

Voorlopige maatregelen door de Belgische Mededingingsautoriteit: stand van zaken na 5 jaar *prima facie*-vaststellingen onder Boek IV van het Wetboek economisch recht

Thomas De Meese en Emmelie Wijckmans¹

1. Inleiding	800
2. Historisch perspectief	800
2.1. De rol van het auditoraat	801
2.2. Strakke termijnen	802
2.3. Nadeel	803
3. Wie kan om voorlopige maatregelen verzoeken?	803
3.1. De klager	803
3.2. Het auditoraat	804
3.3. De minister van Economie of bevoegd voor de betrokken sector	804
4. De procedure voor de behandeling van verzoeken om voorlopige maatregelen voor het College en het hof van beroep	805
4.1. Procedure voor de BMa	805
(i) <i>Indienen van het verzoekschrift</i>	805
(ii) <i>Schriftelijke opmerkingen</i>	805
(iii) <i>De hoorzitting</i>	806
(iv) <i>De beslissing</i>	806
(v) <i>Mogelijke verlenging van de voorgeschreven termijnen</i>	807
(vi) <i>Naleving van de beslissing: de rol van het auditoraat</i>	808
4.2. Beroepsprocedure	808
5. Materiële voorwaarden	810
5.1. Bestaan van een onderzoek ten gronde	810
5.2. Prima facie-vaststelling van een inbreuk	810
5.3. Urgentie	812
5.4. Ernstig, onmiddellijk en moeilijk te herstellen nadeel	813
(i) <i>Vermijden van een nadeel</i>	813
(ii) <i>Ernstig</i>	814
(iii) <i>Onmiddellijk</i>	814
(iv) <i>Moeilijk te herstellen</i>	814
a. <i>Vóór de wetwijziging van 2013: onherstelbaar nadeel</i>	814
b. <i>Ná de wetwijziging van 2013: moeilijk te herstellen nadeel</i>	814
5.5. Vermijden van een schade aan het algemeen economisch belang	815
6. De voorlopige maatregelen	815
7. Afsluitende bemerkingen	817

SAMENVATTING

De procedure inzake voorlopige maatregelen, die reeds in de eerste versie van de Belgische mededingingswet was opgenomen, werd verschillende malen grondig hervormd. Ook bij de invoering van Boek IV van het Wetboek economisch recht in 2013 werd de procedure ingrijpend aangepast. 5 jaar na deze hervorming wordt een stand van zaken opgemaakt, waarin de praktijk van de BMa en het hof van beroep inzake voorlopige maatregelen wordt geanalyseerd.

¹ Advocaten aan de balie te Brussel. Met de medewerking van Evi MATTIOLI, Adélaïde NYS, Laura VAN KRUIJSDIJK en Ava ERMA. Emmelie wenst Thomas nogmaals te bedanken voor de fijne samenwerking, waarvan het schrijven van dit artikel een mooi sluitstuk is.

RÉSUMÉ

La procédure des mesures provisoires, qui apparaissait déjà dans la première loi belge sur la concurrence économique, a été réformée en profondeur à plusieurs reprises. Ce fut également le cas lors de l'insertion du Livre IV du Code de droit économique en 2013. 5 ans après cette réforme, cet article entreprend d'établir un état des lieux, dans le cadre duquel la pratique de l'ABC ainsi que de la cour d'appel en matière de mesures provisoires est analysée.

1. INLEIDING

1. Anders dan de Europese Commissie heeft de Belgische Mededingingsautoriteit (BMa) doorheen haar geschiedenis herhaaldelijk gebruik gemaakt van de procedure inzake voorlopige maatregelen.

2. Dit is ook zo voor de nieuwe BMa na de hervorming van 2013. De BMa heeft sinds deze hervorming niet minder dan 7 voorlopige maatregelen zaken behandeld. In 4 van deze 7 zaken werden ook effectief voorlopige maatregelen opgelegd. De procedure inzake voorlopige maatregelen is daarmee een belangrijk beleidsinstrument geworden van de BMa. Het is een efficiënte tool die toelaat snel en daadkrachtig in te grijpen. Gelet op de duur van de behandeling van de klachten ten gronde zal dit ingrijpen overigens ook vaak neerkomen op een definitieve beslechting van de voorliggende problematiek².

3. De BMa lijkt met haar gebruik van de procedure

inzake voorlopige maatregelen overigens ook aanspraak te kunnen maken op een trendsettersrol. Zoals gezegd maakt de Europese Commissie slechts uiterst zelden gebruik van haar bevoegdheid om voorlopige maatregelen op te leggen. In de afgelopen 17 jaar is er geen gebruik meer gemaakt van deze bevoegdheid. Recent lieten vertegenwoordigers van de Europese Commissie zich evenwel ontvallen dat zij graag meer gebruik zouden willen maken van deze mogelijkheid. Eventueel kan hiervoor ook bij de beslissingspraktijk van de BMa inspiratie worden gezocht.

4. In dit artikel wordt stilgestaan bij de praktijk van de BMa en het hof van beroep te Brussel inzake voorlopige maatregelen. De toepassingsvoorwaarden en de rol van de verschillende deelnemers worden besproken. Waar nodig wordt één en ander geplaatst in een historisch perspectief en aangevuld met bedenkingen en ervaringen uit de praktijk.

2. HISTORISCH PERSPECTIEF

5. De mogelijkheid om voorlopige maatregelen te nemen als bewarende maatregel in afwachting van een beoordeling ten gronde was reeds voorzien in de eerste Belgische mededingingswet. Ze was geïnspireerd op het burgerlijk kortgeding³. De wetgever verantwoordde de invoering van de procedure als volgt in het ontwerp van wet tot bescherming van de economische mededinging, dat zou leiden tot de Belgische mededingingswet van 1991:

“Het is mogelijk dat door een restrictieve mededingingspraktijk een feitelijke toestand ontstaat die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dreigt te berokkenen aan diegene die door de praktijk wordt getroffen. Het moet dan ook mogelijk zijn, teneinde geen toestand te bekomen die onomkeerbaar is, voorlopig de stopzetting van de kwestieuze praktijk te bevelen tot op het ogenblik dat de geldigheid ervan ten gronde is beoordeeld.

Om deze reden voorziet de wet in een procedure van voorlo-

pige maatregelen. Deze procedure kan worden beschouwd als een soort kortgeding, dat toelaat een bepaalde toestand stop te zetten tot dat diens geldigheid is onderzocht. De hiervoor voorziene procedure is zeer kort [...]. Deze procedure heeft uitsluitend een bewarend karakter.”⁴

6. In de mededingingswet van 1991⁵ werd voorzien dat de voorzitter van de Raad voor de Mededinging voorlopige maatregelen kon bevelen op verzoek van de klager of de minister, om een dringende toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dreigde te veroorzaken of die schadelijk was voor het algemeen economisch belang. De wet voorzag strakke termijnen, namelijk 15 dagen na het verzoek voor het neerleggen bij de voorzitter van een onderzoeksverslag door de Dienst voor de Mededinging en eenzelfde termijn voor het nemen van de beslissing. Binnen deze termijnen kregen de partijen inzage in het verslag en werden ze gehoord.

² In geen enkel van de zaken die sinds 2013 het voorwerp hebben uitgemaakt van een verzoek om voorlopige maatregelen werd reeds een beslissing ten gronde genomen.

³ K. MARCHAND, “Art. IV.64 WER” in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Boek IV, Titel 1, *Mededingingsregels*, Mechelen, Kluwer, 2016, 4.

⁴ Wetsontwerp van de wet tot bescherming van de economische mededinging, *Parl.St. Kamer* 1989-90, nr. 1282/1, p. 32.

⁵ Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (*BS* 11 oktober 1991, p. 22.493).

7. De mededingingswet van 1999⁶ wijzigde de procedure op verschillende punten. De strakke termijnen bleken in de praktijk niet werkbaar en werden afgeschaft. De termijnen voor de overlegging van het verslag en voor de uiteindelijke beslissing werden bepaald door de voorzitter. De Raad voor de Mededinging bezorgde de verzoeken aan het korps verslaggevers, dat een voorstel tot sepot kon indienen. De Raad sprak zich vervolgens uit over de ontvankelijkheid en gegrondheid van het verzoek. De materiële voorwaarden voor het toekennen van een verzoek werden niet gewijzigd.

8. De mededingingswet van 2006⁷, hierna “WBEM”, voerde opnieuw een aantal grondige wijzigingen door. Het verzoek diende voortaan te worden ingediend bij het auditoraat, dat het vervolgens ter kennis bracht van de onderneming(en) waartegen de voorlopige maatregelen werden gevraagd, en dat een onderzoek startte. Indien het verzoek onontvankelijk of ongegrond was, seponerde de auditeur het verzoek. Tegen deze beslissing was beroep mogelijk bij de voorzitter van de Raad. Indien uit het onderzoek bleek dat het verzoek ontvankelijk en gegrond was, legde de auditeur een met redenen omkleed verslag neer bij de voorzitter, waarin hij maatregelen voorstelde. De voorzitter bepaalde vervolgens een kalender voor het neerleggen van schriftelijke opmerkingen en replieken van de auditeur en alle betrokken partijen. Vervolgens werden de auditeur, de verweerder en de klager, voor zover die erom verzocht, en eventueel andere partijen, gehoord ter zitting. Ten slotte nam de voorzitter een beslissing. Hij was hiervoor niet aan dwingende termijnen gebonden.

9. De wet van 3 april 2013 waarmee Boek IV “Bescherming van de mededinging” werd ingevoerd in het Wetboek economisch recht, hierna “WER”, hervormt in artikel IV.64 WER nogmaals de procedure voor het nemen van voorlopige maatregelen. Zoals het wetsontwerp⁸ zelf aangeeft, verschilt de nieuwe procedure “wezenlijk” van de procedure die was voorzien in de WBEM⁹. De wijzigingen zijn ingegeven door de betrachting om een “meer efficiënte procedure voor

voorlopige maatregelen” te bewerkstelligen, om maatregelen te kunnen opleggen “die toelaten op te treden vóór een inbreuk die aanzienlijke schade heeft veroorzaakt”¹⁰. Het is interessant hierbij op te merken dat de wetgever het nuttig effect van deze voorlopige maatregelen vooral zag bij misbruiken van machtspositie, omdat de benadeelden in die gevallen zich meestal bewust zijn van het bestaan van een mededingingsrechtelijk probleem, wat bij kartels niet kan worden verwacht¹¹. De praktijk lijkt de wetgever overigens gelijk te geven. In alle 7 voorlopige maatregelen zaken die de BMA sinds de hervorming heeft behandeld, werd een misbruik van machtspositie als één van de gronden voor het bestaan van een *prima facie*-inbreuk aangekaart.

10. De wet van 2013 heeft de procedure op verschillende punten gewijzigd. Drie van deze wijzigingen verdienen bijzondere aandacht: (i) de rol van het auditoraat, (ii) de timing van de procedure en (iii) de urgentievoorwaarde.

2.1. De rol van het auditoraat

11. De belangrijkste wijziging in de nieuwe procedure is de opheffing van het vooronderzoek door het auditoraat. Deze wijziging lijkt voornamelijk te zijn ingegeven door het oogmerk om de duur van de procedure in te korten, hetgeen volgens de wetgever onder meer inhield dat bottlenecks, *in casu* het vooronderzoek door het auditoraat, moesten worden weggewerkt¹².

12. In de procedure inzake voorlopige maatregelen van de WBEM fungeerde het auditoraat als voorafgaande filter. Een verzoek tot voorlopige maatregelen moest worden ingediend bij het auditoraat¹³. Het auditoraat stelde dan een onderzoek in¹⁴. Indien het auditoraat na onderzoek tot het besluit kwam dat het verzoek onontvankelijk of ongegrond was, kon het dit verzoek seponeren¹⁵. Het auditoraat speelde deze filterrol zeer actief. In de periode 2007-2013 werden 8 van de 13 verzoeken om voorlopige maatregelen geseponeerd¹⁶.

⁶ Wetten van 26 april 1999 tot wijziging van sommige artikelen van de wet van 5 augustus 1991 tot de bescherming van de mededinging (BS 27 april 1999, p. 14.118 en 14.121).

⁷ Wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de mededinging (BS 29 juni 2006, p. 32.746); wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging (BS 29 juni 2006, p. 32.755). Bij KB (BS 29 september 2006, p. 50.613) werden de beide wetten gecoördineerd. In dit artikel wordt steeds verwezen naar de artikelen van de gecoördineerde wet, hierna “WBEM”.

⁸ Wetsontwerp houdende invoeging van Boek IV “Bescherming van de mededinging” en van Boek V “De mededinging en de prijzevoluties” 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, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2591/001 en wetsontwerp houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in Boek IV “Bescherming van de mededinging” en Boek V “De mededinging en de prijzevoluties” van het Wetboek van economisch recht (hierna “*Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2591/001” en “*Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2592/001”).

⁹ *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2591/001, 40.

¹⁰ *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2591/001, 3 en 5.

¹¹ *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2591/001, 5.

¹² *Parl.St.* Kamer, 2012-13, nr. 2591/001, 5.

