mailadres van de individuele ISP. De PostBox-accounts zijn rechtstreeks toegankelijk via de webstek van de individuele ISP's. De ISP's ontvangen een commissie voor elke gebruiker die via de ISP-website een PostBox opent. Deze PostBox zal precies dezelfde functionaliteiten hebben als de PostBox die aangevraagd werd via de website van de partijen. De individuele ISP's en de nieuwe onderneming kunnen overeenkomsten sluiten om een gemeenschappelijke marketing-campagne te voeren over het PostBox-product. Deze verbintenissen gelden voor 18 maanden stilzwijgend verlengd voor dezelfde termijn tenzij de partijen verzoeken om ze te wijzigen.

Daarnaast verbinden de partijen er zich toe dat de PostBox-gebruikers die gekwalificeerde certificaten aankopen voor het PostBox-product deze ook zullen kunnen gebruiken voor non-PostBox-toepassingen. Certificaten van andere certificatieautoriteiten zullen ook gebruikt kunnen worden voor het PostBox-product. De postkantoren en de Belgacom-boetieks zullen ter beschikking worden gesteld van andere certificatieautoriteiten om hen toe te laten deze kantoren ook te gebruiken als registratieautoriteit. De voorwaarden van deze terbeschikkingstelling zullen bepaald worden in een te goeder trouw onderhandelde overeenkomst waarin onder andere een marktconforme prijs bepaald wordt.

Bovendien kan de nieuwe onderneming de producten van de aanmeldende partijen, De Post en Belgacom, niet aanprijzen of verkopen. Wel kan de nieuwe onderneming samen met de aanmeldende partijen inschrijven op overheidsopdrachten en de producten van de aanmeldende partijen integreren in haar eigen product.

80. In *Electrabel*<sup>101</sup> verbinden de partijen zich er toe elke klant 6 maanden voor het einde van zijn contract via een aparte brief op de hoogte te brengen dat hij de mogelijkheid heeft om naar een andere elektriciteitsleverancier over te stappen. Deze brief bevat alle contactgegevens van de andere leveranciers.

<sup>96</sup>. *Majestiek NV en Claeys Invest NV*, 97-C/C-25, 17 november 1997, B.S. 5 februari 1998, p. 3.276.

<sup>97</sup>. *NV Sustrans /NV Sugro/NV Maas Services België/NV Caritas/NV Tabaccomat*, 2003-C/C-40, 30 april 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/01, 95.

<sup>98</sup>. *Autogrill SpA/Carestel Group SA*, 2006-CONC-C/C-0030, 9 oktober 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/04, 3.

<sup>99</sup>. *NV Rossel & Cie/NV De Persgroep/NV Editeco en NV Uitgeversbedrijf Tijd/NV Editeco*, 2005-C/C-56, 20 december 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 53.

<sup>100</sup>. *Belgacom, De Post en BPG e-services*, 2002-C/C-89, 18 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/04, 133.

<sup>101</sup>. *Electrabel Customer Solutions SA/Interlux SCRL*, 2002-C/C-61, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/03, 53 en *Electrabel Customer Solutions SA/IDEG SCRL*, 2002-C/C-62, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/03, 61.

**81.** In *Dela*<sup>102</sup> vraagt de Raad het beding van vrije keuze van uitvaartonderneming in de algemene voorwaarden gedurende ten minste tien jaar te behouden in de uitvaartpolissen die Dela in België verkoopt of verkocht heeft. Hierdoor hebben uitvaartondernemingen die niet behoren tot de nieuwe Dela/Sophia-groepering de mogelijkheid toch voor Dela-klanten de uitvaart te verzorgen.

