

# RECHTSLEER

## DOCTRINE

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

## Het nieuwe Belgisch mededingingsrecht

*Hans Gilliams<sup>1</sup>*

1) Institutionele wijzigingen: van een duale naar een monistische structuur . . . . .	480
2) Restrictieve praktijken . . . . .	483
a) Sancties voor natuurlijke personen . . . . .	483
b) Onderzoek van restrictieve praktijken . . . . .	484
c) Clementieregeling . . . . .	486
d) Transacties . . . . .	487
e) Mededeling van grieven en ontwerp van beslissing . . . . .	488
f) Procedure voor en beslissing van het Mededingingscollege . . . . .	488
3) Voorlopige maatregelen in het kader van onderzoeken van restrictieve praktijken . . . . .	490
a) Algemeen . . . . .	490
b) Wettelijke voorwaarden . . . . .	490
c) Strekking van de procedure: vrijwaren van het nuttig effect van het onderzoek of bescherming van subjectieve rechten? . . . . .	491
d) Korte termijnen . . . . .	492
e) Mogelijke beslissingen van het Mededingingscollege . . . . .	492
f) Voorlopige maatregelen – Modaliteiten . . . . .	492
4) Onderzoek van concentraties . . . . .	493
5) Beroep bij het hof van beroep . . . . .	493
a) Algemeen . . . . .	493
b) Beslissingen vatbaar voor beroep . . . . .	494
c) Partijen die beroep kunnen instellen . . . . .	495
d) Tegenpartij . . . . .	496
e) Procedure zoals in kort geding . . . . .	496
f) Rechtsmacht van het hof van beroep . . . . .	496
i. Volle rechtsmacht in inbreukzaken . . . . .	496
ii. Vernietigingsbevoegdheid inzake concentratiecontrole . . . . .	498
g) Toetsingsintensiteit . . . . .	498
h) Bescherming van zakengeheimen in de procedure voor het hof . . . . .	499
6) Het Wetboek Prijscontrole . . . . .	499
a) Algemeen . . . . .	499
b) Procedure . . . . .	500
c) Aard en draagwijdte van de voorlopige maatregelen . . . . .	501
d) Beroep tegen beslissingen van het Mededingingscollege . . . . .	501

<sup>1</sup>. Advocaat Eubelius. Dank aan mijn kantoorgenoten Jan Bocken, Leen Goossens, Alexia Sohet, Nathan Cambien en Marieke Van Nieuwenborgh alsmede aan Xavier Taton (advocaat Linklaters) voor hun opmerkingen bij een ontwerp van deze bijdrage. De tekst werd afgesloten op 13 mei 2013.

## SAMENVATTING

*Twee nieuwe boeken van het Wetboek Economisch Recht maken grondige wijzigingen in het Belgisch mededingingsrecht. De nieuwe Belgische Mededingingsautoriteit of “BMa” is, zoals de Europese Commissie, bevoegd voor zowel het onderzoek van als de beslissing over inbreuken op de mededingingsregels en de goedkeuring van concentraties. De procedure inzake voorlopige maatregelen wordt versneld, en er komt een “transactieprocedure” die ondernemingen de mogelijkheid biedt om inbreuken te bekennen in ruil voor een beperkte vermindering van de boete. Natuurlijke personen zullen zelf kunnen worden beboet als ze betrokken zijn bij zware inbreuken. Voorts kan het beslissingsorgaan van de BMa, op voorstel van het “Prijzenobservatorium” van de FOD Economie, voor een beperkte tijd sectorale maatregelen opleggen met betrekking tot prijzen en marges. Deze bijdrage biedt een overzicht van de voornaamste nieuwigheden en identificeert een aantal voorzienbare twistpunten.*

## RÉSUMÉ

*Deux nouveaux livres du Code de droit économique introduisent des changements profonds dans le droit de la concurrence belge. La nouvelle autorité belge de la concurrence (“ABC”) est compétente, comme la Commission européenne, tant pour l’instruction que pour la prise de décision en matière de pratiques restrictives et de contrôle des concentrations. La procédure en matière de mesures provisoires est accélérée et une procédure dite de “transaction” est introduite, offrant aux entreprises la possibilité de reconnaître une infraction en échange d’une réduction limitée du montant de l’amende. Les personnes physiques elles-mêmes pourront se voir imposer des amendes lorsqu’elles sont impliquées dans des infractions graves. De surcroît, l’organe de décision de l’ABC pourra, sur proposition de l’“Observatoire des prix” du SPF Economie, prendre des mesures provisoires au sujet des prix et des marges pour une durée limitée ayant une portée sectorielle. La présente contribution offre un aperçu des principales nouveautés et identifie un certain nombre de questions prévisibles.*

1. Op 1 april 1993 trad de wet in werking die de Raad voor de Mededinging oprichtte. Exact twintig jaar later, op 3 april 2013, werd de wet goedgekeurd<sup>2</sup> die de Raad opheft en die ingrijpende veranderingen aanbrengt in het Belgisch mededingingsrecht. De WBEM<sup>3</sup> wordt vervangen door Boek IV van het Wetboek van Economisch Recht “Bescherming van de mededinging” (hierna “Wetboek Bescherming Mededinging” of “WER-IV”). De wet van 3 april 2013 voegt ook een Boek V toe aan hetzelfde wetboek met als titel “De mededinging en de prijsevoluties” (hierna “Wetboek Prijscontrole” of “WER-V”), zulks ter vervanging van de besluitwet van 22 januari 1945.

2. Het Wetboek Bescherming Mededinging herstructureert (nogmaals) de Belgische Mededingingsautoriteit en maakt ook aanzienlijke wijzigingen met betrekking tot het onderzoek van en de beslissing over restrictieve praktijken. Het Wetboek Prijscontrole maakt inhoudelijk geen deel uit van het mededingingsrecht, maar creëert wel de mogelijkheid voor het beslissingsorgaan van de Mededingingsautoriteit om tijdelijk en op sectoraal niveau in te grijpen met betrekking tot prijzen en/of marges. Deze bijdrage biedt een kort overzicht van de belangrijkste wijzigingen die door de nieuwe wetboeken worden ingevoerd.

## 1) INSTITUTIONELE WIJZIGINGEN: VAN EEN DUALE NAAR EEN MONISTISCHE STRUCTUUR

3. Een ingrijpende wijziging maakt het Wetboek Bescherming Mededinging op institutioneel vlak. Onder de WBEM had de Mededingingsautoriteit een “dualistische” structuur: vermoede inbreuken en voorgenomen concentraties werden onderzocht door het auditoraat, met bijstand van personeelsleden van de Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie. Het onderzoek van het auditoraat resulteerde (behalve in het geval van sepot) in een “gemoti-

veerd verslag” dat aan de Raad voor de Mededinging werd voorgelegd. De Raad was een orgaan dat – minstens in inbreukzaken – de kenmerken en de bevoegdheden had van een administratief rechtscollege en dat niet enkel functioneel maar ook qua samenstelling los stond van het auditoraat. Vandaar de karakterisering van de WBEM-structuur als “dualistisch”.

<sup>2</sup> Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van Boek IV “Bescherming van de mededinging” en van Boek V “De mededinging en de prijsevoluties” in het Wetboek van Economisch Recht en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek IV en aan Boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek IV en aan Boek V, in Boek I van het Wetboek van Economisch Recht (BS 26 april 2013, p. 25.216) en wet van 3 april 2013 houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bepaald in art. 77 van de Grondwet, in Boek IV “Bescherming van de mededinging” en in Boek V “De mededinging en de prijsevoluties” van het Wetboek van Economisch Recht (BS 26 april 2013, p. 25.248).

<sup>3</sup> Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (BS 29 september 2006, p. 50.613). Deze wet (met uitzondering van de erin vervatte strafbepalingen) wordt opgeheven door art. 6 van voornoemde wet van 3 april 2013.

4. Het Wetboek Bescherming Mededinging voert – naar Europees model – een monistische structuur in. Eén enkel bestuursorgaan (de Belgische Mededingingsautoriteit of “BMA”) staat in voor zowel het onderzoek van als de beslissing over vermoede inbreuken en aangemelde concentraties. De BMA wordt krachtens artikel 16, § 1 WER-IV opgericht als een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid en is samengesteld uit een voorzitter, een “Mededingingscollege”, een directiecomité, de auditeur-generaal en een “auditoraat”. Binnen de BMA voorziet de wet in een functionele scheiding tussen het onderzoek (dat onder leiding van een auditeur-generaal wordt uitgevoerd door een auditoraat) en de beslissing (die wordt genomen door een “Mededingingscollege”).

5. De voorzitter is zonder twijfel de spilfiguur van de nieuwe Mededingingsautoriteit. Hij zit het “directiecomité” voor (art. 24, § 1 WER-IV) en presideert eveneens het Mededingingscollege dat hij per zaak samenstelt en waarvan hij de werkzaamheden organiseert (art. 21 en 22, § 1 WER-IV). Daarnaast kent het Wetboek Bescherming Mededinging de voorzitter ook een aantal specifieke bevoegdheden toe in het kader van de behandeling van zaken<sup>4</sup>. De voorzitter is voorts belast met de externe vertegenwoordiging van de BMA<sup>5</sup>. Onder die externe vertegenwoordiging hoort ook de bevoegdheid van de BMA om in procedures voor de rechter te interveniëren als *amicus curiae*, met betrekking tot de toepassing van zowel de Belgische als de Europese regels inzake restrictieve praktijken<sup>6</sup>.

De voorzitter wordt (net als de auditeur-generaal, zie hierna) benoemd bij KB voor een (eenmaal hernieuwbare) termijn van zes jaar (zie art. 17, § 1 en 26, § 1 WER-IV).

6. Het *directiecomité* bestaat uit de voorzitter van de BMA, de auditeur-generaal, een “directeur economische stu-

dies” en een “directeur juridische studies” (art. 24, § 1 WER-IV). Het is belast met de (administratieve) leiding van de BMA en met de uitwerking van het mededingingsbeleid (art. 23 WER-IV). Het kan richtsnoeren uitvaardigen met betrekking tot de “toepassing van de mededingingsregels (art. 25 WER-IV)”, een bevoegdheid die onder de WBEM beruiste bij de Raad en waarvan beperkt gebruik werd gemaakt om de voorwaarden van de clementieregeling te preciseren en om regels inzake de berekening van boetes<sup>7</sup> vast te leggen. Het directiecomité is eveneens bevoegd om de “beleidsprioriteiten” van de BMA vast te leggen; artikel 25 WER-IV bepaalt in dat verband dat deze prioriteiten in de vorm van een “jaarlijkse nota” aan de voogdijminister worden meegedeeld.

7. Het onderzoek van vermoede restrictieve praktijken en aangemelde concentraties is de bevoegdheid van de *auditeur-generaal* en het *auditoraat* (art. 26, § 2 en 27 WER-IV). De auditeur-generaal beslist over het openen van onderzoeken en geniet ook een aantal specifieke bevoegdheden wat betreft het onderzoek van zaken<sup>8</sup>.

Het Wetboek Bescherming Mededinging bepaalt voorts dat “een auditoraat” bij de BMA wordt opgericht maar anders dan het geval was onder de WBEM, is “auditeur” niet langer een voltijdse functie. Het auditoraat bestaat uit de personeelsleden van de BMA die door het directiecomité worden aangewezen; per zaak wordt één van die personeelsleden door de auditeur-generaal als auditeur aangesteld. “Auditeur” is onder het Wetboek Bescherming Mededinging dus een functie die per zaak wordt uitgeoefend. Het Wetboek Bescherming Mededinging kent voorts een aantal bevoegdheden toe aan “het auditoraat”<sup>9</sup>. Die laatste uitdrukking lijkt niet te verwijzen naar het geheel van personeelsleden van het auditoraat of de functie van auditeur, maar wel naar een zogenaamde “begeleidingscel” die krachtens artikel 29

<sup>4</sup> Onder meer het verlenen van een ontheffing van het tenuitvoerleggingsverbod van aanmeldingsplichtige en nog niet goedgekeurde concentraties (art. 10, § 7 en 8 WER-IV), het laten behandelen van beroepen tegen beslissingen van de auditeur over de vertrouwelijkheid van gegevens (art. 41, § 8 WER-IV), het instellen van algemene of sectorale onderzoeken (art. 44), het verlenen van toegang tot niet-vertrouwelijke versies van het procedurendossier en van memories die bij het Mededingingscollege worden ingediend (art. 45, § 2 en § 3 WER-IV en art. 64, § 3 en § 5 WER-IV), het heropenen van zaken die op basis van verbintenissen waren afgesloten (art. 49 WER-IV), het opmaken van publieke versies van beslissingen van de BMA (art. 65 en art. 66, § 2 WER-IV) en uitspraken over beroepen tegen een beslissing van de auditeur-generaal inzake verzoeken om wijziging van de proceduretaal (art. 83, 3° lid WER-IV).

<sup>5</sup> Art. 20, § 1 WER-IV.

<sup>6</sup> Art. 77 WER-IV. De WBEM verleende de mededingingsautoriteit dergelijke bevoegdheid niet. Op basis van art. 15, § 3 van Verordening 1/2003 kon de mededingingsautoriteit voor de inwerkingtreding van WER-IV wel als *amicus curiae* interveniëren, maar enkel met betrekking tot de toepassing van de art. 101 en 102 VWEU. Die bevoegdheid wordt nu dus uitgebreid tot de toepassing van de art. 1 en 2 WER-IV.

<sup>7</sup> Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken (BS 22 oktober 2007, p. 54.713); mededeling van de Raad voor de Mededinging van 19 december 2011 betreffende de berekening van geldboeten (BS 18 januari 2012, p. 3.217).

<sup>8</sup> Het gaat om het in ontvangst nemen van meldingen van concentraties (art. 10, § 1 WER-IV) en klachten (art. 42, § 1 WER-IV), het openen van een onderzoek (art. 26, § 2 WER-IV), het geven van instructies aan de auditeur die met het onderzoek van een zaak is belast (art. 27, § 2 WER-IV), de samenstelling van het onderzoeksteam (art. 27, § 3 WER-IV), het aanstellen van deskundigen in het kader van een huiszoeking (art. 41, § 3 *in fine* WER-IV), het meedelen van grieven (art. 42, § 4 WER-IV), het vaststellen van de niet-vertrouwelijke versie van een ontwerpbeslissing (art. 45, § 2 WER-IV), het meedelen van beslissingen inzake transacties (art. 57 WER-IV), het neerleggen van schriftelijke opmerkingen in procedures betreffende voorlopige maatregelen (art. 64, § 3 WER-IV), het aanduiden van BMA-personeelsleden die namens de Europese Commissie of een andere Europese mededingingsautoriteit huiszoekingen of andere opdrachten kunnen uitvoeren (art. 68 WER-IV) en het beslissen over een verzoek tot wijziging van de proceduretaal (art. 83, 3° lid WER-IV).

<sup>9</sup> Het gaat om o.m. bevoegdheden inzake het seponeren van klachten (art. 42, § 2 WER-IV), het gegrond verklaren van een klacht of ambtshalve onderzoek (art. 42, § 4 WER-IV), transacties (art. 51-57 WER-IV) en verzoeken om voorlopige maatregelen in inbreukzaken (art. 64, § 2 WER-IV).

WER-IV voor elke zaak moet worden samengesteld en bestaat uit drie personen: de auditeur-generaal, de voor de betrokken zaak aangestelde auditeur en een ander personeelslid van het “auditoraat” dat in die zaak niet als auditeur is aangesteld<sup>10</sup>. De uitdrukking “het auditoraat” wordt in het Wetboek Bescherming Mededinging dus in twee betekenissen gebruikt: het verwijst ofwel naar het geheel van de personeelsleden van de BMA die in aanmerking komen om de functie van auditeur in een zaak te vervullen ofwel naar de “begeleidingscel”. Bij sommige bepalingen van WER-IV is het onduidelijk welke van deze twee betekenissen met de uitdrukking “auditoraat” wordt bedoeld.

8. Beslissingen inzake vermoede inbreuken, verzoeken om voorlopige maatregelen en aangemelde concentraties worden genomen door het *Mededingingscollege*. Dat is een gremium dat bestaat uit de voorzitter (of de “assessor-ondervoorzitter”) van de BMA en twee “assessoren”. De functie van de assessoren in het Mededingingscollege is te vergelijken met deze van leden van Kamers van de Raad voor de Mededinging. Er is evenwel een belangrijk verschil. Onder de WBEM telde de Raad voor de Mededinging zes voltijdse (waaronder de voorzitter en de ondervoorzitter) en zes deeltijdse leden<sup>11</sup>. Onder het Wetboek Bescherming Mededinging heeft enkel de voorzitter een voltijds mandaat. Alle assessoren (inclusief de ondervoorzitter) zijn *freelance*: ze worden per zaak aangeduid en betaald (art. 21 en 22, § 1 WER-IV). Dit doet de vraag rijzen of assessoren in staat zullen zijn om daadwerkelijk te wegen op de beslissing in een zaak. Die vraag is met name van belang in inbreukzaken, waar vaak moet worden geoordeeld op basis van zeer omvangrijke en complexe dossiers en waar het Wetboek Bescherming Mededinging een beslissingstermijn van één maand voorziet (zie *infra*, randnr. 35).

9. Waarom wordt de duale structuur verlaten? Dat een monistische structuur een “meer gestroomlijnde procedure”<sup>12</sup> mogelijk maakt voor het nemen van beslissingen en dat België één van de weinige lidstaten van de Europese Unie was waar de Mededingingsautoriteit nog een duale structuur had, valt niet te ontkennen. De vraag is echter waarom een naar behoren functionerende instelling als de

Raad afgevoerd wordt. De regering erkende dat het aantal beslissingen van de Raad voor de Mededinging sinds enkele jaren bevreemdend is<sup>13</sup>. Ook de duur van de procedures voor de Raad lijkt geen motief op te leveren voor een monistische structuur: behalve in procedures inzake voorlopige maatregelen was de duur van het onderzoek door het auditoraat bijna altijd (merkelijk) langer dan de duur van de procedure voor de Raad<sup>14</sup>. Voor ondernemingen die het voorwerp uitmaakten van een onderzoek was het bestaan van de Raad een procedurele waarborg dat de tegen hen geformuleerde grieven werden beoordeeld door een onafhankelijk rechtscollege. Onder de nieuwe wet verdwijnt die waarborg; we moeten het stellen met de functionele scheiding van onderzoek (o.l.v. de auditeur-generaal) en beslissing (door het Mededingingscollege, voorgezeten door de voorzitter van de BMA), en met de regel dat de leden van het Mededingingscollege geen enkele instructie mogen aanvaarden bij het nemen van hun beslissingen<sup>15</sup>.