¹³ Art. 62, § 2 WBEM.

¹⁴ D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 318.

¹⁵ Art. 62, § 3 WBEM.

¹⁶ Het auditoraat seponerde initieel 9 verzoeken. Tegen 4 van de sepotbeslissingen werd een beroep aangetekend, waarvan één beroep werd ingewilligd (K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, (167)173).

In de nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen is de filterrol van het auditoraat verdwenen. Een verzoek om voorlopige maatregelen moet worden ingediend bij de voorzitter van het Mededingingscollege (College)¹⁷. Het College moet elk verzoek om voorlopige maatregelen behandelen, zelfs indien het manifest ongegrond of onontvankelijk is, of niet past in het prioriteitenbeleid van de BMA¹⁸.

Het auditoraat heeft theoretisch weliswaar nog de mogelijkheid om de klacht ten gronde te seponeren alvorens het College uitspraak doet over het verzoek om voorlopige maatregelen. In dat geval moet het verzoek om voorlopige maatregelen worden afgewezen¹⁹. In de meeste gevallen worden de klacht ten gronde en het verzoek om voorlopige maatregelen echter simultaan of zeer kort na elkaar neergelegd. Gelet op de korte termijnen die gelden voor de procedure voorlopige maatregelen zal het auditoraat daarom vaak weinig of geen onderzoeksdaden hebben kunnen stellen tegen de datum van de zitting voor het College. De auditeur-generaal zal dus in de meeste gevallen onvoldoende elementen hebben om tijdig een standpunt te kunnen innemen over het verzoek om voorlopige maatregelen.

13. Het auditoraat speelde onder de WBEM een centrale rol bij het sturen van de procedure voorlopige maatregelen. Indien het auditoraat het verzoek onvankelijk en gegrond achtte, legde de auditeur een gemotiveerd verslag neer bij de voorzitter, waarin hij de maatregelen die hij nodig achtte voorstelde²⁰. De huidige procedure steunt daarentegen in eerste instantie op de verzoeker. Het is de verzoeker die het nodige bewijsmateriaal moet aanleveren en de gevraagde maatregelen moet formuleren.

De auditeur-generaal wordt uiteraard op de hoogte gebracht van het verzoek²¹ en heeft de mogelijkheid om tussen te komen in de procedure. Hij kan schriftelijke opmerkingen neerleggen en worden gehoord op de hoorzitting²². De auditeur-generaal verwees in zijn opmerkingen in *Feltz*²³ naar het belang van deze mogelijkheid:

“Uitgaande van de finaliteit van de procedure voorlopige

*maatregelen, zijnde het vrijwaren van het nuttig effect van de beslissing ten gronde, bestaat er een duidelijk verband tussen deze procedure en het onderzoek ten gronde. In de schriftelijke opmerkingen kan de auditeur-generaal dan ook het Mededingingscollege nuttige informatie verstrekken met betrekking tot het onderzoek ten gronde.”*²⁴.

De praktijk leert echter dat de auditeur-generaal vaak een zeer beperkte rol speelt in de procedure, geen opmerkingen neerlegt en slechts beperkt tussenkomt op de hoorzitting. Zoals gezegd houden de korte termijnen in dat het auditoraat meestal weinig tijd heeft om zelf onderzoeksdaden te stellen om tijdig zijn standpunt te bepalen.

14. Een nieuw kenmerk van de procedure is ten slotte de mogelijkheid voor het auditoraat om zelf een verzoek tot voorlopige maatregelen in te dienen²⁵. Het auditoraat kan dus, indien het dit in de loop van een onderzoek nuttig acht, het College verzoeken om voorlopige maatregelen op te leggen aan een partij. Deze mogelijkheid bestond niet in de procedure in de WBEM²⁶. Zoals hierna verder wordt besproken stelt deze mogelijkheid een aantal vragen betreffende de wapengelijkheid en de rechten van verdediging. Het auditoraat beschikt immers over veel uitgebreidere mogelijkheden om bewijselementen te verzamelen dan de partij die het voorwerp uitmaakt van het verzoek.

2.2. Strakke termijnen

15. Een tweede belangrijke wijziging tegenover de WBEM is de herinvoering van termijnen.

16. Zoals hierboven reeds werd aangehaald, voorzag de mededingingswet van 1991 zeer strakke, en zelfs onwerkbare, termijnen²⁷. Met de wetwijziging in 1999 werden deze termijnen afgeschaft, en werd de voorzitter ermee belast de termijnen te bepalen²⁸. In de WBEM werd ook deze bepaling geschrapt²⁹, waardoor het auditoraat en de voorzitter niet meer waren gebonden door enige termijn. Daardoor liep de

¹⁷. Art. IV.64, § 2 WER.

¹⁸. I. BUELENS, “Voorlopige maatregelen, nu en in de toekomst” in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK (eds.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 376; K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, (167)173.

¹⁹. W. DEVROE en H. BUELENS, “Boek IV. Vernieuwd Mededingingsrecht in België” in B. KEIRSBILCK en E. TERRYEN (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 116.

²⁰. Art. 62, § 5 WBEM.

²¹. Art. IV.64, § 2 WER.

²². Art. IV.64, § 3 WER.

²³. BMA, Besl. 11 juli 2014, nr. BMA-2014-V/M-14, *Ets. Claude Feltz NV / BMW Belgium Luxembourg NV*, www.belgiancompetition.be (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*Feltz*”).

²⁴. *Feltz*, randnr. 23.

²⁵. Art. IV.64, § 2 WER; W. DEVROE en H. BUELENS, “Boek IV. Vernieuwd Mededingingsrecht in België” in B. KEIRSBILCK en E. TERRYEN (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 116.

²⁶. D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 317.

²⁷. Art. 35 wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (*BS* 11 oktober 1991, p.22.493); K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, 171.

²⁸. Art. 35 wet tot bescherming van de economische mededinging (gecoördineerde vorm van wet van 5 augustus 1991) (*BS* 1 september 1999, p. 32.315).

²⁹. Art. 62 WBEM.

duur van de procedure voorlopige maatregelen vaak op tot 6 à 9 maanden.

17. In de nieuwe procedure worden opnieuw strakke termijnen voorgeschreven, met name een maand tussen het indienen van het verzoek voor voorlopige maatregelen en de hoorzitting, en opnieuw een maand voor het nemen van een beslissing³⁰. Elk van deze termijnen kan met maximaal 2 weken worden verlengd³¹. De behandeling van het verzoek neemt dus in principe slechts 2 maanden in beslag. Indien het College niet binnen de maand na de zitting heeft beslist, wordt het verzoek geacht te zijn verworpen³².

18. De strakke termijnen dragen duidelijk bij tot de daadkracht van de BMa. Zij verzekeren dat op korte termijn kan worden ingegrepen. Zoals gezegd betekenen zij echter ook dat het auditoraat slechts zelden een actieve rol speelt in de procedure. De strakke termijnen vormen ten slotte ook voor de partij tegen wie maatregelen worden gevorderd een uitdaging. Zij beschikt over bijzonder weinig tijd om haar verweer vorm te geven en de nodige bewijselementen te vergaren terwijl de verzoeker vaak meer tijd zal hebben genomen om de klacht en het verzoek om voorlopige maatregelen op te stellen en te onderbouwen.

2.3. Nadeel

19. Ook één van de materiële voorwaarden voor het opleggen van voorlopige maatregelen is gewijzigd. Voorheen moest worden aangetoond dat het nadeel dat werd geleden ernstig, onmiddellijk en *onherstelbaar* was. In de huidige

wet moet er sprake zijn van een ernstig, onmiddellijk en *moeilijk te herstellen* nadeel.

20. De wetgever heeft in het wetsontwerp aangegeven dat het niet de bedoeling was om hiermee een inhoudelijke wijziging door te voeren. Het was eerder de bedoeling om de terminologie te harmoniseren met diegene die wordt gebruikt voor de procedure inzake voorlopige maatregelen bij het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT)³³:

*“Voorlopige maatregelen moeten zoals in kortgeding en in de huidige mededingingswet toegestaan kunnen worden indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en moeilijk herstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de betrokken ondernemingen of consumenten of die schadelijk is voor het algemeen economisch belang. De huidige tekst uit de WBEM is om redenen van harmonisatie vervangen door de tekst die ook geldt ten aanzien van het BIPT. Hiermee wordt geen inhoudelijke wijziging beoogd.”*³⁴.

21. Desalniettemin kan niet worden ontkend dat het terminologisch verschil ook een inhoudelijk verschil kan inhouden. Met het vereiste van een “moeilijk te herstellen nadeel” lijkt de lat lager te liggen dan met het vereiste van een “onherstelbaar nadeel”. De terminologische wijziging lijkt dus toch een verlichting van de bewijslast van de verzoeker te kunnen inhouden³⁵. Hierna wordt verder op ingegaan bij de bespreking van de voorwaarden voor de toekenning van voorlopige maatregelen.

3. WIE KAN OM VOORLOPIGE MAATREGELEN VERZOEKEN?

22. Een verzoek om voorlopige maatregelen kan door drie categorieën van personen worden ingediend: (i) de klager, (ii) het auditoraat en (iii) de minister van Economie of de minister bevoegd voor de betrokken sector³⁶.

3.1. De klager

23. Het WER bepaalt in de eerste plaats dat “de klager” een verzoek tot voorlopige maatregelen kan indienen. Dit betekent dat iedere persoon die op grond van artikel IV.41, § 1 WER een klacht kan indienen bij het auditoraat wegens

een schending van de artikelen IV.1, § 1 en/of IV.2 WER, ook een verzoek om voorlopige maatregelen kan indienen.

24. De mogelijkheid om een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen staat dus vooreerst open voor “*een natuurlijke persoon of rechtspersoon die aantoonbaar daarbij een rechtstreeks en dadelijk belang te hebben*”³⁷. De meest voor de hand liggende categorie van klagers bestaat dus uit concurrenten of afnemers wiens belangen worden geschaad door de restrictieve mededingingspraktijken van de beklagde. Echter, ook sectorregulators, zoals het BIPT en

³⁰. Art. IV.64, § 3 en § 6 WER.

³¹. Art. IV.64, § 4 WER.

³². Art. IV.64, § 6, eerste lid WER.

³³. Art 134/1, § 1 wet van 13 juni 2005 betreffende elektronische communicatie (BS 20 juni 2005, p. 28.070).

³⁴. *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2591/001, 13.

³⁵. I. BUELENS, “Voorlopige maatregelen, nu en in de toekomst” in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK (eds.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 376.

³⁶. Art. IV.64, § 2 WER.

³⁷. Art. IV.41, § 1, 2° WER.

de CREG³⁸, kunnen op deze grond een verzoek om voorlopige maatregelen indienen³⁹.

25. Uit de bewoording van artikel IV.41, § 1, 2° WER, die verwijst naar natuurlijke personen die een rechtstreeks en dadelijk belang hebben, blijkt dat ook een consument een klacht kan indienen en bijgevolg een verzoek om voorlopige maatregelen kan indienen betreffende een restrictieve mededingingspraktijk die hem nadeel berokkent of kan berokkenen. Dit werd onder de gelding van de oude wet door het auditoraat bevestigd in *Norkring België*⁴⁰. De voorzitter van de Raad voor de Mededinging was eerder tot hetzelfde besluit gekomen in *Orde van Architecten*⁴¹:

“Overeenkomstig artikel 23, § 1, c van de WBEM⁴² moet de klager aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het indienen van de klacht. Het betreft elke persoon die het bewijs kan leveren dat de beweerde mededingingspraktijk hem nadeel berokkent of kan berokkenen (Gedr. St. Senaat 1990-91, nr. 1289/2, p. 56). Ook een consument kan het vereiste belang hebben.”

Gelet op de leidende rol die de klager moet innemen in de nieuwe procedure voorlopige maatregelen lijkt het in de praktijk echter niet evident dat een consument deze rol zal gaan vervullen.

3.2. Het auditoraat

26. Artikel IV.64, § 2 WER voorziet dat ook het auditoraat de mogelijkheid heeft om een verzoek tot voorlopige maatregelen in te dienen. Deze mogelijkheid was niet voorzien onder de WBEM. De nieuwe wet bepaalt echter niet hoe deze mogelijkheid concreet moet worden ingevuld.

Een eerste mogelijke invulling, die door MARCHAND⁴³ en VANDERMEERSCH⁴⁴ wordt voorgesteld, is dat de auditeur-generaal daartoe overeenkomstig artikel IV.29 WER een cel samenstelt, bestaande uit de auditeur-generaal, de auditeur die de dagelijkse leiding heeft over het onderzoek en een

ander personeelslid van het auditoraat dat geen lid is van het onderzoeksteam. Artikel IV.29 WER voorziet immers dat de auditeur-generaal een dergelijke cel samenstelt “voor het vervullen van de opdrachten die aan het auditoraat zijn opgedragen door de wet”.

Een tweede mogelijke invulling, die door YSEWYN⁴⁵ wordt verdedigd, is dat de auditeur-generaal het verzoek moet indienen. Artikel IV.64 WER verwijst immers voor alle andere stappen in de procedure met name voor de kennisgeving van het verzoek, de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen neer te leggen en om gehoord te worden, steevast naar de auditeur-generaal (of de auditeur die wordt afgevaardigd door de auditeur-generaal).

