

Artikelen – Articles

Overzicht van de beslissingspraktijk van de Belgische Mededingingsautoriteit in 2014*

Johan Ysewyn & Melissa Van Schoorisse**

I. 2014 IN CIJFERS	143	1. Toepassingsgebied van het concentratie- toezicht	152
II. BELEIDSINITIATIEVEN	144	2. Onderzoeks- en beslissingstermijn	152
A. Reparatiewet	144	3. (Niet-)vereenvoudigde aanmelding	152
B. Prioriteitenbeleid voor 2014	144	4. Horen van derden	153
C. Nieuwe boeterichtsnoeren	145	5. Concentratiebeleid	153
D. Het ethisch handvest der assessoren	147	B. Toelaatbaarheidsanalyse	154
III. INSTITUTIONELE PIJNPUNTEN	148	1. Marktafbakening	154
A. De praktische gevolgen van <i>VEBIC</i> – Overgangsbepalingen	148	1.1 Productmarktafbakening	154
B. Volle rechtsmacht van het Hof van Beroep	150	1.2 Geografische marktafbakening	155
C. Grondwettelijkheid artikel 79 WER-IV	150	C. Substantiële analyse	155
IV. CONCENTRATIETOEZICHT	152	a) Tecteo/Eda-Avenir Advertising	155
A. Aanmeldingspraktijk	152	b) Standaard Boekhandel/Club	156
		D. Verbintenissen en toezeggingen	156
		E. Beroepen tegen goedkeuringsbeslissingen – toegang tot het dossier door derden	156
		V. RESTRICTIEVE MEDEDINGINGS- PRAKTIJKEN	159
		A. Prioriteitenbepaling van het vervolgingsbeleid	159
		1. Informeel mededingingsbeleid	159
		2. Onderzoeks- en sepotbevoegdheid: opportunity	160
		3. Huiszoekingen	163
		B. Bevoegdheid van de BMA en toepassing van het mededingingsrecht in gereguleerde sectoren en overheidsopdrachten	163

* Het Overzicht 2014 is gefinaliseerd op 26 mei 2015.

** Beide auteurs zijn advocaten bij Covington & Burling LLP in Brussel en Londen. De auteurs wensen Voorzitter Jacques STEENBERGEN, Auditeur-Generaal Véronique THIRION en Directeur Juridische Studies Joachim MARCHANDISE te bedanken voor hun steun en commentaren bij de voorbereiding van dit Overzicht. Beide auteurs waren dit jaar persoonlijk betrokken in de volgende zaken: *Waterland Private Equity Fund V.C.V. en Unimar NV*, BMA-2014-C/C-06-AUD, 7 april 2014; Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108; Brussel, 25 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 122; Brussel, 9 april 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 126; Brussel, 30 april 2014, onuitg.; Brussel, 27 juni 2014, onuitg.; Brussel, 19 november 2014, gepubliceerd op www.mededinging.be.

C. Relatie tussen het Mededingingscollege en het Auditoraat	163
D. Procedure voor het Mededingingscollege	164
1. Termijnen	164
2. Samenstelling van en toegang tot het dossier	164
3. Bewijsvergaring en bewijswaarde	164
4. Hoger beroep tegen huiszoekingen	165
E. Procedure voor het Hof van Beroep	169
1. Effect op verjaring	169
F. Substantiële analyse	169
1. Toepassing van art. 101 en 102 VWEU	169
2. Marktafbakening	169
3. Art. 2 WER-IV: misbruik van machtspositie	169
a) Beoordeling door het Mededingingscollege van de Ontwerpbeslissing	169
b) Machtspositie	170
c) Misbruik	170
G. Boetes en andere maatregelen/dwangsommen	171
H. Voorlopige maatregelen	173
1. Rol van het Auditoraat	173
2. <i>Prima facie</i> inbreuk	174
3. Ernstig, onmiddellijk, en moeilijk herstelbaar nadeel of schade aan het algemeen economisch belang	174
4. De opgelegde voorlopige maatregel	174
VI. CONCLUSIE	176

Inleiding

1. Dit is de zestiende editie van dit Overzicht¹ en meteen de gelegenheid voor twee primeurs. Vooreerst is dit het eerste Overzicht volledig gewijd aan de beslissingspraktijk van de nieuwe Belgische Mededingingsautoriteit ('BMA') die in september 2013 van start is gegaan. Het Overzicht 2014 bespreekt uiteraard nog enkele aspecten van de toepassing door de Raad voor de Mededinging van de Wet tot

¹ De afleveringen van dit Overzicht voor de periode 1996-2006 zijn gebundeld in J. YSEWYN, *Tien jaar Belgisch Mededingingsrecht – Rechtspraakoverzicht*, Gent, Larcier, 2008, 600. Indien verwezen wordt naar vorige Overzichten gebeuren de referenties naar deze bundeling als '*Tien jaar Belgisch Mededingingsrecht*'. Het Overzicht van Rechtspraak 2007 werd gepubliceerd in *TBM* 2008/3, 12-36 ('*Overzicht 2007*'). Het Overzicht van Rechtspraak 2008 werd gepubliceerd in *TBM* 2009/3, 11-55 ('*Overzicht 2008*'). Het Overzicht van Rechtspraak 2009 werd gepubliceerd in *TBM* 2010, 3-32 ('*Overzicht 2009*'). Het Overzicht van Rechtspraak 2010 werd gepubliceerd in *TBM* 2011/3, 192-213 ('*Overzicht 2010*'). Het Overzicht van Rechtspraak 2011 werd gepubliceerd in *TBM* 2012/4, 247-272 ('*Overzicht 2011*'). Het Overzicht van Rechtspraak 2012 werd gepubliceerd in *TBM* 2013/3, 231-259 ('*Overzicht 2012*'). Het Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging en overzicht van de beslissingspraktijk van de Belgische Mededingingsautoriteit in 2013 werd gepubliceerd in *TBM* 2014/3, 173-206 ('*Overzicht 2013*').

Bescherming van de Economische Mededinging² ('WEM 2006'), met name op het niveau van het Hof van Beroep, maar spitst zich nu voornamelijk toe op de toepassing van het Wetboek Economisch Recht ('WER-IV' of 'Boek Mededinging').³ De tweede vernieuwing is dat het Overzicht voor de eerste maal wordt gepubliceerd in de zomer – eerder dan in het najaar. We trachten hiermee tegemoet te komen aan de vraag van de lezers van dit Overzicht om sneller in te spelen op de mededingingsactualiteit.

2. Dit Overzicht bespreekt zoals traditioneel de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie in het kader van hun bevoegdheden op grond van de WEM 2006 en het Boek Mededinging. Parallellen met het Europees mededingingsrecht en de Europese rechtspraak en beslissingspraktijk zullen, waar relevant, ook aan bod komen.

² KB van 15 september 2006 houdende coördinatie van de wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging en van de wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, *BS* 29 september 2006, 50613.

³ Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV 'Bescherming van de mededinging' en van boek V 'De mededinging en de prijsevoluties' in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V in boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS* 26 april 2013, 25216; Wet houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in art. 77 van de Grondwet, in boek IV 'Bescherming van de mededinging' en boek V 'De mededinging en de prijsevoluties' in het Wetboek van economisch recht, *BS* 26 april 2013, 25248; Voor gedetailleerde commentaren op de Wet, zie ondermeer J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische Mededingingswet 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013; N. BAETEN, 'Het nieuwe Belgisch mededingingsrecht: de uitvoeringsbesluiten', *TBM* 2013, afl. 4, 362-375; H. GILLIAMS, 'Het nieuwe Belgisch Mededingingsrecht', *TBH* 2013/6, 479-502; M. ABENHAIM en J. PROBST, 'Du contrôle des prix en Belgique: Une analyse du Livre V du Code de droit économique', *TBM* 2013/2, 113-130; D. GERARD en A. DE CRAYENCOUR, 'La réforme du droit belge des pratiques restrictives de concurrence', *TBM* 2013/2, 131-144; P. GOFFINET, 'Le nouveau régime belge du contrôle des concentrations', *TBM* 2013/2, 145-166; K. MARCHAND en B. STULENS, 'De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil nove sub sole?*', *TBM* 2013/2, 167-181; F. TUYTSCHAEVER en M. VARGA., 'Wegwijs in het vernieuwde Belgische mededingingsrecht', *Cah.jur.* 2013, afl. 3, 57-66; D. VANDERMEERSCH, 'De mededingingsregels en hun handhaving: de hervorming van 2013', *Het nieuwe wetboek van economisch recht*, Larcier, Brussel, 2014, 53-104; A. VAN DEN BOSSCHE, 'Boek IV van het Belgische Wetboek van economisch recht: bescherming van de mededinging', *SEW* 2013, afl. 10, 414-429; A. WALCKIERS, C. GHEUR en A. VERHEYDEN, *La nouvelle loi: lignes de force et points faibles / De nieuwe wet: krachtlijnen en zwakke punten*, *TBM* 2013, afl. 3, 282-299.

I. 2014 in cijfers

3. Het aantal meldingen van concentraties blijft sterk fluctueren. In 2014 is dit aantal gezakt naar het laagste niveau van de afgelopen vijf jaar. Het onderstaande overzicht toont verder ook aan dat er in 2014 minder eindbeslissingen werden geveld – wat logisch is gezien de daling van het aantal meldingen – en opnieuw werd dit jaar, zoals in 2012 en 2013, geen tweede-fase onderzoek gevoerd. Het aantal niet-vereenvoudigde zaken bleef op hetzelfde niveau als in 2013.⁴

Concentraties	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Aanmeldingen ⁴	20	13	7	19	20	17	25	16
Eindbeslissingen	20	15	7	16	20	17	23	18
Niet-vereenvoudigde zaken	1	4	2	3	3	4	2	2
Tweede fase-onderzoeken	0	2	0	0	1	0	0	0

4. Op het vlak van restrictieve mededingingspraktijken kunnen we opnieuw opmerken dat er zeer weinig klachten en verzoeken tot voorlopige maatregelen werden neergelegd. Ondanks het doorvoeren van een aantal procedurele wijzigingen in de WER-IV die de behandeling van klachten en verzoeken tot voorlopige maatregelen moet vereenvoudigen⁵, is het aantal klachten in 2014 niet substantieel gestegen. Hetzelfde geldt voor het aantal verzoeken tot voorlopige maatregelen, dat zelfs in aantal afneemt ten opzichte van enkele jaren geleden. Daar waar een aantal observatoren – met inbegrip van de auteurs van dit Overzicht – een substantiële stijging van het aantal verzoeken hadden verwacht gelet op de strikte tijdslijn voorzien in de WER-IV, is dit tot op heden niet gebeurd.