**82.** Als gevolg van de afstoting van het Scarlet-netwerk in *Belgacom NV/Scarlet NV*<sup>103</sup> worden de Scarlet-klanten bevrijd van contractuele beperkingen om van breedbandinternetoperator te veranderen. De Raad vindt het echter niet nodig om de Scarlet-klanten positief te doen kiezen om Scarlet/Belgacom-klant te blijven aangezien de inertie die de doorsnee consument er toe brengt bij zijn bestaande leverancier te blijven, niet mag verondersteld worden bij een Scarlet-klant. De Raad gaat er vanuit dat de overname van Scarlet door Belgacom bij het grote publiek bekend is, een bericht op de website is dan ook voldoende als publicatiemaatregel.

#### 4.1.10. Verbintenissen met betrekking tot de distributie

**83.** De Raad heeft een heel aantal verbintenissen aan zijn beslissingen verbonden die betrekking hebben op de modaliteiten van de distributie.

**84.** In *Belgacom, De Post* en *BPG e-services*<sup>104</sup> nemen de partijen een aantal verbintenissen op zich die te maken hebben met de distributie van het PostBox-product. De partijen verbinden zich ertoe om de vertrouwelijkheid van gegevens die hen ter kennis komen over de consumenten van de individuele ISP's die ook het PostBox-product aanbieden te waarborgen. Deze verbintenissen gelden voor 18 maanden stilzwijgend verlengd voor dezelfde termijn tenzij de partijen verzoeken om ze te wijzigen.

**85.** In *Electrabel*<sup>105</sup> bepaalt de Raad dat elke klant zijn overeenkomst met Electrabel eenzijdig kan opzeggen mits een opzeggingstermijn van 6 maanden in acht wordt genomen. Elke klant moet van deze contractwijziging op de hoogte gebracht worden.

Een jaar later verbindt Electrabel<sup>106</sup> er zich ook toe dat de klanten van de gemengde intercommunales die een contract

van één jaar of langer ondertekend hebben tot en met 1 juli 2005 dit contract na één jaar kunnen verbreken met een maximum opzeggingstermijn van 3 maanden. In dezelfde zaak verbindt Electrabel er zich ook toe dat elke werknemer die verantwoordelijk is voor de distributiekanaalen een verklaring, die integraal weergegeven is in de beslissing van de Raad, moet ondertekenen, zodat elke werknemer de vertrouwelijkheid van de informatie vernomen tijdens hun taak verzekert. Electrabel bezorgt aan de CREG en CWAPE een namenlijst met deze werknemers en duidt een verantwoordelijke aan die waakt over de confidentialiteit. Aangezien het Electrabel-logo geassocieerd zou worden met de gemengde intercommunales en dit een voordeel voor Electrabel zou kunnen opleveren ten nadele van de potentiële concurrenten, wordt het gebruik van het logo beperkt. Hier wordt een dwangsom aan verbonden voor elk gebruik dat tegenstrijdig is met de beschikking van de Raad.

**86.** De enige toezeggingen die ooit gedaan werden aan de Raad om het onderzoek naar een restrictieve mededingingspraktijk te beëindigen, concentreren zich ook voornamelijk op de condities van de levering van producten aan derden. In *Distri-one*- en *Banksys*-zaken worden de verkoopvoorwaarden verbonden aan het principe van transparantie en non-discriminatie.

In *Distri-one*<sup>107</sup> verbinden de partijen zich er toe om de communicatie naar de consumenten toe transparanter te maken en dit op het vlak van de classificatie van het cliënteel, prijslijsten, logistieke terugbetaling, promotie programma's, enz. Bovendien verbinden de partijen er zich ook toe dat de leveringen binnen de tien dagen zullen gebeuren en elke klant de mogelijkheid heeft om het volledige gamma aan producten te bestellen. Als een levering niet voldaan kan worden, dan zal de bestaande stock op objectieve wijze verdeeld worden. Bovendien gelden al deze toezeggingen ook ten aanzien van bestellingen uit het buitenland.