Gelet op het feit dat een verzoek om voorlopige maatregelen slechts mogelijk is in zaken waarin ook een onderzoek ten gronde wordt ingesteld, lijkt het ons aangewezen dat het indienen van een eventueel verzoek om voorlopige maatregelen wordt toevertrouwd aan de cel die overeenkomstig artikel IV.29 WER is samengesteld voor de behandeling van het onderzoek ten gronde.

3.3. De minister van Economie of bevoegd voor de betrokken sector

27. Ten slotte kent het WER ook de mogelijkheid toe aan “de minister of de minister bevoegd voor de betrokken sector” om een verzoek in te dienen. Met de minister wordt conform artikel I.1, 3° WER de minister bevoegd voor Economie bedoeld. Verder kan elke minister een verzoek indienen op grond van restrictieve mededingingspraktijken in de sector waarvoor hij bevoegd is.

28. YSEWYN stelt terecht in vraag of een dergelijke bevoegdheid voor de ministers nuttig is⁴⁶. De minister van Economie heeft immers al een positief injunctierecht, op basis waarvan hij het auditoraat kan verzoeken om een onderzoek te openen. Het lijkt ons dan ook logischer dat de

³⁸. De Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas.

³⁹. K. MARCHAND, “Art. IV.64 WER” in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Boek IV, Titel 1, *Mededingingsregels*, Mechelen, Kluwer, 2016, 6.

⁴⁰. Het auditoraat schreef hierover: “Bovendien moet ook rekening gehouden worden met de algemene bepaling uit artikel 44, § 1, 2° WBEM met betrekking tot de onderzoeksprocedure. Volgens dit artikel kunnen klachten ingediend worden door zowel natuurlijke als rechtspersonen. Uit artikel 62, § 2 WBEM jo. artikel 44, § 1, 2° WBEM volgt dat het niet uitgesloten is dat consumenten verzoeken om voorlopige maatregelen zouden indienen bij het auditoraat van de Raad voor de Mededinging. Het is immers niet ondenkbaar dat een consument kan aantonen dat hij belang heeft bij een door hem ingediende klacht door het bewijs te leveren dat de beweerde mededingingspraktijk hem nadeel berokkent of kan berokkenen.” (zie Besl. nr. 2010-V/M-39-AUD van 27 september 2010, [...] / *Norkring België NV*).

⁴¹. BMa, Besl. 11 juni 2002, nr. 2002-V/M-42, *Orde van Architecten*.

⁴². De bewoording van art. 23, § 1, c) WBEM 1999 stemt overeen met de bewoording van art. IV.41, § 1, 2° WER wat betreft de mogelijkheid om klachten in te dienen.

⁴³. K. MARCHAND, “Art. IV.64 WER” in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Boek IV, Titel 1, *Mededingingsregels*, Mechelen, Kluwer, 2016, 6 en 7.

⁴⁴. D. VANDERMEERSCH, “De mededingingsregels en hun handhaving: de hervorming van 2013” in A. TALLON (ed.), *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Brussel, Larcier, 2014, (53) 84.

⁴⁵. J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische mededingingswet 2013. Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 93.

⁴⁶. J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische mededingingswet 2013. Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 93.

minister het aan het auditoraat zou overlaten om de afweging te maken of een verzoek om voorlopige maatregelen dient te worden ingesteld in dit onderzoek.

4. DE PROCEDURE VOOR DE BEHANDELING VAN VERZOEKEN OM VOORLOPIGE MAATREGELEN VOOR HET COLLEGE EN HET HOF VAN BEROEP

29. De procedure voor de behandeling van verzoeken om voorlopige maatregelen wordt geregeld door artikel IV.64 WER voor de BMa. De procedure voor de beroepen tegen de beslissingen van het College inzake voorlopige maatregelen wordt geregeld in artikel IV.79 WER.

4.1. Procedure voor de BMa

(i) *Indienen van het verzoekschrift*

30. Het gemotiveerde verzoek om voorlopige maatregelen moet samen met de stukken die het verzoek ondersteunen worden neergelegd bij de voorzitter van het College⁴⁷. Indien de klacht ten gronde niet eerder werd neergelegd, moet het in een afzonderlijk document worden neergelegd bij de auditeur-generaal⁴⁸. Het secretariaat bezorgt de auditeur-generaal een kopie van het verzoek en de stukken, tenzij de auditeur-generaal zelf de verzoeker is⁴⁹.

31. Op straffe van nietigheid moet een kopie van het verzoekschrift en de ondersteunende stukken per aangetekende zending of e-mail met ontvangstmelding worden gestuurd aan de partijen waartegen voorlopige maatregelen worden gevraagd, op dezelfde dag dat het verzoekschrift bij de voorzitter wordt ingediend.

32. In *Cyclocross*⁵⁰ riep een verwerende partij de nietigheid in van het verzoek omdat het niet aan alle partijen zou zijn toegestuurd. Het verzoek was gericht tot de VZW “*als-ook de afzonderlijke organisatoren die de vereniging vormen*”. Deze afzonderlijke organisatoren zouden geen kopie hebben ontvangen.

33. Het College verwierp deze exceptie van nietigheid. Het oordeelde dat artikel IV.64, § 2 WER de rechten van de verdediging beoogt te vrijwaren van partijen jegens wie

maatregelen worden gevraagd, maar niet de nietigheid beoogt jegens verweersters die wel een kopie hebben ontvangen. Het oordeelde dat geen nietigheid kon worden vastgesteld indien geen belangenschade werd bewezen⁵¹.

(ii) *Schriftelijke opmerkingen*

34. De auditeur-generaal en de partijen in de procedure kunnen schriftelijke opmerkingen neerleggen. De termijn voor het neerleggen van deze opmerkingen wordt bepaald aan de hand van de datum van de hoorzitting. De voorzitter legt de hoorzitting vast binnen één kalendermaand na de neerlegging van het verzoek. Het secretariaat deelt de datum van de hoorzitting mee aan de verzoekers, de partij(en) tegen wie voorlopige maatregelen worden gevraagd, de auditeur-generaal en de minister van Economie⁵².

35. De auditeur-generaal kan uiterlijk 6 werkdagen vóór de zitting eventuele schriftelijke opmerkingen neerleggen. Hij heeft dit tot op heden in 3 zaken gedaan. Of de auditeur-generaal opmerkingen formuleert is hoofdzakelijk afhankelijk van de tijd die hij krijgt om het dossier voor te bereiden. Een partij die wenst dat de auditeur-generaal een actieve rol speelt in de procedure kan dus best enige tijd vóór het indienen van het verzoek om voorlopige maatregelen reeds contact opnemen met het auditoraat om het dossier te bespreken.

36. Het WER bepaalt geen termijn voor de neerlegging van de schriftelijke opmerkingen van de verweerder. Het bepaalt echter wel dat de partijen dienen te beschikken over 5 werkdagen vóór de zitting om inzage te nemen van de neergelegde opmerkingen en stukken⁵³. In de eerste *Vragen en Antwoorden* die de BMa publiceerde op 20 januari 2015⁵⁴, wordt verduidelijkt dat alle partijen hun schriftelijke opmerkingen ten laatste 6 werkdagen vóór de zitting moeten neerleggen⁵⁵.

⁴⁷. Art. IV.64, § 2 WER.

⁴⁸. Art. IV.42, § 1 WER.

⁴⁹. Art. IV.64, § 2 WER.

⁵⁰. BMa, Besl. 5 november 2015, nr. BMA-2015-V/M-65, *Proximus NV / Telenet NV, SBS Belgium NV en de VZW Verenigde Veldritorganisatoren* (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*Cyclocross*”).

⁵¹. *Cyclocross*, randnr. 22.

⁵². Art. IV.64, § 3 WER.

⁵³. Art. IV.64, § 3 WER.

⁵⁴. De BMa heeft deze *Vragen & Antwoorden* gepubliceerd op haar website, bij “Over Ons”, in de rubriek FAQ, “Technische vragen”.

⁵⁵. Sinds de invoering in 2016 van een specifieke definitie van het begrip werkdag voor de doeleinden van Boek IV, worden zaterdagen niet langer als werkdag gerekend.

37. Het College lijkt relatief soepel om te springen met de termijnen om schriftelijke opmerkingen neer te leggen. In *Feltz* liet het toe dat de verweerder de dag vóór de zitting schriftelijke opmerkingen neerlegde als reactie op de opmerkingen van het auditoraat. Volgens het College volgt uit het algemene beginsel van de rechten van de verdediging dat, indien verzoekers of het auditoraat schriftelijke opmerkingen neerleggen, de verweerders daarop moeten kunnen antwoorden. Dit kan soms een verlenging bij toepassing van artikel IV.64, § 4 WER van de termijn van één kalendermaand voor het houden van de zitting verantwoord⁵⁶. Ook in *FEI 1 (beslissing BMa)*⁵⁷ aanvaardde het College dat de verweerder de dag voor de zitting nog schriftelijke opmerkingen neerlegde. In die zaak was deze neerlegging aanvaard door de raadsman van de verzoeker⁵⁸.

38. De schriftelijke opmerkingen moeten worden neergelegd op het secretariaat van het auditoraat, dat de opmerkingen bezorgt aan de voorzitter en de auditeur-generaal⁵⁹. Indien de minister niet de verzoeker is, bezorgt het secretariaat hem ook alle latere proceduredstukken⁶⁰. De partijen moeten verder een kopie van hun opmerkingen per aangetekende zending of e-mail met ontvangstmelding toesturen aan alle partijen in de procedure⁶¹.

39. Het WER voorziet de mogelijkheid om passages uit de stukken die de partijen neerleggen als vertrouwelijk aan te duiden. Het vertrouwelijk karakter van de passages dient dan evenwel te worden gemotiveerd, en er moet telkens een niet-vertrouwelijke versie van de passages worden neergelegd⁶². De voorzitter van het College of de assessor-ondervoorzitter of assessor die hij afvaardigt, beslist over de vertrouwelijkheid van passages. Tegen deze beslissing staat geen beroep open⁶³. De beslissing van het College kan evenwel niet steunen op stukken waarvan de partij waartegen maatregelen worden genomen geen kennis heeft kunnen nemen⁶⁴.

(iii) De hoorzitting

40. Binnen een kalendermaand na de neerlegging van het verzoek wordt een hoorzitting georganiseerd voor het College. Dit College wordt door de voorzitter samengesteld kort na ontvangst van het verzoek⁶⁵. De samenstelling van het College kan van het secretariaat van de BMa worden vernomen.

41. Het WER bepaalt dat de auditeur-generaal, of de auditeur die hij afvaardigt, en de verzoekers op de zitting kunnen worden gehoord⁶⁶. Hoewel dit niet door de wet wordt bepaald, geeft het College uiteraard ook aan de partij(en) waartegen maatregelen worden gevorderd het recht om gehoord te worden⁶⁷. De BMa heeft uitdrukkelijk bevestigd in de eerste *Vragen & Antwoorden* dat ondernemingen tegen wie maatregelen worden gevorderd automatisch worden gehoord. Dat het effectief de bedoeling van de wetgever was om deze partij(en) te laten deelnemen aan de hoorzitting, blijkt bovendien uit het feit dat ze in kennis dienen te worden gesteld van de datum van de hoorzitting⁶⁸. Het WER voorziet verder ook niet uitdrukkelijk dat derde partijen kunnen worden gehoord. De praktijk leert dat derde partijen echter aan de voorzitter kunnen vragen om te worden gehoord tijdens de hoorzitting⁶⁹.

42. Indien het College na de hoorzitting andere maatregelen overweegt dan diegene die de verzoeker vraagt, is er een praktijk gegroeid waarbij het aan de partijen de mogelijkheid geeft om hierop binnen een bepaalde korte termijn schriftelijk te reageren⁷⁰. De partijen tegen wie het verzoek is gericht krijgen hierbij in principe het laatste woord.

(iv) De beslissing

43. Het College oordeelt binnen een termijn van één kalendermaand na de hoorzitting over het verzoek om voorlopige maatregelen. In een met redenen omklede beslissing oordeelt het College of er aanleiding bestaat om voorlopige

⁵⁶ *Feltz*, randnrs. 26-28.

⁵⁷ BMa, Besl. 27 juli 2015, nr. ABC-2015-V/M-23, *Global Champions League sprl en Tops Trading Belgium sprl / la Fédération Equestre Internationale*, www.belgiancompetition.be (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*FEI 1 (beslissing BMa)*”).

⁵⁸ *FEI 1 (beslissing BMa)*, randnrs. 7-10.

⁵⁹ Art. IV.64, § 3 WER.

⁶⁰ Art. IV.64, § 2 WER.

⁶¹ Art. IV.64, § 3 WER.

⁶² Er is geen sanctie voorzien voor het niet neerleggen van een niet-vertrouwelijke versie, in tegenstelling tot art. IV.41, § 7, derde lid WER, waarin voor de onderzoeksprocedure wordt bepaald dat indien geen niet-vertrouwelijke samenvatting of versie wordt verstrekt, de gegevens in principe als niet-vertrouwelijk worden beschouwd.