Een monistische structuur is weliswaar niet noodzakelijk onverenigbaar met de Grondwet of het EVRM<sup>16</sup>. Maar is het – mede gelet op de zeer zware sancties die kunnen worden opgelegd uit hoofde van inbreuken op de mededingingsregels – een wijze keuze dat een bestuursorgaan (de BMA, via het Mededingingscollege) inbreuken kan vaststellen en bestraffen zonder tussenkomst van een rechter of een administratief rechtscollege? Zullen de twee assessoren die samen met de voorzitter deel uitmaken van het Mededingingscollege een onafhankelijke en grondige beoordeling kunnen verzekeren van de door de auditeur geformuleerde grieven? Die assessoren staan voor een zware uitdaging: zij zullen een “ontwerp van beslissing” van de auditeur voorgelegd krijgen en moeten in dat verband – binnen een termijn van één maand na de zitting, zie artikel 45, § 6 WER-IV – beslissen of de in dat document ontwikkelde grieven al dan niet gegrond zijn en op basis daarvan een eigen oordeel vormen. Zullen zij de tijd en de middelen hebben om desgevallend, in samenspraak met de voorzitter, een beslissing te redigeren die qua motivering en dispositief significant afwijkt van het door de auditeur voorgelegde ontwerp? Of moeten ondernemingen wat betreft de bescherming van hun rechten in inbreukprocedures hun hoop voortaan (nog meer) stellen op het hof van beroep?

<sup>10</sup>. Zie art. 29 *juncto* art. 30, § 1 WER-IV. De “begeleidingscel” wordt samengesteld “[o]m te vermijden dat belangrijke beslissingen zoals *sepo*beslissingen en beslissingen in transactieprocedures beslist zouden worden door één persoon” (zie *MvT*, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nrs. 53-2591/1 en 53-2592/1 (hierna verkort: “*MvT*”), p. 11). Bepaalde bevoegdheden die door het Wetboek Bescherming Mededinging aan het auditoraat worden toegewezen (zoals het verlenen van medewerking aan algemeen of sectoraal onderzoek (art. 44 WER-IV) of het ontvangen van een clementieverzoek (art. 46, § 2 WER-IV)) lijken geen betrekking te hebben op het nemen van “beslissingen” door het auditoraat. Bijgevolg lijkt de uitoefening van deze bevoegdheden geen tussenkomst vanwege de “begeleidingscel” te vereisen.

<sup>11</sup>. Sinds december 2008 telde de Raad in realiteit slechts vijf voltijdse leden en sinds mei 2009 slechts vijf deeltijdse leden.

<sup>12</sup>. Uitdrukking gebruikt in de *Memorie van toelichting*, p. 5.

<sup>13</sup>. *MvT*, p. 4.

<sup>14</sup>. Cf. ook de verwijzing, namens de regering, weergegeven in het advies van de Raad van State over het wetsontwerp naar “*de thans veel te lange doorlooptijden van het onderzoek naar ongeoorloofde mededingingspraktijken*”. Advies van de Raad van State, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nrs. 53-2591/1 en 53-2592/1 (hierna verkort: “Advies van de Raad van State”), 12.2.4.

<sup>15</sup>. Art. 18 en 22, § 4 WER-IV.

<sup>16</sup>. Arrest van het EHRM 27 september 2011, nr. 43509/08, *Menarini Diagnostics / Italië*, r.o. 58 en 59.

## 2) RESTRICTIEVE PRAKTIJEN

**10.** De voornaamste wijzigingen op het gebied van restrictieve praktijken bestaan in de invoering van administratieve sancties voor natuurlijke personen en in een aanpassing aan de nieuwe institutionele structuur van de regels inzake het onderzoek en de beslissing in inbreukzaken.

### a) Sancties voor natuurlijke personen

**11.** Artikel 1, § 4 WER-IV voert een verbod in voor natuurlijke personen om “*in naam en voor rekening van een onderneming of ondernemingsvereniging met concurrenten te onderhandelen of met hen afspraken te maken over: a) het vaststellen van de prijzen bij verkoop van producten of diensten aan derden; b) het beperken van de productie of verkoop van producten of diensten; c) het toewijzen van markten*”<sup>17</sup>. Vanuit conceptueel oogpunt is dit een opmerkelijke stap: voortaan vinden de mededingingsregels niet enkel toepassing op ondernemingen maar ook op natuurlijke personen (die zelf geen onderneming zijn). De uitbreiding is gecibleerd. Het gaat enkel om personen die “*in naam en voor rekening*” van een onderneming hebben gehandeld. Volgens de *memorie van toelichting* (p. 16) verwijst de term “*natuurlijke personen*” enkel naar “het management” van de betrokken onderneming. De uitdrukking “natuurlijke” personen lijkt uit te sluiten dat het verbod toepassing vindt op managementvennootschappen, maar volgens de *memorie van toelichting* (p. 17) is het verbod ook van toepassing op natuurlijke personen die de verboden handelingen hebben verricht “*via een managementvennootschap*”. Daarnaast oppert de *memorie van toelichting*<sup>18</sup> eveneens de mogelijkheid dat een managementvennootschap wordt beschouwd als een onderneming die is betrokken bij (en dus mede aansprakelijk voor) een inbreuk op basis van de *AC Treuhand*-rechtspraak<sup>19</sup>.

**12.** Natuurlijke personen kunnen worden gestraft als ze namens een onderneming “*met concurrenten [...] onderhandelen of met hen afspraken [...] maken*” over zgn. harde kerninbreuken (prijskartels, outputrestricties en marktverdeling). Deze bewoordingen (en met name de uitdrukking “*onderhandelen over*”) lijken zelfs strenger te kunnen zijn dan het kartelverbod van artikel 1 WER-IV (dat enkel betrekking heeft op overeenkomsten en afgestemde gedragingen). Aangezien de verbodsregel voor natuurlijke personen een accessorium is van het kartelverbod is het echter aannemelijk dat de uitdrukking “*onderhandelen over*” geen deel uitmaakt van het verbod, maar enkel een criterium is op

basis waarvan de leden van het management worden geïdentificeerd die persoonlijk kunnen worden gesanctioneerd wanneer “hun” onderneming een harde kerninbreuk begaat.

**13.** Geldboetes voor overtredingen van artikel 1, § 4 WER-IV kunnen oplopen tot 10.000 EUR (art. 70, § 2 WER-IV) en zijn – net als boetes die aan ondernemingen worden opgelegd – niet fiscaal aftrekbaar (art. 70, § 3 WER-IV)<sup>20</sup>. Of een onderneming boetes die aan het management worden opgelegd, zelf ten laste mag nemen, is onzeker; de NMa bijvoorbeeld oordeelde dat zulks tegen de ratio van de wetgeving ingaat en het de beoogde afschrikwekkende werking uitholt. Dat rechtvaardigde volgens de NMa zelfs een verhoging van de boete opgelegd aan de onderneming met 5% bij wege van verzwarende omstandigheid<sup>21</sup>.

**14.** De invoering van persoonlijke sancties heeft twee (complementaire) doelstellingen. Enerzijds beoogt de wetgever een (nog) verhoogd afschrikkingseffect. Anderzijds wordt gehoopt dat de pakkans verhoogt, aangezien clementieverzoeken nu ook kunnen worden ingediend door natuurlijke personen, die om immuniteit van vervolging (en dus niet enkel boete-immuniteit) kunnen verzoeken (art. 46, § 2 WER-IV). Om in aanmerking te komen voor dergelijke immuniteit moeten natuurlijke personen “meewerken” aan een clementieverzoek van hun onderneming (art. 46, § 2, 3° lid *in fine* WER-IV), maar ze hebben ook de optie om zo’n verzoek (enkel) in eigen naam in te dienen. Het risico van misbruik van “persoonlijke” clementieverzoeken (bv. door een ontslagen personeelslid dat in onmin leeft met zijn voormalige werkgever) is niet denkbeeldig. Toch zijn dergelijke verzoeken niet zonder risico voor de betrokken (ex-)managers. Een clementieverzoek kan weliswaar resulteren in immuniteit voor vervolging, maar laat onverlet dat er sprake is van een inbreuk op artikel 1, § 4 WER-IV; en uit het feit dat om clementie werd verzocht zou kunnen blijken dat het betrokken personeelslid zich bewust was van de onrechtmatige aard van zijn gedragingen – van managers kan hoe dan ook worden verwacht dat ze beseffen dat prijs- en outputkartels en marktverdelingsafspraken verboden zijn. Het lijkt dan ook aannemelijk dat een inbreuk op het verbod van artikel 1, § 4 WER-IV als een onrechtmatige daad zal worden aanzien, wat de deur opent voor schadeclaims tegen de leden van het management die bij hardcore inbreuken betrokken waren. Voor immuniteit van de uitvoeringsagent lijkt hier geen ruimte, nu het Wetboek Bescherming Mede-

<sup>17</sup>. Natuurlijke personen kunnen dus (tenzij eventueel in een hoedanigheid van “*onderneming*”) niet persoonlijk aansprakelijk worden verklaard voor een misbruik van machtspositie (zie *MvT*, p. 16).

<sup>18</sup>. Zie *MvT*, p. 17.

<sup>19</sup>. Arrest van het Ger.E.G. 8 juli 2008, T-99/04, *AC-Treuhand / Commissie, Jur.* 2008, II-1501, r.o. 115-136. Voor een weergave, zie K. BAEKELANDT in *RDC-TBH* 2008, p. 941.

<sup>20</sup>. Zie wat betreft de niet-aftrekbaarheid van geldboetes opgelegd door de Europese Commissie, GwH 20 december 2012, nr. 161/2012, *Tessenderlo Chemie / Belgische Staat*, B.14.2.

<sup>21</sup>. Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 30 december 2011, nr. 6888/435, *Landelijke Huisartsen Vereniging*, r.o. 184.

dinging een separaat verbod invoert dat specifiek toepassing vindt op natuurlijke personen. Relevant in dit verband kan zijn of de BMa *het feit* dat een natuurlijke persoon een clementieverzoek heeft ingediend, ten aanzien van derden als vertrouwelijk wil en mag behandelen.

## b) Onderzoek van restrictieve praktijken

15. Zoals reeds vermeld, wijst de auditeur-generaal voor elk te voeren onderzoek een “auditeur” aan uit de personeelsleden van het auditoraat. Eveneens wordt in elke zaak een zgn. “begeleidingscel” aangesteld die als “het auditoraat” zal optreden<sup>22</sup>.

16. Wat de *opening van onderzoeken* betreft kan op de volgende nieuwigheden worden gewezen:

- de auditeur-generaal beslist over het openen van een onderzoek en het bepalen van de volgorde waarin deze zaken worden behandeld; hij kan dat enkel doen “na advies” van de directeur economische studies (art. 26, § 2, 3° WER-IV). De Raad van State wees er in zijn advies over het wetsontwerp op, dat de nieuwe regels geen echt onafhankelijk onderzoek garanderen<sup>23</sup>. Immers, de auditeur-generaal kan enkel een onderzoek openen na advies van een ander lid van het directiecomité, en het onderzoek wordt gevoerd door een ambtenaar die weliswaar de functie van auditeur opneemt, maar die (als personeelslid van de BMa) onder het hiërarchisch gezag van het directiecomité valt. De regering repliceerde daarop dat het voorafgaande advies enkel beoogt de taak van de auditeur-generaal te vergemakkelijken en geen afbreuk doet aan zijn autonome bevoegdheid om al dan niet te beslissen tot opening van een onderzoek<sup>24</sup>;
- klachten worden ingediend bij de auditeur-generaal; over een sepot wordt beslist door “het auditoraat”, m.a.w. de begeleidingscel (art. 42, § 2 *juncto* art. 30, § 1, 1° WER-IV, dat bepaalt dat “het auditoraat” is belast met “*het eventueel seponeren van klachten*”);

- de minister heeft voortaan een injunctierecht (art. 41, § 1, 3° WER-IV). Onder de WBEM kon de minister (enkel) “verzoeken” om een onderzoek te openen<sup>25</sup>; het Wetboek Bescherming Mededinging voegt daaraan toe dat een onderzoek ook kan worden geopend “op injunctie van de minister”. Wanneer een onderzoek wordt geopend ten gevolge op een verzoek of een injunctie van de minister lijkt het Wetboek Bescherming Mededinging geen ruimte te laten voor een sepotbeslissing door de begeleidingscel (zie art. 42, § 2 waarin enkel sprake is van de mogelijkheid voor de begeleidingscel om een *klacht* te seponeren). Artikel 47 WER-IV lijkt evenwel niet te beletten dat de auditeur het Mededingingscollege een ontwerp van beslissing voorlegt waarin wordt gesteld dat er op basis van de tijdens het onderzoek vergaarde elementen geen aanleiding bestaat om op te treden tegen de door de minister geïssueerde praktijken<sup>26</sup>;

- de bevoegdheid van het beslissingsorgaan (onder het Wetboek Bescherming Mededinging is dat het Mededingingscollege) om aanvullende onderzoeken door het auditoraat te gelasten wordt afgevoerd. Diezelfde aanpassing wordt gemaakt op het niveau van het hof van beroep. Die aanpassing is consistent met de (minstens functionele) scheiding tussen onderzoek en beslissing: het Mededingingscollege (en in geval van beroep, het hof van beroep), moeten uitmaken of de tegen een onderneming (en/of natuurlijke persoon) door de auditeur (en in geval van beroep, het Mededingingscollege) weerhouden grieven al dan niet bewezen zijn. Zij kunnen dus geen nieuwe grieven toevoegen of suggereren en evenmin aanvullend onderzoek gelasten met betrekking tot gemaakte maar desgevallend niet voldoende gestaafde grieven<sup>27</sup>.

17. Wat de *taalregeling* betreft bepaalt het Wetboek Bescherming Mededinging, net als de WBEM dat onderzoekers de bepalingen van de wet taalgebruik gerechtszaken dienen te eerbiedigen bij het verhoor van personen en het opstellen van oproepingen<sup>28</sup>, processen-verbaal en “versla-

<sup>22</sup>. Zie vn. 10 en begeleidende tekst.

<sup>23</sup>. Advies van de Raad van State, 12.02.

<sup>24</sup>. *MvT*, p. 9.

<sup>25</sup>. Onder de WBEM pre-2009 kon bovendien een onderzoek *ex officio* of op vraag van de minister enkel worden gevoerd indien er “ernstige aanwijzingen” bestonden van een restrictieve praktijk: zie Brussel 13 februari 2013, 2008/MR/3, *Vebic, onuitg.*, randnrs. 37-48 (tegen dit arrest is inmiddels verzet aangetekend door de Raad voor de Mededinging en de Algemene Directie Mededinging).

<sup>26</sup>. Naar de letter kan de in art. 47 WER-IV bedoelde beslissing van het Mededingingscollege enkel volgen op een “*procedure betreffende een klacht, een verzoek of een ambtshalve onderzoek*” (en dus niet op een onderzoek dat werd geopend ten gevolge op een ministeriële injunctie) maar in het licht van de *memorie van toelichting* (p. 6), waarin wordt bevestigd dat het Mededingingscollege een onderzoek dat op injunctie werd gevoerd kan “seponeren” (*sic*), lijkt de term “verzoek” zoals gebruikt in art. 47 WER-IV ook een ministeriële injunctie te omvatten.

<sup>27</sup>. Er bestaan uitzonderingen: wanneer het moet oordelen over een beroep tegen een sepotbeslissing die is gebaseerd op beleidsprioriteiten en/of het ontbreken van voldoende middelen, kan het Mededingingscollege onder bepaalde voorwaarden beslissen dat het auditoraat zijn motivering dient te verduidelijken (art. 42, § 3 WER-IV). Voorts kan het Mededingingscollege een aanvullend onderzoek van het auditoraat gelasten met betrekking tot verbintenissen die door een onderneming worden aangeboden (art. 49, § 1 WER-IV; het Wetboek Bescherming Mededinging bepaalt niet uitdrukkelijk dat dergelijke bevoegdheid eveneens bestaat indien de voorzitter van de BMa op eigen initiatief beslist om een dossier waarin verbintenissen werden aanvaard, te heropenen; zie art. 49, § 2 WER-IV).

<sup>28</sup>. Deze term is overgenomen uit de WBEM. Wellicht dekt hij (onder meer) verzoeken om inlichtingen.

gen<sup>29</sup> (art. 41, § 5 WER-IV). Anderzijds neemt het Wetboek Bescherming Mededinging ook de inhoud van artikel 93 WBEM gedeeltelijk over in artikel 83 WER-IV. Die laatste bepaling stelt dat het “onderzoek wordt gevoerd” in de taal van het gewest waar de onderneming is gevestigd die het voorwerp uitmaakt van het onderzoek. Wanneer het onderzoek betrekking heeft op in het Brussels Gewest gevestigde ondernemingen “wordt de taal, Nederlands of Frans, gekozen door de klager of door het orgaan dat het onderzoek initieel vordert”. De betrokken onderneming kan vragen dat het onderzoek wordt voortgezet in de andere taal, maar over dat verzoek – en op dit punt voert het Wetboek Bescherming Mededinging een nieuwigheid in – wordt beslist door de auditeur-generaal, met een beroepsmogelijkheid bij de voorzitter van de BMA<sup>30</sup>.

De blijvende co-existentie van deze twee bepalingen lijkt niet zeer gelukkig, althans in het kader van onderzoeken met betrekking tot ondernemingen die in het Brussels Gewest zijn gevestigd. Die ondernemingen blijven beschikken over een keuze wat betreft de taal die wordt gebruikt in verzoeken om inlichtingen en in het kader van verhoren en huiszoekingen. Tegelijk laat het Wetboek Bescherming Mededinging toe dat “het onderzoek wordt gevoerd” en dat “het ontwerp van beslissing wordt opgesteld” in een andere (door de klager en/of de auditeur) gekozen taal.