In *Banksys*<sup>108</sup> worden de algemene voorwaarden van de standaardcontracten aangepast. Na het onderschrijven van een huur- of verkoopcontract voor een betalingsterminal hebben de klanten 48 uur bedenktijd om het contract nog te verbreken (zolang de terminal nog niet geïnstalleerd is). Alle contracten worden nu van onbepaalde duur en zijn zonder meer opzegbaar door de consument met een opzeggingstermijn van 4 maanden tijdens het eerste jaar en drie maanden voor elk nakomend jaar.

<sup>102.</sup> *NV Dela Holding/BV Funeralco/NV Waterland Equity Fund/BVBA GDS Graphics/NV Sophia Group*, 2005-C/C-29, 10 juni 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/02, 76.

<sup>103.</sup> *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>104.</sup> *Belgacom, De Post* en *BPG e-services*, 2002-C/C-89, 18 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/04, 133.

<sup>105.</sup> *Electrabel Customer Solutions SA/Interlux SCRL*, 2002-C/C-61, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/03, 53 en *Electrabel Customer Solutions SA/IDEG SCRL*, 2002-C/C-62, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/03, 61.

<sup>106.</sup> *Electrabel Customer Solutions SA/Interest SCRL*, 2003-C/C-56, 4 juli 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/03, 4.

<sup>107.</sup> *Distri-one/Coca-Cola Enterprises Belgium*, 2005-I/O-52, 30 november 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 14.

<sup>108.</sup> *Banksys SA, FNUCM/Banksys SA* en *UNIZO/Banksys SA*, 2006-I/O-12, 31 augustus 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/03, 6.

## 4.2. Duurtijd van de verbintenissen

87. Vele beslissingen van de Raad bevatten geen enkele bepaling met betrekking tot de duurtijd van de verbintenissen. Wanneer de Raad partijen verbindt om bijvoorbeeld opzeggingsclausules aan te passen zoals in *Electrabel*<sup>109</sup>, zijn deze inherent permanent en moet de Raad er bijgevolg geen tijdsbepaling aan verbinden. Andere verbintenissen zijn verbindend voor een onbepaalde tijd maar de partijen kunnen een gemotiveerd verzoekschrift indienen bij de Raad om deze te wijzigen of op te heffen (zie randnrs. 28-31).

Hoewel de Raad in de regel geen tijdsbepaling verbindt aan de verbintenissen, zijn er wel uitzonderingen. De verbintenissen in *Kinopolis*<sup>110</sup> gelden voor een periode van tien jaar die stilzwijgend verlengd wordt voor dezelfde periode tenzij de partijen zes maanden voor het verstrijken van deze periode een verzoek tot opheffing indienen. In *Belgacom*, *De Post* en *BPG e-services*<sup>111</sup> gelden de voorwaarden zolang de opgerichte onderneming, nu Certipost, bestaat. Een ander voorbeeld hiervan is *Dela*<sup>112</sup>, waar de verbintenissen gelden voor een periode van tien jaar, maar zelfs hier werd de mogelijkheid ingebouwd om ervoor of erna (dus na tien jaar) de verbintenissen nog te wijzigen. In *Editeco*<sup>113</sup> en *Autogrill/Carestel*<sup>114</sup> legt de Raad verbintenissen op met een tijdsbeperking van vijf jaar die niet verlengbaar is. De verbintenissen in *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*<sup>115</sup> gelden voor drie en een half jaar.

Belgacom heeft zich in *Belgacom NV/Scarlet NV*<sup>116</sup> ertoe verbonden binnen een afstotingsperiode het netwerk van Scarlet te verkopen. Zo niet kan een Divestiture Trustee overgaan tot de verkoop van het netwerk van Scarlet binnen een door de Raad vast te stellen termijn zonder daarbij gebonden te zijn aan een minimumprijs.

88. De duurtijd van de verbintenissen wordt zelden afzonderlijk gemotiveerd en aangezien de Raad de verbintenissen veelal niet beperkt in de tijd gelden ze totdat de partijen een verzoek tot herziening indienen.