Restrictieve mededingingspraktijken	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Klachten	9	13	8	11	4	4	5	6
Verzoeken tot voorlopige maatregelen	4	3	1	3	2	3	1	1
Ambtshalve onderzoeken	3	7	5	1	1	2	3	6

5. Een tabel die we de voorbije jaren hebben kunnen introduceren betreft de onderzoekspraktijk.⁶ Interessant hier is dat het aantal immuniteits- en clementieaanvragen in 2014 exponentieel lijkt te zijn toegenomen. Dit heeft ongetwijfeld

te maken met een aantal van de inspecties die het voorbije jaar zijn uitgevoerd (*infra*, § 125).

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Clementieaanvragen ²	6	6	7	5	3	6	9	17
Lopende onderzoeken	17	19	17	15	14	12	vertrouwend	13
Huiszoekingen	3	3	8	6	6	2	2	2
Inspecties in privé-woningen	0	2	0	0	0	0	0	0
Gemiddelde duur procedures: inbreukbeslissingen/afwijzing klachten	39m/12m	37m/3m (kartels) -/20m (misbruikdossiers)	-/22 m (kartels) 44/51 m (misbruikdossiers)	47/11m (kartels) -/18m (misbruikdossiers)	42/16m ³	37m/-	49m	37m/3m

6. Wat traditioneel buiten het toepassingsgebied van dit Overzicht valt, zijn de adviezen van de BMA, aangezien deze formeel niet binnen de beslissingspraktijk van de BMA vallen. Toch, voor de volledigheid, een korte toelichting in dit hoofdstuk.

De BMA heeft op verzoek van het Hof van Beroep te Antwerpen in een *amicus curiae* brief toelichting gegeven inzake de definities van productmarkten voor pakjesvervoer. De vraag betrof de toepassing van de *de minimis*-richtsnoeren op een exclusiviteitsbeding. In lijn met het *Expedia*-arrest van het Hof van Justitie en de *de minimis*-richtsnoeren van de Europese Commissie, heeft de BMA geadviseerd dat dit exclusiviteitsbeding in ieder geval niet kwalificeert als een doelbeperking en, op basis van de beschikbare marktaandeelen, allicht valt onder de toepassing van de *de minimis*-richtsnoeren.⁹

De BMA was ook één van de mededingingsautoriteiten die in de *Motorola*-zaak voor het Court of Appeal of the Seventh Circuit (in Chicago) in een *amicus curiae* brief het – juridisch logische maar in de VS betwiste – standpunt verdedigde dat in de Verenigde Staten enkel schadevergoeding kan worden gevorderd voor een buitenlands kartel indien in de Verenigde Staten rechtstreeks of onrechtstreeks schade werd geleden.¹⁰

⁴ Het verschil in sommige jaren tussen het aantal meldingen en het aantal beslissingen is te verklaren door de eindejaarsaanmeldingen die pas geleid hebben tot een beslissing in het daaropvolgende jaar. Zie *Overzicht 2013*, § 4.

⁶ De cijfers zijn gebaseerd op het Jaarverslag 2014 van de Belgische Mededingingsautoriteit – http://economie.fgov.be/nl/binaries/2014_Jaarverslag_BMA_tcm325-267346.pdf.

⁷ Het betreft hier zowel immuniteits- als clementieaanvragen.

⁸ Het Jaarverslag van de Algemene Directie Mededinging maakt, in tegenstelling tot voorgaande jaren, geen onderscheid meer tussen de duur van de procedures in kartel- en misbruik van machtspositie-dossiers.

⁹ Zie http://economie.fgov.be/nl/binaries/141117_amicus%20curiae%20-%20hvb%20_Antwerpen_niet-vertrouwend_tcm325-260364.pdf.

¹⁰ Zie http://economie.fgov.be/nl/binaries/Amicus_Motorola_141009_sng_tcm325-260363.pdf.

Het Directiecomité gaf ook een advies over een marktanalyse voorgelegd door het BIPT bij toepassing van de telecomcommunicatiewetgeving.¹¹

II. Beleidsinitiatieven

7. De investituur van een nieuwe autoriteit vertaalt zich traditioneel in een aantal nieuwe beleidsinitiatieven. De belangrijkste hiervan waren in 2014:

- reparatiewet;
- de publicatie van een prioriteitennota;
- de aanpassing van de boeterichtsnoeren; en
- de publicatie van een ethisch handvest der assessoren.

A. Reparatiwewet

8. Nog geen zeven maanden na de inwerkingtreding van de WER-IV, werd de eerste reparatiewet door het Parlement gestemd. Op basis van – een enigszins weggemoffeld – artikel 9, 1° Wet van 2 april 2014 houdende invoeging van boek X ‘Handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies’ in het Wetboek Economisch Recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek X in boek I van het Wetboek Economisch Recht werd in artikel 80, §2 WER-IV een vierde lid toegevoegd:

*‘De verjaring met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing wordt geschorst zolang een beslissing van de auditeur of van het auditoraat het voorwerp vormt van een procedure aanhangig bij het Hof van Beroep te Brussel’.*¹²

Deze bepaling vond haar achtergrond in het feit dat een aantal beroepsprocedures aanhangig waren gemaakt door partijen in een aantal oudere karteldossiers waardoor er een verjaringsrisico ontstond (*infra*, § 140, 157-158). De wetgever heeft dan ook voorzien dat een schorsing van de onderzoeks- en beslissingsprocedure voor de BMa door – of voor – het Hof van Beroep niet doorgerekend wordt in de verjaringstermijn. Interessant is wel dat deze bepaling enkel geldt voor procedures voor het Hof van Beroep en niet voor het Hof van Cassatie.

B. Prioriteitenbeleid voor 2014

9. De WER-IV voorziet in de bevoegdheid voor het Directiecomité om in het begin van elk jaar een nota op te stellen waarin de prioriteiten voor dat jaar worden vastgesteld

en medegedeeld aan de minister.¹³ Dit vormt zonder enige twijfel een contrast met het verleden waar het prioriteitenbeleid niet op een gestructureerde manier werd bekendgemaakt, maar eerder moest worden afgeleid op basis van informele publicaties van leden van de autoriteit, lopende onderzoeken en de soms zeer beperkte motivering van sepotbeslissingen.¹⁴

10. Op 24 februari 2014 publiceerde de BMa haar eerste jaarlijkse prioriteitennota onder de titel ‘*Het prioriteitenbeleid van de Belgische Mededingingsautoriteit voor 2014*’. Daarin zette zij uiteen welke sectoren verhoogde aandacht zouden krijgen in 2014, en op welke manier de BMa zou selecteren welke formele onderzoeken er gevoerd zullen worden.

11. In de prioriteitennota 2014, stelt de BMa – niet onterecht, gelet op de nog altijd zeer beperkte middelen – dat telkens een afweging gemaakt zal worden tussen het positieve effect van het onderzoek op de markt, en de middelen die daarvoor nodig zijn. Daarbij wordt rekening gehouden met vier factoren:

- de impact van de inbreuk: hierbij maakt de BMa een evaluatie van de schade die de inbreuk heeft veroorzaakt, zowel wat betreft de prijs als de kwaliteit van het product, of de dienstverlening. De BMa houdt hier ook rekening met diverse indirecte effecten, zoals het ontradingseffect van andere inbreuken in aanverwante sectoren en het effect op de waardeketen;
- het strategisch belang van het onderzoek: een onderzoek kan van strategisch belang zijn indien het een sector betreft die als prioritair wordt beschouwd (*infra*, § 117) of wanneer de zaak een precedentswaarde kan hebben die kan leiden tot een verduidelijking van de wet;
- het risico dat het onderzoek geen nuttig resultaat zal opleveren;
- de beschikbare middelen.

12. De prioritaire sectoren voor 2014 mogen volgens de nota rekenen op verhoogde aandacht, terwijl dit niet ten koste mag gaan van andere zware inbreuken. Wanneer men door het lijstje van geïndiceerde sectoren gaat, kan men zich niet van de indruk ontdoen dat de BMa hier eerder reactief te werk gaat. Men had de verwachting kunnen hebben dat deze eerste prioriteitennota een doordacht beleid zou vooropstellen, waarbij proactief wordt nagedacht over de sectoren die in België het meest aandacht behoeven. Wat men moet vaststellen is dat de BMa de lopende onderzoeken – vaak gestart in een ver verleden – als basis neemt voor de bepaling van de prioritaire sectoren.

13. Dit wordt geïllustreerd door de volgende tabel, waaruit blijkt dat de geprioritiseerde sectoren in grote mate een reflectie zijn van lopende zaken uit het verleden:

¹³ Art. 25 WER-IV.

¹⁴ Zie bv. J. VAN PARYS, Verslag Tweede Lunchforum Mededinging, Het Prioriteitenbeleid van de Belgische Mededingingsautoriteit, *TBM* 2008-2, 44.

¹¹ Advies N° 2014-A/A-01, 26 mei 2014.

¹² Wet houdende invoeging van boek X ‘Handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies’ in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek X in boek I van het Wetboek van economisch recht, 2 april 2014, *BS* 28 april 2014, 35053, art. 9.

Geprioritiseerde sectoren	Zaken pre-2014
Geliberaliseerde sectoren en netwerk-industrieën	• <i>Electrabel</i> , beslissing MEDE-I/O-15 in 2014; <i>bpost</i> , beslissing P/K- 32 in 2012
Kansspelen	• Huiszoekingen Nationale Loterij in 2013
Grootdistributie en de relaties met haar leveranciers	• <i>Supermarkten</i> , MEDE-I/O-06/0038, lopende zaak; <i>Fast moving consumer goods</i> , lopende zaak
Logistiek en transport	• <i>Reisbureaus</i> , MEDE-I/O-06/007A, lopende zaak • <i>Stuwadoors</i> , MEDE-I/O-06/0001, lopende zaak

Verdere prioriteiten betreffen de vrije beroepen en de media-sector. De prioriteitennota verwijst ook naar de sectoren van de openbare aanbestedingen en financiële diensten.