⁶³ Art. IV.64, § 5 WER.

⁶⁴ Art. IV.64, § 6, tweede lid WER.

⁶⁵ Art. IV.64, § 3 WER.

⁶⁶ Art. IV.64, § 3 WER.

⁶⁷ J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische mededingingswet 2013. Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 96-97.

⁶⁸ K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, 172.

⁶⁹ Zie bv. *Cyclocross* en Besl. BMa van 14 juli 2016, nr. ABC-2016-V/M-22, *ASBL WHITE STAR WOLUWE FOOTBALL CLUB / URBSFA-CBAS*, www.belgiancompetition.be (hierna zal naar laatstgenoemde beslissing worden verwezen als: “*White Star*”).

⁷⁰ *Cyclocross*, randnr. 7; *White Star*, randnr. 11.

maatregelen op te leggen, en indien dit het geval is, bepaalt het welke deze maatregelen zijn. Indien het College niet binnen de termijn van één kalendermaand een beslissing velt, wordt het verzoek om voorlopige maatregelen geacht te zijn verworpen⁷¹.

44. De beslissing moet met redenen omkleed zijn. Zoals hierboven reeds werd aangehaald, mag het College daarbij niet steunen op stukken waarvan de ondernemingen tegenover dewelke maatregelen worden genomen, geen kennis hebben kunnen nemen⁷². In *FEI 2 (beroep vernietiging)*⁷³ riepen de twee ondernemingen aan wie voorlopige maatregelen werden opgelegd de nietigheid van de beslissing van het College in voor het Marktenhof. Zij verweten het College dat het enerzijds een stuk uit de debatten had geweerd terwijl de beslissing anderzijds nog steeds verschillende wijzigingen naar dat stuk bevatte. Het Marktenhof vernietigde de beslissing op grond van een “*tegenstrijdigheid in de motieven en de beslissingen neerkomend op een gebrek aan motivatie, hetgeen kennelijk is*”⁷⁴.

45. In de praktijk neemt het College de argumentatie van de partijen integraal op in zijn beslissing. Het College doet dit vermoedelijk om een debat over de motivering van zijn beslissing te vermijden. Dit heeft tot gevolg dat de beslissingen van het College lijvig zijn, maar eveneens een goed beeld geven van de discussie die werd gevoerd tussen de partijen, en desgevallend de auditeur-generaal.

46. De beslissing wordt door het secretariaat bij aangetekende brief met ontvangstbevestiging ter kennis gebracht van de verzoeker, de partijen en de minister van Economie. De kennisgevingsbrief dient op straffe van nietigheid de termijn van hoger beroep en de wijze waarop het beroep kan worden ingesteld te vermelden. De brief bevat ook een bijlage met de namen, hoedanigheden en adressen van de partijen aan wie de beslissing ter kennis werd gebracht⁷⁵.

47. De beslissing wordt eveneens bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* en op de website van de BMa⁷⁶. De

voorzitter dient hierbij rekening te houden met het rechtmatig belang van de betrokken ondernemingen dat hun zaken-geheimen en vertrouwelijke gegevens niet openbaar worden gemaakt⁷⁷. Hij geeft hiertoe aan de partijen de mogelijkheid om binnen een door hem bepaalde termijn aan te geven welke elementen in de beslissing vertrouwelijk zijn.

48. De BMa publiceert ten slotte ook een persbericht op haar website, in principe op de dag van het in kennis stellen van de beslissing aan de partijen. De partijen ontvangen vooraf een ontwerp van dit persbericht, en krijgen de mogelijkheid om hier opmerkingen bij te formuleren.

(v) Mogelijke verlenging van de voorgeschreven termijnen

49. Zoals hierboven reeds werd aangegeven, beoogde de wetgever om een efficiënte procedure te organiseren, waarbij zeer strakke termijnen worden gehanteerd.

50. Het WER voorziet dan ook slechts een beperkte mogelijkheid om de termijnen met maximaal 2 weken te verlengen⁷⁸. Er bestond enige discussie of dit betekende dat de termijn tweemaal met maximaal 2 weken kon worden verlengd⁷⁹, dan wel dat een totale verlenging van maximaal 2 weken mogelijk was⁸⁰. De BMa bevestigde in de eerste *Vragen en Antwoorden* dat de termijnen voor de zitting en de uitspraak elk met 2 weken kunnen worden verlengd.

51. De wet bepaalt niet wie om deze verlenging kan verzoeken. Het lijkt ons logisch dat elke partij die betrokken is in de procedure, met inbegrip van de auditeur-generaal en de minister, om een verlenging kan verzoeken. Er zijn ook geen bijzondere vormvereisten voor dit verzoek⁸¹. In *AB InBev/Alken Maes*, heeft de voorzitter op verzoek van de verweerder een termijnverlenging toegekend. Het WER sluit bovendien niet uit dat de voorzitter of het College ambtshalve een verlenging van de termijn oplegt. Het College heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt in *Medicare*⁸².

71. Art. IV.64, § 6, eerste lid WER.

72. Art. IV.64, § 6, tweede lid WER.

73. Brussel 27 juni 2018, nr. 2018/MR/1, *Global Champions League BVBA en Tops Trading Belgium BVBA/BMa* (hierna zal naar laatstgenoemde beslissing worden verwezen als: “*FEI 2 (beroep vernietiging)*”).

74. *FEI 2 (beroep vernietiging)*, randnr. 38. *Vrije vertaling van*: [1]a contradiction dans les motifs et dans les décisions équivaut à une absence de motivation, laquelle est manifeste.

75. Art. IV.65, vierde lid WER.

76. Art. IV.66, § 2, eerste lid WER.

77. Art. IV.65, tweede lid WER.

78. Art. IV.64, § 4 WER; D. VANDERMEERSCH, “De mededingingsregels en hun handhaving: de hervorming van 2013” in A. TALLON (ed.), *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Brussel, Larcier, 2014, (53) 85.

79. Zie bv. J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische mededingingswet 2013. Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 96.

80. K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, (167) 171.

81. Zie in dezelfde zin K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, (167) 171.

82. BMa, Besl. 19 juni 2017, nr. ABC-2017-V/M-24, *Medicare Market / Ordre des Pharmaciens*, www.belgiancompetition.be, (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*Medicare*”).

52. Het WER bepaalt niet wie over een verzoek tot verlenging van de termijnen uitspraak moet doen. Het lijkt ons echter logisch dat de voorzitter uitspraak doet over dit verzoek, zolang er nog geen hoorzitting heeft plaatsgevonden, aangezien de voorzitter bevoegd is om de datum van de hoorzitting te bepalen⁸³. Indien uitspraak moet worden gedaan over een verzoek tot verlenging nadat de hoorzitting heeft plaatsgevonden, lijkt het ons aangewezen dat het College deze beslissing neemt⁸⁴. De beslissingen in *AB InBev/Alken Maes*⁸⁵ en *Medicare*⁸⁶ geven alvast aan dat het de voorzitter is die uitspraak heeft gedaan over verzoeken tot uitstel van de termijn voor de datum van de hoorzitting.

53. Het WER verduidelijkt bovendien dat indien een bijkomende termijn wordt toegekend om de verzoekers toe te laten te antwoorden op de schriftelijke opmerkingen van de andere partijen, de verweerders eveneens over eenzelfde termijn dienen te beschikken als de verzoekers om op deze repliek te antwoorden⁸⁷.

(vi) Naleving van de beslissing: de rol van het auditoraat

54. Het auditoraat is op grond van artikel IV.26, § 2, 6° WER belast met het toezicht op de uitvoering van de beslissingen van het College. Het College werkt deze bevoegdheid van de auditeur-generaal verder uit in zijn beslissingen, door bijvoorbeeld aan de partijen te vragen aan de auditeur-generaal te rapporteren⁸⁸ of aan de partij te vragen aan het auditoraat een kopie te bezorgen van de brieven die ze als onderdeel van de maatregelen moet versturen⁸⁹.

55. Het College bepaalt standaard in zijn beslissingen waarin voorlopige maatregelen worden opgelegd dat bij betwisting over de interpretatie of de toepassing of naleving van de voorlopige maatregelen, de partijen zich tot de auditeur-generaal kunnen wenden. In geval van betwisting over de interpretatie door de auditeur-generaal of indien de auditeur-generaal van oordeel is dat de maatregelen moeten worden aangepast of opgeheven, wordt de voorzitter gevat die

een College samenstelt. Alle partijen worden hierover ingelicht en krijgen de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen te formuleren. Het College oordeelt in principe op basis van de stukken. De voorzitter kan ook een zitting houden.

56. In *FEI 2 (beslissing BMA dwangsom)* heeft het College volgens dergelijke procedure zijn eerdere beslissing inzake voorlopige maatregelen op verzoek van de auditeur-generaal aangevuld met een dwangsom⁹⁰.

4.2. Beroepsprocedure

57. De beslissingen van het College zijn vatbaar voor hoger beroep conform artikel IV.79 WER.

58. Sinds 2013 heeft het hof van beroep zich 4 keer uitgesproken over beroepen tegen beslissingen van het College met betrekking tot voorlopige maatregelen⁹¹. In de eerste 3 zaken heeft het hof de beslissing van het College telkens bevestigd, maar in de meest recente zaak heeft het hof de beslissing vernietigd.

59. Partijen hebben een termijn van 30 dagen om beroep aan te tekenen, die loopt vanaf de datum van de kennisgeving van de beslissing. De partijen worden van deze termijn op de hoogte gebracht bij de kennisgeving van de beslissing door de BMA, en dit op straffe van nietigheid van de kennisgeving.

60. De beroepen worden behandeld door de Sectie Marktenhof, kamer voor marktzaken, van het hof van beroep te Brussel. Het hof van beroep oordeelt volgens de procedure zoals in kort geding⁹². De praktijk leert dat het hof binnen de 6 tot 9 maanden na het verzoekschrift een arrest velt.

61. De beroepsprocedure schorst de beslissing van het College niet⁹³. Op grond van artikel IV.79, § 2, vijfde en zesde lid WER kan het hof evenwel worden verzocht om bij beslissing alvorens recht te doen, de tenuitvoerlegging van de beslissing van het College geheel of gedeeltelijk te schorsen tot op de dag van de uitspraak van het arrest. De schor-

⁸³. Art. IV.64, § 3 WER.

⁸⁴. Ook hier volgen MARCHAND en STULENS deze lezing (K. MARCHAND en B. STULENS, "De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihi novi sub sole?*", *TBM* 2013, afl. 2, 171).

⁸⁵. BMA, Besl. 21 november 2016, nr. BMA-2016-V/M-36, *AB InBev / Alken Maes*, www.belgiancompetition.be, randnr. 4 (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: "*AB InBev / Alken Maes*").

⁸⁶. *Medicare*, randnr. 6.

⁸⁷. Art. IV.64, § 4 WER.

⁸⁸. *Cyclocross*, randnr. 115.

⁸⁹. *Feltz*, randnr. 96.

⁹⁰. BMA, Besl. 13 april 2018, nr. ABC-2018-V/M-11, *Lisa Nooren en Henk Nooren Handelsstal SPRL / FEI-GCL-TTB*, www.belgiancompetition.be, randnr. 91 (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: "*FEI 2 (beslissing BMA dwangsom)*").

⁹¹. Brussel 22 oktober 2015, nr. 2015/MR/1, *FEI 1 (beroep schorsing)*, www.belgiancompetition.be; Brussel 28 april 2016, nr. 2015/MR/1, *FEI 2 (beroep vernietiging)*, www.belgiancompetition.be; Brussel 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2016/MR/1, *Cyclocross*, www.belgiancompetition.be; Brussel 28 juni 2017, nr. 2016/MR/2, *AB InBev / Alken Maes*, www.belgiancompetition.be en Brussel 27 juni 2018, nr. 2018/MR/1, *Global Champions League BVBA en Tops Trading Belgium BVBA / BMA (FEI 2 (beroep vernietiging))*.

⁹². Art. IV.79, § 2, eerste lid WER.

⁹³. Art. IV.79, § 2, vierde lid WER.

sing van de tenuitvoerlegging kan slechts worden bevolen 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. In de praktijk lijkt het erg moeilijk om de schorsing van een beslissing inzake voorlopige maatregelen te bekomen. Tot op heden is dit ook nog niet gebeurd.

62. Artikel IV.79 WER bepaalt dat het hof met volle rechtsmacht oordeelt, met inbegrip van de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen van de aangevochten beslissing. Daarbij stelt zich de vraag waar de grenzen liggen van deze volle rechtsmacht. Nu de BMA een autonome administratieve autoriteit is die beschikt over de mogelijkheid om – binnen de perken van Boek IV van het WER – een mededingingsbeleid te voeren, moet het hof zich ervan onthouden om zich in te mengen in de beleidsruimte van de BMA⁹⁴.