**18. Huiszoekingen.** Het Wetboek Bescherming Mededinging bepaalt (anders dan de WBEM) uitdrukkelijk dat huiszoekingen de voorafgaande machtiging van een onderzoeksrechter vereisen (art. 41, § 3, 4<sup>o</sup> lid WER-IV). Die vereiste is evenwel niet nieuw: ze volgt uit de Grondwet en het bestaan ervan is sinds 2001 meermaals door het Grondwettelijk Hof bevestigd<sup>31</sup>.

**19.** Alhoewel het Wetboek Bescherming Mededinging het niet uitdrukkelijk zegt, wordt in de *memorie van toelichting* bevestigd dat “[h]et onderzoek moet worden gevoerd à charge en à décharge”<sup>32</sup>. De juiste draagwijdte van dit

beginsel is evenwel niet geheel duidelijk. Niet betwist is, dat de auditeur zich (in zijn ontwerpbeslissing) moet uitspreken over alle ontlastende elementen die door de betrokken ondernemingen worden voorgelegd<sup>33</sup>. Minder duidelijk is, of de auditeur zich tijdens zijn onderzoek moet inspannen om (ook) ontlastende elementen te identificeren, en of hij moet nagaan of de stukken die hij toevoegt aan het onderzoeks- en proceduredossier ook à décharge kunnen gelden.

**20. Beslagimmunitieit van adviezen van bedrijfsjuristen.** Zoals bekend, bestond er sinds geruime tijd betwisting over de mogelijkheid voor de Mededingingsautoriteit om, in het kader van een onderzoek, toegang te krijgen tot adviezen die bedrijfsjuristen aan hun werkgever verstrekken. Krachtens artikel 5 van de wet van 1 maart 2000 tot oprichting van het Instituut voor Bedrijfsjuristen zijn die adviezen “vertrouwelijk”. Het hof van beroep te Brussel oordeelde in een arrest van 5 maart 2013 dat die vertrouwelijkheid impliceert dat (ook) de Mededingingsautoriteit er geen toegang tot heeft<sup>34</sup>. Die adviezen kunnen dus niet in beslag worden genomen tijdens huiszoekingen en ze kunnen evenmin worden opgevraagd in het kader van verzoeken om inlichtingen. Voornoemd arrest bevestigt eveneens dat de bescherming niet enkel geldt voor finale adviezen, maar ook voor de voorafgaande correspondentie die het verzoek om advies bevat, de correspondentie die wordt uitgewisseld met betrekking tot dat verzoek, ontwerpadviezen, en de documenten ter voorbereiding van het advies. Een advies verliest evenwel zijn vertrouwelijkheid wanneer de werkgever dit document of de inhoud ervan overmaakt aan een persoon buiten de onderneming<sup>35</sup>. Aangezien het Wetboek Bescherming Mededinging met betrekking tot de onderzoeksbevoegdheden van de BMA geen inhoudelijke wijziging invoert ten opzichte van de WBEM, lijkt de uitspraak van het hof ook onder het Wetboek Bescherming Mededinging te gelden.

**21.** Het hof van beroep heeft in hetzelfde arrest beslist dat wanneer tijdens een huiszoeking elektronische bestanden op grote schaal worden gekopieerd, zonder onderscheid te

<sup>29</sup> Het is niet geheel duidelijk wat onder deze uitdrukking valt te begrijpen. Onder de WBEM verwees deze term naar het gemotiveerde verslag van de auditeur. Het equivalent van dat document onder het Wetboek Bescherming Mededinging is het ontwerp van beslissing. Echter, het taalgebruik voor het ontwerp van beslissing wordt geregeld in art. 83 WER-IV.

<sup>30</sup> Onder de WBEM oordeelde het Hof van Cassatie – naar aanleiding van een prejudiciële interpretatievraag van het hof van beroep – dat er geen beroep openstond tegen een (niet als dusdanig in de WBEM voorziene) “beslissing” van het auditoraat om een verzoek tot wijziging van de taal van het onderzoek te verwerpen. Zie Cass. 21 oktober 2011, nr. H.11.0001.F, *Belgacom*, concl. D. Vandermeersch. Voor een weergave, zie K. BAEKELANDT in *RDC-TBH* 2012, p. 109. Maar in een arrest van 5 maart 2013 (Brussel 5 maart 2013, 2011/MR/3, *Belgacom*, *onuitg.*) oordeelde het hof van beroep te Brussel (i) dat het (onder de WBEM) wél bevoegd is om de wettigheid te controleren van handelingen die het auditoraat stelt tijdens het onderzoek (waaronder, zo lijkt het, ook de “beslissing” van het auditoraat om een wijziging van de proceduretaal te weigeren) en (ii) dat het auditoraat een verzoek om wijziging van de proceduretaal niet kan verwerpen. Deze uitspraak – die nog vatbaar is voor een voorziening in cassatie – lijkt door art. 83 WER-IV te worden teruggedraaid.

<sup>31</sup> GwH 14 februari 2001, nr. 16/2001, *Openbaar Ministerie, Ministerie van Financiën en Mobil Oil e.a. / Etn. Rosseel e.a.*; GwH 16 december 1998, nr. 140/98, *Openbaar Ministerie / M. Hendrickx e.a.*, B.8.; GwH 28 maart 2002, nr. 60/2002, *Ministerie van Financiën en Openbaar Ministerie / P. Crijnen e.a.*, B.3.4. e.v. en GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, *Midarms e.a.*

<sup>32</sup> *MvT*, p. 34 (artikelsgewijze bespreking, commentaar bij art. 41 WER-IV).

<sup>33</sup> Zie *MvT*, p. 12-13. De verplichting voor de auditeur om zich in het ontwerp van beslissing uit te spreken “à charge en à décharge” wordt voorgesteld als ratio van het ontnemen, aan de betrokken onderneming, van de mogelijkheid om na het neerleggen van het ontwerp van beslissing “bijkomende stukken toe [te] voegen die niet werden neergelegd tijdens het voorgaande onderzoek” (art. 45, § 3, 2<sup>o</sup> lid WER-IV; zie *infra*, randnr. 22).

<sup>34</sup> Brussel 5 maart 2013, 2011/MR/3, *Belgacom*, geciteerd in vn. 30.

<sup>35</sup> Brussel 5 maart 2013, 2011/MR/3, *Belgacom*, geciteerd in vn. 30, r.o. 53-54.

maken naar gelang hun bruikbaarheid voor de feiten in de klacht, het onderzoeksteam een digitale selectiemethode moet toepassen waarbij documenten die geen verband met het onderzoek vertonen, worden uitgesloten. Het gebruik van adequate trefwoorden met het oog op de selectie, gericht op de feiten van de klacht, is, aldus het hof, essentieel, aangezien huiszoekingen geen *fishing expeditions* mogen zijn<sup>36</sup>. Ook dit onderdeel van de uitspraak lijkt niet te worden aangetaast door de bepalingen van het Wetboek Bescherming Mededinging.

**22. Onderzoeksdossier en proceduredossier.** Alle “documenten en gegevens [...] die zijn verzameld tijdens het onderzoek” maken deel uit van een “onderzoeksdossier”, dat door de auditeur moet worden geïnventariseerd (art. 41, § 6 WER-IV). Het “proceduredossier” bevat een selectie uit het onderzoeksdossier: het gaat om de “documenten en gegevens [...] waarop het auditoraat of de auditeur zich steunt in zijn met redenen omkleed ontwerp van beslissing” (art. 41, § 6 *in fine* WER-IV). Opmerkelijk is dat de betrokken ondernemingen pas toegang krijgen tot het onderzoeksdossier op het ogenblik dat de auditeur een ontwerp van beslissing bij de voorzitter van de BMa neerlegt (art. 45, § 1 WER-IV). Voordien – en in het bijzonder wanneer een onderneming de gelegenheid krijgt om te antwoorden op de grieven van de auditeur-generaal – is er blijkens artikel 42, § 4 WER-IV “toegang tot het bewijsmateriaal dat [voor doeleinden van de grieven] gebruikt wordt evenals tot alle niet vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen”. Het is onduidelijk wat precies onder deze laatste uitdrukking valt te begrijpen (inhoudelijk lijkt ze overeen te komen met een/het onderzoeksdossier). In het bijzonder rijst de vraag of de auditeur-generaal stukken uit het onderzoek(s)dossier die kunnen strekken tot décharge ook moet vrijgeven respectievelijk identificeren op het ogenblik dat hij de mededeling van de grieven verricht. Het antwoord op die vraag lijkt bevestigend te moeten luiden. Immers, als de mededeling van de grieven niet eveneens de elementen à décharge identificeert en bespreekt, dan wordt de betrokken onderneming verplicht om zelf elementen à décharge te zoeken en voor te leggen nog vóór de ontwerpbeslissing wordt uitgebracht. Artikel 45, § 3 WER-IV bepaalt immers dat de betrokken ondernemingen voor het Mededingingscollege “geen bijkomende stukken [mogen] toevoegen” – en hierna toegelicht<sup>37</sup> beoogt die regel te verzekeren dat de auditeur over alle stukken ter décharge beschikt op het ogenblik dat hij het ontwerp van beslissing redigeert<sup>38</sup>.

**23. Vertrouwelijkheid van documenten in het onderzoeksdossier.** Bij inbreukzaken zijn meestal meerdere onderne-

mingen betrokken, wat de vraag doet rijzen of en in welke mate zij toegang krijgen tot documenten in het onderzoeksdossier die afkomstig zijn van andere ondernemingen (niet zelden zal het gaan om documenten van concurrenten). De vertrouwelijkheid van stukken in het dossier wordt in eerste instantie (en desgevallend op verzoek van de belanghebbende ondernemingen) beoordeeld door de auditeur, met mogelijkheid van beroep bij de voorzitter van de BMa, die het beroep laat behandelen door een assessor die vervolgens geen deel mag uitmaken van het Mededingingscollege dat over de zaak ten gronde zal oordelen (art. 41, § 7 en 8 WER-IV). De auditeur kan in dit verband “beslissen dat het belang van een effectieve toepassing van dit boek zwaarder weegt dan de bescherming van het vertrouwelijk karakter van de verstrekte gegevens” (art. 41, § 7, 2° lid WER-IV). Die regel lijkt te impliceren dat de vertrouwelijkheid van een document niet belet dat dit document – ook aan een concurrent – wordt vrijgegeven als toegang tot dat document nodig is om een onderneming toe te laten zich te verweren tegen de door de auditeur geformuleerde grieven.

### c) Clementieregeling

**24.** Het Mededingingscollege kan op voorstel van de auditeur-generaal of de door hem gemachtigde auditeur een clementieverklaring aannemen, waarin een clementieverzoeker volledige of gedeeltelijke immuniteit voor boetes wordt toegezegd onder bepaalde voorwaarden (art. 46, § 1 WER-IV). De clementieregeling bestond reeds onder de WBEM en sloot nauw aan bij de door de Europese Commissie ontworpen regeling. Nieuw is de reeds vermelde mogelijkheid dat verzoeken om immuniteit door natuurlijke personen worden ingediend (art. 46, § 2 WER-IV). Op te merken valt dat het toekennen van immuniteit van vervolging aan een natuurlijke persoon niet uitsluit dat eveneens boete-immuniteit wordt toegekend aan de onderneming waarmee die natuurlijke persoon verbonden is of was, – m.a.w. het principe dat geldt tussen ondernemingen (enkel de eerste die bekend, komt in aanmerking voor immuniteit) geldt niet tussen een onderneming en de personen die namens haar optreden (art. 46, § 5 WER-IV).

**25.** Clementiedossiers zijn een potentiële goudmijn voor partijen die vergoeding willen bekomen van schade die zij menen te hebben geleden als gevolg van inbreuken op de mededingingsregels. Als dergelijke partijen toegang zouden hebben tot clementieverklaringen (lees: bekentenissen), zou dat het afleggen van dergelijke verklaringen kunnen ontmoedigen. Daarom wordt in artikel 46, § 3 WER-IV – opnieuw naar Europees voorbeeld – bepaald dat derden<sup>39</sup> geen toegang hebben tot “stukken en inlichtingen” van een clemen-

<sup>36</sup> Brussel 5 maart 2013, 2011/MR/3, *Belgacom*, geciteerd in vn. 30, r.o. 71.

<sup>37</sup> Randnr. 31.

<sup>38</sup> *MvT*, p. 12-13.

<sup>39</sup> In art. 69 WER-IV wordt een uitzondering gemaakt voor de Europese Commissie en mededingingsautoriteiten van andere lidstaten.



tieverzoeker. De impact van deze regel moet worden gerelativeerd: het valt te voorzien dat zowel het ontwerp van beslissing van de auditeur als de (eind-)beslissing van het Mededingingscollege zullen putten uit die “stukken en inlichtingen”, en derden kunnen wél toegang vragen tot niet-vertrouwelijke versies van die documenten<sup>40</sup>. Hoe dan ook zal het op basis van de eindbeslissing vaststaan dat de clementieverzoeker heeft bekend te hebben deelgenomen aan de inbreuk waarvoor hij een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van boete verkreeg<sup>41</sup>.

## d) Transacties

26. Nieuw is de invoering van een “no contest”-procedure naar Europees voorbeeld: ondernemingen kunnen, vooraleer de auditeur een ontwerp van beslissing neerlegt, ervoor opteren een inbreuk te erkennen, zulks in ruil voor een lagere boete. De *trade-off* bestaat er in, dat het auditoraat met minder inspanning (geen mededeling van grieven, geen ontwerpbeslissing, geen procedure voor het Mededingingscollege) toch zekerheid krijgt dat een inbreuk wordt vastgesteld, terwijl de betrokken onderneming een lagere boete (de “korting” bedraagt maximaal 10%) betaalt dan degene die ze had verwacht opgelegd te krijgen door het Mededingingscollege.

27. Het Wetboek Bescherming Mededinging (zie art. 51 WER-IV) bepaalt dat het initiatief voor (de bespreking van) een transactie uitgaat van de begeleidingscel.

Meer bepaald kan de begeleidingscel “op elk ogenblik van de [onderzoeks]procedure” een termijn vaststellen waarbinnen de ondernemingen die het voorwerp uitmaken van het onderzoek, schriftelijk moeten aangeven of zij bereid zijn om “transactiesprekken” te voeren (art. 51 WER-IV). Het meest logische moment voor zo’n initiatief lijkt het ogenblik te zijn waarop de auditeur voldoende materiaal heeft verzameld om een mededeling van grieven op te stellen. De auditeur kan dan opteren te polsen naar de bereidheid van één of meer betrokken ondernemingen om een inbreuk te erkennen (wat een mededeling van grieven en een ontwerp van beslissing overbodig zou maken en dus tijd en middelen bespaart).

Het is enkel wanneer een onderneming bevestigend reageert dat de begeleidingscel het “voornemen om tot een transactie over te gaan schriftelijk mee[deelt]” aan de betrokken onderneming(svereniging), en daarbij (i) preciseert welke

“bezwaren”<sup>42</sup> het meent te kunnen staven, (ii) toegang verleent tot het bewijsmateriaal dat daartoe gebruikt wordt, evenals tot alle niet vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen (wellicht een voorafspiegeling van het onderzoeksdossier waarvan hiervoor sprake) en (iii) het minimum en het maximum aangeeft van de geldboete dat het overweegt voor te stellen aan het Mededingingscollege (art. 52 WER-IV).

28. Weliswaar is een onderneming die aanvaardt “transactiesprekken” te voeren, niet verplicht om naderhand een inbreuk te bekennen. En artikel 56 WER-IV bepaalt dat “alle documenten en gegevens, die door het auditoraat en de betrokken onderneming of ondernemingsvereniging worden uitgewisseld, [...] vertrouwelijk [zijn]”<sup>43</sup>. Maar de monistische natuur van de Mededingingsautoriteit impliceert dat er geen structurele garantie bestaat dat de (schriftelijke) bevestiging door een onderneming dat zij “transactiesprekken” wil aangaan, vertrouwelijk zal blijven, met name ten aanzien van de leden van het Mededingingscollege die desgevallend over de zaak zullen moeten oordelen ingeval de gesprekken met de begeleidingscel uiteindelijk niet tot een transactie leiden.

29. Eens gesprekken zijn geopend over een transactie, kan de begeleidingscel een termijn vaststellen waarbinnen de betrokken onderneming een schuldbekentenis (een “verklaring [...] [waarin] zij [haar] betrokkenheid en verantwoordelijkheid bij de aangehaalde inbreuk [...] erken[t] en de voorgestelde sanctie [...] aanvaard[t]”) moet afleggen (art. 53, 1° lid WER-IV). Het Wetboek Bescherming Mededinging gaat uit van de assumptie dat de begeleidingscel in het kader van de gesprekken meer duidelijkheid heeft verschaft met betrekking tot het boetebedrag (inclusief korting) dat ze bereid is te hanteren (in de mededeling van het voornemen om tot een transactie over te gaan wordt enkel een bandbreedte vermeld). Ingeval een bekentenis wordt afgelegd, “kan”<sup>44</sup> de begeleidingscel een ontwerp van transactiebeslissing voorleggen waarin de inbreuk en de boete worden gepreciseerd; die ontwerpbeslissing (inclusief de daarin bepaalde sanctie) moet worden aanvaard door de betrokken onderneming(en) (art. 54 WER-IV). Eén en ander resulteert in een inbreukbeslissing van de begeleidingscel die geldt als een beslissing van het Mededingingscollege, met dien verstande dat beroep tegen die beslissing niet mogelijk is (art. 57 WER-IV).

<sup>40</sup>. Zie art. 45, § 2 WER-IV wat betreft het ontwerp van beslissing en art. 65 WER-IV wat betreft de beslissingen van het Mededingingscollege en van de voorzitter van de BMA.

<sup>41</sup>. Zie, wat betreft de mogelijkheid dat een clementieverzoek van een natuurlijke persoon *als dusdanig* als vertrouwelijk wordt aanzien, *supra*, randnr. 14.

<sup>42</sup>. Te oordelen naar de Franse versie van de wet gaat het om grieven.