14. Er werd ook aangekondigd dat het prioriteitenbeleid in de toekomst zal worden opgesteld in samenspraak met het Prijzenobservatorium. Het Observatorium is namelijk van plan om een synthetische index te ontwikkelen op basis van een aantal indicatoren zoals prijs, winstmarges en marktaandeelen, met als doel dysfuncties in de markt te meten. Van zodra deze screening-methodologie op punt staat, zal de BMa zich hierop baseren om te bepalen in welke sectoren zij onderzoeken zal openen.

C. Nieuwe boeterichtsnoeren

15. Op 26 augustus 2014 heeft het Directiecomité nieuwe Boeterichtsnoeren¹⁵ aangenomen. In principe zal de BMa zich na 1 november 2014 bij het berekenen van geldboeten baseren op de Boeterichtsnoeren van de Europese Commissie¹⁶, met een aantal nuanceringen. De oude Belgische boeterichtsnoeren van 2011¹⁷ zijn niet langer van toepassing. Dit heeft het voordeel dat de BMa – en partijen – zich nu kunnen beroepen op de zeer uitgebreide beslissingspraktijk van de Europese Commissie en rechtspraak van het Hof van Justitie inzake berekening van boetes.

¹⁵ Belgische Mededingingsautoriteit, *Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV:70, § 1, eerste lid WER bij overtredingen van de artikelen IV:1, § 1 en/of IV:2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU*, 26 augustus 2014, BS 10 september 2014, 71456 (hierna: 'Boeterichtsnoeren 2014'); voor een meer gedetailleerde analyse, zie T. JANSSENS en T. OEYEN, 'De nieuwe Belgische boeterichtsnoeren', *TBM* 2015, 3-6.

¹⁶ Europese Commissie, *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd*, PB.C. 1 september 2006, 210/2 (hierna: 'EU Boeterichtsnoeren').

¹⁷ Raad voor de Mededinging, *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten inzake restrictieve mededingingspraktijken die uit hoofde van artikel 63 van de wet op de bescherming van de economische mededinging worden opgelegd*, 19 december 2011, BS 18 januari 2012, 3217 (hierna: 'Boeterichtsnoeren 2011').

16. De Boeterichtsnoeren 2014 zijn van toepassing vanaf 1 november 2014 op alle zaken waarin op die dag nog geen met redenen omkleed ontwerp van beslissing was overgemaakt aan het Mededingingscollege. Enkel in zaken die het voorwerp zijn van een transactieprocedure en waarvoor het Auditoraat op 1 november 2014 al een boetevork had medegedeeld, worden de Boeterichtsnoeren 2011 nog toegepast, maar enkel indien die transactieprocedure effectief leidt tot een transactie. Aangezien de Boeterichtsnoeren 2014 over het algemeen meer repressief zijn – en in de meeste gevallen zullen leiden tot hogere boetes – heeft deze bepaling betreffende de werking in de tijd geresulteerd in een aantal transactiegesprekken met de BMa die hoogstwaarschijnlijk zullen leiden tot beslissingen in 2015.¹⁸

17. Net als onder de Boeterichtsnoeren 2011, wordt de boete bepaald door een berekeningsbasis vast te stellen aan de hand van de bij de inbreuk betrokken omzet, en daarop vervolgens percentages toe te passen op basis van de ernst en de duur van de inbreuk. Waar echter onder de Boeterichtsnoeren 2011 de percentages op basis van de ernst- en duurfactoren met elkaar werden opgeteld, wordt onder de Boeterichtsnoeren 2014 het bedrag berekend op basis van de ernst-factor vermenigvuldigd met het aantal jaren van de inbreuk, en daarbij wordt eventueel een *deterrence multiplier* opgeteld. Vervolgens wordt dit bekomen basisbedrag aangepast op basis van verzwarende en verzachtende omstandigheden, en eventueel aangepast aan het wettelijk maximum van 10% van de omzet in België en bij de export.

18. Even de stappen in detail: de belangrijkste wijziging betreft dus de factor duur. Onder de Boeterichtsnoeren 2011 werd, voor de duur, per jaar een bedrag voorzien van 10 tot 30% van het bedrag voor de factor ernst.¹⁹ Onder de Boeterichtsnoeren 2014 wordt, in overeenstemming met het regime van de EU Boeterichtsnoeren, het bedrag zoals bepaald op basis van de factor ernst vermenigvuldigd met het aantal jaren van de inbreuk.²⁰

Onder de Boeterichtsnoeren 2011 genoot de BMa een zekere discretionaire bevoegdheid om de impact van de duur-factor te bepalen. Deze discretie valt nu weg, in die zin dat deze factor nu meespeelt voor 100% per jaar. Dat dit alles aanleiding zal geven tot substantieel hogere boetes, kunnen we illustreren aan de hand van het voorbeeld uit de Boeterichtsnoeren 2011.²¹ De berekeningsbasis in dit voorbeeld is 100.000 euro, met een percentage ernst van 20%,

¹⁸ M. NEWMAN en C. NELISSE, 'Carrefour, Delhaize, others near settlement in Belgian probe of personal-care products', *MLex*, 19 maart 2015. <http://www.mlex.com/EU/Content.aspx?ID=658155>.

¹⁹ Boeterichtsnoeren 2011, § 30-32.

²⁰ Boeterichtsnoeren 2014, § 24.

²¹ Boeterichtsnoeren 2011, § 32.

en een duur van 5 jaar (voor de duur werd een percentage van 30% in aanmerking genomen).

- i. Berekening onder de Boeterichtsnoeren 2011:
 Factor ernst: $100\ 000 \times 20\% = 20\ 000$ euro
 Factor duur: $(20\ 000 \times 30\% = 6000) \times 5$ jaar = 30 000 euro
Totaal: 20 000 + 30 000 = 50 000 euro
- ii. Berekening onder de Boeterichtsnoeren 2014:
 Factor ernst: $100\ 000 \times 20\% = 20\ 000$ euro
 Factor duur: $20\ 000 \times 5$ jaar = 100 000 euro
Totaal: 100 000 euro²²

19. Ook de deterrence multiplier uit de EU Boeterichtsnoeren is een nieuw concept voor de BMa. Het doel van de deterrence multiplier is ‘ondernemingen ervan te weerhouden deel te nemen aan horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking’.²³ In het geval van horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking wordt er, onafhankelijk van de duur van inbreuk, een bedrag van 15% tot 25% van de betrokken omzet toegevoegd aan de boete. Ook bij andere inbreuken kan een dergelijke deterrence multiplier aan de boete toegevoegd worden.²⁴

20. De Boeterichtsnoeren 2014 bevatten echter ook enkele afwijkingen en aanvullingen ten aanzien van de EU Boeterichtsnoeren, voornamelijk wat betreft (i) de in aanmerking te nemen omzet, (ii) de impact van clementie en transactie en (iii) identieke of soortgelijke inbreuken.

21. De Boeterichtsnoeren 2014 verduidelijken eerst en vooral dat, voor boetes opgelegd door de BMa, rekening moet gehouden worden met de Belgische omzet, die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.²⁵ Wanneer een onderneming geen Belgische omzet heeft, wordt het basisbedrag berekend op basis van de volgende omzetcijfers:

- Indien de inbreuk bestond in een marktverdeling waarbij een onderneming zich ertoe verbond niet in België te verkopen, wordt het basisbedrag berekend op basis van de betrokken omzet van die onderneming op de geografische markten waarop die ondernemingen wel goederen of diensten aanboden. Dit is in lijn met de beslissingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van de Europese hoven, die bevestigen dat, wanneer een deelnemer aan een globaal marktverdelingskartel geen omzet heeft in de EER, de Commissie het aandeel van die onderneming in

de totale omzet van het kartel mag toepassen op de totale EER-wijde omzet van het kartel;²⁶

- In alle andere gevallen wordt het basisbedrag berekend op basis van het gemiddelde van de omzet behaald door de andere ondernemingen in België die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.²⁷

22. Recidive wordt beschouwd als een verzwarende omstandigheid op basis waarvan het basisbedrag zal worden verhoogd tot 100% per vastgestelde inbreuk.²⁸ De Boeterichtsnoeren 2014 definiëren het begrip recidive als een ‘*identieke of soortgelijke inbreuk*’ in een Lidstaat van de Unie die het voorwerp is van een beslissing van de Europese Commissie of van een nationale mededingingsautoriteit in een buurland van België of in het Verenigd Koninkrijk.²⁹ De Boeterichtsnoeren 2014 verduidelijken bovendien dat er geen sprake is van recidive in hoofde van een groep ondernemingen indien een eerdere identieke of soortgelijke inbreuk gepleegd werd door een dochteronderneming waarover pas na de beëindiging van de eerdere inbreuk de controle werd verkregen.³⁰

23. Het wettelijk maximum van de boete blijft 10% van de totale omzet behaald tijdens het vorige boekjaar op de nationale markt en bij de export.³¹

24. Vervolgens wordt de regelgeving inzake immuniteit en de vermindering van geldboeten toegepast overeenkomstig de Clementiemededeling van de BMa.³² De gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten wordt berekend overeenkomstig de Boeterichtsnoeren.³³

25. Uiteindelijk, indien het Auditoraat een transactie afsluit, wordt de boete overeenkomstig artikel 54, tweede lid WER-IV verminderd met 10%.³⁴

26. Men kan zich de vraag stellen wat het nut was om nu al de boeterichtsnoeren aan te passen – en *de facto* te verstrengen.³⁵ De Boeterichtsnoeren 2011 waren immers zeer

²⁶ Zie onder meer: Beslissing van de Europese Commissie van 7 oktober 2009, COMP/39129 *Power Transformers*, § 231-238; op dit punt bevestigd in Ger.EU, 21 mei 2014, T-519/09, *Toshiba t. Commissie*, § 267-293; beroep hangende (C-373/14 P).