63. Dit lijkt het hof ertoe te hebben bewogen een vrij restrictieve invulling te geven van de toets die de beslissingen van het College moeten doorstaan. In *FEI 1 (beroep vernietiging)* heeft het hof het standpunt ingenomen dat het moet nagaan of er schendingen van de wet dan wel kennelijke beoordelingsfouten van de feiten werden gemaakt door het College:

*“De controle door het hof bestaat erin na te gaan of, in het licht van de geldende regels en principes, de beoordeling door de BMA behept is met een schending van de wet of een kennelijk beoordelingsfout van de feiten.”*⁹⁵

64. Ook in *AB InBev / Alken Maes* stelde het hof dat het slechts moet nagaan of er sprake was van wetschendingen dan wel kennelijke beoordelingsfouten:

“Het hof kan de bestreden beslissing slechts hervormen (in het kader van de volle rechtsmacht van art. IV.64 WER) mits de NV Alken-Maes zou aantonen dat – prima facie – het Mededingingscollege van de BMA bij het nemen van de

*bestreden beslissing de wet zou geschonden hebben of een kennelijke beoordelingsfout zou hebben gemaakt.”*⁹⁶

65. Het hof van beroep heeft in zijn recente beslissing in *FEI 2 (beroep vernietiging)* verder verduidelijkt dat het niet ambtshalve gebruik kan maken van zijn volle rechtsmacht, maar dat dit door de partij(en) moet worden gevraagd. Het hof hint bovendien dat het op basis van zijn volle rechtsmacht de motivering van de beslissing van de BMA zou kunnen corrigeren of aanvullen, indien deze gebrekkig zou zijn⁹⁷.

66. Een heikele vraag die zich nog stelt is of het hof op grond van de volle rechtsmacht voorlopige maatregelen mag opleggen in gevallen waar het College dat niet heeft gedaan dan wel deze voorlopige maatregelen mag uitbreiden of bijsturen. Daarbij moet worden benadrukt dat artikel IV.64, § 1 WER bepaalt dat het College voorlopige maatregelen *kan* nemen, wat lijkt te wijzen op het bestaan van een ruime beoordelingsbevoegdheid. Dit doet de vraag rijzen of het hof zich – zonder schending van het principe van de scheiding der machten – in de plaats kan stellen van het College bij het opleggen van voorlopige maatregelen. Wij menen van niet.

67. Dit probleem stelt zich het scherpst in de hypothese dat het College stilzwijgend een verzoek om voorlopige maatregelen verwerpt (m.a.w. dat het geen gemotiveerde beslissing neemt binnen de voorziene termijn). De vraag die zich dan stelt is of het hof dan alsnog kan beslissen dat aan de cumulatieve voorwaarden voor het opleggen van voorlopige maatregelen is voldaan en dus of het hof alsnog zelf voorlopige maatregelen kan bevelen. Het antwoord op deze vraag luidt o.i. ontkennend⁹⁸.

68. Onder het regime van de WBEM heeft het hof van beroep bevestigd dat het de voorlopige maatregelen opgelegd door de BMA kan inkorten⁹⁹. Dit standpunt kan worden bijgetreden. Om de redenen die hierboven zijn aangehaald kan het hof evenwel niet ingaan op een verzoek van de appelland om de maatregelen te verruimen, qua omvang of qua duur¹⁰⁰.

^{94.} *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2591/001 en *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2592/001, 167. Uit vn. 19 van het advies van de Raad van State kan worden afgeleid dat art. IV.79, § 2 zo moet worden geïnterpreteerd dat de mogelijkheid voor het hof van beroep om een eigen beslissing in de plaats te stellen van die van het College niet zover kan gaan dat het hof van beroep zich kan inmengen in de eigen beleidsruimte van het College. Zie ook H. GILLIAMS, “Het nieuwe Belgisch mededingingsrecht”, *TBH*, 2013/6, 479-496 en J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische mededingingswet 2013. Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 139.

^{95.} Brussel 28 april 2016, nr. 2015/MR/1, *FEI 1 (beroep vernietiging)*, www.belgiancompetition.be, randnr. 41. *Vrije vertaling van*: Le contrôle de la cour consiste à vérifier si, au regard des règles et des principes en cause, l’appréciation de l’ABC est entachée d’erreurs de droit ou d’erreurs manifestes d’appréciation quant aux faits.

^{96.} Brussel 28 juni 2017, nr. 2016/MR/2, *AB InBev / Alken Maes*, www.belgiancompetition.be, randnr. 15.

^{97.} *FEI 2 (beroep vernietiging)*, randnr. 38.

^{98.} H. GILLIAMS, “‘Volle rechtsmacht’ en de rol van het hof van beroep in de toepassing van het mededingingsrecht”, *Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 311-312.

^{99.} Brussel 19 oktober 2011, nrs. 2012/MR/7 en 2013/MR/8, *Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK limited*, *TBH* 2012, 990 (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*Spira / De Beers I*”).

^{100.} H. GILLIAMS, “‘Volle rechtsmacht’ en de rol van het hof van beroep in de toepassing van het mededingingsrecht” in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK (eds.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 312; J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische mededingingswet 2013. Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 139.

69. Ten slotte stelt zich de vraag op welk tijdstip het hof zich moet plaatsen voor zijn beoordeling. Moet het hof zich plaatsen op het moment waarop het College de beslissing heeft genomen of mag het rekening houden met de situatie op het moment dat het zijn beslissing velt¹⁰¹? O.i. moet het hof binnen de perken van zijn volle rechtsmacht ook reke-

ning houden met de ontwikkelingen die zich na de beslissing van het College hebben voorgedaan. Indien ten gevolge van deze ontwikkelingen niet langer is voldaan aan de voorwaarden voor het toekennen van voorlopige maatregelen, moet het hof deze maatregelen kunnen intrekken.

5. MATERIËLE VOORWAARDEN

70. Het hof van beroep van Brussel heeft in *Cyclocross* met verwijzing naar het artikel van MARCHAND en STULENS de cumulatieve toepassingsvoorwaarden voor het opleggen van voorlopige maatregelen als volgt opgelijst¹⁰²:

- (i) de ontvankelijkheidsvereiste: bestaan van een onderzoek ten gronde;
- (ii) de gegrondheidsvereiste: bestaan van een *prima facie*-inbreuk op het WER;
- (iii) de urgentievereiste: ernstig, onmiddellijk en moeilijk te herstellen nadeel in hoofde van de verzoeker of schade aan het algemeen economisch belang.

5.1. Bestaan van een onderzoek ten gronde

71. Elk verzoek om voorlopige maatregelen is onderworpen aan de ontvankelijkheidsvereiste van het bestaan van een onderzoek ten gronde door het auditoraat.

72. Volgens het Hof van Cassatie moet een onderzoek als hangende worden beschouwd “*van zodra een klacht is ingediend bij het auditoraat, waaromtrent het auditoraat nog geen beslissing tot sepot heeft genomen*”¹⁰³. Uit dit arrest blijkt dus duidelijk dat het niet noodzakelijk is dat het auditoraat de klacht ten gronde al heeft behandeld of zelfs dat het auditoraat al een formeel onderzoek heeft geopend¹⁰⁴.

73. In de praktijk blijkt het hof van beroep deze ontvankelijkheidsvereiste te behandelen als een loutere formaliteit. Het hof vermeldt telkens in de procedurele voorgaanden dat een klacht ten gronde werd neergelegd bij de BMa¹⁰⁵.

74. Praktisch gezien betekent dit ook dat het onderzoek ten gronde, dat in handen van het auditoraat ligt, losgekoppeld is van de beslissing over de voorlopige maatregelen, die door het College wordt genomen¹⁰⁶. Het College heeft trouwens ook geenszins de verplichting om met het hangende onderzoek rekening te houden¹⁰⁷.

75. Het auditoraat kan wel nog altijd beslissen om de klacht te seponeren. Doet het dit, dan wordt het verzoek tot voorlopige maatregelen zonder voorwerp en onontvankelijk¹⁰⁸. Er moet echter wel worden opgemerkt dat de termijnen die van toepassing zijn op de behandeling van een verzoek tot voorlopige maatregelen dermate kort zijn, dat het in de meeste gevallen onwaarschijnlijk is dat het auditoraat in staat zal zijn een beslissing te nemen vóór de zitting van het College plaatsvindt¹⁰⁹.

5.2. Prima facie-vaststelling van een inbreuk

76. De vereiste dat *prima facie* een inbreuk wordt vastgesteld, is niet expliciet opgenomen in de wet, maar is gegroeid uit de beslissingspraktijk van de BMa. In *Daube / Nationale Loterij* oordeelde de Raad dat “*het volstaat dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter (caractère vraisemblable) vertoont zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing*”¹¹⁰. Gelet op het bewarend karakter van de voorlopige maatregelen, zou het niet gepast zijn te vereisen dat eerst een diepgaand onderzoek ten gronde wordt uitgevoerd

¹⁰¹. H. GILLIAMS, “‘Volle rechtsmacht’ en de rol van het hof van beroep in de toepassing van het mededingingsrecht”, *Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 305.

¹⁰². Brussel 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2016/MR/1, *Cyclocross*, randnr. 44.

¹⁰³. Cass. 23 januari 2015, *TBM*, 2015/3, 197, noot G. RYELANDT en J. BUSSE.

¹⁰⁴. G. RYELANDT en J. BUSSE, “Noot onder het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015 in de zaak *Spira / De Beers*”, *TBM*, 2015/3, (199) 201.

¹⁰⁵. Brussel 28 april 2016, nr. 2015/MR/1, *FEI 1 (beroep vernietiging)*, *TBM* 2016, afl. 4, 409, randnr. 6; Brussel 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2015/MR/1, *Cyclocross*, *TBM* 2016, afl. 4, 417, randnr. 24; Brussel 28 juni 2017, nr. 2016/MR/2, *AB InBev / Alken Maes*, www.belgiancompetition.be, randnr. 2.

¹⁰⁶. H. GILLIAMS, B. STULENS, P. L’ECLUSE en D. ARTS (verslag: J. DE FAUW), “Voorlopige maatregelen: stand van zaken en toekomstperspectieven”, *TBM*, 2013/3, (265) 266.

¹⁰⁷. G. RYELANDT en J. BUSSE, “Noot onder het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015 in de zaak *Spira / De Beers*”, *TBM*, 2015/3, (199) 202.

¹⁰⁸. W. DEVROE en H. BUELENS, “Vernieuwd mededingingsrecht in België” in B. KEIRSBILCK en E. TERRYIN (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 116.

¹⁰⁹. H. GILLIAMS, B. STULENS, P. L’ECLUSE en D. ARTS (verslag: J. DE FAUW), “Voorlopige maatregelen: stand van zaken en toekomstperspectieven”, *TBM*, 2013/3, (265) 267.

¹¹⁰. BMa, Besl. 14 januari 1998, nr. BMA-nr. 98-VMP-1, *Daube / Nationale Loterij, onuitg.* Deze opvatting ontwikkelde zich tot vaste rechtspraak. Het hof van beroep te Brussel nam deze opvatting over, en bevestigde deze uitdrukkelijk in 2002. Het hof stelde dat een ogenschijnlijke inbreuk volstaat, maar de waarschijnlijkheid wel voldoende dient te zijn om de voorlopige maatregelen te verantwoorden.

om een inbreuk vast te stellen¹¹¹.

77. De test die onder de nieuwe procedure wordt gehanteerd door het College werd voor het eerst toegepast in *Tele2 / Belgacom* in 2006: “[a]lleen wanneer het **kennelijk onredelijk** (manifestement d'irraisonnable) zou zijn de feiten als een inbreuk op het mededingingsrecht te beschouwen, zou de beslissing tot het nemen van voorlopige maatregelen in strijd zijn met artikel 35, § 1, eerste lid WBEM”¹¹².

78. Na de beslissing van de Raad voor de Mededinging in *UGC / Kinopolis* in 2009, laaide de discussie over de invulling van het *prima facie*-karakter van de inbreuk op. Meer bepaald stelde zich de vraag naar de vereiste graad van waarschijnlijkheid van de inbreuk¹¹³. De Raad had immers een soepele invulling gegeven aan deze vereiste door te oordelen dat “[z] elfs indien het [...] **niet (vrijwel) zeker is dat ten gronde een inbreuk zal worden vastgesteld**” het niet kennelijk onredelijk is op grond hiervan voorlopige maatregelen te nemen. De Raad verduidelijkte: “[d] e drempel [...] ligt met andere woorden **minder hoog dan deze van een (voldoende) waarschijnlijke inbreuk** [...]”¹¹⁴.

79. In 2011 stelde het hof van beroep de test opnieuw scherp in *Spira / De Beers 1*, en oordeelde: “De toetsingsstandaard van een *prima facie* inbreuk betekent alleszins dat er meer dan een theoretische, d.w.z. een reële, mogelijkheid moet bestaan om de aangevoerde feiten, zo deze op het eerste gezicht als geloofwaardig overkomen, als een inbreuk [...] te kwalificeren zonder dat daartoe eerst een grondig onderzoek dient te gebeuren”¹¹⁵. Er dient hierbij te worden vastgesteld dat *prima facie* alle constitutieve elementen van de inbreuk aanwezig zijn¹¹⁶.