<sup>43</sup>. Die vertrouwelijkheid lijkt eveneens in de weg te staan van verzoeken van derde partijen (bv. personen die zich benadeeld achten door de vermoede inbreuk en schadeclaims overwegen) om toegang te krijgen tot de afgelegde schuldbekentenis. Maar het valt te voorzien dat de inhoud van die schuldbekentenis zal worden hernomen, minstens samengevat, in de eindbeslissing van de begeleidingscel – en die beslissing wordt wél gepubliceerd, althans na uitzuivering van eventuele zakengeheimen (zie art. 57, 3° lid WER-IV).

<sup>44</sup>. Deze term weerspiegelt de regel dat de begeleidingscel de transactieprocedure te allen tijde kan stopzetten (art. 53 WER-IV). Het is dus niet bij voorbaat uitgesloten dat de begeleidingscel de procedure stopzet na ontvangst van een bekentenis.

## e) Mededeling van grieven en ontwerp van beslissing

30. Onder de WBEM (versie 2006) liep het onderzoek – in gevallen waarin de auditeur een inbreuk meende te kunnen bewijzen – uit op een “gemotiveerd verslag” van de auditeur, dat aan de Raad werd voorgelegd. Het Wetboek Bescherming Mededinging grijpt terug naar het systeem dat onder de WBEM versie 1991 werd gehanteerd: indien het auditoraat<sup>45</sup> naar aanleiding van een klacht of een ambtshalve onderzoek<sup>46</sup> tot de conclusie komt dat er sprake is van een inbreuk doet de auditeur-generaal eerst een mededeling van grieven waarop de geviseerde ondernemingen kunnen antwoorden (art. 42, § 4 WER-IV). Na ontvangst van die antwoorden dient de auditeur een ontwerp van beslissing in bij het Mededingingscollege. Doel van die tweetrapsprocedure is dat het Mededingingscollege een document krijgt voorgelegd waarin de auditeur het verweer van de betrokken ondernemingen bespreekt en desgevallend weerlegt.

31. Wel te verstaan is een onderneming niet verplicht om zich te verweren tegen een mededeling van grieven. Maar de optie om het verweer enkel te voeren voor het Mededingingscollege wordt bemoeilijkt door de bepaling dat de betrokken onderneming voor het Mededingingscollege “geen bijkomende stukken [kan] toevoegen die niet werden neergelegd tijdens het voorgaande onderzoek, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis [kreeg]” (art. 45, § 3, 2° lid WER-IV).

Blijkbaar heeft de wetgever deze (nieuwe) bepaling ingevoerd om te verhinderen dat het Mededingingscollege zich nog zou moeten uitspreken over elementen van verweer die niet reeds zijn weerlegd in het ontwerp van beslissing. Dat versterkt de indruk dat van het Mededingingscollege vooral een beoordeling van het ontwerp van beslissing (en dus niet een onderzoek van de betrokken feiten) wordt verwacht. In de *memorie van toelichting* wordt het verbod op het voorleggen aan het Mededingingscollege van (nieuwe) verweerelementen verdedigd met de stelling dat het anders niet mogelijk is voor de auditeur om zich uit te spreken over alle door de betrokken onderneming *à décharge* overgelegde stukken (zie *supra*, randnr. 22). Erg overtuigend lijkt deze stelling niet. De verplichting voor de auditeur om zijn onderzoek (ook) *à décharge* te voeren eindigt met het voorleggen, aan het Mededingingscollege, van het ontwerp van beslissing. Als nadien – m.a.w. tijdens de procedure voor het Mededingingscollege – nog elementen *à décharge* worden voorgelegd is de auditeur niet (meer) *verplicht* die elementen nog te bespreken. Het is echter nog wat anders om de betrokken *onderneming* te verbieden om het Mededingingscollege bijkomende elementen in het kader van

haar verweer voor te leggen. Of dit verbod – dat niet geldt in procedures voor de Europese Commissie – te rijmen valt met de rechten van verdediging zal nog moeten worden uitgemaakt.

32. Ook de draagwijdte van de uitzondering is niet geheel duidelijk: een onderneming mag het Mededingingscollege wél nieuwe stukken voorleggen “indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis [kreeg]”. Twee opmerkingen hierbij:

- de uitdrukking “*bewijs van een feit*” kan verwijzen naar gedrag dat door de auditeur wordt aanzien als een inbreuk (bv. contacten tussen concurrenten met betrekking tot hun voorgenomen marktgedrag). Maar die uitdrukking kan ook verwijzen naar de context waarin dat gedrag plaatsvond (bv. of de betrokken markt al dan niet geconcentreerd was, of de marktstructuur al dan niet transparant was) en naar de feitelijke gevolgen van het litigieuze gedrag (die gevolgen kunnen van belang zijn om te oordelen of er al dan niet sprake was van een inbreuk: bv. de evolutie van prijzen en kortingen na de contacten tussen ondernemingen);
- de passage “*antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis [kreeg]*” suggereert dat de auditeur in het ontwerp van beslissing grieven zou kunnen opnemen die niet waren vermeld in de mededeling van grieven (en waartegen de onderneming zich dus niet heeft kunnen verweren). Dit zou geen gelukkige werkwijze zijn, mede gelet op de korte termijnen die de wetgever heeft voorzien voor de behandeling voor het Mededingingscollege (zie *infra*, randnr. 35).

## f) Procedure voor en beslissing van het Mededingingscollege

33. Zoals reeds vermeld, bestaat het Mededingingscollege, behalve uit de voorzitter (of de assessor-ondervoorzitter door wie hij zich laat vervangen), uit twee per zaak aangeduide en betaalde assessoren. Het Mededingingscollege is geen onderzoeks- maar wel een beslissingsorgaan: het moet oordelen over de door de auditeur geformuleerde grieven op basis van het door de auditeur voorgelegde dossier. Verdwenen is de mogelijkheid om het dossier terug te zenden naar de auditeur met het oog op nader onderzoek of het formuleren van bijkomende grieven.

34. De ondernemingen die het voorwerp van een onderzoek uitmaken, moeten er rekening mee houden dat de auditeur tijdens de procedure voor het Mededingingscollege steun kan krijgen van andere partijen. Als er een klager was, dan wordt die geïnformeerd over de indiening van het ont-

<sup>45</sup>. Het is niet geheel duidelijk of deze uitdrukking verwijst naar de zgn. begeleidingscel.

<sup>46</sup>. De bewoordingen van de wet suggereren dat deze bepaling geen toepassing vindt wanneer het onderzoek is gevoerd op verzoek van of injunctie door de minister. Dergelijke interpretatie lijkt echter niet te rijmen met de bedoeling van de wetgever.

werp van beslissing (art. 45, § 5, 2° lid WER-IV). Mits toestemming van de voorzitter van de BMa kan de klager opmerkingen maken over een niet-vertrouwelijke versie van dat ontwerp (art. 45, § 2 WER-IV) en wordt hij op verzoek tijdens de zitting voor het Mededingingscollege gehoord, net als alle “natuurlijke personen of rechtspersonen, die blijken geven van een voldoende belang” (art. 45, § 5, 3° lid WER-IV)<sup>47</sup>. Daarnaast kan het Mededingingscollege, wanneer het dat nodig acht, “elke natuurlijke persoon of rechtspersoon” horen (art. 45, § 5, 2° lid WER-IV). De voorzitter van de BMa kan deze derde partijen eveneens toestaan om schriftelijke opmerkingen in te dienen binnen een bepaalde termijn, die zodanig wordt bepaald dat de auditeur en de betrokken onderneming(en) nog een schriftelijke repliek kunnen indienen. Dat impliceert dat de opmerkingen van derden worden ingediend vooraleer de (eventueel verlengde) termijn van twee maanden voor de betrokken ondernemingen verstrijkt (art. 45, § 3 *in fine* WER-IV).

**35.** In vergelijking met de procedure voor de Raad voor de Mededinging is sprake van een duidelijke verstrakking van de termijnen:

- de beschuldigde onderneming heeft twee maanden (desgevallend en op verzoek verlengbaar door de voorzitter van de BMa) om te antwoorden op het ontwerp van beslissing (art. 45, § 3 WER-IV)<sup>48</sup>;
- het Mededingingscollege moet een zitting organiseren ten vroegste één maand en ten laatste twee maanden na het afsluiten van de schriftelijke procedure (art. 45, § 4 WER-IV);
- de uitspraak van het Mededingingscollege moet binnen één maand na de zitting volgen (art. 45, § 6 WER-IV)<sup>49</sup>.

Het Wetboek Bescherming Mededinging bepaalt niet wat de gevolgen zijn van het overschrijden van deze termijnen, wat de vraag doet rijzen of het Mededingingscollege laattijdig ingediende memories uit het dossier kan weren en of ondernemingen de onwettigheid kunnen aanvoeren van een laattijdig gevelde beslissing van het Mededingingscollege. Wat ook het antwoord is op deze vragen, de (ver)kort(e) termijnen maken het niet evident voor het Mededingingscollege om het “ontwerp van beslissing” dat door de auditeur wordt voorgelegd grondig te toetsen aan het onderliggende proceduredossier. Dat zal in het bijzonder het geval zijn in

inbreukdossiers, die vaak betrekking hebben op complexe feitenconstellaties en aanleiding geven tot zeer volumineuze dossiers.

**36.** Het Mededingingscollege moet – gemotiveerd – uitspraak doen over het ontwerp van beslissing (uiteraard rekening houdend met het onderliggende proceduredossier) en kan daarbij blijkens artikelen 47-49 WER-IV enkel de volgende beslissingen nemen:

- één of meer van de door de auditeur aangevoerde grieven worden gegrond verklaard; in dat geval zal een inbreuk worden vastgesteld en gebeurlijk een boete worden opgelegd;
- de door de auditeur geviseerde praktijk(en) levert (leveren) geen inbreuk op; dergelijke (uitdrukkelijke) “positieve” beslissing is, omwille van artikel 5 van Verordening 1/2003 enkel mogelijk voor zover de artikelen 101 en 102 VWEU geen toepassing vinden<sup>50</sup>;
- op basis van het door de auditeur voorgelegde dossier bestaat er voor het Mededingingscollege geen aanleiding om op te treden. Deze zogenaamde “negatieve verklaring” is ook mogelijk wanneer de artikelen 101 en/of 102 VWEU toepasselijk worden geacht; ze kan voortvloeien zowel uit de conclusie dat de betrokken feiten niet als een inbreuk zijn te kwalificeren of uit de vaststelling dat er onvoldoende bewijs wordt geleverd van beweerde inbreuken – een vooralsnog onbeantwoorde vraag is of dergelijke uitspraak als een vrij-spraak is te aanzien – wat zou beletten dat de auditeur-generaal (desgevallend na aanvullend onderzoek) een nieuwe mededeling van grieven verricht en de auditeur vervolgens de zaak opnieuw voor het Mededingingscollege brengt;
- de door de betrokken onderneming(en) aangeboden toezeggingen worden verbindend verklaard, zodat er (desgevallend voor een bepaalde periode) niet langer gronden bestaan voor de BMa om een inbreukbeslissing te nemen;
- het voordeel van een (Europese of nationale) groeps-vrijstelling wordt vervallen verklaard ten aanzien van de betrokken onderneming(en).

**37.** Aangezien de BMa een bestuursorgaan is, hebben de beslissingen van het Mededingingscollege geen gezag van

<sup>47</sup>. Toezichthouders en sectorale regulatoren zoals het BIPT en de CREG worden geacht een voldoende belang te hebben wat betreft onderzoeken die betrekking hebben op ondernemingen die actief zijn in de economische sector waarop zij toezicht houden. De minister en de directeurs economische en juridische studies worden in alle gevallen geacht een voldoende belang te hebben (art. 45, § 5, 3° lid WER-IV).

<sup>48</sup>. Die termijn begint te lopen vanaf het ogenblik dat de betrokken ondernemingen “toegang hebben gekregen” tot het voor doeleinden van de behandeling door het Mededingingscollege samengestelde onderzoeksdossier en proceduredossier (art. 45, § 3 WER-IV). In principe zou die toegang moeten kunnen worden verleend op hetzelfde ogenblik als de ontwerpbeslissing wordt meegedeeld, aangezien betwistingen over eventueel vertrouwelijke stukken in het onderzoeksdossier en het proceduredossier reeds in een eerder stadium door de auditeur zouden moeten zijn beslecht (art. 41, § 7-9 WER-IV).

<sup>49</sup>. Die termijn wordt geschorst indien de Europese Commissie (op basis van art. 11, § 4 van Verordening 1/2003) moet worden geraadpleegd over het ontwerp van de beslissing die het Mededingingscollege wil nemen (art. 45, § 6 *in fine* WER-IV). In de *Memorie van toelichting* (p. 13) wordt de termijn van een maand als “een redelijke termijn” bestempeld. Onduidelijk is of met die uitdrukking wordt bedoeld op art. 6 EVRM, en of de niet-eerbiediging van die termijn een schending van laatstgenoemde bepaling oplevert.

<sup>50</sup>. Zie ook het arrest van het HvJ 3 mei 2011, C-375/09, *Tele2 Polska*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*

gewijsde voor de burgerlijke rechter. Rechters kunnen dus tot een andere conclusie komen wat betreft het al dan niet

bestaan van een inbreuk op het Wetboek Bescherming Mededinging<sup>51</sup>.

### 3) VOORLOPIGE MAATREGELEN IN HET KADER VAN ONDERZOEKEN VAN RESTRICTIEVE PRAKTIJKEN

#### a) Algemeen

38. Het Wetboek Bescherming Mededinging verleent het Mededingingscollege de bevoegdheid om, op verzoek, voorlopige maatregelen op te leggen teneinde een praktijk te schorsen die het voorwerp uitmaakt van een onderzoek naar mogelijke restrictieve praktijken<sup>52</sup>. Voorlopige maatregelen kunnen – op dit punt is er geen wijziging – enkel worden opgelegd in het kader van onderzoeken naar inbreuken op de regels inzake restrictieve praktijken, niet in het kader van een concentratieprocedure<sup>53</sup>.

39. In de *memorie van toelichting* wordt geopperd dat voorlopige maatregelen vooral van nut kunnen zijn in het kader van onderzoeken naar beweerd misbruik van een machtspositie<sup>54</sup>. De maatregelen die kunnen worden opgelegd zijn “voorlopig” in die zin dat ze een wachttoestand creëren tot (uiterlijk) het ogenblik dat het onderzoek resulteert in een beslissing van het Mededingingscollege ten gronde.

#### b) Wettelijke voorwaarden

40. Het Mededingingscollege kan een verzoek om voorlopige maatregelen enkel toewijzen wanneer vier (cumulatieve) voorwaarden vervuld zijn:

- er moet sprake zijn van een onderzoek naar een praktijk;
- die praktijk levert *prima facie* een inbreuk op<sup>55</sup>;
- de betrokken praktijk dreigt een toestand in de hand te

werken die een ernstig en moeilijk herstelbaar nadeel kan berokkenen aan ondernemingen dan wel schade aan het algemeen economisch belang; en

- de dreiging van het nadeel is “onmiddellijk”, d.w.z. de opgelegde maatregelen zijn dringend noodzakelijk om dat nadeel te voorkomen<sup>56</sup>.

In vergelijking met de WBEM is er slechts één (beperkte) wijziging. De WBEM verwees naar een “onherstelbaar” nadeel<sup>57</sup>, terwijl het onder het Wetboek Bescherming Mededinging volstaat dat het nadeel “moeilijk herstelbaar” is. Volgens de *memorie van toelichting*<sup>58</sup> gaat het niet om een inhoudelijke wijziging: de wetgever wilde het Wetboek Bescherming Mededinging afstemmen op de Wet op het BIPT<sup>59</sup>. Dit lijkt aan te geven dat de rechtspraak die onder de WBEM stelde dat een nadeel niet onherstelbaar is wanneer het puur financieel is<sup>60</sup>, nog steeds geldt. Hetzelfde geldt voor de rechtspraak die oordeelde dat het onherstelbaar karakter van het nadeel niet noodzakelijk wordt uitgesloten door het feit dat de verzoeker zich nog gedurende een zekere periode in de markt heeft kunnen handhaven na het ontstaan van de restrictieve praktijk<sup>61</sup>.

Te noteren is dat de “moeilijk herstelbaar”-voorwaarde niet geldt met betrekking tot de schade aan het algemeen economisch belang. De relevantie van dit verschil is dat een onderneming-klager ter adstructie van het bestaan van nadeel/schade zowel bewijzen kan voorleggen die betrekking hebben op haar eigen positie (en eventueel deze van andere ondernemingen die de gevolgen van de betwiste praktijk ondervinden) als elementen waaruit blijkt dat (ook) het algemeen belang in gevaar is.

<sup>51</sup>. Dit geldt ook voor beslissingen van het Mededingingscollege op grond van art. 101 of 102 VWEU, maar niet voor besluiten van de Europese Commissie. Wanneer de Europese Commissie m.b.t. een bepaalde overeenkomst of gedraging een besluit heeft aangenomen op grond van art. 101 of 102 VWEU, is de rechter hierdoor gebonden (zie art. 16, lid 1 van Verordening 1/2003, de zgn. “Masterfoods”-regel). De Europese Commissie is voorstander om deze bindende werking in de toekomst uit te breiden tot beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten op grond van art. 101 en 102 VWEU (zie Europese Commissie, *Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels* (COM(2008)165 def.), onder 2.3.).

<sup>52</sup>. Art. 64, § 1 WER-IV.

<sup>53</sup>. Bv. wegens het niet naleven van toezeggingen.

<sup>54</sup>. *MvT*, p. 5.

<sup>55</sup>. Die voorwaarde wordt niet uitdrukkelijk vermeld in de wet, maar vaste rechtspraak bevestigt het bestaan ervan.

<sup>56</sup>. Art. 64, § 1 WER-IV.

<sup>57</sup>. Dit betekende, volgens het hof van beroep, dat de toestand zoals hij zou evolueren wanneer de gevraagde maatregel uitbleef, niet meer ongedaan gemaakt kon worden door een beslissing ten gronde van de Raad voor de Mededinging, zonder daarbij rekening te houden met een mogelijke vervangende schadevergoeding. Zie Brussel 18 december 2007, *Tele2 Belgium / Belgacom*, *Jaarboek H&M*, 2007, 970, r.o. 102. Voor een weergave, zie K. BAEKELANDT in *RDC-TBH* 2008, p. 367. Zie ook Brussel 18 december 1996, *Honda Belgium NV / Belgische Staat*, *Jaarboek H&M*, 1996, 836, 7.3. Voor een weergave, zie F. WIJCKMANS in *RDC-TBH* 1997, p. 197.