²⁷ Boeterichtsnoeren 2014, § 6.

²⁸ EU Boeterichtsnoeren, § 28.

²⁹ Boeterichtsnoeren 2014, § 11.

³⁰ *Ibid.*, § 12. Zie bijvoorbeeld Ger.EU, 23 januari 2014, T-391/09, *Evonik Degussa t. Commissie*, § 149-156.

³¹ *Ibid.*, § 7; Art. 10, § 1 WER-IV.

³² *Ibid.*, § 8.

³³ *Ibid.*, § 9.

³⁴ *Ibid.*, § 10.

³⁵ Wel moet erkend worden dat de WER-IV nog altijd genereuzer is op het vlak van de maximumdrempel van 10%. In België wordt die berekend op basis van de **omzet op de nationale markt** en bij de export. In vele van de ons omringende landen wordt die berekend op basis van de wereldwijde omzet, met name in Frankrijk, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

²² Dit bovendien zonder de toevoeging van een mogelijke *deterrence multiplier* die het basisbedrag nog verder kan opdrijven.

²³ EU Boeterichtsnoeren, § 25.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Boeterichtsnoeren 2014, § 5.

weinig toegepast en we hadden dus ook heel weinig concrete ervaring in dossiers om de impact ervan in te schatten. Ook kan men zich de vraag stellen of, in de specifieke Belgische context, een meer repressief boetebeleid nodig, of zelfs nuttig is. De grote Belgische bedrijven, of de Belgische filialen van internationale ondernemingen, zijn zich zeer goed bewust van de risico's van het mededingingsrecht en mededingings-compliance is een belangrijk aandachtspunt.³⁶ Compliance op het niveau van KMO's is zeker een aandachtspunt maar een repressief boetebeleid lijkt ons, op dat niveau, minder aangewezen.

D. Het ethisch handvest der assessoren

27. Op 28 november 2014 publiceerde de Belgische Mededingingsautoriteit een ethisch handvest der assessoren.³⁷ Assessoren worden benoemd door de Koning voor een hernieuwbaar mandaat van zes jaar,³⁸ maar oefenen verder hun andere professionele activiteiten uit, waaronder dat van advocaat of bedrijfsjurist. Voor iedere zaak wordt een nieuw Mededingingscollege samengesteld, dat telkens bestaat uit de Voorzitter of assessor-ondervoorzitter, en twee assessoren die worden gekozen uit de lijst van twintig Franstalige en Nederlandstalige assessoren.³⁹ Onder meer in de context van clementiedossiers bestonden er risico's op informatielekken bij het uitvoeren van conflictcontroles door advocaat-assessoren.

28. Het ethisch handvest bestaat voor meer dan de helft uit een opsomming van bepalingen van de WER-IV. Een kleine twee bladzijden vormen de eigenlijke toegevoegde waarde met bijkomende beschermingsmaatregelen.

29. De WER-IV legde met betrekking tot de onafhankelijkheid van assessoren reeds vast dat zij geen enkele instructie mogen aanvaarden bij het nemen van beslissingen in de zaken waarin zij zitting hebben.⁴⁰ Wat betreft het beroepsgeheim bepaalt de WER-IV dat de 'vertrouwelijke gegevens en informatie waarvan zij wegens hun functie kennis hebben gekregen' enkel mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor ze werden ingewonnen, en enkel mogen worden bekendgemaakt wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen.⁴¹

³⁶ G. PAUWELS en J. YSEWYN, 'De impact van het mededingingsrecht op het Belgisch bedrijfsleven – De resultaten van een Competition Compliance Survey door het Instituut Bedrijfsjuristen', *TBM* 2011/4, 279-290.

³⁷ 'Ethisch handvest der assessoren, resolutie over de belangenconflicten en de beroepsethiek', Belgische Mededingingsautoriteit, http://economie.fgov.be/nl/binaries/2014_Ethisch_handvest_tcm325-259933.pdf.

³⁸ Art. 22 (2) WER-IV.

³⁹ Art. 22 (1) WER-IV.

⁴⁰ Art. 22 (4) WER-IV.

⁴¹ Art. 34 WER-IV.

30. Verder zijn de wettelijke wrakingsgronden voor rechters in burgerlijke procedures⁴² ook van toepassing op assessoren. Hiermee tracht men te voorkomen dat assessoren worden aangeduid die op zodanige manier bij de zaak betrokken zijn, op dat moment of in het verleden, dat zij niet meer op een objectieve manier zouden kunnen oordelen. De bepalingen met betrekking tot onverenigbaarheden hebben hetzelfde oogmerk, zij het dat er bij wrakingsgronden reeds een grond voor conflict is en men bij onverenigbaarheden een potentieel conflict tracht te vermijden.

31. Het probleem is dat de wettelijk voorziene wrakingsgronden en onverenigbaarheden geen rekening houden met de bredere professionele omgeving van de assessor en geen ruimte laten voor conflicten die ontstaan door het feit dat de organisatie waarvan de assessor deel uitmaakt – advocatenkantoor, onderneming, bank – conflicterende belangen heeft. Zo zou een assessor kunnen worden aangeduid wiens kantoor cliënten heeft waarop de zaak een impact zou kunnen hebben, zelfs indien de assessor zelf nooit betrokken is geweest bij het werk voor dergelijke cliënten. Veel kantoren hebben om die reden een beleid van conflictcontrole, om dergelijke belangenvermenging te voorkomen, maar zelfs dan staat het beroepsgeheim dit in principe in de weg – artikel 34 WER-IV voorziet hiervoor geen uitzondering.

Anderzijds is de WER-IV ook stil met betrekking tot de periode na de beslissing. Zo werd niets bepaald met betrekking tot procedures die eventueel zouden volgen na een beslissing, bijvoorbeeld beroeps-, monitoring- of schadevergoedingsprocedures. In theorie zou het dus mogelijk zijn dat een assessor nadien in een andere hoedanigheid betrokken is bij de zaak, wat opnieuw aanleiding zou kunnen geven tot conflicten.

32. Het zijn precies deze vragen die aan de basis lagen van het ontstaan van het ethisch handvest der assessoren. Het handvest tracht deze lacunes te dichten op drie fronten.

33. Een eerste – zeer algemene – bepaling maant assessoren aan om niet enkel hun onafhankelijkheid te waarborgen maar ook *elk* belangenconflict te vermijden.

34. Ten tweede werden drie specifieke maatregelen geïntroduceerd: een verplichting tot openbaarmaking, een bijzondere procedure inzake clementieverzoeken, en een verplichte onthouding bij tussenkomsten na de beslissing.

- De verplichting tot openbaarmaking omvat een aantal omstandigheden die de assessoren, naast de wrakingsgronden in artikel 828 Ger. Wb., vanaf nu zullen melden aan de Voorzitter, dit keer mét aandacht voor de bredere professionele omgeving van de assessor. De Voorzitter

⁴² Art. 828 Ger. Wb.

zal nagaan of er bezwaren zijn tegen de aanstelling. Een mededeling zal plaatsvinden:

- i. indien de assessor of de onderneming, vennootschap, vereniging of organisatie waarvan hij deel uitmaakt partij is
 - a. in de zaak voor het Mededingingscollege; of
 - b. in een procedure met hetzelfde voorwerp voor een rechterlijke instantie of andere bestuurlijke autoriteit; of
 - c. bij een geschil over eenzelfde vraag als die welke is voorgelegd aan het Mededingingscollege.

Dit geldt ook indien de partij in de procedures een onderneming is die de assessor zelf, of een lid van zijn organisatie, bestuur of vereniging op dat ogenblik adviseert of verdedigt inzake mededingingsrecht;
- ii. indien er persoonlijke banden zijn tussen de assessor en één van de bedrijfsleiders of leden van het hoger leidinggevend personeel van een onderneming die partij is in de procedure voor het Mededingingscollege of waarvan redelijkerwijze een verzoek tot tussenkomst kan verwacht worden;
- iii. indien de assessor in de 3 jaren vóór het verzoek tot aanwijzing heeft gewerkt voor een onderneming die partij is in de procedure voor het Mededingingscollege;
- iv. indien de assessor overweegt te werken voor een onderneming die partij is in dergelijke procedure.

- De bijzondere procedure inzake clementieverzoeken verhelpt dan weer het probleem van het beroepsgeheim bij het uitvoeren van conflictcontroles binnen de eigen organisatie. Het bestaan van dergelijk conflictbeleid binnen de organisatie van een assessor is sinds de invoering van het handvest reeds voldoende om te worden beschouwd als geconflicteerde assessor. Dat betekent *de facto* dat advocaten of bedrijfsrevisoren die deel uitmaken van grotere kantoren met een ruime cliëntenbasis nooit kunnen betrokken worden bij de behandeling van clementieverzoeken;
- De onthouding van tussenkomsten na de beslissing komt ten slotte tegemoet aan de bezorgdheid dat een assessor nadien zou kunnen instaan voor advies of verdediging in beroep, of als monitoring trustee, of bij procedures met betrekking tot de burger- of strafrechtelijke gevolgen van een zaak. Het handvest sluit dit uit, behalve ingeval de assessor zou zetelen als rechter of arbiter, en dit slechts indien de voorschriften van toepassing op deze laatste het toelaten.

35. Het handvest voorziet ook nog een derde luik, met name een onthoudingsplicht inzake het becommentariëren van of het publiceren over zaken waarin assessoren zetelen of hebben gezeteld, tenzij met toestemming van de Voorzitter.

36. Ondanks de zeer beperkte omvang, biedt het handvest een antwoord op een groot deel van de bezorgdheden met betrekking tot assessoren in het verleden. Het sterkt ons

tegelijktijd echter in onze opinie dat de functie van assessor niet weggelegd is voor een advocaat, zeker niet voor advocaten of bedrijfsrevisoren uit de grotere kantoren waar de conflict-risico's zeer groot zijn: vóór de tijd van het handvest kon men twijfels hebben bij een advocaat als assessor, na het handvest wordt het quasi-onmogelijk voor een advocaat uit een groter kantoor om zonder enig punt van discussie als assessor aangesteld te worden. Dat is pijnlijk aangezien niet minder dan één vierde van de assessoren als advocaat actief zijn.