## 4.3. Motivering van de verbintenissen

89. Hoewel de Raad steeds vaker verbintenissen aan zijn goedkeuringsbeslissingen verbindt, is het niet altijd duidelijk hoe deze verbintenissen de effectieve mededinging op de markt moeten waarborgen of wat de relatie is tussen het mededingingsprobleem en de verbintenis (zie bv. recentelijk de summiere bespreking in *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon* en zelfs *Belgacom/Scarlet NV*). Dit is problematisch omdat dit het nog moeilijker maakt de herziening of opheffing van verbintenissen te onderzoeken (zie randnrs. 28-31). Als het al moeilijk is na te gaan wat het doel – en de noodzaak – van de verbintenissen is in de goedkeuringsbeslissing van de Raad, is het bijna onmogelijk om te oordelen of de verbintenissen nog steeds nodig zijn om de effectieve mededinging op de Belgische markt te waarborgen.

## 4.4. Toezicht op de naleving van de verbintenissen en toezeggingen

90. De Raad aanvaardt voornamelijk gedragsvoorwaarden (zie randnrs. 42-86) waardoor het belang van het toezicht op de naleving van de verbintenissen (en toezeggingen) nog toeneemt.

91. Het auditoraat heeft de algemene bevoegdheid toe te zien op de uitvoering van de beslissingen van de Raad<sup>117</sup>. De WEM voorziet ook expliciet, zowel in de eerste als in de tweede fase, dat de Raad voorwaarden en/of verbintenissen aan zijn beslissing kan koppelen die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen die zij hebben aangeboden zullen naleven<sup>118</sup>. De Raad kan ook een ambtshalve onderzoek openen indien hij een mogelijke inbreuk op een van de verbintenissen of voorwaarden vaststelt. Zo heeft de auditeur *suo motu* een onderzoek ingesteld naar de oprichting van het Médiacité-complex door Kinopolis dat in strijd kon zijn met de naleving van een van de verbintenissen aanvaard in 1997. De Raad heeft op 27 februari 2008 beslist dat wanneer Kinopolis haar plan om het Palace-complex te sluiten uitvoert ten laatste op het moment dat het nieuwe bioscoopcomplex Médiacité wordt geopend, er geen

<sup>109.</sup> *Electrabel Customer Solutions SA/Interlux SCRL*, 2002-C/C-61, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/03, 53 en *Electrabel Customer Solutions SA/IDEG SCRL*, 2002-C/C-62, 30 augustus 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/03, 61.

<sup>110.</sup> *Majestiek NV* en *Clays Invest NV*, 97-C/C-25, 17 november 1997, *B.S.* 5 februari 1998, p. 3.276.

<sup>111.</sup> *Belgacom*, *De Post* en *BPG e-services*, 2002-C/C-89, 18 december 2002, *Driem. Tijdschr. RM* 2002/04, 133.

<sup>112.</sup> *NV Dela Holding/BV Fumeralco/NV Waterland Equity Fund/BVBA GDS Graphics/NV Sophia Group*, 2005-C/C-29, 10 juni 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/02, 76.

<sup>113.</sup> *NV Rossel & Cie/NV De Persgroep/NV Editeco* en *NV Uitgeversbedrijf Tijd/NV Editeco*, 2005-C/C-56, 20 december 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 53.

<sup>114.</sup> *Autogrill SpA/Carestel Group SA*, 2006-CONC-C/C-0030, 9 oktober 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/04, 3.

<sup>115.</sup> *Tecteo/Brutélé-Câble Wallon*, 2008-C/C-16, 25 april 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/162008CC16\\_TECTEO\\_Phase2\\_PUB.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/162008CC16_TECTEO_Phase2_PUB.pdf).

<sup>116.</sup> *Belgacom NV/Scarlet NV*, 2008-C/C-59, 7 november 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization/jurisprudence/592008cc59\\_Belgacom\\_Scarlet\\_volledig\\_pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization/jurisprudence/592008cc59_Belgacom_Scarlet_volledig_pub.pdf).