<sup>58</sup>. *MvT*, p. 13.

<sup>59</sup>. Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (*BS* 24 januari 2003, p. 2.591).

<sup>60</sup>. Bv., indien er enkel sprake is van inkomstenverlies.

<sup>61</sup>. Brussel 19 oktober 2011, *De Beers / Spira*, *RDC-TBH* 2012, p. 990, r.o. 101.

### c) Strekking van de procedure: vrijwaren van het nuttig effect van het onderzoek of bescherming van subjectieve rechten?

41. De procedure op het gebied van voorlopige maatregelen is door het Wetboek Bescherming Mededinging grondig gewijzigd.

Onder de WBEM konden voorlopige maatregelen enkel worden opgelegd op basis van een voorstel van de auditeur. Verzoeken om voorlopige maatregelen ingediend door ondernemingen (vaak klagers) werden dus eerst op ontvankelijkheid en gegrondheid onderzocht door het auditoraat. Daarop stond geen termijn. Enkel verzoeken die dat onderzoek overleefden kwamen (via een “gemotiveerd verslag” van de auditeur) voor de voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

Onder het Wetboek Bescherming Mededinging werkt het anders. Verzoeken om voorlopige maatregelen vanwege een klager of de minister worden niet langer “gefilterd” door het auditoraat: ze worden ingediend bij de voorzitter van de BMA, en geven automatisch aanleiding tot het opstarten van een procedure voor het Mededingingscollege. Een auditeur beschikt over de mogelijkheid om in dergelijke procedures tussen te komen, maar die tussenkomst is niet noodzakelijk om een uitspraak van het Mededingingscollege te bekomen.

42. De mogelijkheid dat voorlopige maatregelen worden opgelegd op verzoek van private partijen en zonder tussenkomst van het auditoraat doet de vraag rijzen naar de strekking van de procedure. Onder de WBEM konden voorlopige maatregelen enkel worden opgelegd op voorstel van de auditeur, wat impliceerde dat de auditeur dergelijke maatregelen enkel voorstelde als hij die nodig achtte in het kader van zijn onderzoek. Onder de WBEM werd dan ook geoordeeld dat de schorsing van een onderzochte praktijk hangende het onderzoek naar die praktijk als doel had het nuttig effect te vrijwaren van de eindbeslissing van de Raad voor de Mededinging over die praktijk<sup>62</sup>. Onder het Wetboek Bescherming Mededinging verloopt de procedure anders: onder voorbehoud van het bestaan van een klacht<sup>63</sup> moet een verzoek om voorlopige maatregelen meteen worden behandeld door het Mededingingscollege, ook al heeft de auditeur ten vervolg op de klacht nog geen onderzoek gevoerd. Het Mededingingscollege moet het verzoek om voorlopige maatregelen behandelen zelfs indien de auditeur nog niet heeft uitgesproken of de klacht betrekking heeft op een praktijk of een markt die (op basis van de prioriteiten van het handhavingbeleid) überhaupt in aanmerking komt voor onderzoek.

43. Een klager die om voorlopige maatregelen verzoekt zonder te kunnen terugvallen op de resultaten van een onderzoek door de auditeur staat wel voor een zware opgave. Die klager zal zelf *prima facie* bewijs van een inbreuk moeten leveren. Bovendien loopt hij het risico dat de auditeur (na overleg in de begeleidingscel) op eender welk ogenblik de stekker uit de procedure trekt door de klacht te seponeren<sup>64</sup> als gevolg waarvan het verzoek om voorlopige maatregelen zonder voorwerp wordt. Het valt dan ook te verwachten dat partijen die om voorlopige maatregelen verzoeken, zich zullen inspannen om (minstens impliciete) steun voor hun verzoek te krijgen van de auditeur, en dat het Mededingingscollege, telkens het een verzoek om voorlopige maatregelen voorgelegd krijgt, zal informeren naar de intenties van het auditoraat met betrekking tot de klacht, zelfs indien het auditoraat niet participeert in de voorlopige maatregelenprocedure.

44. Niettemin is het denkbaar dat het Mededingingscollege zich moet uitspreken over een verzoek om voorlopige maatregelen zonder dat het auditoraat intervenueert en zulks (mede gelet op de korte termijnen die van toepassing zijn)<sup>65</sup> op een ogenblik dat de klacht (nog) niet is geseponeerd. Stel dat de verzoeker in dergelijke situatie kan aantonen dat aan alle wettelijke voorwaarden (*prima facie*-inbreuk en dreiging van een onmiddellijk, ernstig en moeilijk te herstellen nadeel) is voldaan. Kan het verzoek om voorlopige maatregelen dan nog worden afgewezen door het Mededingingscollege, bijvoorbeeld op basis van de overweging dat de geviseerde praktijk (of sector) niet kadert binnen de handhavingsprioriteiten? Of kan de betrokken verzoeker onder het Wetboek Bescherming Mededinging een (subjectief) recht laten gelden op voorlopige maatregelen ter bescherming van zijn marktpositie? Die laatste stelling zou kunnen worden gebaseerd op het feit dat de voorwaarden die de wet stelt voor het opleggen van voorlopige maatregelen, verwijzen naar de belangen van een onderneming(en): er moet sprake zijn van een dreiging van ernstig en moeilijk herstelbaar nadeel “voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door [de] praktijken” waarop het verzoek om voorlopige maatregelen betrekking heeft (art. 64, § 1 WER-IV). Anderzijds bepaalt het Wetboek Bescherming Mededinging dat het Mededingingscollege voorlopige maatregelen “kan” opleggen wanneer de in de wet opgesomde voorwaarden zijn vervuld. Dat laat ruimte voor de stelling dat het Mededingingscollege, ook wanneer het alle wettelijke voorwaarden vervuld acht, een (discretionaire) beoordelingsbevoegdheid behoudt. Hoe dan ook zal het Mededingingscollege de eventueel opgelegde voorlopige maatregelen moeten

<sup>62</sup>. Brussel 19 oktober 2011, *De Beers / Spira*, RDC-TBH 2012, p. 990, r.o. 60.

<sup>63</sup>. Eén van de ontvankelijkheidsvereisten van een verzoek om voorlopige maatregelen is het bestaan van een onderzoek. Onder de WBEM werd aanvaard dat deze voorwaarde vervuld is zodra een klacht was ingediend bij het auditoraat, aangezien een klacht alleszins moest worden onderzocht, al was het maar met het oog op het sepot ervan. Het Wetboek Bescherming Mededinging lijkt geen aanleiding te geven tot een andere interpretatie van deze vereiste.

<sup>64</sup>. Art. 42, § 2 WER-IV.

<sup>65</sup>. Zie randnr. 45.

kalibreren in functie van de voorzienbare noden van het onderzoek. Bovendien – en zoals hierna toegelicht – heeft het Mededingingscollege eveneens de optie om de termijn voor uitspraak te laten verstrijken (als gevolg waarvan het verzoek als afgewezen wordt beschouwd). Maar in dergelijk geval kan de verzoeker de zaak voorleggen aan het hof van beroep.

#### d) Korte termijnen

45. Onder de WBEM was er geen termijn binnen dewelke de auditeur (en vervolgens de Raad) een verzoek om voorlopige maatregelen moest behandelen. Onder het Wetboek Bescherming Mededinging verandert dat. Er worden bepaalde strakke termijnen ingevoerd voor de behandeling van een verzoek: de hele procedure neemt – in principe – slechts twee maanden in beslag. De zitting vindt plaats binnen één kalendermaand na de neerlegging van het verzoek (art. 64, § 3 WER-IV). Na de zitting heeft het Mededingingscollege één kalendermaand om “*een met redenen omklede beslissing*” te nemen met betrekking tot het verzoek (art. 64, § 6 WER-IV). Deze termijnen kunnen beperkt verlengd worden<sup>66</sup>. De bedoeling van de wetgever is een verzoeker op korte termijn duidelijkheid te geven. Als het Mededingingscollege de beslissingstermijn laat verstrijken, dan wordt het verzoek geacht te zijn verworpen (art. 64, § 6 WER-IV).

#### e) Mogelijke beslissingen van het Mededingingscollege

46. Beslissingen inzake voorlopige maatregelen worden onder WER-IV niet genomen door een alleenzettelend voorzitter, maar door een driekoppig college. De volgende beslissingen van het Mededingingscollege op een verzoek om voorlopige maatregelen zijn mogelijk:

- geen beslissing binnen de wettelijke termijn: het verzoek geldt dan als impliciet verworpen<sup>67</sup>. Het lijkt niet ondenkbaar dat het Mededingingscollege, wanneer het in een complexe zaak van oordeel is dat niet is voldaan aan alle voorwaarden, de termijn laat verstrijken in plaats van een gemotiveerde beslissing te redigeren;
- het verzoek om voorlopige maatregelen wordt bij gemotiveerde beslissing onontvankelijk en/of onge-

grond verklaard. Zoals vermeld is niet duidelijk of een verzoek om voorlopige maatregelen ook kan worden verworpen op basis van overwegingen inzake handhavingsprioriteit – desgevallend zelfs zonder de wettelijke voorwaarden te onderzoeken<sup>68</sup>;

- er worden voorlopige maatregelen opgelegd.

47. Tegen (het uitblijven van) een beslissing van het Mededingingscollege staat beroep open bij het hof van beroep te Brussel.

#### f) Voorlopige maatregelen – Modaliteiten

48. Krachtens artikel 64, § 1 WER-IV is de bevoegdheid van het Mededingingscollege beperkt tot het schorsen van de praktijken die het voorwerp uitmaken van het onderzoek. Een schorsing moet gericht zijn op de nadelige gevolgen van het *prima facie* inbreukmakend gedrag, en mag niet verder gaan dan wat vereist is om deze te staken. Teneinde de schorsing te bekomen van praktijken die *prima facie* als verboden worden aanzien, lijkt het niet uitgesloten dat aan de betrokken onderneming – voorlopig – een aantal *verplichtingen* worden opgelegd (bv. levering van producten of diensten aan bepaalde voorwaarden). Voorlopige maatregelen kunnen dus zowel bestaan uit een verplichting om iets te doen<sup>69</sup> als een verplichting om zich te onthouden van bepaalde gedragingen. Onder de WBEM heeft het hof van beroep geoordeeld dat het te ver gaat een dominante onderneming te verplichten om diensten aan te kopen die zij niet nodig heeft, zelfs al betekent dit dat de leverancier bij gebrek aan dergelijke aankopen uit de markt zal verdwijnen<sup>70</sup>. En de voorzitter van de Raad voor de Mededinging oordeelde zich onbevoegd om in algemene termen een verbod op te leggen om de mededinging te beperken<sup>71</sup>. Eveneens onder de WBEM oordeelde het hof van beroep dat de duur van de voorlopige maatregelen en de einddatum reeds bekend moeten zijn op het moment van de beslissing tot toekenning van deze maatregelen<sup>72</sup>. De duur dient bepaald te worden in functie van de termijn die de auditeur redelijkerwijze nodig heeft om het onderzoek naar de klacht af te ronden.

49. Het Mededingingscollege kan maatregelen opleggen die niet enkel de verzoeker maar ook andere ondernemingen – zoals concurrenten van de verzoeker – ten goede komen<sup>73</sup>.

<sup>66</sup>. Met maximum twee weken (art. 64, § 4 WER-IV).

<sup>67</sup>. Art. 64, § 6 WER-IV.

<sup>68</sup>. Vergelijk met de bevoegdheid van het auditoraat onder de WBEM om klachten te seponeren.

<sup>69</sup>. Onder de WBEM heeft het hof van beroep geoordeeld dat aan de onderneming de verplichting kan worden opgelegd om haar retailprijzen te verhogen, haar wholesaleprijzen te verlagen of beide tarieven aan te passen. Zie Brussel 18 december 2007, *Tele2 Belgium / Belgacom*, *Jaarboek H&M*, 2007, 970, r.o. 105. Voor een weergave zie K. BAEKELANDT in *RDC-TBH* 2008, p. 367.

<sup>70</sup>. Brussel 10 maart 2004, *VMMa / VUM e.a.*, *Jaarboek H&M*, 2004, 790, r.o. 25.

<sup>71</sup>. Beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 1 september 2006 (*BS* 11 december 2006, p. 68.891), r.o. 25.

<sup>72</sup>. Beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 25 november 2010 (*BS* 2 februari 2011, p. 9.059), r.o. 142; Brussel 19 oktober 2011, *De Beers / Spira*, *RDC-TBH* 2012, p. 990, r.o. 116.

<sup>73</sup>. Brussel 18 december 2007, *Tele2 Belgium / Belgacom*, *Jaarboek H&M*, 2007, 970, r.o. 104; beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 februari 2007 (*BS* 15 maart 2007, p. 13.933), r.o. 22.

De taak van het Mededingingscollege is immers niet beperkt tot het beschermen van de belangen van de verzoeker: ook het algemeen economisch belang moet worden gevrijwaard<sup>74</sup>. Indien het Mededingingscollege van oordeel is dat de litigieuze praktijk niet (alleen) schade berokkent aan de verzoeker maar (ook) aan het algemeen economisch belang, dan kan het m.i. voorlopige maatregelen opleggen die niet (enkel) gericht zijn op het voorkomen van schade aan de verzoeker, maar (ook) van schade aan de markt. Maar een nadeel enkel voor het algemeen belang lijkt niet voldoende wanneer voorlopige maatregelen (enkel) door een onderne-

ming worden gevraagd, aangezien een onderneming – verzoeker (ook) – een persoonlijk belang moet kunnen aantonen met betrekking tot de praktijken waartegen haar klacht is gericht.

Uit de voorlopige aard van de opgelegde maatregelen volgt dat zij geen nadeel mogen toebrengen aan de behandeling van de zaak ten gronde; zij mogen dus geen toestand in het leven roepen die onherroepelijk is. Het Mededingingscollege is bovendien vrij om al dan niet een inbreuk ten gronde vast te stellen.

#### 4) ONDERZOEK VAN CONCENTRATIES

**50.** Op dit gebied zijn de inhoudelijke wijzigingen minimaal:

- een eerste inhoudelijke wijziging betreft de afschaffing van de rol van de ministerraad bij concentratieprocedures. Zo wordt de mogelijkheid die onder de WBEM aan de ministerraad werd toegekend om, wanneer het algemeen belang<sup>75</sup> dit rechtvaardigde, de oprichting toe te staan van een concentratie die eerder door de Raad voor de Mededinging als ontoelaatbaar werd beschouwd, niet hernomen in het Wetboek Bescherming Mededinging. Het opheffen van die mogelijkheid brengt volgens de *memorie van toelichting* (p. 19) het recht in lijn met de constante praktijk. Er werd immers nooit op deze procedure beroep gedaan alhoewel deze in werking was sinds 1993. Bovendien zou de OESO kritiek hebben geuit op deze regeling (*memorie van toelichting*, p. 19);
- in dezelfde trant schaft het Wetboek Bescherming Mededinging ook de mogelijkheid af die onder de WBEM aan de minister werd verleend om vóór de zitting een nota op te stellen waarbij hij de elementen kon weergeven die in de betrokken zaak het algemeen belang aangingen of die het algemeen beleid inzake de economische mededinging konden beïnvloeden;
- verder wordt de beslissingstermijn in de vereenvoudigde procedure verkort. Onder de WBEM had de

auditeur twintig werkdagen om ter kennis van de aanmeldende partijen te brengen dat de voorwaarden voor toepassing van de vereenvoudigde procedure al dan niet werden vervuld en of er twijfels bestonden over de toelaatbaarheid van de concentratie. Onder het Wetboek Bescherming Mededinging wordt die beslissingstermijn verkort tot vijftien werkdagen;

- net zoals in inbreukprocedures wordt de mogelijkheid om stukken neer te leggen beperkt (zie *supra*, randnr. 31). Nadat de auditeur zijn ontwerp van beslissing aan de voorzitter heeft overgemaakt, kunnen de betrokken ondernemingen nog schriftelijke opmerkingen indienen bij het Mededingingscollege, maar zij mogen “*geen bijkomende stukken toevoegen die niet werden neergelegd tijdens het voorgaande onderzoek, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis hebben gekregen*” (art. 60, § 2, 2° lid en 62, § 3, 2° lid en § 4, 2° lid WER-IV). Men kan zich vragen stellen over de praktische consequenties van dergelijke bepaling in concentratiedossiers. Hoe kan het Mededingingscollege bijvoorbeeld de werkzaamheid van nieuwe verbintenissen beoordelen indien geen bijkomende stukken (zoals marktonderzoeken) kunnen worden neergelegd? Of valt dit onder de uitzondering?

#### 5) BEROEP BIJ HET HOF VAN BEROEP

##### a) Algemeen

**51.** Het hof van beroep te Brussel (hierna: “hof van beroep”) behoudt exclusieve bevoegdheid met betrekking tot beroepen tegen beslissingen van het Mededingingscollege, het auditoraat en de auditeur. Recent werd een bijkomende Kamer aangewezen binnen het hof, mogelijk (ook)

met het oog op de verhoogde werklast die voor het hof uit de nieuwe procedures zal resulteren.

**52.** Artikel 79, § 1 WER-IV bepaalt dat “*hoger beroep*” kan worden ingesteld tegen (in hoofdzaak: eind-)beslissingen van het Mededingingscollege en tegen een beperkt aantal beslissingen van het auditoraat of de auditeur. De uitdruk-

<sup>74</sup>. Art. 64, § 1 WER-IV.

<sup>75</sup>. De ministerraad kon hierbij rekening houden met de veiligheid van het land en de mededingingskracht van de betrokken sectoren gelet op de internationale concurrentie, de consumentenbelangen en de werkgelegenheid (art. 60, § 1 WBEM).

king “hoger” beroep (in art. 75 WBEM werd van “beroep” gesproken) suggereert dat het gaat om een beroep tegen een rechterlijke uitspraak. Dat is niet het geval. Het Mededingingscollege is een bestuursorgaan; het hof van beroep is dus de eerste (en enige) rechter die kennis neemt van de feiten en de door de auditeur geformuleerde bezwaren. De in de Franse versie van het Wetboek Bescherming Mededinging gebruikte uitdrukking (“*recours*”) is wel correct.