37. Ten minste vanuit één hoek klinkt de roep om een nieuw huishoudelijk reglement van het Mededingingscollege, zoals er één was voor de voormalige Raad voor de Mededinging.⁴³ Ook al werd het Mededingingscollege uitdrukkelijk een administratief karakter toegewezen, daar waar de voormalige Raad als een rechtscollege handelde, zou een huishoudelijk reglement duidelijkheid kunnen scheppen inzake een aantal formele aspecten van haar werking, en eenvormigheid kunnen creëren in de inhoudelijke benadering van zaken. Indien dergelijk reglement tot stand zou komen, zou het handvest der assessoren daarin een uitstekende plaats vinden – eventueel een oplossing voor de bovenstaande bezorgdheden indachtig.

III. Institutionele pijnpunten

A. De praktische gevolgen van VEBIC-Overgangsbepalingen

38. In het tussenarrest van het Hof van Beroep in *Cement*⁴⁴ werden de praktische gevolgen van VEBIC verder behandeld in het licht van de overgangsbepalingen van de WER-IV – of in dit geval de afwezigheid ervan. Het Hof van Beroep behandelde het hoger beroep tegen de beslissing van de uittreedende Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2013, waarin een kartel in de cementsector werd veroordeeld en boetes werden opgelegd.⁴⁵ Deze beslissing werd genomen na de goedkeuring van de WER-IV, maar voor haar inwerkingtreding en viel dus nog onder het vigeur van de WEM 2006. Het hoger beroep werd echter, rekening houdend met de inwerkingtreding van de WER-IV en de afschaffing van de Raad voor de Mededinging, ingesteld tegen de BMA op basis van artikel 79 WER-IV. Zoals het Hof van Beroep terecht opmerkt, houdt geen enkele bepaling van de WER-IV rekening met het geval waar beroep wordt ingesteld tegen een beslissing genomen door de Raad

⁴³ D. VANDERMEERSCH, 'De authenticiteit en de vorm van de beslissingen van het Mededingingscollege' (noot onder Brussel, 19 november 2014, De Persgroep/BMA), *TBM* 2015, 31-36.

⁴⁴ Brussel, 9 mei 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 133; alsook Cass., 20 november 2014, H.14.0001.F, www.cass.be.

⁴⁵ Brussel, 9 mei 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 133, beroep tegen *Cimenteries CBR S.A., Holcim (Belgique) S.A., Compagnie des ciments belges S.A., FEBELCEM A.S.B.L. et CRIC*, 2013-1/O-34, 30 augustus 2013 (zie *Overzicht 2013*, § 117 e.v.).

voor de Mededinging nadat die opgehouden heeft te bestaan door inwerkingtreding van de WER-IV.

39. Het probleem lag des te gevoeliger daar het opnieuw raakte aan de vraag naar de verdediging in rechte van de beslissingen van de Raad voor de Mededinging, genomen in toepassing van de WEM 2006, een problematiek die reeds aan de basis lag van het *VEBIC*-arrest van het Hof van Justitie van 7 december 2010.⁴⁶

40. *In casu* kwam de BMa vrijwillig tussen op 31 oktober 2013, *i.e.* nadat de WER-IV reeds in voege was getreden. De appellantes argumenteerden dat de BMa op basis van de overgangsbepalingen en het Europees Recht niet kon tussenkomen in beroepen tegen beslissingen genomen door de voormalige Raad voor de Mededinging.

41. Het Hof van Beroep stelt in het tussenarrest van 9 mei 2014 vast dat de Raad voor de Mededinging, alsook artikel 75 WEM 2006, werd afgeschaft krachtens de WER-IV. Verder staat het, aldus het Hof, ook vast dat – op basis van artikel 79, §1 WER-IV – enkel hoger beroep kan worden ingesteld tegen de beslissingen van het Mededingingscollege of de auditeur. De overgangsbepalingen in de WER-IV behandelen namelijk niet de situatie alwaar de Raad voor de Mededinging een beslissing heeft genomen, maar een hoger beroep werd ingesteld onder de WER-IV. Verder werd de BMa ook niet wettelijk aangeduid als de juridische opvolger van de Raad voor de Mededinging.

42. Het Hof stelt vast dat de auteur van de bestreden beslissing – de Raad voor de Mededinging – niet langer bestaat en zich dus niet kan verdedigen in het kader van een beroep tegen diens eigen beslissing. Teneinde deze impasse op te lossen heeft het Hof van Beroep de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Cassatie gericht:

⁴⁶ HvJ, 7 december 2010, C-439/08, *Vebic*; zie ondermeer B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, 'De betekenis en draagwijdte van het arrest *Vebic* van het Hof van Justitie', *TBM* 2011, afl. 1, 3-11; F. LOUIS, 'L'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire *VEBIC*: une opportunité de parfaire l'organisation de l'autorité belge de concurrence', *TBM* 2011, 12-16; J. GOYDER, '*VEBIC*: The Role of National Authorities in Appeals against their own Decisions', *Journal of European Competition Law & Practice* 2011, 238-239; E. DE LOPHEM, 'L'arrêt *VEBIC* de la Cour de justice et ses conséquences sur les règles procédurales en droit belge de la concurrence', *J.T.* 2011, 245; T. HENNEN, 'Arrêt *Vebic*: la participation des autorités de la concurrence aux recours formés contre leurs décisions', *J.D.E.* 2011, 133-135; M.J. FRESE, 'Case C-439/08, Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en chocoladebewerders (*VEBIC*)', *CMLR* 2011, 893-906; N. PETIT, 'The Judgment of the European Court of Justice in *VEBIC*: Filling a Gap in Regulation 1/2003', *Journal of European Competition Law and Practice* 2011, 340-344; K. MARCHAND, 'Het *VEBIC* arrest van het Hof van Justitie: are you being served?', *SEW – Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2012/6, p. 237-245.

- a. *Les articles 6 et 22 de la loi du 3 avril 2013 et IV.79, §1er du Code de droit économique doivent-ils être interprétés en ce sens que les recours introduits postérieurement à la date d'entrée en vigueur de ladite loi du 3 avril 2013 contre les décisions du Conseil de la concurrence tombent sous le champ d'application de l'article IV.79, §1er du Code de droit économique alors que celui-ci ne vise pas lesdites décisions ?*
- b. *Si la réponse à la première question est positive, le recours doit-il être dirigé contre l'Autorité belge de la concurrence en qualité de partie défenderesse en application de l'article IV.79, § 4 du Code de droit économique alors qu'elle n'est pas l'auteur de la décision attaquée ?*
- c. *Si la réponse à la deuxième question est négative, les articles 22 de la loi du 3 avril 2013 et IV.16, IV.20 et IV.21 du Code de droit économique doivent-ils être interprétés en ce sens que l'Autorité belge de la concurrence, chargée du respect des règles de concurrence du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, doit être considérée comme le successeur du Conseil de la concurrence et peut-elle dès lors, eu égard aux exigences posées par la Cour de justice de l'Union européenne et à l'instar de ce que ce dernier était autorisé à faire sous l'empire de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique, intervenir dans la procédure afin de défendre la décision prise par le Conseil de la concurrence?*⁴⁷

43. In een arrest van 20 november 2014 oordeelde het Hof van Cassatie over bovenstaande prejudiciële vragen.⁴⁸

Wat betreft de eerste vraag, die kan worden samengevat als: '*Vallen beroepen tegen beslissingen van de Raad, ingesteld na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, onder de toepassing van artikel IV.79, §1 WER?*', benadrukte het Hof van Cassatie het principe van de onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet. Artikel 79 WER-IV is aldus van toepassing op de beroepen ingesteld na de inwerkingtreding van de WER-IV. Gezien het feit dat het Mededingingscollege de beslissingsbevoegdheid van de Raad voor de Mededinging heeft overgenomen, moeten niet enkel de beslissingen van het Mededingingscollege, maar ook die van de Raad, het voorwerp kunnen uitmaken van een beroep onder artikel 79 WER-IV.

44. Met betrekking tot de rol van de BMa stelt het Hof van Cassatie dat deze dezelfde doelstelling heeft en dezelfde rechtsregels toepast als de Raad voor de Mededinging. Uit de rechtseconomie van de WER-IV blijkt, volgens het Hof, de wil om de continuïteit te verzekeren van de opdrachten die eerder werden toevertrouwd aan de Raad voor de Mededinging. Artikel 22 §1 WER-IV bepaalt namelijk dat de

⁴⁷ Brussel, 9 mei 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 133, dispositief.

⁴⁸ Cass., 20 november 2014, *TBM* 2015/1-2, 61.

procedurehandelingen gesteld overeenkomstig de WEM 2006 hun uitwerking behouden voor de toepassing van de WER-IV. De BMa blijft dan ook de dossiers behandelen die door de Raad voor de Mededinging zijn aangevat onder de WEM 2006. De continuïteit van de BMa impliceert verder, aldus het Hof van Cassatie, dat de nieuwe autoriteit de oude opvolgt, zelfs in de zaken die door de Raad voor de Mededinging afgesloten werden met een beslissing.

45. Wat betreft de tweede prejudiciële vraag, die kan worden samengevat als: ‘*Moet het beroep ingesteld worden tegen de BMa als verweerster, zelfs al is de BMa niet de auteur van de bestreden beslissing?*’, dient, wederom aldus het Hof van Cassatie, rekening gehouden te worden met het antwoord op de eerste vraag. De tweede vraag dient dan ook positief beantwoord te worden.

46. In deze context kan ook nog even kort worden aangestipt dat, onder de WEM 2006, de Raad voor de Mededinging en de Algemene Vergadering van de Raad voor de Mededinging nog zijn tussengekomen in *Brabomills*,⁴⁹ als administratief rechtscollege.

B. Volle rechtsmacht van het Hof van Beroep⁵⁰

47. In *Brabomills*⁵¹, een beroep ingesteld door Brabomills tegen de boete die haar werd opgelegd in de context van het meelkartel, werd kort ingegaan op de volle rechtsmacht van het Hof. Er wordt namelijk vastgesteld dat het Hof niet langer beschikt over de mogelijkheid om een bijkomend onderzoek te vragen aan het Auditoraat, rekening houdend met het ontbreken van bewijskrachtige gegevens omtrent de op het Belgisch grondgebied door Brabomills gerealiseerde omzet. Deze bevoegdheid werd voorheen nog voorzien door artikel 76 §2 WEM 2006. Daardoor kon het Hof in het kader van haar volle rechtsmacht *in casu* – wegens een gebrek aan onderliggende informatie – niet langer zelf een nieuwe boete opleggen aan Brabomills.