80. In *Armajaro Trading* bevestigde het hof van beroep opnieuw dat het volstaat dat het niet kennelijk onredelijk is te overwegen dat de feiten een inbreuk op de mededingingsregels kunnen uitmaken opdat voorlopige maatregelen kunnen worden opgelegd¹¹⁷. In de beslissingspraktijk sinds de hervorming in 2013 verwijst het College consequent naar dit arrest.

81. In de eerste zaak die onder de nieuwe procedure werd behandeld, *Feltz*, leek het College eerst nog een stap terug te zetten. Het legde voorlopige maatregelen op, op grond van de overweging “dat er **een reële kans is dat een inbreuk op de artikelen IV.1, IV.2 WER, 101, en/of 102 VWEU wordt vastgesteld**”¹¹⁸. In de daarop volgende zaken, paste het College echter consequent de toets van de “niet-kennelijke onredelijkheid” toe. In *Cyclocross* bijvoorbeeld, stelde het College dat “moet worden nagegaan of het al dan niet kennelijk onredelijk zou zijn de feiten als een inbreuk te beschouwen”¹¹⁹.

82. In *Medicare* wees het College het verzoek om voorlopige maatregelen af, onder meer omwille van het feit dat het dossier niet toeliet om het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels met de vereiste graad van waarschijnlijkheid vast te stellen (“avec le degré de vraisemblance requis”)¹²⁰.

83. Het hof van beroep te Brussel heeft een aantal bijkomende verduidelijkingen en nuances aangebracht aan de gebruikte test. In *Cyclocross* schreef het dat de test ertoe strekt te verzekeren dat er geen voorlopige maatregelen worden opgelegd voor gedragingen die kennelijk wel in lijn zijn met wat toegelaten is. Het hof vervolgde dat wanneer “op grond van een eerste zorgvuldige analyse hierover **gegronde twijfel blijft bestaan, kan met rede gesteld worden dat het niet-kennelijk onredelijk is om te besluiten tot het bestaan van een vermoedelijke, prima facie-inbreuk**”¹²¹. Het hof legde de lat daarmee wel heel erg laag. Alleen de gedragingen die kennelijk wettig zijn, zouden aan het risico van voorlopige maatregelen ontsnappen.

84. In *AB InBev / Alken Maes* lijkt het hof van beroep hierop enigszins te zijn teruggekomen: “Het gegeven dat het gedrag **mogelijkerwijze een misbruik zou kunnen uitmaken, volstaat niet**” en “In het kader van de *prima facie*-beoordeling is de **eventualiteit** dat er wel eens een inbreuk zou kunnen zijn, niet relevant.”¹²². De verzoeker zal dus meer moeten aantonen dan de loutere mogelijkheid van een inbreuk. Dit lijkt te suggereren dat loutere twijfels niet volstaan.

¹¹¹. Brussel 19 oktober 2011, nrs. 2012/MR/7 en 2013/MR/8, *Spira / De Beers 1*, TBH 2012, 990.

¹¹². Voorz. RvM, Besl. 1 september 2006, nr. MEDE-2006-V/M-13, *Tele2 / Belgacom*, www.belgiancompetition.be, randnr. 28 (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*Tele2 / Belgacom*”).

¹¹³. Voorz. RvM, Besl. 14 april 2009, nr. MEDE-2009-V/M-05, *UGC / Kinopolis*, www.belgiancompetition.be. (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*UGC / Kinopolis*”).

¹¹⁴. *UGC / Kinopolis*, randnr. 104.

¹¹⁵. Brussel 19 oktober 2011, nrs. 2012/MR/7 en 2013/MR/8, *Spira / De Beers 1*, TBH 2012, 990, randnr. 61.

¹¹⁶. Brussel 19 oktober 2011, nrs. 2012/MR/7 en 2013/MR/8, *Spira / De Beers 1*, TBH 2012, 990, randnr. 61.

¹¹⁷. Brussel 6 februari 2013, nr. 2012/MR/3, *Armajaro / PRE*, www.belgiancompetition.be.

¹¹⁸. *Feltz*, randnr. 31.

¹¹⁹. *Cyclocross*, randnr. 27.

¹²⁰. *Medicare*, randnr. 76.

¹²¹. Brussel 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2015/MR/1, *Cyclocross*, randnr. 49.

¹²². Brussel 28 juni 2017, nr. 2016/MR/2, *AB InBev / Alken Maes*, randnr. 24.

85. Zoals hierboven reeds werd aangehaald, betekent een *prima facie*-beoordeling dat het College geen diepgaand onderzoek moet uitvoeren. Wel is vereist dat het *prima facie* redelijkerwijs voldoende aanneembaar moet zijn dat de feiten vaststaan¹²³. Het College moet daarbij *prima facie* kunnen vaststellen dat de constitutieve elementen van een inbreuk aanwezig zijn. Voor verzoeken die betrekking hebben op mededingingsbeperkende afspraken, dient *prima facie* de relevante productmarkt te worden aangeduid, de inbreuk te worden beschreven en of deze inbreuk potentieel een merkbare aantasting van de mededinging op de Belgische markt of op een wezenlijk deel ervan kan inhouden. Voor een vermeend misbruik van machtspositie betekent dit dat *prima facie* de relevante markt dient te worden afgebakend, dat er sprake moet zijn van een machtspositie en dat ook het misbruik dient te worden aangeduid¹²⁴.

86. Een bijzonder toepassingsgeval is de vraag naar de mogelijkheid om voorlopige maatregelen op te leggen ten aanzien van transacties die onder de aanmeldingsdrempels vallen. In de zaak *AB InBev / Alken Maes*, verzocht Alken Maes om voorlopige maatregelen te bevelen ten aanzien van een concentratie die niet moeten worden aangemeld omdat ze de aanmeldingsdrempels niet overschrijden. Meer bepaald stelde Alken Maes dat deze concentratie een misbruik van machtspositie uitmaakte en probeerde zij een standstill-verplichting te bekomen die vergelijkbaar was met de verplichting die voor aanmeldingsplichtige concentraties geldt op grond van artikel IV.10, § 5 WER.

Het College bevestigde dat ook niet-aanmeldingsplichtige concentraties een restrictieve mededingingspraktijk kunnen uitmaken en dus het voorwerp van voorlopige maatregelen kunnen uitmaken. Het oordeelde evenwel dat een verzoek ten aanzien van een dergelijke concentratie een specifieke benadering vergt. Daarbij vertrok het van de volgende uitgangspunten: (i) een concentratie is een legitieme transactie, tenzij de autoriteit beschikt over voldoende gronden om het tegendeel te bewijzen, en (ii) het is niet de bedoeling dat concentraties onder de meldingsdrempels worden onderworpen aan concentratietoezicht¹²⁵.

87. In het licht van deze uitgangspunten stelde het College “dat er sterke aanwijzingen vereist zijn om het College toe te laten te beslissen dat het niet kennelijk onredelijk is te oor-

delen dat een concentratie een inbreuk kan zijn op artikel IV.2 WER”¹²⁶. Daarbij dient er *prima facie* sprake te zijn van “meer specifieke nadelige gevolgen voor de mededinging dan het loutere tot stand brengen van de concentratie. En zelfs indien er sprake zou zijn van meer specifieke nadelige gevolgen voor de mededinging dan het loutere tot stand brengen van de concentratie, moeten deze gevolgen *prima facie* een inbreuk vormen die te onderscheiden valt van het concentratie-effect. Het mag immers *prima facie* niet onredelijk zijn te beslissen dat deze nadelige specifieke gevolgen op zich een inbreuk kunnen zijn op artikel IV.2 WER maar waarbij deze zo met de concentratie zijn verbonden dat zij met de concentratie moeten worden beoordeeld”¹²⁷. Het hof van beroep heeft deze test bevestigd in het beroep tegen de beslissing van het College¹²⁸.

88. In de rechtsleer worden er vragen gesteld bij de praktische interpretatie en toepassing van deze test¹²⁹. Het is echter nu reeds duidelijk dat zowel het College als het hof het erover eens zijn dat slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden voorlopige maatregelen kunnen worden bevolen ten aanzien van niet-aanmeldingsplichtige concentraties.

5.3. Urgentie

89. Artikel IV.64 WER bepaalt dat voorlopige maatregelen enkel kunnen worden opgelegd indien “*dringend een toestand vermeden dient te worden die een ernstig, onmiddellijk en moeilijk herstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang*”¹³⁰. Uit het gebruik van woord “dringend” in deze formulering wordt afgeleid dat er een urgentievoorwaarde bestaat¹³¹.

90. Er bestaat een nauwe samenhang tussen de urgentievoorwaarde en de vereiste van een ernstig, onmiddellijk en moeilijk te herstellen nadeel. Het hof van beroep oordeelde in 1996 dat het dringend karakter van de gevraagde maatregel “*kennelijk afgeleid is ofwel uit de aard van het nadeel dat wordt opgelopen door een of meer ondernemingen, [...], – ofwel uit het schadelijk effect van een praktijk voor het algemeen economisch belang*”¹³². De Raad voor de Mededinging oordeelde in 2003 zelfs dat hoogdringendheid géén afzon-

¹²³. BMa, Besl. 14 juli 2016, nr. ABC-2016-V/M-22, *White Star Woluwe*, randnr. 78.

¹²⁴. I. BUELENS, “Voorlopige maatregelen, nu en in de toekomst” in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK (eds.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 356.

¹²⁵. *AB InBev / Alken Maes*, randnr. 34.

¹²⁶. *AB InBev / Alken Maes*, randnr. 37.

¹²⁷. *AB InBev / Alken Maes*, randnr. 37.

¹²⁸. Brussel 28 juni 2017.

¹²⁹. J. YSEWYN en M. VAN SCHOORISSE, “Overzicht van de beslissingspraktijk van de Belgische Mededingingsautoriteit in 2016”, *TBM* 2017, 104.

¹³⁰. Art. VI.64, § 1 WER.

¹³¹. H. GILLIAMS, “Het nieuwe Belgische mededingingsrecht”, *TBH* 2013, afl. 6, (479) 490.

¹³². Brussel 18 december 1996 in H. DE BAUW en E. GYBELS (eds.), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1996*, Diegem, Kluwer, 1997, 848, randnr. 5.2.

derlijk vereiste vormt¹³³. De verwevenheid tussen deze voorwaarden vinden we ook terug in de Europese rechtspraak, waar het Gerecht in 2001 stelde dat van zodra er een risico bestaat op ernstige en onherstelbare schade, de spoedeisendheid meteen ook is aangetoond¹³⁴.

91. In de recentere beslissingen van het College wordt de urgentievoorwaarde toch afzonderlijk behandeld en gekoppeld aan de maatregelen eerder dan aan het nadeel. Het College schreef zowel in *Feltz* als in *Cyclocross* dat “artikel IV.64, § 1 WER vereist dat maatregelen dringend moeten zijn om een bepaalde toestand te vermijden. Deze vereiste betreft dus anders dan de eerder besproken onmiddellijkheidsvereiste de maatregelen en niet het te vermijden nadeel”¹³⁵. Kortom, het nadeel moet onmiddellijk zijn en de maatregelen moeten urgent zijn.

92. Het College bevestigde in *FEI 1 (beslissing BMa)* dat de dringendheid moet worden beoordeeld op het moment dat de beslissing inzake de voorlopige maatregelen wordt genomen¹³⁶. Dit betekent dat eventuele ontwikkelingen sinds de neerlegging van het verzoekschrift ook moeten worden meegenomen.

93. Een veel voorkomende vraag is of het gedrag van de verzoeker relevant is voor de beoordeling van de urgentie. Het College weigerde in *FEI 1 (beslissing BMa)* rekening te houden met het feit dat de verzoeker 5 maanden had gewacht alvorens een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen omdat – ook indien de verzoeker eerder actie had ondernomen – het sowieso niet mogelijk was geweest om tijdig maatregelen te bekomen¹³⁷. In *Cyclocross* voegde het College daaraan toe dat het nemen van een maatregel dringend is “indien een nadeel nu nog vermijdbaar is, maar het onwaarschijnlijk is dat de bodemprocedure beëindigd zal zijn op een ogenblik dat het nadeel dan nog vermeden kan worden”¹³⁸. De urgentie lijkt dus eerder verbonden aan de spoedeisendheid van de gevraagde maatregelen dan aan het gedrag van de verzoeker.

Toch moet worden aangenomen dat het gedrag van de verzoeker niet volledig zonder belang is. Indien de verzoeker

lange tijd nalaat om actie te ondernemen zou dit een aanwijzing kunnen zijn dat het ingeroepen nadeel niet ernstig of moeilijk te herstellen is.

94. In *FEI 1 (beslissing BMa)* gaf het College ten slotte aan dat wanneer maatregelen worden overwogen in het algemeen economisch belang, het gedrag van de verzoeker irrelevant is¹³⁹. In de praktijk is het College evenwel zelden bereid bevonden om voorlopige maatregelen te verantwoorden op grond van een aantasting van het algemeen economisch belang (zie *infra*).