53. Ook al is het hof van beroep de eerste rechter die kennis neemt van de feiten en de gemaakte bezwaren, toch bepaalt het Wetboek Bescherming Mededinging dat het beroep de beslissingen van het Mededingingscollege niet schorst (art. 79, § 2, 4° lid WER-IV). Meer zelfs:

- het hof van beroep kan de beslissingen enkel (uiterlijk tot op de dag van het eindarrest) schorsen “*wanneer ernstige middelen worden ingeroepen die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen rechtvaardigen en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing ernstige gevolgen kan hebben voor de betrokkene*” (art. 79, § 2, 6° lid WER-IV). Die toets is overgenomen van de WBEM (maar onder de WBEM was er al een uitspraak geweest van een administratief rechtscollege). De Raad van State vroeg zich in een eerder advies af of de afwezigheid van opschortend effect wel te rijmen valt met het vermoeden van onschuld<sup>76</sup>;
- als een beroep tegen een boetebeslissing niet resulteert in een vernietiging van de betrokken beslissing is intrest verschuldigd vanaf de datum van de aangevochten beslissing (art. 79, § 6 WER-IV). Deze (nieuwe) regel lijkt enkel zin te hebben in situaties waarin het hof van beroep de uitvoerbaarheid van de boete heeft opgeschort, hetzij de gesanctioneerde onderneming de boete niet betaalde, en de administratie hangende het beroep niet is overgegaan tot dwanguitvoering. De nieuwe regel doet de vraag rijzen of het principe ook in de omgekeerde richting geldt: als een onderneming een boete oplegt die naderhand wordt vernietigd (lees: die niet opgelegd had mogen worden), wat is dan de verwijlrente die door de overheid is verschuldigd?

## b) Beslissingen vatbaar voor beroep

54. Het Wetboek Bescherming Mededinging geeft, duidelijker dan het geval was in de WBEM, aan tegen welke beslissingen (geen) beroep openstaat. Daartoe maakt de wet enerzijds een oplijsting van de beslissingen waartegen beroep mogelijk is bij het hof van beroep (art. 79, § 1, 1° en 2° lid WER-IV) en is anderzijds expliciet bepaald dat tegen andere beslissingen alleen het beroep openstaat dat uitdrukkelijk in het Wetboek Bescherming Mededinging is voorzien (art. 79, § 1, 3° lid WER-IV)<sup>77</sup>.

Uit artikel 79, § 1 WER-IV kan het volgende worden afgeleid m.b.t. beroepsmogelijkheden in verschillende soorten zaken.

55. In *inbreukzaken* zijn, net als onder de WBEM, vatbaar voor beroep (zie art. 79, § 1, 1° lid WER-IV): (i) beslissingen waarbij het Mededingingscollege een praktijk strijdig verklaart met de artikelen 1 of 2 WER-IV en/of de artikelen 101 of 102 VWEU (en in voorkomend geval beboet); (ii) beslissingen waarbij het Mededingingscollege vaststelt dat er geen aanleiding bestaat om op te treden of dat de hem voorgelegde feiten geen inbreuk opleveren<sup>78</sup> en (iii) beslissingen waarin het Mededingingscollege vaststelt dat de voorgelegde praktijk binnen een Belgische of Europese groepsvrijstelling valt of vaststelt dat de werking van een Belgische of Europese groepsvrijstelling in een individueel geval vervalft.

Daarentegen is, blijkens de overzichtstabel gevoegd bij de *memorie van toelichting*, geen beroep mogelijk tegen beslissingen van het Mededingingscollege om de door een onderneming gedane toezeggingen verbindend te verklaren (zie art. 49 WER-IV). Ook een beslissing waarbij het Mededingingscollege, n.a.v. een clementieverklaring, de betrokken onderneming een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van de geldboete verleent (zie art. 46 WER-IV) is niet als dusdanig voor beroep vatbaar. Een dergelijke beslissing zou wel kunnen aangevochten worden in het kader van een beroep tegen de finale inbreukbeslissing van het Mededingingscollege. Tegen beslissingen van de begeleidingscel om een transactie vast te leggen kan door de betrokken onderneming(en) geen beroep worden ingesteld (zie art. 57 WER-IV).

<sup>76</sup>. Zie advies van de Raad van State nr. 33.239/2 van 2 maart 2002 inzake het wetsontwerp tot aanvulling, inzake de verhaalmiddelen tegen de beslissingen van de minister, de CBF, de CDV en de marktondernemingen, alsook inzake de tussenkomst van de CBF en van de CDV voor de strafrechtelijke, van de wet betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en tot wijziging van verschillende andere wetsbepalingen, *Parl.St.* 2001-02, nr. 1843/001, p. 290 e.v.

<sup>77</sup>. Bij de *memorie van toelichting* is ook een tabel toegevoegd die een overzicht geeft van de beslissingen waartegen wel of geen beroep openstaat (*MvT*, p. 75-77).

<sup>78</sup>. Het Europees Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat nationale mededingingsautoriteiten niet bevoegd zijn om dergelijke beslissingen te nemen met betrekking tot de art. 101 en 102 VWEU. Daarom beperkt art. 48, 2° WER-IV deze mogelijkheid tot zaken waarin vaststaat dat er geen sprake is van beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie, aangezien de art. 101 en 102 VWEU in dergelijke zaken geen toepassing vinden. Zie arrest van het HvJ 3 mei 2011, C-375/09, *Tele2 Polska*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*



Ook beslissingen genomen in het kader van het onderzoek zijn in principe niet vatbaar voor een afzonderlijk beroep, aangezien het Wetboek Bescherming Mededinging niet uitdrukkelijk in een beroep hiertegen voorziet. De onwettigheid van dergelijke beslissingen kan wel worden ingeroepen in het kader van een beroep tegen de eindbeslissing (art. 79, § 1, 3° lid WER-IV). Bij wege van uitzondering staat wel beroep open tegen beslissingen van het auditoraat om in een onderzoek gegevens te gebruiken die werden verkregen in het kader van een huiszoeking. Dergelijk beroep kan echter pas worden ingesteld vanaf de mededeling van de grieven en enkel voor zover de betrokken gegevens daadwerkelijk zijn gebruikt voor het staven van de grieven (art. 79, § 1, 2° lid *juncto* art. 41, § 3, WER-IV). Of deze beperkingen verenigbaar zijn met de Grondwet en het EVRM is niet zeker. In een net voor de goedkeuring van het Wetboek Bescherming Mededinging geveld arrest oordeelde het hof van beroep dat artikel 6 EVRM vereist dat ook beroep openstaat tegen onderzoekshandelingen (inclusief stellingnames) van de auditeur. Het hof meende, na op dit punt een prejudiciële uitspraak van het Grondwettelijk Hof te hebben bekomen<sup>79</sup>, dat de WBEM derwijze kon worden geïnterpreteerd, dat dergelijke beroepen ontvankelijk zijn<sup>80</sup>. Nu het Wetboek Bescherming Mededinging dergelijke beroepen uitdrukkelijk lijkt uit te sluiten, is een betwisting over de grondwettelijkheid van de betrokken bepalingen van WER-IV voorzienbaar.

**56.** Beslissingen van het Mededingingscollege op *verzoeken om voorlopige maatregelen* zijn eveneens vatbaar voor beroep (art. 79, § 1 *juncto* art. 64 WER-IV). Dit betreft beslissingen waarbij een verzoek om voorlopige maatregelen wordt toegestaan dan wel (al dan niet stilzwijgend<sup>81</sup>) wordt verworpen.

**57.** Op het gebied van *concentratiecontrole* kan beroep worden ingesteld tegen eindbeslissingen (en dus niet tegen beslissingen tot opening van de “tweede fase”). Dit betreft beslissingen waarbij het Mededingingscollege uitmaakt of de aangemelde concentratie binnen het wettelijk toepassingsgebied valt en deze concentratie (al dan niet stilzwijgend<sup>82</sup>) toelaatbaar verklaart (eventueel met oplegging van voorwaarden en/of verplichtingen) of ontoelaatbaar verklaart (art. 79, § 1, 1° lid WER-IV). Verder kan beroep worden ingesteld tegen beslissingen waarbij de auditeur vaststelt dat de vereenvoudigde procedure kan worden toegepast en

besluit dat de aangemelde concentratie geen aanleiding geeft tot verzet (art. 79, § 1 *juncto* art. 63, § 3 WER-IV). Daarentegen staat geen beroep open tegen beslissingen waarbij de behandeling overeenkomstig de vereenvoudigde procedure wordt geweigerd (zie art. 63, § 5 WER-IV).

### c) Partijen die beroep kunnen instellen

**58.** Beroep kan worden ingesteld door “*elke bij de aangevochten beslissing betrokken partij*” (art. 79, § 3 WER-IV). Deze regel verschilt niet wezenlijk van artikel 76, § 2, 1° lid WBEM.

Deze uitdrukking heeft betrekking op de ondernemingen waartegen het Mededingingscollege een inbreukbeslissing heeft vastgesteld (in inbreukzaken), de ondernemingen waarvan de voorgenomen concentratie ontoelaatbaar werd verklaard of toelaatbaar werd verklaard onder voorwaarden (in concentratiezaken), de ondernemingen waartegen voorlopige maatregelen werden bevolen of de partij die een verzoek om voorlopige maatregelen indiende (in het geval van een beslissing inzake die een verzoek om voorlopige maatregelen toekent of afwijst).

**59.** De minister heeft, net als onder de WBEM<sup>83</sup>, een algemeen beroepsrecht; beroepen van de minister zijn ontvankelijk zonder dat een belang moet worden aangetoond en ook als de minister niet was vertegenwoordigd in de procedure voor het Mededingingscollege (art. 79, § 3 WER-IV).

**60.** Eveneens kan, zoals onder de WBEM<sup>84</sup>, beroep worden ingesteld door *belanghebbende derde personen* die hebben verzocht om in de procedure voor het Mededingingscollege te worden gehoord (art. 79, § 3 *juncto* art. 45, § 5 en 60, § 2 WER-IV). Dit heeft bijvoorbeeld betrekking op de klager in inbreukzaken<sup>85</sup>, of op de bevoegde regulator (zoals de CREG en het BIPT), ingeval het Mededingingscollege beslist om niet op te treden tegen de aangeklaagde praktijk of oordeelt dat deze praktijk geen inbreuk uitmaakt.

**61.** Naast de mogelijkheid om beroep in te stellen, behoudt het Wetboek Bescherming Mededinging ook de mogelijkheid voor belanghebbende partijen om in een beroepsprocedure te interveniëren. De regels inzake interventie bleven ongewijzigd ten opzichte van de WBEM.

<sup>79.</sup> GwH 22 december 2011, nr. 197/2011, *Belgacom*, TBM 2012, 130-133. Zie hierover het advies van de Raad van State, 12.2.4. De *memorie van toelichting* geeft aan dat de wetgever de uitdrukkelijke bedoeling heeft om met art. 79, § 1, 2° lid WER-IV tegemoet te komen aan het arrest van het Grondwettelijk Hof (*MvT*, p. 17).

<sup>80.</sup> Brussel 5 maart 2013, 2011/MR/3, *Belgacom*, *onuitg.*, r.o. 25-27 en 31-34 (dit arrest is bij het afsluiten van de tekst nog vatbaar voor een voorziening in cassatie).

<sup>81.</sup> Zie uitdrukkelijk: art. 79, § 1, 1° lid WER-IV.

<sup>82.</sup> Zie uitdrukkelijk: art. 79, § 1, 1° lid WER-IV.

<sup>83.</sup> Zie art. 76, § 2, 1° lid WBEM.

<sup>84.</sup> Zie art. 76, § 2, 1° lid WBEM.

<sup>85.</sup> Anders dan de WBEM (zie art. 76, § 2 WBEM), kent het Wetboek Bescherming Mededinging de klager geen uitdrukkelijk beroepsrecht toe. Dit lijkt te impliceren dat de klager onder de nieuwe regels enkel een beroepsrecht heeft indien hij in de procedure voor het Mededingingscollege heeft verzocht om te worden gehoord.

## d) Tegenpartij

62. Nieuw is dat het beroep moet worden ingesteld tegen de BMa, die dus als tegenpartij optreedt in de procedure (art. 79, § 4 WER-IV). De BMa wordt in dit verband vertegenwoordigd door haar voorzitter (art. 20, § 1, 4° WER-IV) of door de directeur juridische studies<sup>86</sup>. De BMa zal dus voortaan de (voor beroep vatbare) beslissingen van het Mededingingscollege en het auditoraat kunnen en moeten verdedigen. Met deze aanpassing komt de wetgever tegemoet aan het probleem waarop het *Vebic*-arrest van het Hof van Justitie de vinger had gelegd<sup>87</sup>.

## e) Procedure zoals in kort geding

63. Artikel 79, § 2 WER-IV bepaalt dat het hof van beroep oordeelt volgens de procedure zoals in kort geding<sup>88</sup> (partijen kunnen dus aanspraak maken op behandeling binnen korte termijnen).

## f) Rechtsmacht van het hof van beroep

64. Het Wetboek Bescherming Mededinging voert belangrijke wijzigingen in wat betreft de rechtsmacht van het hof van beroep. Belangrijk is de differentiatie van de rechtsmacht van het hof in functie van de aard van de beslissing waartegen het beroep gericht is.

### i. Volle rechtsmacht in inbreukzaken

65. In *inbreukzaken* beslist het hof van beroep principieel “met volle rechtsmacht met inbegrip van de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen van de aangevochten beslissing” (art. 79, § 2, 2° lid WER-IV). Het hof oordeelt “in rechte en in feite over de zaak zoals voorgelegd door de partijen” (art. 79, § 2, 1° lid WER-IV). De bedoeling van die regel lijkt te zijn dat het hof, op basis van het dossier dat aan de BMa was voorgelegd, uitmaakt of de door de auditeur geformuleerde grieven al dan niet gegrond zijn. Het hof vormt in deze gevallen bijgevolg een eigen oordeel over de kwalificatie van de aangeklaagde praktijk en de op

te leggen sanctie. Ingeval het hof anders oordeelt dan het Mededingingscollege, vernietigt het de beslissing van dit laatste en kan het een eigen beslissing nemen die hiervoor in de plaats komt.

66. Volle rechtsmacht impliceert m.i. niet dat het hof, wanneer het zijn eigen beslissing in de plaats stelt van deze van de Mededingingsautoriteit, de rol van deze autoriteit overneemt of herneemt. Het hof blijft een rechter, die moet oordelen of de door de auditeur voorgelegde feiten inderdaad een inbreuk opleveren en of er voldoende bewijs bestaat voor de door de auditeur geformuleerde grieven. Het hof kan dus zelf geen grieven toevoegen of herformuleren, en evenmin kan het zelf bijkomend onderzoek voeren naar feiten of bewijsstukken. Dit wordt ook bevestigd door de schrapping van de bevoegdheid van het hof om bijkomend onderzoek te voeren en van de in de WBEM vervatte regel dat het hof “*de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangevochten beslissing van [de Mededingingsautoriteit] in overweging [kan] nemen*” (oud art. 75, 2° lid WBEM). Het verdwijnen van deze regel betekent niet dat een partij die beroep instelt tegen een beslissing van de BMa geen nieuwe stukken mag voorleggen, wél dat het hof oordeelt over de situatie zoals die bestond op het ogenblik dat de BMa zich uitsprak, en op basis van het door de auditeur ter adstructie van zijn grieven samengestelde dossier.

67. Zo is het mogelijk dat het hof oordeelt dat het Mededingingscollege ten onrechte een inbreuk vaststelde, hetzij omdat er geen (voldoende) bewijs bestond voor de aangevoerde grieven, hetzij omdat de praktijken die het voorwerp uitmaakten van de grieven niet kunnen worden beschouwd als door het Wetboek Bescherming Mededinging verboden praktijken. Omgekeerd is het eveneens mogelijk dat het hof, anders dan het Mededingingscollege, oordeelt dat een inbreuk wél bewezen is respectievelijk dat een bepaalde praktijk wél verboden is door het Wetboek Bescherming Mededinging.

68. Op de volle rechtsmacht van het hof in inbreukzaken bestaan een aantal uitzonderingen:

<sup>86</sup> *MvT*, p. 12.

<sup>87</sup> Brussel 13 februari 2013, 2008/MR/3, *Vebic en Raad voor de Mededinging en Algemene Directie Mededinging, Minister van Economie en Belgische Staat*, (eindarrest), *onuitg.*, r.o. 22. In dit arrest (waartegen inmiddels verzet is aangetekend door de Raad voor de Mededinging en de Algemene Directie Mededinging) bevestigt het hof dat de Raad voor de Mededinging – ondanks een dagvaarding tot gedwongen tussenkomst – niet kon worden verplicht om te participeren in de rechtspleging voor het hof van beroep en dat het auditoraat niet kan optreden voor het hof (en dus ook niet namens de Raad in enge zin). De voorbereidende werken van het Wetboek Bescherming Mededinging verwijzen naar het prejudicieel arrest van het Hof van Justitie in deze zaak. Zie *MvT*, p. 10 en arrest van het HvJ 7 december 2010, C-439/08, *Vebic*, *Jur.* 2010, I-12471. Voor commentaar met betrekking tot de tussenarresten in deze zaak, zie A.-M. VAN DEN BOSSCHE, “In nood kent men zijn vrienden. In rechtsnood de 234-helplijn naar Luxemburg”, *RDC-TBH* 2009, p. 480-486; B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, “De betekenis en de draagwijdte van het arrest *Vebic* van het Hof van Justitie”, *TBM* 2011, 3-11 en F. LOUIS, “L’arrêt de la Cour de justice dans l’affaire *VEBIC*: une opportunité de parfaire l’organisation de l’autorité belge de concurrence”, *TBM* 2011, 12-16.