48. Men zal zich herinneren dat de WER-IV inderdaad niet langer voorziet in de bevoegdheid voor het Hof van Beroep om nieuwe onderzoeksmaatregelen te vragen. Dit maakt deel uit van de maatregelen om de procedure te versnellen.⁵² Het

⁴⁹ Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108.

⁵⁰ Voor een analyse van eerdere rechtspraak over de volle rechtsmacht van het Hof van Beroep, zie H. GILLIAMS, ‘Volle rechtsmacht’ en de rol van het hof van beroep in de toepassing van het mededingingsrecht’, *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2014, 265.

⁵¹ Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108.

⁵² Zie bijvoorbeeld ook GwH, 10 december 2014, *Ordre des barreaux francophones et germanophone en het Instituut voor bedrijfsjuristen en andere*, nr. 179/2014, www.const-court.be, alwaar eenzelfde rechtvaardiging wordt gehanteerd voor de bijzonderheden van de procedure om beroep in te stellen

Hof dient dus onder de WER-IV met volle rechtsmacht te oordelen op basis van de argumenten en de gegevens die door de partijen worden aangebracht, zonder dat het Hof de BMa zou kunnen opdragen om, als verwerende partij, bepaalde bijkomende informatie aan te leveren.

49. Ten slotte werd in *Mediahuis II*⁵³ de draagwijdte van de rechtsmacht van het Hof van Beroep in concentratiedossiers onder de WER-IV nogmaals bevestigd. Het Hof kan de bestreden beslissing vernietigen zonder dat zij een beslissing in de plaats kan stellen.⁵⁴ Het Hof dient dus enkel vast te stellen dat, en te toetsen of (i) de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur en motivering in acht zijn genomen, (ii) de feiten juist zijn vastgesteld en (iii) er al dan niet een reden bestaat om aan te nemen dat de BMa die feiten kennelijk onjuist heeft beoordeeld of of er misbruik van bevoegdheid voorhanden is.

C. Grondwettelijkheid artikel 79 WER-IV

50. Op 10 december 2014 heeft het Grondwettelijk Hof⁵⁵ zich uitgesproken over twee vernietigingsberoepen tegen de bepalingen inzake hoger beroep voorzien in de WER-IV en WER-V, ingesteld door de *Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone* (OBFG) en door het *Instituut voor Bedrijfsjuristen* (IBJ) en drie individuele bedrijfsjuristen.⁵⁶ Het beroep betrof met name de bepalingen die voorzien dat een hoger beroep tegen beslissingen van het Auditoraat met betrekking tot de aanwending van bewijsmateriaal dat in beslag genomen is ten gevolge van een inspectie, pas kan worden ingesteld na de Mededeling van de Grieven en voor zover de documenten daadwerkelijk gebruikt zijn ter staving van de grieven. Dit zou, volgens de verzoekers, een schending inhouden van de artikelen 10 en 11 Grondwet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 EVRM en de artikelen 7 en 47 van het Handvest.⁵⁷

tegen beslissingen van het Auditoraat met betrekking tot huiszoekingsdocumenten.

⁵³ Brussel, 19 november 2014, gepubliceerd op www.mededinging.be.

⁵⁴ *Ibid.*, § 16.

⁵⁵ GwH, 10 december 2014, *Ordre des barreaux francophones et germanophone en het Instituut voor bedrijfsjuristen en andere*, nr. 179/2014, www.const-court.be.

⁵⁶ De OBFG tekende beroep aan tegen de bepaling tot invoering van artikel 79 WER-IV (artikel 12 van de wet van 3 april 2013 houdende invoering 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 prijsevoluties’ van het Wetboek van economisch recht, *BS* 26 april 2013); het IBJ en de individuen tekenden beroep aan tegen de bepalingen tot invoering van de hoofdstukken inzake hoger beroep in de boeken IV en V van de WER (de artikelen 11 tot 13 van de voormelde wet).

⁵⁷ De OBFG baseerde haar beroep op de schending van de artikelen 10 en 11 Grondwet in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 EVRM en de artikelen 7 en 47 Handvest; het IBJ en de individuele bedrijfsjuristen baseerden hun beroep op een schen-

51. Alvorens dieper in te gaan op het arrest, is het van belang om de voorgeschiedenis van deze bepalingen kort te schetsen.⁵⁸ Het voormalige artikel 75 WEM 2006, dat het hoger beroep tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging regelde, voorzag niet expliciet in de mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen tegen beslissingen van het Auditoraat in de context van inspecties. In het arrest van 22 december 2011⁵⁹ oordeelde het Grondwettelijk Hof dat artikel 75 WEM 2006 in die interpretatie de Grondwet, artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest zou schenden. Het Hof interpreteerde artikel 75 WEM 2006 echter zo dat het Hof van Beroep te Brussel wel bevoegd zou zijn om zich uit te spreken over beroepen tegen beslissingen van de Voorzitter van de Raad, zoals de machtiging tot huiszoeking, en dat dit beroep ook maatregelen omvat die op grond van die beslissing, krachtens artikel 11, §2 WEM 2006, werden genomen door het Auditoraat. Het feit dat de modaliteiten van de rechterlijke toetsing niet wettelijk geregeld waren, zou een ongewettigde discriminatie kunnen inhouden ten aanzien van rechtsonderhorigen die onderworpen worden aan een strafonderzoek, maar in afwachting van een optreden van de wetgever kwam het, aldus het Grondwettelijk Hof, toe aan de rechter om de modaliteiten van de toetsing te bepalen.

52. Bij de hervorming van 2013 heeft de wetgever, op aangeven van de Raad van State, de huidige beroepsprocedure tegen beslissingen van het Auditoraat ingevoerd in artikel 79 WER-IV, in een poging om de wetgeving in overeenstemming te brengen met de interpretatieve rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.

53. De verzoekers voerden *in casu* aan dat de bestreden bepalingen, door niet te voorzien in een onmiddellijk beroep, maar slechts veel later wanneer de grieven worden uitgevaardigd, een ongeoorloofd verschil in behandeling inhouden tussen rechtzoekenden die onderworpen worden aan een inspectie in het kader van een mededingingsprocedure en deze welke onderworpen worden aan een strafrechtelijke procedure. Zeker gezien de hoge boetes die opgelegd worden voor inbreuken op het mededingingsrecht, zijn er, aldus de verzoekers, geen objectieve, redelijke en evenredige criteria die verantwoordend dat niet dezelfde waarborgen geboden worden.

54. Er werd bijkomend gesteld dat een beroep pas mogelijk is op het ogenblik dat het onderzoek nagenoeg beëindigd is

en dat, in bepaalde gevallen, reeds voorstellen tot transactie gedaan zijn, op een ogenblik waarop geen tijdig herstel meer mogelijk is. Bovendien kan niet voorkomen worden dat het Auditoraat gedurende het volledige onderzoek inzage heeft in documenten die mogelijk op onrechtmatige wijze verkregen zijn. Het beroep mag, aldus de verzoekers, ook niet afhangen van de voorwaarde dat de gegevens daadwerkelijk gebruikt zijn ter staving van de grieven, daar dan geen beroep openstaat met betrekking tot de documenten die niet uitdrukkelijk door het Auditoraat zijn gebruikt. Bovendien heeft een beroep geen schorsende werking, zodat – zelfs na het instellen van een beroep – de betwiste documenten in tussentijd nog gebruikt kunnen worden. Dit alles heeft als gevolg dat er geen doeltreffende rechtsbescherming voorhanden is, meer bepaald voor vertrouwelijke documenten, zoals de adviezen van advocaten en bedrijfsjuristen.

55. De Ministerraad verdedigt de procedure van artikel 79 WER-IV door te verwijzen naar de doelstelling van de wetgever, namelijk het zoeken naar een evenwicht tussen ‘*de invoering van beroepen die tot gevolg zouden hebben het onderzoek door het auditoraat te vertragen en, anderzijds, de invoering van een mechanisme dat voorkomt dat de Belgische Mededingingsautoriteit kennisneemt van gegevens waarvan later blijkt dat zij niet in het onderzoek mochten worden gebruikt*’.⁶⁰ Bovendien zou het niet kloppen dat alle gekopieerde documenten geraadpleegd kunnen worden door het Auditoraat, aangezien de richtsnoeren van de BMa⁶¹ opleggen dat er een selectie gemaakt moet worden.

56. Onder verwijzing naar het EHRM arrest inzake *Menarini* stelt het Grondwettelijk Hof dat de wetgever, ‘*[r]ekening houdend met het doel [...] om een vlotte en doeltreffende procedure in te voeren inzake de controle van de naleving van de mededingingsregels, vermocht [...] te voorzien in een beroepsprocedure die niet op alle punten identiek is aan de beroepsprocedures die in strafzaken zijn geregeld*’.⁶²

57. Bovendien voldoet de procedure volgens het Hof aan de waarborgen van artikel 6 EVRM, en wel om drie redenen.

Ten eerste maakt artikel 79 WER-IV het mogelijk om beroep in te stellen bij het Hof van Beroep te Brussel, dat er effectief zal over waken ‘*dat geen enkel gegeven dat onwettig*

ding van de artikelen 10, 11, 15, 16, 22 en 29 van de Grondwet, eventueel in samenhang gelezen met de artikelen 6 en 8 EVRM, met de artikelen 7, 41 tot 47 en 52 van het Handvest, artikelen 1 van het Eerste aanvullend Protocol bij het EVRM, met de artikelen 2 en 17 van het BUPO-verdrag, met artikel 9, §1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof en het grondwettelijk beginsel volgens welk een beschuldigde het recht heeft zichzelf niet te beschuldigen.

⁵⁸ Zie *Overzicht 2011*, § 75 e.v.

⁵⁹ GwH, 22 december 2011, *Belgacom*, *TBM* 2012, 130-133.