5.4. Ernstig, onmiddellijk en moeilijk te herstellen nadeel

95. Op grond van artikel IV.64, § 1 WER kan het College voorlopige maatregelen opleggen indien er sprake is van (i) een nadeel, dat (ii) ernstig, (iii), onmiddellijk en (iv) moeilijk te herstellen is. Deze voorwaarden zijn cumulatief, in die zin dat het ontbreken van één van deze voorwaarden de gegrondheid van het verzoek teniet doet¹⁴⁰.

(i) Vermijden van een nadeel

96. Het hof van beroep van Brussel oordeelde in *Honda* in 1996 dat elke minder gunstige toestand waarin een onderneming terecht komt ten aanzien van de toestand waarin zij zich zou bevinden indien zij de restrictieve praktijk niet zou ondergaan, als nadeel in aanmerking komt¹⁴¹. Deze omschrijving wordt doorgaans hernomen in de beslissingen van het College¹⁴².

97. Dit nadeel moet van concurrentiële aard zijn¹⁴³. Het is niet noodzakelijkerwijze beperkt tot het nadeel van diegene die om voorlopige maatregelen verzoekt¹⁴⁴. Toch zal de verzoeker zelf ook een eigen nadeel moeten laten blijken. Bij gebreke daarvan beschikt hij immers niet over het vereiste belang.

98. Daarnaast moet het nadeel ook vermijdbaar zijn. Het

¹³³. Voorz. RvM, Besl. 20 maart 2003, nr. 2003-V/M-20, *VUM / VMMA*, www.belgiancompetition.be.

¹³⁴. Ger.EU 26 oktober 2011, T-184/01, *Jur.* 2001, 3193, ECLI:EU:T:2001:259.

¹³⁵. *Feltz*, randnr. 83; *Cyclocross*, randnr. 64.

¹³⁶. *FEI 1 (beslissing BMa)*, randnr. 105.

¹³⁷. *FEI 1 (beslissing BMa)*, randnr. 107.

¹³⁸. *Cyclocross*, randnr. 69.

¹³⁹. *FEI 1 (beslissing BMa)*, randnr. 105.

¹⁴⁰. Voorz. RvM, Besl. 13 november 2001, nr. 2001-V/M-58, *BVBA Daems Racing / Vlaamse Autosportfederatie*, www.belgiancompetition.be, randnr. IV.3. (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “*Daems Racing / VA*”).

¹⁴¹. Brussel 18 december 1996 in H. DE BAUW en E. GYBELS (eds.), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 1996*, Diegem, Kluwer, 1997, 856; D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 309.

¹⁴². *Cyclocross*, randnr. 49; *Feltz*, randnr. 55; K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, nr. 51, (167) 179 en zie verwijzingen aldaar: Voorz. RvM, Besl. 24 december 2002, nr. 2002-V/M-95, *Driem.Tijdschr.RM*, 2002/04, 182; Voorz. RvM, Besl. 20 maart 2003, nr. 2003-V/M-20, *Driem.Tijdschr.RM*, 2003/01, 121; Voorz. RvM, Besl. 20 oktober 2003, 2003-V/M-81, *Driem.Tijdschr.RM*, 2003/04, 36.

¹⁴³. *Daems Racing / VA*, randnr. IV.3; zie ook: Voorz. RvM, Besl. 27 september 1995, nr. 95-VMP-1, *Intermosane*, www.belgiancompetition.be.

¹⁴⁴. *Daems Racing / VA*, randnr. IV.3.

College stelde in *Feltz* dat het nadeel moeilijk herstelbaar moet zijn, maar op het ogenblik van de beslissing van het College nog vermijdbaar moet zijn¹⁴⁵. Bijgevolg is het vereist dat de gevraagde maatregelen nog nuttig zijn om dit nadeel te vermijden. De link met de urgentievereiste is evident. Het College preciseerde daarnaast dat het ook kan beslissen tot maatregelen die het risico op een verder toemen van het nadeel helpen beperken¹⁴⁶. Ook een nadeel dat zich reeds deels – maar niet volledig – heeft gerealiseerd kan dus in aanmerking worden genomen.

(ii) Ernstig

99. Het nadeel wordt geacht ernstig te zijn wanneer het een relevant onderdeel van de activiteit van de verzoeker treft¹⁴⁷. De impact van de aangeklaagde praktijk op het zakencijfer van de verzoeker is een aanwijzing voor de ernst van het nadeel¹⁴⁸.

(iii) Onmiddellijk

100. Het onmiddellijkheidsvereiste houdt in dat het bedoelde nadeel op het ogenblik van het verzoek om voorlopige maatregelen zo niet actueel, dan toch onmiddellijk dreigend dient te zijn¹⁴⁹. Het is bijgevolg niet vereist dat een moeilijk te herstellen nadeel zich heeft gerealiseerd op het ogenblik van het indienen van het verzoek. Het volstaat dat de vermeende restrictieve mededingingspraktijk deze schade kan doen ontstaan, zelfs tijdens het onderzoek van de klacht ten gronde¹⁵⁰.

(iv) Moeilijk te herstellen

a. Vóór de wetswijziging van 2013: onherstelbaar nadeel

101. Vóór de wetswijziging van 2013, bepaalde de WBEM dat het nadeel onherstelbaar diende te zijn. Hiervan was sprake indien “de toestand zoals hij zou evolueren zonder de voorlopige maatregelen niet meer kan ongedaan gemaakt worden door de beslissing ten gronde van de Raad”¹⁵¹.

102. Een onherstelbaar nadeel was onder meer voorhanden wanneer de getroffen onderneming uit de markt dreigde te verdwijnen of wanneer de restrictieve mededingingspraktijk de mededingingsvoorwaarden onherstelbaar verstoort¹⁵². De mogelijke vervangende schadevergoeding ter compensatie van het geleden onherstelbaar nadeel was voor de beoordeling ervan niet relevant.

b. Ná de wetswijziging van 2013: moeilijk te herstellen nadeel

103. Sinds de wetswijziging van 2013 kan het College overeenkomstig artikel IV.64 WER voorlopige maatregelen opleggen wanneer er sprake is van een moeilijk te herstellen nadeel. Hoewel de wetgever aangaf dat deze terminologische wijziging geen inhoudelijke wijziging beoogde, kan niet worden ontkend dat de nieuwe bewoording ook inhoudelijke gevolgen heeft.

104. In *Feltz* stelde het College dat een nadeel moeilijk te herstellen is “wanneer de toestand zoals hij zou evolueren zonder de voorlopige maatregelen niet meer kan ongedaan gemaakt worden door de beslissing ten gronde. Dit is het geval wanneer de getroffen onderneming uit de markt dreigt te verdwijnen of wanneer de restrictieve mededingingspraktijk de mededingingsvoorwaarden onherstelbaar verstoort”¹⁵³. Deze formulering ligt in de lijn van de formulering die werd gebruikt vóór de wetswijziging en lijkt bijgevolg te suggereren dat er geen sprake is van een inhoudelijke wijziging.

Volgens het College heeft de vervanging van het woord “onherstelbaar” door het woord “moeilijk te herstellen” desalniettemin een invloed op de vraag of de mate waarin een nadeel door een financiële vergoeding kan worden hersteld het College moet leiden bij het beoordelen van het verzoek¹⁵⁴. Het College lijkt er daarbij van uit te gaan dat indien een nadeel financieel vergoedbaar is, het niet in aanmerking komt voor voorlopige maatregelen. Het onderscheid tussen vergoedbare en niet vergoedbare schade is in de praktijk evenwel niet eenvoudig te maken. Is principieel niet alle schade vergoedbaar? Men kan zich bovendien afvragen of

¹⁴⁵. *Feltz*, randnr. 63; zie ook *Cyclocross*, randnr. 59.

¹⁴⁶. *Feltz*, randnr. 63; zie ook *Cyclocross*, randnr. 59.

¹⁴⁷. Plaatsverv. Voorz. RvM, Besl. 28 mei 2001, nr. 2001-V/M-26, *BVBA Executive Limousine Organisation (E.L.O.) / NV Brussels International Airport Company*, www.belgiancompetition.be, randnr. 3. (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: “E.L.O. / Brussels IAC”).

¹⁴⁸. K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, nr. 51, (167) 180 en zie verwijzingen aldaar: Voorz. RvM, Besl. 12 september 1994, nr. 94-VMP-4 in *Raad voor de Mededinging, Eerste activiteitenverslag 1993-94*, bijlagen, 153.

¹⁴⁹. *Feltz*, randnr. 57. De invulling van deze voorwaarde is niet veranderd in vergelijking met de invulling van voor de wetswijziging: zie *E.L.O. / Brussels IAC*, randnr. 3.

¹⁵⁰. K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*”, *TBM* 2013, afl. 2, nr. 55, (167) 180.

¹⁵¹. *E.L.O. / Brussels IAC*, randnr. 3.

¹⁵². Besl. 7 november 2008, nr. 2008-V/M-58-AUD, *UGC Belgium NV / Kinepolis Group NV*, www.belgiancompetition.be; Brussel 21 januari 2001 in *Jaarverslag Raad voor de Mededinging 2002*, Brussel, 2001, 601.

¹⁵³. *Feltz*, randnr. 23, verwijzend naar nr. 100 van het verslag van de auditeur-generaal.

¹⁵⁴. *Feltz*, randnr. 58.

een criterium inzake financiële vergoedbaarheid überhaupt relevant is in de context van procedures die ertoe strekken de mededinging te vrijwaren.

5.5. Vermijden van een schade aan het algemeen economisch belang

105. Naast de mogelijkheid om maatregelen op te leggen wanneer de verzoeker wordt benadeeld, kan het College ook maatregelen opleggen om schade aan het algemeen economisch belang te vermijden. Dit zijn maatregelen die er niet enkel toe strekken om een nadeel voor de verzoeker te vermijden maar ook voor andere ondernemingen, zoals concurrenten. Deze maatregelen strekken er dan toe “schade aan de markt” te vermijden¹⁵⁵.

106. Het WER bevat geen definitie van het begrip “algemeen economisch belang”. Bij het beantwoorden van de vraag of een voorlopige maatregel noodzakelijk is voor het vermijden van een toestand die schadelijk is voor het algemeen economisch belang moet volgens het College in de eerste plaats worden gekeken naar wat vereist is voor het vrijwaren van het nuttig effect van de beslissing in de zaken gronde¹⁵⁶. Het College steunt deze lezing op de verplichting voor de lidstaten om de effectiviteit van de handhaving van de mededingingsregels te bewaken¹⁵⁷, zoals bevestigd door het Europees Hof van Justitie in *Vebic*¹⁵⁸.

107. In *Feltz* stelde het College de vraag of het behoud van het nuttig effect van de later te nemen beslissing in de bodemzaak alleen de mogelijkheid betreft om desgevallend een sanctie op te leggen, met de daaraan verbonden mogelijkheid om schadevergoeding te vragen, dan wel of dit ook vergt dat een beslissing om de inbreuk te beëindigen zijn volle effect moet kunnen ressorderen¹⁵⁹. Gelet op de doelstelling van de procedure voorlopige maatregelen lijkt deze tweede hypothese zich op te dringen.

108. In de praktijk heeft het College slechts in *Feltz* geoordeeld dat er voorlopige maatregelen konden worden opgelegd in het algemeen economisch belang. Het verwees daarvoor evenwel hoofdzakelijk naar omstandigheden die eigen waren aan de verzoeker. In *FEI 2 (beslissing BMa voorlopige maatregelen)* en *Cyclocross* weigerde het College om de opgelegde maatregelen te verbinden aan het algemeen economisch belang. In *Medicare* bevestigde het College dat een praktijk die erop is gericht om de concurrentie over de prijzen van geneesmiddelen en andere apotheekproducten en -diensten te beperken schade kan toebrengen aan het algemeen economisch belang¹⁶⁰. Het wees het verzoek om voorlopige maatregelen evenwel af bij gebrek aan afdoende bewijs. In *FEI 2 (beslissing BMa voorlopige maatregelen)* kende het College voorlopige maatregelen toe, maar steunde het daarvoor niet op het algemeen economisch belang. De toekenning van maatregelen in het algemeen economisch belang lijkt dan ook de uitzondering eerder dan de regel.

6. DE VOORLOPIGE MAATREGELLEN

109. Overeenkomstig artikel IV.64, § 1 WER is het College bevoegd om voorlopige maatregelen te nemen teneinde de restrictieve mededingingspraktijken, die het voorwerp van het onderzoek uitmaken, te schorsen. Voorlopige maatregelen hebben dus een strikt bewarend karakter en mogen niet op de beslissing ten gronde vooruitlopen¹⁶¹.

110. De voorlopige maatregelen moeten gericht zijn op het vermijden of beperken van het in artikel IV.64 WER bedoelde nadeel. Wat betreft de aard van de maatregel beschikt het College over een grote bewegingsvrijheid. Het mag “alle nuttige maatregelen” nemen die kunnen bijdragen

tot het vermijden van het nadeel¹⁶². Het College moet zich niet beperken tot de maatregelen die de verzoekende partij heeft gevraagd. Nu het een autonome administratieve autoriteit met eigen rechtspersoonlijkheid is, is het beschikkingsbeginsel opgenomen in artikel 1138, 2° Gerechtelijk Wetboek niet toepasselijk¹⁶³. Uiteraard moet het College wel de rechten van verdediging en/of de hoorplicht respecteren. Indien het andere maatregelen wil bevelen dan diegene die door de verzoekende partij worden gevraagd, dient het de partijen toe te laten hierover tegenspraak te voeren. In de praktijk biedt het College, wanneer het andere maatregelen overweegt dan diegene die de verzoeker voorstelt, de par-

¹⁵⁵ Brussel 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2016/MR/1 *Cyclocross*, www.belgiancompetition.be, randnr. 89; I. BUELENS, “Voorlopige maatregelen, nu en in de toekomst” in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK (eds.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, 358.