<sup>117.</sup> Art. 29 § 1, 1° WEM.

<sup>118.</sup> Art. 58 § 1, 1° en art. 59 § 6, lid 1 WEM.

voorafgaande instemming vereist is, omdat de capaciteit van Kinopolis niet wordt vergroot<sup>119</sup>. Deze beslissing is vernietigd door het hof van beroep bij arrest van 22 oktober 2008 en de zaak is nu hangende bij de Raad voor verdere afhandeling.

92. Uit de rechtspraak van de Raad blijkt dat de Raad meestal slechts een minimaal toezicht op de naleving van de verbintenissen en toezeggingen organiseert. De Raad beperkt zich vaak tot het opleggen van een rapporteringsplicht. In *Telenet*<sup>120</sup>, *Distri-one*<sup>121</sup>, *Dela*<sup>122</sup> en *Banksys*<sup>123</sup> bijvoorbeeld, legde de Raad een jaarlijkse rapporteringsplicht op. Deze jaarlijkse rapporteringsplicht geldt in de regel zolang de partijen geen gemotiveerd verzoek indienen bij de Raad om de verbintenissen en voorwaarden op te heffen of te wijzigen.

De Raad heeft ook andere toezichtmiddelen opgelegd dan louter een rapporteringsplicht. In *Telenet Bidco NV/Canal+ NV*<sup>124</sup>, bijvoorbeeld, is het toezicht niet beperkt tot een rapporteringsplicht, maar legt de Raad eveneens de verplichting op om een eventuele verkoop van contentrechten te onderwerpen aan een voorafgaandelijke goedkeuring van de Raad. Ook in *Distri-one*<sup>125</sup> voegde de Raad nog twee toezichtmaatregelen toe aan de rapporteringsplicht: CCEB moet de Dienst voor de Mededinging op de hoogte brengen van elke rechtspleging die wordt ingesteld omtrent de naleving van de toezeggingen en ook van elke betwisting omtrent de classificatie van een bepaalde klant. De Raad legt voor *Electrabel*<sup>126</sup> zelfs een dwangsom op telkens *Electrabel* zijn logo in strijd met de gegeven verbintenissen gebruikt. In *Sustrans*<sup>127</sup> geeft de Raad de partijen een periode van twee maanden om de aangeboden verbintenissen ten uitvoer te brengen. Indien de verbintenissen na verloop van deze periode nog steeds niet zijn geïmplementeerd worden de partijen opnieuw opgeroepen om over andere verbintenissen te onderhandelen.

In bepaalde gevallen vereist de Raad van partijen dat ze voorafgaand aan een bepaalde handeling de Raad om toestemming vragen. Zo heeft Kinopolis, in naleving van de voorwaarden opgelegd in 1997, op 29 oktober 2008 de toestemming verkregen om een 50%-participatie te nemen in

Imagimons NV, de uitbater van het gelijknamige bioscoopcomplex te Bergen, voor zover dit er niet toe leidt dat Kinopolis uitsluitende zeggenschap verwerft noch er in de praktijk toe leidt dat Kinopolis toch daadwerkelijk het dagelijkse beleid kan voeren<sup>128</sup>.

De Raad is nochtans van mening dat er niet steeds een specifiek toezicht op de naleving van de verbintenissen en toezeggingen dient georganiseerd te worden. Zo beslist de Raad bijvoorbeeld in *Editeco*<sup>129</sup> dat “er geen reden [is] om aan te nemen dat de verbintenissen niet correct nageleefd zullen worden. De rapportage lijkt op dit ogenblik niet meer dan een administratieve last. Zo er al een afschrikkingeffect zou vanuit gaan, hoeft dit niet eens.” Nochtans had de auditeur een jaarlijkse rapporteringsplicht voorgesteld.