⁶⁰ GwH, 10 december 2014, *Ordre des barreaux francophones et germanophone en het Instituut voor bedrijfsjuristen en andere*, nr. 179/2014, www.const-court.be, § B.4.2.

⁶¹ Richtsnoeren van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de huiszoekingsprocedure, 17 december 2013, *BS* 24 december 2013, 102122.

⁶² GwH, 10 december 2014, *Ordre des barreaux francophones et germanophone en het Instituut voor bedrijfsjuristen en andere*, nr. 179/2014, www.const-court.be, § B.8.1.; EHRM 27 september 2014, *Menarini Diagnostics S.R.L.*, nr. 43509/08, www.hudoc.echr.coe.int.

is verkregen, *noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks, kan worden gebruikt ter ondersteuning van de grieven*’ (eigen onderlijning). Hiermee onderstreept het Grondwettelijk Hof het belang van de rol van het Hof van Beroep en bevestigt impliciet het standpunt van het Hof van Beroep in *Stuwadoors* (*infra*, § 147 e.v.).

Ten tweede kan het Hof van Beroep, hoewel de WER-IV niet voorziet in de schorsing van de procedure van het Auditoraat, met toepassing van artikel 19, lid 2 Gerechtelijk Wetboek (hierna ‘Ger. Wb.’) de schorsing opleggen als maatregel alvorens recht te doen.

Ten slotte stelt het Hof vast dat de gegevens die niet hebben gediend om de grieven te staven geen deel uitmaken van het proceduredossier, en bijgevolg de beslissing van het Mededingingscollege niet kunnen beïnvloeden.⁶³

58. Met deze toch wel zeer summiere motivering komt het Hof tot de conclusie dat artikel 79 WER-IV grondwetsconform is. Zoals hieronder bij de bespreking van het arrest *Distripaints*⁶⁴ zal worden besproken (*infra*, § 151 e.v.), heeft dit als gevolg dat ondernemingen die onder de WER-IV onderworpen worden aan huiszoekingen door de BMa, in de grondwetsconforme interpretatie van het Grondwettelijk Hof een minder verregaande rechtsbescherming genieten dan onder gelding van de WEM 2006. *Distripaints* toont ook aan dat het noodzakelijk is om in een vroeg stadium mogelijke geschillen over de rechtmatigheid van inbeslagname van documenten te laten beslechten door een onafhankelijke, onpartijdige magistraat. Het is maar de vraag of beslechting door een auditeur die niet bij het onderzoek betrokken is hiertoe volstaat. Onder de huidige procedure kan niet uitgesloten worden dat onrechtmatig verkregen documenten doorheen het volledige onderzoek gebruikt worden, het verdere verloop van het onderzoek bepalen, en pas op het ogenblik – en na een lange procedure voor het Hof van Beroep – van de Mededeling van de Grieven uit het dossier verwijderd worden. Deze documenten zullen in de regel niet ingekeken worden door het Mededingingscollege, hoewel niet kan uitgesloten worden dat partijen zelf een aantal van deze documenten naar voor kunnen brengen in hun verdediging. In ieder geval kan niet voorbijgegaan worden aan het loutere feit dat deze documenten het verloop van het onderzoek mee bepaald hebben en bijgevolg – zoals het Hof zelf stelt – ‘*onrechtstreeks gebruikt worden ter ondersteuning van de grieven*’, wat niet hersteld kan worden. Deze documenten hebben per definitie het onderzoek onherstelbaar aangetast; een realiteit die niet volledig ongedaan kan worden gemaakt door een eenvoudige verwijdering van de documenten uit het dossier en uit de Grieven. Hoewel het Grondwettelijk Hof uiteraard niet kan verweten worden enkel

een toets van conformiteit met de Grondwet en het EVRM toe te passen, zal de concrete en praktische toepassing van het criterium van het onrechtstreeks gebruik zeker nog tot heftige discussies leiden.

IV. Concentratietoezicht

59. In 2014 heeft de BMa achttien concentraties goedgekeurd. Zestien van deze beslissingen waren gebaseerd op vereenvoudigde aanmeldingen. Twee beslissingen waren niet-vereenvoudigd: *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*⁶⁵ en *De Standaard Boekhandel NV/Club NV en Club Luxemburg SA*.⁶⁶

A. Aanmeldingspraktijk

1. Toepassingsgebied van het concentratietoezicht

60. Het overgrote deel van de aangemelde concentraties betrof de klassieke gevallen van verwerving van uitsluitende en gezamenlijke controle. Gezien de zeer korte beslissingen van het Auditoraat in de vereenvoudigde zaken is het moeilijk nuttig commentaar te geven op de structuur van de concentraties.

2. Onderzoeks- en beslissingstermijn

61. Zoals in 2013, gebruikt het Auditoraat bij de analyse van vereenvoudigde concentraties de volledige onderzoekstermijn. Dit zal nu zeker het geval zijn, daar voor de berekening van de concentratiecontroletermijnen zaterdag als werkdag wordt beschouwd.⁶⁷

3. (Niet-)vereenvoudigde aanmelding

62. Het voorbije jaar waren er twee beslissingen op basis van niet-vereenvoudigde aanmeldingen. Dit is hetzelfde aantal als in 2013 (*supra*, § 3).

63. Eén opmerkelijke zaak: in *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*⁶⁸ hadden de partijen initieel vereenvoudigd aangemeld. Een paar dagen na de aanmelding, en nadat niet minder dan 49 markspelers waren aangeschreven, informeerde de auditeur de aanmeldende partijen dat de voorwaarden voor een vereenvoudigde aanmelding niet langer waren vervuld aangezien de voorgestelde marktdefinities werden betwist, en er een aantal mededingingsproblemen waren geïdentificeerd. Het

⁶³ *Ibid.*, § B.8.2.

⁶⁴ Brussel, 26 november 2014, onuitg.

⁶⁵ *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*, BMA-2014-C/C-03, 26 maart 2014.

⁶⁶ *De verwerving van uitsluitende zeggenschap over Club NV en Club Luxemburg SA door ZuidNederlandse Uitgeverij NV samen met haar dochteronderneming Standaard Boekhandel NV*, BMA-2014-C/C-09, 10 juni 2014.

⁶⁷ Art. 1, 9° WER-I.

⁶⁸ *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*, BMA-2014-C/C-03, 26 maart 2014.

heeft dan nog eens twee weken geduurd vooraleer formeel een einde werd gesteld aan de vereenvoudigde procedure. De niet-vereenvoudigde procedure is pas anderhalve maand later opgestart. Dit toont nogmaals aan dat het uitermate belangrijk is, vooraleer formeel aan te melden, om zo veel mogelijk zekerheid te hebben over de toepassing van de vereenvoudigde aanmeldingsprocedure.⁶⁹

64. In *Standaard Boekhandel/Club*⁷⁰, de andere niet-vereenvoudigde zaak van het jaar, toont het Auditoraat een welgekomen flexibiliteit bij de vervollediging van het aanmeldingsformulier. Het formulier vraagt met name in afdelingen 7.1, 7.2, 7.3 en 7.5 om op volume gebaseerde marktgegevens te verschaffen voor de betrokken markten. Het Auditoraat gaf een ontheffing van de verplichting tot het verstrekken van deze informatie voor die markten waar de partijen een marktaandeel hadden van minder dan 20%. Op die markten moest enkel een ‘*inschatting (gegeven worden) van de globale marktomvang alsmede van de positie van de partijen bij de concentratie op die markten*’.⁷¹ Slechts één betrokken productmarkt bleef over voor een uitermate doorgedreven mededingingsanalyse door het Auditoraat: de kleinhandelsmarkt voor de verkoop van boeken aan consumenten in het Nederlandstalig landsgedeelte.

4. Horen van derden

65. In *Tecteo/Eda-Avenir Advertising* zijn het BIPT, Base en Belgacom gehoord ter zitting. Alhoewel de beslissing hier geen melding van maakt, hebben de derden, op hun vraag, klaarblijkelijk wel toegang gekregen tot de niet-vertrouwelijke versie van de passage uit de gemotiveerde ontwerpbeslissing die betrekking had op de verbintenissen.⁷²

66. In *Club* vinden we een echo terug van het interview van de Voorzitter dat we vorig jaar reeds besproken hebben.⁷³ Fnac had een aantal bezwaren opgeworpen in verband met de transactie. De auditeur doet die van de hand, onder meer op basis van de volgende argumentatie: ‘*Dat Fnac bezwaren opwerpt, is niet verwonderlijk. Fnac is zoals Standaard Boekhandel een winkelketen en tot nu toe beconcurrerden beiden elkaar voornamelijk binnen Nederlandstalig België terwijl Fnac eveneens aanzienlijke marktaandelen heeft in*

Franstalig België. Na de concentratie zal Fnac plots geconfronteerd worden met een nieuwe ‘nationale’ sectorgenoot.’⁷⁴

67. Deze argumentatie is verontrustend om de redenen die we vorig jaar al hebben aangehaald.⁷⁵ Zomaar de commentaren van concurrenten afdoen als ‘instrumentalisering’ en bescherming van de eigen positie, is gewoon fout. Vaak zijn het de concurrenten die de grootste kennis van de markt hebben en die het best de impact van een concentratie op de markt kunnen beoordelen. Of de commentaren van concurrenten volstaan om een mededingingsprobleem te identificeren, is een ander punt maar de BMA moet er in ieder geval rekening mee houden.

5. Voorlopige zienswijze van het Auditoraat

68. 2014 heeft een primeur gekend in het concentratiebeleid. Het Auditoraat had, op vraag van de partijen, kennis genomen van het voornemen van de Pro League om samen met Telenet een gemeenschappelijke onderneming (‘GO’) op te richten. De uitzendrechten op de wedstrijden van de Jupiler Pro League (‘JPL’) zouden door de voetbalclubs via een exclusieve licentieovereenkomst ingebracht worden voor zes jaar met mogelijkheid tot verlenging. Die onderneming zou dan met deze uitzendrechten één of meerdere sportzenders oprichten die nadien op niet-exclusieve wijze aan de verschillende distributiekanaalen zouden worden aangeboden. De partijen hadden om een schriftelijke voorlopige zienswijze verzocht.