¹⁵⁶ *Feltz*, randnr. 77; *Cyclocross*, randnr. 63; *Medicare*, randnr. 77.

¹⁵⁷ *Feltz*, randnr. 77; *FEI 1 (beslissing BMa)*, randnr. 92; *Cyclocross*, randnr. 63; BMa, Besl. 20 december 2017, nr. ABC-2017-V/M-38, *Lisa Nooren en Henk Nooren Handelsstal SPRL / FEI-GCL-TTB* (hierna zal naar deze beslissing worden verwezen als: *FEI 2 (beslissing BMa voorlopige maatregelen)*, randnr. 62.

¹⁵⁸ HvJ 7 december 2010, C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739, *Jur.* 2010, p. I-0000.

¹⁵⁹ *Feltz*, randnr. 78.

¹⁶⁰ *Medicare*, randnrs. 73 en 76.

¹⁶¹ Voorz. RvM, Besl. 15 februari 2005, nr. 2005-V/M-05, *NV Cine-Invest Brugge / NV Kinopolis Group*, www.belgiancompetition.be, randnr. 4.

¹⁶² *Feltz*, randnr. 86; *Cyclocross*, randnr. 66.

¹⁶³ *Cyclocross*, randnrs. 67-68; *White Star* en *Feltz*.

tijen de mogelijkheid om hierover na de zitting schriftelijk standpunt in te nemen.

111. Het College kan een onderneming niet enkel vragen zich te onthouden van een bepaalde handeling, maar ook een positieve verplichting opleggen. In de zaak *Spira / De Beers* bijvoorbeeld werd De Beers een leveringsverplichting opgelegd¹⁶⁴. In de zaak *Feltz* verplichtte het College BMW onder andere om Feltz – een voormalige concessiehouder – op evenwaardige manier als erkende herstellende, toegang te verlenen tot een informaticasysteem betreffende de voor het onderhoud en herstellingen van BMW's vereiste technische informatie en upgrades. Daarnaast werd BMW verplicht om aan alle Belgische erkende BMW-concessiehouders en -herstellers een brief te schrijven waarin zij er uitdrukkelijk aan herinnerd werden dat het hen vrij stond onderdelen te leveren aan onafhankelijke garagehouders¹⁶⁵.

112. Dit gaat echter niet zo ver dat een dominante onderneming bijvoorbeeld kan worden verplicht om diensten aan te kopen die zij niet nuttig acht¹⁶⁶. Daarnaast kan ook de draagwijdte van een opgelegde voorlopige maatregel worden aangepast naar gelang de omstandigheden. De leveringsverplichting die De Beers in de zaak *Spira / De Beers* werd opgelegd mocht worden ingeperkt in geval van schaarste. Het was in deze zaak wel van belang dat De Beers in geval van beperking van de levering bij schaarste, Spira en andere afnemers gelijk zou behandelen¹⁶⁷.

113. Daarnaast mag het College zich niet beperken tot een herhaling van het wettelijk verbod¹⁶⁸. Zo bijvoorbeeld kan “de voorzitter niet ordenend optreden door in algemene termen een verbod van wurgprijzen op te leggen”¹⁶⁹. Een algemeen wettelijk verbod moet immers steeds worden nageleefd, en het College als administratieve overheid dient enkel tussen te komen in een specifieke situatie waarin het algemene verbod mogelijk niet wordt nageleefd¹⁷⁰.

114. Wel kan de maatregel ten goede komen van meerdere ondernemingen, naast de verzoeker. In *Feltz* oordeelde het College dat het schrijven aan alle Belgische erkende BMW-concessiehouders en -herstellers om hen te herinneren dat

het hen vrij staat onderdelen te leveren aan onafhankelijke garagehouders, niet meer inhoudt dan een herinnering aan de mededingingsregels die van toepassing zijn op BMW en haar concessiehouders. Bijgevolg achtte het College het nodig bij het opstellen van dat schrijven niet enkel de betrekkingen met *Feltz* te vermelden¹⁷¹.

115. Dit lijkt niet onredelijk wanneer, zoals in *Feltz* de voorlopige maatregelen mee worden opgelegd om schade aan het algemeen economisch belang te vermijden. GILLIAMS schrijft evenwel terecht dat: “een nadeel enkel voor het algemeen belang niet voldoende (lijkt) wanneer voorlopige maatregelen (enkel) door een onderneming worden gevraagd, aangezien een onderneming – verzoeker (ook) – een persoonlijk belang moet kunnen aantonen met betrekking tot de praktijken waartegen haar klacht is gericht”¹⁷².

116. De voorgenomen maatregelen moeten worden getoetst aan de vereisten van proportionaliteit en doeltreffendheid.

117. Een eerste belangrijke toepassing hiervan is dat moet worden rekening gehouden met de noodzakelijke omkeerbaarheid van de situatie in de hypothese dat de zaak zou worden geseponeerd, of het College in de bodemprocedure zou beslissen dat geen inbreuk is of dat er geen maatregelen dienen te worden genomen¹⁷³. Er dient – rekening houdend met deze hypothese – een belangenafweging te worden gedaan tussen de belangen van de betrokken onderneming en het algemeen economisch belang¹⁷⁴.

118. De maatregelen moeten ook meer algemeen de proportionaliteitstoets doorstaan. In *Feltz* bijvoorbeeld vond het College de verplichting om Feltz te erkennen als BMW-hersteller disproportioneel. Het doel van de maatregelen was de doorstart van Feltz als onafhankelijk hersteller te realiseren¹⁷⁵. Het proportionaliteitsbeginsel werd eveneens meegeenomen toen één van de opgelegde maatregelen 6 weken na de beslissing werd opgeheven¹⁷⁶.

119. In *Cyclocross* toetste het College de voorgenomen maatregelen uitgebreid aan het vereiste van proportionali-

^{164.} Voorz. RvM, Besl. 31 december 2012, nr. 2012-V/M-34, *Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited*, www.belgiancompetition.be.

^{165.} *Feltz*, randnr. 96-97.

^{166.} Brussel 10 maart 2004 in H. DE BAUW (ed.), *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2004*, Mechelen, Kluwer, 2005, 790, randnr. 25.

^{167.} Voorz. RvM, Besl. 18 februari 2013, nr. 2013-V/M-04, *Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited*, www.belgiancompetition.be, randnr. 17.

^{168.} *Tele2 / Belgacom*, randnr. 25.

^{169.} *Tele2 / Belgacom*, randnr. 25.

^{170.} K. MARCHAND, “Art. IV.64 WER” in X, *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Boek IV, Titel 1, *Mededingingsregels*, Mechelen, Kluwer, 2016, 29.

^{171.} *Feltz*, randnr. 100.

^{172.} H. GILLIAMS, “Het nieuwe Belgisch mededingingsrecht”, *TBH*, 2013/6, (479) 493.

^{173.} *Feltz*, randnr. 81; *FEL 1 (beslissing BMa)*, randnr. 93; *Medicare*, randnr. 77.

^{174.} *Medicare*, randnr. 78.

^{175.} *Feltz*, randnr. 90-91.

^{176.} BMa, Besl. 1 september 2014, nr. BMA 2014-V/M-19, *Ets. Claude Feltz NV / BMW Belgium Luxembourg NV*, www.belgiancompetition.be, randnr. 11.

teit. Het oordeelde o.a. dat het disproportioneel was om een overeenkomst aangaande het reeds lopende veldritseizoen ongedaan te maken, rekening houdend met de impact dat dit zou hebben op de overeenkomsten met derden, waaronder onderaannemers en sponsors, en met het risico dat daardoor de berichtgeving over cyclocross in het gedrang zou komen¹⁷⁷.

120. Een vraag die verband houdt met de proportionaliteit is of de geldigheidsduur van de maatregelen in de tijd moet worden beperkt. Onder het regime van de WBEM stelde het hof van beroep dat voorlopige maatregelen slechts konden worden opgelegd voor de periode die “redelijkerwijze nodig” was voor de behandeling van de klacht ten gronde¹⁷⁸. Onder de nieuwe wet heeft het College geweigerd om een vaste tijdsbeperking te voorzien. Het College bevestigde

logischerwijze dat de geldigheidsduur van de maatregelen niet verder kan gaan dan de datum van de eindbeslissing betreffende de klacht ten gronde¹⁷⁹. Het verzoek om een vaste einddatum vast te leggen in functie van de vermoedelijke datum van de beslissing ten gronde werd evenwel afgewezen¹⁸⁰. Ook het hof van beroep wees een beroepsmiddel betreffende het ontbreken van een vaste einddatum af¹⁸¹.

121. Nochtans kan het opleggen van een vervaldatum voor de maatregelen onmiskenbaar bijdragen tot de proportionaliteit van deze maatregelen. In de praktijk blijkt immers dat het onderzoek ten grond van de zaken waarin voorlopige maatregelen waren bevolen verschillende jaren kan aanslepen. Hierdoor krijgen de voorlopige maatregelen vaak het karakter van een definitieve beslechting van de zaak.

7. AFSLUITENDE BEMERKINGEN

122. Wanneer een onderneming wordt geconfronteerd met een duidelijke inbreuk op het mededingingsrecht, en vreest hierdoor belangrijke schade te lijden, is de procedure inzake voorlopige maatregelen een daadkrachtig en snel instrument om hieraan een einde te stellen. Het valt niet uit te sluiten dat daarmee sneller een resultaat kan worden bekomen dan met een burgerlijke procedure in kort geding of een stakingsvordering.

123. De strakke termijnen maken het uiteraard een pittige procedure, vooral voor de partij(en) waartegen het verzoek is gericht. Deze partij(en) hebben minder dan een maand de tijd om de nodige bewijselementen te verzamelen en schriftelijke opmerkingen neer te leggen. Ook hun termijn om te antwoorden op eventuele opmerkingen van de auditeur-generaal is uiterst beperkt.

124. Door het wegvallen van de voorafgaande filter van het auditoraat die bestond in de oude procedure spelen de partijen een cruciale rol en bepalen zij in zeer grote mate de contouren van het debat. De procedure is in essentie een contradictoire procedure waarbij het College afhankelijk is van de argumenten en bewijsstukken die de partijen aanleveren.

125. In het licht van de ervaring van de afgelopen 5 jaar kan de vraag worden gesteld naar de kalibratie van de test voor het bestaan van een *prima facie*-inbreuk. Is de kennelijke onredelijkheidstoets de gepaste toets in een context waarin de voorafgaande filter van het auditoraat is weggefallen en de verwerende partij slechts over zeer weinig tijd beschikt om haar verweer te ontwikkelen? Het arrest van het hof van

beroep te Brussel in *AB InBev / Alken Maes* lijkt alvast te wijzen op een zekere aanscherping van de toets daar waar het stelt dat de loutere mogelijkheid van een inbreuk niet volstaat.

126. De proportionaliteitstoets door het College is ook van cruciaal belang en het is volledig terecht dat het College in de meest recente beslissingen heeft geoordeeld dat bij de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregelen ook moet worden rekening gehouden met de mogelijkheid dat het auditoraat de klacht ten gronde seponereert of dat het College besluit dat er geen inbreuk is.

127. In de context van het proportionaliteitsdebat zijn de auteurs van oordeel dat er ook plaats moet zijn voor een beperking in de tijd van de maatregelen tot de periode die de BMa redelijkerwijze nodig heeft om het onderzoek ten gronde af te ronden. Zonder dergelijke deadline bestaat het risico dat zaken onder het mom van voorlopige maatregelen definitief worden beslecht als gevolg van het aanslepen van het onderzoek ten gronde.

128. Al bij al moet evenwel worden gesteld dat de balans van 5 jaar voorlopige maatregelen relatief positief is. De BMa heeft een nuttig instrument om beleid te voeren en de partijen een daadkrachtig wapen om op te treden tegen mededingingsbeperkende praktijken. De uitdaging is en blijft evenwel om te waken over een redelijk evenwicht tussen de rechten en de belangen van de verzoeker en de verwerende partij.

¹⁷⁷. *Cyclocross*, randnrs. 73-76.

¹⁷⁸. Brussel 19 oktober 2011, nrs. 2012/MR/7 en 2013/MR/8, *Spira / De Beers I*, *TBH* 2012, 990.

¹⁷⁹. *Cyclocross*, randnr. 118.

¹⁸⁰. *Cyclocross*, randnr. 77.

¹⁸¹. Brussel 7 september 2016, nrs. 2015/MR/2 en 2016/MR/1, *Cyclocross*, www.belgiancompetition.be, randnr. 106.