Deze stelling van de Raad staat in schril contrast met de overtuiging van de Europese Commissie. Naast het feit dat de Europese Commissie van mening is dat verbintenissen die louter gedragsvoorwaarden inhouden in principe niet aangewezen zijn om de mededingingsrechtelijke problemen bij horizontale concentraties op te lossen (zie randnr. 42), is de Europese Commissie er eveneens van overtuigd dat dit soort verbintenissen hun effect missen omdat er geen toezicht op uitgeoefend kan worden. Het is ten eerste zeer moeilijk voor de Europese Commissie om de naleving van dit soort verbintenissen na te gaan en bovendien zullen zelfs concurrenten vaak niet in staat zijn om (met voldoende zekerheid) vast te stellen of de geboden verbintenissen ook in praktijk worden omgezet. Bovendien hebben concurrenten vaak geen interesse in het opvolgen van de naleving omdat zij geen voordeel halen uit de aangeboden verbintenissen<sup>130</sup>. Het is onduidelijk waarom de Raad hiervan zo sterk afwijkt en het belang van toezicht op gedragsvoorwaarden grotendeels ontkent.

Het moet gezegd dat wat betreft de afstoting van een levensvatbaar bedrijfsonderdeel in *Belgacom NV/Scarlet NV*, de Raad en Belgacom de gewoontelijke toezichtmiddelen toepassen, met name een Toezichthoudende Trustee en een maandelijksse rapporteringsplicht voor zowel Belgacom als de Toezichthoudende Trustee. Dit is een positieve evolutie.

<sup>119</sup>. *Kinopolis Longdoz/Project Médiacité*, 2008-I/O-08, 27 februari 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/082008io08\\_Kinopolis\\_Mediacity\\_Luik.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/082008io08_Kinopolis_Mediacity_Luik.pdf).

<sup>120</sup>. *Telenet Bidco NV/Canal+ NV*, 2003-C/C-89, 12 november 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/04, 72.

<sup>121</sup>. *Distri-one/Coca-Cola Enterprises Belgium*, 2005-I/O-52, 30 november 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 14.

<sup>122</sup>. *NV Dela Holding/BV Funeralco/NV Waterland Equity Fund/BVBA GDS Graphics/NV Sophia Group*, 2005-C/C-29, 10 juni 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/02, 76.

<sup>123</sup>. *Banksys SA, FNUCM/Banksys SA en UNIZO/Banksys SA*, 2006-I/O-12, 31 augustus 2006, *Driem. Tijdschr. RM* 2006/03, 6.

<sup>124</sup>. *Telenet Bidco NV/Canal+ NV*, 2003-C/C-89, 12 november 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/04, 72.

<sup>125</sup>. *Distri-one/Coca-Cola Enterprises Belgium*, 2005-I/O-52, 30 november 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 14.

<sup>126</sup>. *Electrabel Customers Solutions SA/Interest SCRL*, 2003-C/C-56, 4 juli 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/03, 4.

<sup>127</sup>. *NV Sustrans /NV Sugro/NV Maas Services België/NV Caritas/NV Tabacomat*, 2003-C/C-40, 30 april 2003, *Driem. Tijdschr. RM* 2003/01, 95.

<sup>128</sup>. Verzoek tot instemming met transactie tussen Kinopolis Group NV en Multiscope Palace NV, 2008-C/C-56, 29 oktober 2008, zie [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/jurisprudence/562008cc56\\_Verzoek\\_Kinopolis\\_instemming\\_transactie\\_Multiscope\\_Pub.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/jurisprudence/562008cc56_Verzoek_Kinopolis_instemming_transactie_Multiscope_Pub.pdf). Tegen deze beslissing heeft Imagimons beroep aangetekend en de zaak is momenteel hangende voor het hof van beroep te Brussel.

<sup>129</sup>. *NV Rossel & Cie/NV De Persgroep/NV Editeco en NV Uitgeversbedrijf Tijd/NV Editeco*, 2005-C/C-56, 20 december 2005, *Driem. Tijdschr. RM* 2005/04, 53.