<sup>88</sup> De wetgever leunt in dit verband expliciet aan (zie *MvT*, p. 17) bij de beroepsprocedure die voorzien is inzake beslissingen van de CREG. Ook in dit verband oordeelt het hof van beroep “zoals in kort geding” (zie art. 29bis van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt (BS 11 mei 1999, p. 16.264)). Het hof van beroep oordeelt verder ook “zoals in kort geding” in beroepsprocedures tegen beslissingen van het BIPT (zie art. 2, § 1 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (BS 24 januari 2003, p. 2.600)).

- als het hof – anders dan het Mededingingscollege – concludeert dat de artikelen 101 en/of 102 VWEU toepassing vinden én dat er sprake is van een inbreuk op deze bepalingen, kan het hof de beslissing van het Mededingingscollege enkel vernietigen. Immers, het hof is – anders dan de BMa, zie artikel 16, § 3 WER-IV – geen mededingingsautoriteit in de zin van artikel 35 van Verordening 1/2003 die bevoegd is om in inbreukzaken de toepassing van de Unierechtelijke mededingingsregels te verzekeren. Wellicht ligt deze beperkte bevoegdheid ook aan de basis van de schrapping van de (onder de WBEM bestaande) bevoegdheid van het hof van beroep om boetes of dwangsommen op te leggen: aangezien het hof enkel de aangevochten beslissing kan vernietigen (en dus niet bevoegd is om een inbreuk te sanctioneren) bestaat er op dit punt geen nood aan een sanctiebevoegdheid;
- daarentegen beschikt het hof, wanneer het – anders dan het Mededingingscollege – concludeert dat er sprake is van een inbreuk op *de artikelen 1 en/of 2 WER-IV*, ogenschijnlijk wél over volle rechtsmacht (de bewoordingen van art. 79, § 2, 2° en 3° lid WER-IV lijken duidelijk). Hetzelfde geldt wanneer het hof de conclusie van het Mededingingscollege inzake het bestaan van een inbreuk beaamt maar (bv. op verzoek van een klager of de minister) oordeelt dat de door het Mededingingscollege opgelegde sanctie te licht is. Kan het hof in dergelijke gevallen zelf een boete opleggen respectievelijk een boete verhogen? Het antwoord lijkt me ontkennend te zijn, nu de wetgever de bevoegdheid van het hof om boetes of dwangsommen op te leggen heeft geschrapt. Dat het hof over volle rechtsmacht beschikt, leidt m.i. niet tot een andere conclusie<sup>89</sup>. Kortom, indien een beoordeling van de zaak het hof tot de conclusie brengt dat een boete (of een hogere boete) is aangewezen, dan lijkt er veel voor te zeggen dat het hof de aangevochten beslissing vernietigt en de zaak terugzendt naar de BMa, zodat het auditoraat desgevallend de zaak opnieuw kan behandelen in het licht van de overwegingen van het hof.

**69.** Daarnaast is het in een aantal hypotheses niet duidelijk hoe de volle rechtsmacht van het hof van beroep kan worden uitgeoefend:

- hoe zal het hof van beroep omgaan met beroepen tegen impliciete beslissingen van het Mededingingscollege om een verzoek om voorlopige maatregelen te verwerpen door het laten verstrijken van de wettelijke termijn van één maand? Aangezien artikel 64 WER-IV bepaalt dat het Mededingingscollege, wanneer aan de wette-

lijke voorwaarden is voldaan, voorlopige maatregelen “kan” opleggen, zou men daaruit kunnen afleiden dat het college over discretie beschikt om geen maatregelen op te leggen – bijvoorbeeld met verwijzing naar de prioriteiten inzake het handhavingsbeleid, of de (on)waarschijnlijkheid dat de beweerde inbreuk zal kunnen worden bewezen. Het hof van beroep zou in voorkomend geval met die discretie rekening moeten houden, maar het zal de uitoefening ervan niet kunnen controleren in de afwezigheid van motivering. Moet men daaruit afleiden dat, in het geval van stilzwijgende verwerping van het verzoek om voorlopige maatregelen, het hof van beroep op basis van zijn volle rechtsmacht een *de novo*-beoordeling kan maken van het verzoek op basis van het door de verzoeker voorgelegde dossier (zoals eventueel aangevuld door de auditor-generaal)? Zo ja, wat als het hof vaststelt dat de wettelijke voorwaarden vervuld zijn? Geniet het dan – net als het Mededingingscollege – een beoordelingsbevoegdheid om het verzoek desgevallend niet toe te wijzen? Als het hof zelf voorlopige maatregelen zou willen opleggen, zal het gehandicapt zijn door de reeds vermelde schrapping van de bevoegdheid om dwangsommen op te leggen;

- wat met beroepen tegen een (impliciete) beslissing van het Mededingingscollege om aangeboden toezeggingen te weigeren (en dus een inbreuk vast te stellen)? Tegen een beslissing van een Mededingingscollege om toezeggingen niet te aanvaarden staat als zodanig geen beroep open, maar de betrokken ondernemingen zouden deze kunnen aanvechten in het kader van een beroep tegen een naderhand genomen inbreukbeslissing. Volgens de algemene regel oordeelt het hof met volle rechtsmacht. Betekent dat, dat het hof kan beoordelen of het Mededingingscollege terecht de aangeboden toezeggingen weigerde en – als het een andere mening is toegedaan – zelf de zaak kan afsluiten na aanvaarding van toezeggingen? Dat lijkt toch eerder een bevoegdheid van de Mededingingsautoriteit;
- dezelfde vraag rijst, ten slotte, inzake beroepen tegen beslissingen waarbij het Mededingingscollege, n.a.v. een clementieverklaring, een inbreuk vaststelt en de betrokken onderneming een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van de geldboete verleent (art. 46 WER-IV). Deze vrijstelling kan worden aangevochten in het kader van een beroep tegen de inbreukbeslissing. De beslissing om een (volledige dan wel gedeeltelijke) vrijstelling te verlenen zou kunnen worden aanzien als voortkomend uit een opportuniteitsoordeel vanwege het Mededingingscollege.

<sup>89</sup>. Men zou kunnen tegenwerpen dat de wetgever met de volle rechtsmacht van het hof van beroep “*met inbegrip van de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen*” (een bevoegdheid die ook al onder de WBEM bestond) aan het hof impliciet de bevoegdheid heeft toegekend om boetes zowel te verhogen als te verlagen (zie in die zin de opmerkingen van de gemachtigde van de Minister (advies van de Raad van State, 15.2)) of zelfs om een boete op te leggen. Die interpretatie valt echter moeilijk te rijmen met de vaststelling dat de wetgever de in art. 75, 3° lid WBEM uitdrukkelijk toegekende sanctiebevoegdheid van het hof van beroep niet in WER-IV heeft hernomen. Bovendien rijst de vraag of een “impliciete” boetebevoegdheid wel te rijmen valt met de “*nulla poena sine lege*”-regel.

## ii. Vernietigingsbevoegdheid inzake concentratiecontrole

70. Een uitzondering op de volle rechtsmacht van het hof wordt gemaakt met betrekking tot (bepaalde) beslissingen inzake *concentratiecontrole*. In die zaken kan het hof de beslissing van het Mededingingscollege vernietigen, maar het kan vervolgens niet zijn eigen beslissing hiervoor in de plaats stellen. De aanvaarding door de wetgever dat het hof van beroep inzake concentratiecontrole geen volle rechtsmacht geniet, brengt het Wetboek Bescherming Mededinging in lijn met het standpunt dat het hof had uitgedrukt in het *Editeco*-arrest<sup>90</sup>.

71. De uitzondering op de volle rechtsmacht van het hof betreft blijkens artikel 79, § 2, 3° lid WER-IV “*zaken betreffende de toelaatbaarheid van concentraties of door het Mededingingscollege opgelegde voorwaarden of verplichtingen*”. Het gaat dus om beslissingen van het Mededingingscollege (of, in vereenvoudigde procedures, van de auditeur) om een aangemelde concentratie toe te laten (desgevallend onder voorwaarden of met aanvaarding van verbintenissen) of te verbieden<sup>91</sup>.

72. Het Wetboek Bescherming Mededinging bepaalt – anders dan de Europese concentratiecontroleverordening – niet wat het lot van de zaak is nadat het hof van beroep een beslissing van het Mededingingscollege of de auditeur in een concentratiedossier heeft vernietigd. Aangezien een vernietiging *ex tunc* werkt, betekent dat, dat de auditeur de zaak opnieuw zou kunnen onderzoeken (en desgevallend een ontwerp van beslissing redigeren). Maar wat met de wettelijke termijnen waarbinnen de Mededingingsautoriteit uitspraak over een aangemelde concentratie moet doen? Beginnen die termijnen (of sommige ervan) opnieuw te lopen als gevolg van het vernietigingsarrest van het hof? Dat lijkt geen evidentie, aangezien de toepasselijke termijnen beginnen te lopen bij een aanmelding – en nergens wordt in het Wetboek Bescherming Mededinging bepaald dat de vernietiging van een concentratiebeslissing de verplichting doet rijzen om de betrokken concentratie opnieuw aan te melden. Anders

gezegd, de vernietiging van een goedkeuringsbeslissing lijkt niet op zichzelf te leiden tot een herstart van de aanmeldingsprocedure. Wanneer het gaat om de vernietiging van een verbodsbepaling belet niets de betrokken partijen om een nieuwe aanmelding in te dienen.

## g) Toetsingsintensiteit

73. De volle rechtsmacht waarover het hof in *inbreukzaken* beschikt, stelt het in staat om de door artikel 6 EVRM vereiste rechtsbescherming te verlenen tegen het optreden van het bestuur. Volle rechtsmacht mag evenwel niet worden verward met toetsingsintensiteit. Toetsingsintensiteit betreft de wijze waarop het hof van beroep omgaat met de feitelijke en juridische beoordelingen van de Mededingingsautoriteit. Maakt het hof een eigen beoordeling van de in het geding zijnde elementen? Of kan/moet het hof zich beperken tot een “marginale toetsing” van de beslissing van het Mededingingscollege, waarbij het enkel nagaat of het Mededingingscollege geen kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten of een kennelijk onjuiste juridische kwalificatie heeft weerhouden?

In het *Honda*-arrest stelde het Hof van Cassatie dat het hof van beroep zich mocht beperken tot een marginale toetsing van de beslissing van de Raad voor de Mededinging<sup>92</sup>. Alvast in *inbreukzaken* lijkt een marginale toetsing echter moeilijk te verenigen met het in artikel 6, § 1 EVRM neergelegde recht op een “eerlijk proces door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht”, zoals geïnterpreteerd in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)<sup>93</sup>. Recente rechtspraak van het EHRM, het Europees Hof van Justitie en het Belgisch Grondwettelijk Hof leiden m.i. tot de conclusie dat artikel 6, § 1 EVRM van toepassing is in mededingingszaken, zeker nu *inbreukprocedures* “strafrechtelijk” (in de zin van art. 6 EVRM) zijn, wat impliceert dat de rechter zich niet mag beperken tot een marginale toetsing van een beslissing waarin een *inbreuk* wordt vastgesteld (en in voorkomend geval een boete wordt opgelegd)<sup>94</sup>. Het *Honda*-arrest van het Hof van Cassatie lijkt door deze ontwikkelingen minstens ten dele te zijn achterhaald.

<sup>90</sup>. Brussel 15 september 2005, *Editeco*, *Jaarboek H&M*, 2005, 832. Voor een korte weergave, zie K. BAEKELANDT in *RDC-TBH* 2006, p. 263. Voor een bespreking, zie G. ZONNEKEYN, “Het overnamedossier Editeco: een procedureel imbroglio zonder voorgaande”, *Jaarboek H&M*, 2005, 869-878; P. VALCKE, “Raad voor de mededinging krijgt tweede zit in overnamedossier L’Echo”, *AM* 2006, afl. 1, 93-97.

<sup>91</sup>. Is de opsomming in art. 79, § 2, 3° lid WER-IV volledig? In concentratiezaken kunnen het Mededingingscollege en het auditoraat een aantal beslissingen nemen die geen betrekking hebben op de *toelaatbaarheid* van een aangemelde transactie. Dat is het geval voor beslissingen van het Mededingingscollege waarbij wordt uitgemaakt of een aangemelde concentratie binnen het toepassingsgebied van het Wetboek Bescherming Mededinging valt (zie art. 61, § 1, 1° WER-IV), beslissingen van de auditeur dat een concentratie kan worden beoordeeld overeenkomstig de vereenvoudigde procedure (zie art. 63, § 3 WER-IV) en beslissingen van het auditoraat om in het onderzoek gegevens te gebruiken die werden verkregen in het kader van een huiszoeking (zie art. 79, § 1, 2° lid WER-IV). Niettemin kan men stellen dat die beslissingen worden genomen in het kader van *zaken* betreffende de toelaatbaarheid van een voorgenomen concentratie – zodat het hof van beroep ook met betrekking tot die beslissingen geen volle rechtsmacht geniet.

<sup>92</sup>. Cass. 3 juni 2011, C.09.0227.N, *Honda*, *JT* 2011, afl. 6454, 758, r.o. 3.

<sup>93</sup>. Arrest van het EHRM 4 maart 2004, nr. 47650/99, *Silvesters’ Horeca Service / België*.

<sup>94</sup>. Zie, respectievelijk, arrest van het EHRM 27 september 2011, nr. 43509/08, *Menarini Diagnostics / Italië*; HvJ 8 december 2011, C-272/09 P, *KME*, nog niet gepubliceerd in de *Jur.* en GwH 22 december 2011, nr. 197/2011, *Belgacom*, *TBM* 2012, 130-133.

## h) Bescherming van zakengeheimen in de procedure voor het hof

74. De WBEM verplichtte het hof van beroep om er voor te zorgen dat de vertrouwelijkheid van het door de Raad bezorgde dossier gedurende de hele procedure voor het hof werd bewaard (art. 76, § 5 WBEM). Deze bepaling werd niet overgenomen in het Wetboek Bescherming Mededinging. Volgens de *memorie van toelichting* is dit vanwege de nieuwe regeling inzake proceduredossier en vertrouwelijkheid<sup>95</sup> (zie daarover *supra*, randnr. 22-23). De vraag rijst dan ook of dit iets verandert op het vlak van de bescherming van vertrouwelijke gegevens (in het bijzonder zakengeheimen) in de procedure voor het hof van beroep.

Artikel 79, § 5, 3<sup>o</sup> lid WER-IV bepaalt dat het hof van beroep de BMa kan verzoeken om de mededeling van “*het proceduredossier en andere stukken die tijdens de procedure bij het Mededingingscollege werden neergelegd*”. Het onderzoeksdossier wordt als zodanig blijkbaar niet overgemaakt aan het hof van beroep. De redenering van de wetge-

ver is mogelijks dat, aangezien de toegang tot en de vertrouwelijkheid van stukken uit het proceduredossier reeds in detail wordt geregeld op het niveau van de procedure voor het Mededingingscollege<sup>96</sup>, dit gegeven niet opnieuw moet worden beoordeeld door het hof van beroep. Deze redenering kan echter niet worden bijgetreden. Voor het hof van beroep kan immers opnieuw de vraag rijzen of ondernemingen (in het bijzonder de klager) toegang moeten krijgen tot (bepaalde als vertrouwelijk aangemerkte stukken uit) het (procedure)dossier<sup>97</sup>. Het hof van beroep achtte zich in het verleden niet gebonden door beslissingen van de Raad voor de Mededinging op dit vlak, en zal ook in de toekomst vermoedelijk een eigen oordeel vellen over de vertrouwelijkheid van de door partijen overgelegde stukken, waarbij een soms delicate afweging zal vereist zijn tussen de bescherming van vertrouwelijke gegevens enerzijds en de doelmatigheid van de procedure anderzijds<sup>98</sup>. De inwerkingtreding van de nieuwe regels zal naar verwachting al bij al geen invloed hebben op de bescherming van vertrouwelijke gegevens in de procedure voor het hof van beroep.

## 6) HET WETBOEK PRIJSCONTROLE

75. Het gaat om een afzonderlijk wetboek, dat evenwel samen met het Wetboek Bescherming Mededinging door regering en Parlement werd behandeld en goedgekeurd. De koppeling van beide boeken is geen toeval: de regering stelde het Wetboek Prijscontrole voor als een beperkte maar volgens haar noodzakelijke uitzondering op het – in artikel 2 WER-V uitdrukkelijk gestelde – principe dat “*De prijzen van goederen en diensten worden bepaald door de vrije mededinging.*” Er bestaan ook institutionele raakpunten tussen beide wetten. De door het Wetboek Prijscontrole voorziene voorlopige maatregelen kunnen enkel door het Mededingingscollege worden opgelegd en een beroep tegen een beslissing van het Mededingingscollege is een exclusieve bevoegdheid van het hof van beroep te Brussel.

### a) Algemeen

76. Het Wetboek Prijscontrole vervangt de besluitwet van 22 januari 1945 die sinds lang in onbruik was geraakt. Die laatste wet werd algemeen aanzien als een anachronisme: de mededingingsregels gaan er van uit dat prijzen worden bepaald door het marktmechanisme, en het verbod op restrictieve praktijken strekt er toe te vermijden dat bepaalde praktijken dat mechanisme ontregelen. De interventiemoge-

lijkheid die wordt voorzien in het Wetboek Prijscontrole is ingegeven door de zienswijze dat de mededinging niet op elke markt naar behoren functioneert – bijvoorbeeld, als gevolg van een te grote marktmacht van één of meerdere actoren. In dergelijke situatie zou er – volgens die zienswijze – van een handhavingslacune sprake kunnen zijn: artikel 2 WER-IV en artikel 102 VWEU verbieden het *misbruik* van machtspositie, maar het toepassen, door een onderneming met aanzienlijke marktmacht, van supracompetitieve prijzen of marges is niet noodzakelijk als een misbruik te aanzien.

77. Het Wetboek Prijscontrole maakt het mogelijk om op te treden in geval van een marktdysfunctie die *niet* (althans niet noodzakelijk) het gevolg is van praktijken die door het Wetboek Bescherming Mededinging zijn verboden. Meer bepaald verleent het Wetboek Prijscontrole het Mededingingscollege de bevoegdheid om bij wege van voorlopige maatregelen in te grijpen wanneer er sprake is van “*een probleem inzake prijzen of marges, een abnormale prijzenevoluitie, of een structureel marktprobleem*” (art. 3 WER-V). Deze bewoordingen – waarvan de strekking nergens in de voorbereidende werken wordt toegelicht – suggereren dat het toepassingsgebied van het Wetboek Prijscontrole potentieel zeer ruim is.