<sup>130</sup>. Mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, *PB*, 22 oktober 2008, C. 267/1, par. 69.

## 5. CONCLUSIE

**93.** Verbintenissen en toezeggingen zijn niet langer een rariteit in het Belgisch mededingingsrecht en nemen meer en meer een prominente plaats in in de beslissingspraktijk van de Raad. Deze tendens is zonder meer positief. In het geval van concentraties worden hierdoor verbodsbeslissingen vermeden voor fusies die inherent remedieerbare deficiënties met zich meebrengen. Verbodsbeslissingen worden enkel genomen in de gevallen dat er geen verbintenissen mogelijk zijn of de aangeboden verbintenissen duidelijk niet volstaan. Het aanvaarden van toezeggingen in het kader van restrictieve mededingingspraktijken beperkt de duur van deze procedures en is wenselijker dan een beslissing waarbij boetes worden opgelegd.

**94.** Wel blijft het cruciaal dat de verbintenissen en toezeggingen, met een relatief hoge graad van zekerheid, een oplossing bieden voor het geïdentificeerde mededingingsprobleem. Dit is waar de praktijk van verbintenissen en toezeggingen in België tekort komt.

Ten eerste maakt de Raad, in de context van concentraties, te veel gebruik van gedragsvoorwaarden waarvan de implementatie onzeker is en waardoor structurele problemen niet aangepakt kunnen worden.

Ten tweede motiveert de Raad niet altijd de noodzaak van verbintenissen of bepaalde aspecten ervan (zoals de duurtijd).

Ten derde besteedt de Raad nauwelijks aandacht aan het toezicht op de verbintenissen en toezeggingen. Een degelijk georganiseerd toezicht is echter een *conditio sine qua non* voor een succesvolle toepassing van de verbintenissen en toezeggingen, zeker in de context van gedragsvoorwaarden. Het aanvaarden van meer structurele verbintenissen en het

voorzien toezicht in *Belgacom NV/Scarlet NV* kan hierin misschien verandering brengen.

Ten vierde dient de Raad te waken over de rechten van derden. Hun rol bij de beoordeling van verbintenissen en toezeggingen is cruciaal, gezien zij de specifieke marktomstandigheden en mededingingsproblematiek best kunnen inschatten. Het hof van beroep heeft uitdrukkelijk gesteld dat de Raad de rechten van derde belanghebbenden moet waarborgen. De WEM voorziet hierin in zekere mate maar niet uitdrukkelijk wat betreft verbintenissen die niet in het (bijkomend) verslag van de auditeur werden opgenomen. De Raad zal er in zijn rechtspraak over moeten waken dat hij ook hier het recht om gehoord te worden van derde partijen respecteert en het niet uitholt door de toegang tot het dossier tot het absolute minimum te beperken. De Raad moet de rechten van derden ook garanderen wanneer er toezeggingen worden aangeboden tijdens procedures over restrictieve mededingingspraktijken. De Raad legde tot nu toe slechts het voorstel met toezeggingen voor aan de belangrijkste concurrenten en klanten maar volgde niet de strikte richtlijnen van de Europese Commissie waarbij een beknopt overzicht van de zaak en de gegeven toezeggingen gepubliceerd wordt zodat alle belanghebbenden erop kunnen reageren.

**95.** Aangezien er voornamelijk een procedurele lacune is in het Belgisch mededingingsrecht voor het aanbieden van verbintenissen lijkt het ons dat er nood is aan een mededeling, die in het verlengde ligt van de Corrigerende Maatregelen Mededeling van de Europese Commissie. Zulk een mededeling kan voor meer eenvormigheid zorgen in de rechtspraak. Bovendien kan een formulier, zoals het Formulier RM dat de Europese Commissie gebruikt, partijen ook betere richtlijnen geven in verband met de informatie die de Raad nodig heeft om verbintenissen te beoordelen.