<sup>95</sup>. *MvT*, p. 63.

<sup>96</sup>. Inclusief een beroepsmogelijkheid tegen beslissingen van de auditeur inzake vertrouwelijkheid: art. 41, § 8 WER-IV.

<sup>97</sup>. Uit de *memorie van toelichting* (p. 53) blijkt trouwens dat, hoewel tegen beslissingen inzake toegang tot het dossier op grond van art. 45, § 2 en § 3 WER-IV geen afzonderlijk beroep open staat, zij wel kunnen worden aangevochten in het kader van een beroep tegen een eindbeslissing van het Mededingingscollege.

<sup>98</sup>. Het hof van beroep heeft in dit verband criteria uitgewerkt in zijn rechtspraak. Zie bv. Brussel 6 mei 2010, *Belgacom Mobile, Mobistar, KPN Group Belgium*, *Jaarboek H&M*, 2010, 1078.

## b) Procedure

78. Het Prijzenobservatorium dat deel uitmaakt van de FOD Economie, oefent doorlopend toezicht uit op het functioneren van markten. Wanneer het Prijzenobservatorium meent dat er op een bepaalde markt sprake is van “*een probleem inzake prijzen of marges, een abnormale prijzenevolutie, of een structureel marktprobleem*”, kan het – ambtshalve dan wel op vraag van de minister – daarover een “verslag” opstellen. Terecht werd door de Raad van State opgemerkt<sup>99</sup> dat het zeer wel mogelijk is dat “problemen” inzake prijzen of marges voortvloeien uit restrictieve praktijken (zoals kartels en excessieve prijzen). Het lijkt – mede gelet op het in artikel 2 WER-V gestelde beginsel – verkieslijk dat eerst op basis van het Wetboek Bescherming Mededinging wordt onderzocht of er inderdaad sprake is van inbreuken die geobserveerde “problemen” kunnen verklaren, en dat een optreden op basis van het Wetboek Prijscontrole enkel plaatsvindt indien de vastgestelde “problemen” niet aan een inbreuk kunnen worden toegeschreven<sup>100</sup>. Het is evenwel niet zeker of het Wetboek Prijscontrole dergelijke werkwijze toelaat, omdat het opstellen van een verslag door het Prijzenobservatorium automatisch resulteert in een procedure onder het Wetboek Prijscontrole (zie *supra*). Veel zal dus afhangen van de wijze waarop het Prijzenobservatorium gebruik maakt van de mogelijkheid om een verslag neer te leggen.

79. Het Prijzenobservatorium kan bij het redigeren van zijn verslag “*de betrokken partijen, de beroepsfederaties en de consumentenorganisaties raadplegen*” (*ibid.*). Het beschikt niet over de onderzoeksbevoegdheden van de BMA, maar wel over “*de wettelijk en reglementair toegewezen bevoegdheden van de FOD Economie*” (*ibid.*). Verslagen van het Prijzenobservatorium worden voorgelegd aan zowel de minister als aan de BMA en, als die er zijn, de bevoegde sectorale regulatoren (art. 3 WER-V). Artikel 4, § 1 WER-V bepaalt dat “[h]et Prijzenobservatorium [...] aan het Mededingingscollege alle informatie [kan] meedelen betreffende de prijzen en de marges die het heeft verzameld”, wat lijkt te impliceren dat die informatie *niet* vervat zal zijn in het verslag dat aan de minister en de sectorregulator wordt meegedeeld. Het verslag kan eveneens worden gepubliceerd, na uitzuivering van eventuele zakengeheimen (*ibid.*).

80. Het overmaken van het verslag aan de BMA leidt auto-

matisch tot een procedure voor het Mededingingscollege, dat zal moeten uitmaken of er aanleiding bestaat tot het opleggen van voorlopige maatregelen. De procedure voor het Mededingingscollege vertoont sterke gelijkenissen met deze inzake verzoeken om voorlopige maatregelen, met dien verstande dat er (i) geen formele verzoeker is (het Prijzenobservatorium deelt zijn verslag mee, maar verzoekt niet als dusdanig om voorlopige maatregelen) en (ii) geen rol is weggelegd voor de auditeur-generaal of het auditoraat.

De voornaamste kenmerken van die procedure zijn als volgt (art. 4, § 2-§ 4 WER-V):

- een zitting voor het Mededingingscollege moet plaatsvinden binnen vijftien kalenderdagen na de neerlegging van het verslag van het Prijzenobservatorium<sup>101</sup>;
- op die zitting worden “*het Prijzenobservatorium [alsmede] de betrokken partijen vermeld in dat verslag [...] gehoord*”. De bedoeling lijkt te zijn dat minstens de beroepsvereniging(en) van de door het verslag geviseerde sector(en) worden gehoord<sup>102</sup>;
- het Mededingingscollege oordeelt binnen een termijn van één kalendermaand<sup>103</sup> na de zitting bij een met redenen omklede beslissing of er aanleiding bestaat om voorlopige maatregelen te treffen. Als het die termijn laat verstrijken, kan geen voorlopige maatregel worden opgelegd.

81. Ook de voorwaarden waaronder het Mededingingscollege voorlopige maatregelen kan opleggen zijn geïnspireerd op het Wetboek Bescherming Mededinging, namelijk “*[i]ndien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en moeilijk te herstellen nadeel kan veroorzaken voor de betrokken ondernemingen of voor de consumenten waarvan de belangen aangetast worden, of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang*” (art. 4, § 1 WER-V). Het verschil is dat er onder het Wetboek Prijscontrole geen *prima facie*-inbreuk op de mededingingsregels hoeft te worden vastgesteld: het volstaat dat het Mededingingscollege de stelling van het Prijzenobservatorium beaamt dat er sprake is van “*een probleem inzake prijzen of marges, een abnormale prijzenevolutie, of een structureel marktprobleem*”. Als het Mededingingscollege voorlopige maatregelen beslist, “*legt de minister binnen zes maanden een plan aan de regering voor houdende structurele wijziging van de marktwerking in de betrokken sector*” (art. 6 WER-V).

<sup>99</sup>. Advies van de Raad van State, 23.1.

<sup>100</sup>. Zie in deze zin eveneens de auditeur-generaal van de Raad voor de Mededinging in een interview met E. CLEEREN en B. BROENS, “Kartels zijn als moeilijk te jagen everzwijnen”, *De Tijd*, 5 april 2013.

<sup>101</sup>. Deze termijn kan krachtens art. 4, § 2, 2° lid WER-V worden verlengd met maximum twee weken.

<sup>102</sup>. Dat blijkt ook uit art. 4, § 2, 3° lid WER-V waar wordt gesteld: “*Indien het verslag de betrokken partijen niet vermeldt, nodigt de voorzitter of assessor-ondervoorzitter of assessor die hij afvaardigt, onverwijld de organisaties, vertegenwoordigd bij de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven en die de betrokkene sectoren vertegenwoordigen, uit.*”

<sup>103</sup>. Deze termijn en de termijn van vijftien kalenderdagen waarbinnen de zitting van het Mededingingscollege moet plaatsvinden, kunnen krachtens art. 4, § 2, 2° lid WER-V worden verlengd met maximum twee weken. Het is niet duidelijk of elk van deze termijnen verlengd kan worden met twee weken of ze samen slechts eenmaal verlengd kunnen worden met twee weken. Dezelfde bedenking rijst bij de verlenging van de termijnen bij de procedure inzake voorlopige maatregelen tijdens onderzoeken van restrictieve praktijken.

### c) Aard en draagwijdte van de voorlopige maatregelen

82. Het Wetboek Prijscntrole verduidelijkt niet waarin de “voorlopige maatregelen” kunnen bestaan en legt geen beperkingen op aan de aard van de maatregelen die het Mededingingscollege kan bevelen, behalve dat ze geen betrekking kunnen hebben op de “*prijzen van goederen en diensten waarvan de niveaus kunnen worden vastgesteld door en krachtens de wet*”<sup>104</sup> (art. 4, § 1 WER-V). Dat suggereert dat het Mededingingscollege een ruime beoordelingsbevoegdheid geniet. Wellicht zal het zich bij de keuze en uitwerking van voorlopige maatregelen laten inspireren door het opzet van het Wetboek Prijscntrole, en door de verschillen met voorlopige maatregelen in inbreukzaken. Voorlopige maatregelen in inbreukzaken schorsen de praktijken van één of meer ondernemingen die *prima facie* restrictief zijn. Voorlopige maatregelen die in het kader van het Wetboek Prijscntrole worden opgelegd daarentegen viseren geen praktijken van ondernemingen, maar wel een structureel probleem – namelijk dat het marktmechanisme niet naar behoren werkt. Weliswaar bepaalt artikel 4 WER-V dat de voorlopige maatregelen zijn bedoeld om een einde te stellen aan “*de praktijken bedoeld in artikel V.3*”, maar laatstgenoemde bepaling verwijst niet naar “praktijken” maar naar “een probleem”. De Franse versie van artikel 4 WER-V lijkt preciezer geformuleerd: daar wordt gesteld dat de voorlopige maatregelen van aard moeten zijn “*à répondre aux constatations visées à l’article V.3*” m.a.w. het in het verslag van het Prijzenobservatorium vastgestelde probleem. Kortom, het valt te verwachten dat voorlopige maatregelen die onder het Wetboek Prijscntrole worden opgelegd een algemene draagwijdte zullen hebben – d.w.z. toepassing zullen vinden op alle actoren van de markt(en) die door de voorlopige maatregelen worden geïsoleerd.

83. Het Wetboek Prijscntrole beperkt de geldingsduur van voorlopige maatregelen: ze kunnen worden opgelegd voor een periode van ten hoogste zes maanden (art. 4, § 1 WER-V). Het Wetboek Prijscntrole bepaalt voorts dat het Mededingingscollege “*alle modaliteiten [kan] uitvoeren die nodig zijn voor de toepassing en de uitvoering van zijn beslissing*” (art. 4, § 5 WER-V). Dat lijkt onder meer de mogelijkheid te bieden dat het Mededingingscollege de voorlopige maatregelen laat ingaan op een latere (door het

college bepaalde) datum. Onduidelijk is, of de bevoegdheid om “modaliteiten” uit te vaardigen het Mededingingscollege toelaat om dwangmaatregelen of sancties te voorzien in geval van niet-naleving van de opgelegde maatregelen. Dergelijke bevoegdheid wordt alvast niet gecreëerd door andere bepalingen van het Wetboek Prijscntrole. En de sancties en dwangmaatregelen die krachtens het Wetboek Bescherming Mededinging kunnen worden opgelegd t.a.v. restrictieve praktijken vinden geen toepassing op de niet-naleving van voorlopige maatregelen die het Mededingingscollege oplegt op basis van het Wetboek Prijscntrole (behalve wanneer een praktijk die inbreuk maakt op een onder het Wetboek Prijscntrole opgelegde voorlopige maatregelen *eveneens* kan worden gekwalificeerd als een inbreuk op de regels inzake restrictieve praktijken, bv. als een misbruik van machtspositie).

### d) Beroep tegen beslissingen van het Mededingingscollege

84. Artikel 5, § 1 WER-V bepaalt dat “*een beroep kan ingediend worden*” bij het hof van beroep te Brussel. Deze bepaling is niet geheel duidelijk, maar lijkt in de eerste plaats betrekking te hebben op de hypothese dat het Mededingingscollege voorlopige maatregelen heeft uitgevaardigd. Of (en door wie) beroep kan worden ingediend tegen een (desgevallend impliciete) beslissing van het Mededingingscollege om geen voorlopige maatregelen op te leggen, kan niet met zekerheid worden opgemaakt uit de bewoordingen of de voorbereidende werken van het Wetboek Prijscntrole<sup>105</sup>.

85. Beroep kan in de eerste plaats worden ingesteld door de onderneming(en) waarop de voorlopige maatregelen betrekking hebben en die door het Mededingingscollege werd(en) gehoord. Eveneens is beroep mogelijk door “elke organisatie” die werd gehoord door het Mededingingscollege. Dit betreft in het bijzonder beroepsfederaties en consumentenorganisaties. Personen die niet door het Mededingingscollege werden gehoord, hebben eveneens een beroepsrecht als zij een eigen belang aantonen (art. 5, § 1, 1<sup>o</sup> lid *in fine* WER-V). Daarnaast lijkt deze bepaling (ook) een basis te bieden voor een beroep door de minister tegen een beslissing om geen (of slechts beperkte) voorlopige maatregelen op te leggen<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Dit zijn in het bijzonder de goederen en diensten waarvoor de specifieke sectorale wetgeving of regelgeving de vaststelling van een maximumprijs of gereguleerde prijs toelaat.

<sup>105</sup> Het is echter aannemelijk dat dergelijk beroep openstaat. Art. 5, § 1 WER-V lijkt betrekking te hebben op de beslissingen vermeld in art. 4 WER-V en art. 4, § 4 WER-V vermeldt uitdrukkelijk het geval waarin het Mededingingscollege geen voorlopige maatregelen oplegt. Men zou ook art. 4 WER-V per analogie met art. 64 WER-IV, inzake voorlopige maatregelen in inbreukzaken kunnen interpreteren. In inbreukzaken staat uitdrukkelijk beroep open tegen de stilzwijgende verwerping van een verzoek om voorlopige maatregelen (zie art. 79, § 1 WER-IV). Indien inderdaad beroep openstaat tegen beslissingen van het Mededingingscollege onder het Wetboek Prijscntrole om geen voorlopige maatregelen op te leggen, dan zou dergelijk beroep kunnen worden benut door consumentenorganisaties of mogelijk door de minister (zie volgende voetnoot).

<sup>106</sup> Aan de minister wordt door het Wetboek Prijscntrole, anders dan in het Wetboek Bescherming Mededinging, geen uitdrukkelijk beroepsrecht toegekend; het lijkt echter niet onlogisch om hem als “belanghebbende persoon” in de zin van art. 5, § 1 WER-V te beschouwen, zeker gelet op zijn belangrijke verdere rol in de procedure.

86. Het hof van beroep kan de beslissing van het Mededingingscollege bevestigen, wijzigen of vernietigen, en daaraan een voorwaardelijk of tijdelijk karakter verlenen (art. 5, § 1, 3° lid WER-V). Deze bewoordingen suggereren dat het hof van beroep – net als in inbreukzaken onder het Wetboek Bescherming Mededinging – volle rechtsmacht geniet. Maar wat houdt die rechtsmacht concreet in? De bewoordingen van het Wetboek Prijscontrole maken duidelijk dat het Mededingingscollege een beoordelingsbevoegdheid heeft om al dan niet voorlopige maatregelen op te leggen en om de modaliteiten van eventueel opgelegde maatregelen te bepalen. Als het hof van beroep die beoordelingsvrijheid wil respecteren, dan kan het moeilijk anders dan een marginale controle uitoefenen.

Maar zelfs als het Hof zich beperkt tot een marginale controle kan men zich met de Raad van State afvragen of de aan het hof van beroep toegekende bevoegdheid wel rechterlijk van aard is<sup>107</sup>. Immers, in het kader van het Wetboek Prijscontrole doet het Mededingingscollege geen uitspraak over het bestaan van een inbreuk en evenmin over rechten of aanspraken van een persoon, een onderneming of een belangenorganisatie. Het optreden van het Mededingingscollege lijkt hoofdzakelijk zo niet uitsluitend beleidsmatig van aard, gericht op het (tijdelijk) aanpakken van structurele problemen in een gegeven sector. Als het Mededingingscollege inderdaad voorlopige maatregelen uitvaardigt, zullen die worden gevolgd door een ministerieel voorstel van structureel ingrijpen in de betrokken sector<sup>108</sup>. De vraag is dan ook of (en welke) *rechterlijke* controle op de beslissingen van het Mededingingscollege mogelijk is en zo ja op basis van welke criteria die controle moet worden uitgeoefend. Kan het hof van beroep zich – zonder inbreuk te maken op het beginsel van scheiding der machten – in de plaats stellen van het Mededingingscollege en oordelen dat voorlopige maatregelen (manifest) nodig of onnodig waren (zijn) en in voorko-

mend geval dergelijke maatregelen (en de modaliteiten ervan) uitwerken? Als het antwoord op die vraag bevestigend luidt, zou dat betekenen dat het hof van beroep, net als het Mededingingscollege, maatregelen met een algemene draagwijdte kan/moet uitvaardigen; valt dat wel te rijmen met artikel 6 Ger.W.? Ware het niet verkieslijk geweest de rol van het hof – net als inzake concentratiecontrole – te beperken tot een (desgevallend marginale) wettigheidscontrole – waarbij het hof enkel nagaat of de wettelijke voorwaarden voor het opleggen van voorlopige maatregelen al dan niet vervuld zijn?

87. Gelet op de voorzienbare duur van de procedure voor het hof van beroep rijst de vraag of het in praktijk mogelijk zal zijn een uitspraak van het hof te bekomen vooraleer de geldingsduur van voorlopige maatregelen is verstreken. Er lijken twee mogelijkheden te bestaan:

- het Mededingingscollege legt voorlopige maatregelen met onmiddellijke uitwerking. In dergelijk geval heeft het beroep opschortende werking (art. 5, § 2, 2° lid WER-V);
- het Mededingingscollege legt voorlopige maatregelen op waarvan de uitwerking pas ingaat vanaf een later tijdstip (bv. beslissing op 31 mei om een prijsblokkering op te leggen vanaf 1 juli t.e.m. 31 december van het betrokken jaar). In dergelijk geval kan het hof van beroep op verzoek van een belanghebbende de opgelegde maatregelen schorsen tot op de dag van zijn uitspraak, maar enkel “*wanneer ernstige middelen worden ingeroepen die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen rechtvaardigen en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het besluit ernstige gevolgen kan hebben voor de betrokkene*” (art. 5, § 2, 3° lid WER-V).

<sup>107</sup>. Zie advies van de Raad van State, 24, noot 26.

<sup>108</sup>. Art. 6 WER-V.