69. In een tot nu toe nooit geziene drang tot transparantie, en zeker ook gedreven door de uitgebreide en enigszins eenzijdige persberichtgeving, gaf het Auditoraat – bij monde van een persbericht – haar voorlopige zienswijze zowel met betrekking tot de aanmeldbaarheid als met betrekking tot de potentiële mededingingsrechtelijke bezwaren.

Het Auditoraat komt tot de conclusie dat de toekenning van de licentie door de voetbalclubs aan de gemeenschappelijke onderneming een concentratie is, en bijgevolg moet aangemeld worden.

Substantieel gaat het Auditoraat verder door te stellen dat door deze constructie de mededinging tussen platformen of televisiezenders op grond van content (*in casu* de JPL uitzendrechten) voor de toekomst dreigt te worden uitgesloten, waardoor de bestaande marktposities zowel op *wholesale* als op *retail* niveau worden bestendig. Het Auditoraat heeft verder ook bedenkingen geformuleerd bij de zes jaar duurtijd van de inbreng van de uitzendrechten in de GO en de voor-

⁶⁹ Zie in dit verband T. MUSSCHOOT, ‘De prenotificatie in België in het licht van recente evoluties’, *TBM* 2006-2, 85-95.

⁷⁰ *De verwerving van uitsluitende zeggenschap over Club NV en Club Luxemburg SA door ZuidNederlandse Uitgeverij NV samen met haar dochteronderneming Standaard Boekhandel NV*, BMA-2014-C/C-09, 10 juni 2014.

⁷¹ *Ibid.*, § 3.

⁷² *Ibid.*, § 9.

⁷³ Zie *Overzicht 2013*, § 36.

⁷⁴ *De verwerving van uitsluitende zeggenschap over Club NV en Club Luxemburg SA door ZuidNederlandse Uitgeverij NV samen met haar dochteronderneming Standaard Boekhandel NV*, BMA-2014-C/C-09, 10 juni 2014, § 144.

⁷⁵ Zie *Overzicht 2013*, § 3636.

waarden waaronder de zender ter beschikking zal worden gesteld van de platformen (bijvoorbeeld qua prijszetting). Ten slotte merkte het Auditoraat op dat de impact van de GO op de markt voor de content verwerving en de markt voor de productie van televisieprogramma's op de open net (free-to-air) zenders, eveneens moet worden onderzocht.

Uiteindelijk stelt het persbericht dat *'dit voorlopig standpunt van het Auditoraat het Mededingingscollege niet [bindt] en het dit Mededingingscollege vrij [staat] anders over voorliggend project te oordelen'*.⁷⁶ Hierna hebben Telenet en de Jupiler Pro League het project laten varen.

70. Alhoewel men inderdaad een aantal substantiële bedenkingen kon hebben bij het project van Telenet en de Jupiler Pro League kan men niet anders dan een aantal vragen te stellen bij de gevoerde procedure. Uiteraard is het het Mededingingscollege die de ultieme beslissing neemt – en het Auditoraat zal waarschijnlijk stellen dat de caveat in het persbericht dit punt dekt. Het probleem is echter meer genuanceerd en betreft de rol – en het belang – van informele contacten met het Auditoraat. Zeker in complexe dossiers is het belangrijk dat de partijen in deze informele contacten op vertrouwelijkheid kunnen rekenen – een punt dat het Auditoraat over het algemeen wel respecteert. Op dat ogenblik worden er immers door partijen verschillende punten naar voor gebracht, bv. inzake marktdefinitie, 'theories of harm' en zelfs eventuele verbintenissen, die nog door de markt moeten afgetoetst worden. Er kan, op dat ogenblik, nog geen definitief beeld gegeven worden door het Auditoraat. Dat is precies waar de ontwerpbeslissing voor dient. Maar deze zaak toont ook aan dat, indien de partijen zelf beslissen om hun persoonlijke interpretatie van hun contacten met het Auditoraat in de pers te melden, het Auditoraat er niet voor terugschrikt om haar visie publiek te maken.

B. Toelaatbaarheidsanalyse

71. In de twee niet-vereenvoudigde concentratiezaken werden een aantal substantiële punten behandeld.

72. Vooraleer in detail op een aantal punten van de concentratiebeslissingen in te gaan, is het interessant om de structuur van de twee niet-vereenvoudigde concentratiebeslissingen die het Mededingingscollege heeft gewezen, naast elkaar te leggen:

1. Marktafbakening

73. Sinds 1999 zijn de Belgische aanmeldingsdrempels pure omzetsdrempels en dit werd ook in het Boek Mededinging zo behouden. De bepaling van de relevante product- of

⁷⁶ Zie http://economie.fgov.be/nl/binaries/20140131_Persbericht_1_tcm325-241791.pdf

dienstenmarkt en van de geografische markt speelt dus geen rol meer bij het vastleggen van de jurisdictie van de BMa. Het definiëren van de relevante product- en geografische markt(en) en het berekenen van de marktaandeelen op basis daarvan is wel nog steeds van groot belang om procedurele en substantiële redenen.

Procedureel kunnen partijen van de vereenvoudigde aanmeldingsprocedure gebruik maken indien hun gezamenlijke marktaandeel minder dan 25% bedraagt. En voor de substantiële analyse was de Raad wettelijk verplicht om een concentratie goed te keuren wanneer de betrokken ondernemingen gezamenlijk niet meer dan 25% van de voor de concentratie relevante markt controleren.⁷⁷ Deze bepalingen zijn behouden in het Boek Mededinging.

1.1. Productmarktafbakening

74. In *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*⁷⁸ werden de volgende markten weerhouden:

- *'le marché de la diffusion de services audiovisuels au détail dans la zone de couverture de VOO'*;
- *'le marché national de la presse hebdomadaire gratuite générale francophone'*;
- *'le marché des annonces régionales dans la presse francophone'*

In tegenstelling tot de auditeur, en in lijn met haar conclusies in haar beslissing van 2013 in *Mediahuis*,⁷⁹ oordeelt het Mededingingscollege dat er geen overtuigende gegevens beschikbaar zijn om te besluiten dat er een aparte markt bestaat voor het aanbieden van algemeen nieuws en advertentieruimtes op Franstalige websites.

75. Interessanter is dat het Mededingingscollege de premisse niet lijkt te aanvaarden dat het feit dat een bepaalde dienst gratis is, ook automatisch betekent dat er geen markt zou bestaan, vooral in tweezijdige markten: *'Dans ces marchés bi-faces, le propriétaire de la plateforme peut décider de financer les services offerts sur un versant – celui du contenu éditorial – par les revenus provenant de l'autre versant – la vente d'espaces publicitaires.'*

76. In *Standaard Boekhandel/Club*⁸⁰ heeft het Auditoraat de markt voor de verkoop van boeken aan consumenten weer-

⁷⁷ Art. 58, §2, 2° WEM.

⁷⁸ *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*, BMA-2014-C/C-03, 26 maart 2014.

⁷⁹ *De oprichting van Mediahuis door Corelio NV en Concentra NV*, BMA-2013-C/C-03, 25 oktober 2013.

⁸⁰ *De verwerving van uitsluitende zeggenschap over Club NV en Club Luxemburg SA door ZuidNederlandse Uitgeverij NV samen met haar dochteronderneming Standaard Boekhandel NV*, BMA-2014-C/C-09, 10 juni 2014.

houden als productmarkt. Een verdere onderverdeling van de markt naar gelang het verkoopkanaal (fysieke verkoop vs online) werd opengelaten.

1.2. Geografische marktafbakening

77. In *Standaard Boekhandel/Club*⁸¹ is er een cultureel sociologisch interessante discussie waarbij de vraag centraal stond of er in Vlaanderen eigenlijk wel Franstalige boeken worden gekocht. De auditeur kon twee geografische markten definiëren:

- hetzij, de markt voor de verkoop van boeken aan consumenten in Nederlandstalig België (met uitzondering van de Franstalige titels); en de spiegel van de markt voor de verkoop van boeken aan consumenten in Franstalig België (met uitzondering van de Nederlandstalige titels). Dat is ook hoe het statistisch onderzoeksbureau GfK de markt benaderde;
- hetzij, de markt voor de verkoop van alle boeken verkocht aan consumenten op het Vlaamse grondgebied, enerzijds, en het grondgebied van Wallonië en Brussel, anderzijds, ongeacht de taal.

De auditeur kwam tot de conclusie dat de geografische markt kon worden opengelaten aangezien beide scenario's leiden tot bijna identieke marktaandeelen. De omzet die in de Vlaamse Gemeenschap (buiten Brussel) wordt behaald met de verkoop van Franstalige boeken is immers verwaarloosbaar.

C. Substantiële analyse

a) Tecteo/Eda-Avenir Advertising

78. In *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*⁸² nam Tecteo, een Waals/Brusselse speler in de distributie van telecommunicatie-, internet- en audiovisuele diensten, de uitgever van het dagblad *L'Avenir* over. Hoewel de media vaak een parallel trokken tussen het Mediahuis-dossier in Vlaanderen en het Tecteo/Avenir-dossier in Wallonië was er natuurlijk wel één substantieel verschil. In *Mediahuis* waren er horizontale overlappingen. Dat was niet het geval in *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*. Tecteo was immers niet actief op de krantenmarkten.

79. Het Mededingingscollege maakt dus de klassieke verticale marktafsluitingsanalyse, op twee niveaus: enerzijds de gefuseerde onderneming als koper op de advertentiemarkten; anderzijds de gefuseerde onderneming als verkoper op de markt van audiovisuele diensten en geschreven pers.⁸³

80. Het Auditoraat had niet minder dan 8 uitsluitingsscenario's in detail onderzocht. In haar beslissing weerhoudt het College er 5 en schrijft het zich in in de conclusies van het Auditoraat:

- vooreerst, het risico van uitsluiting van concurrenten van Tecteo, lees Belgacom, door een uitsluiting van de advertentieruimte van *L'Avenir*: op basis van de beschikbare marktinformatie stelt het College dat een eventuele weigering toegang te verlenen tot de advertentieruimte van *L'Avenir* niet mededingingsbeperkend kon werken, gelet op (i) het feit dat er voldoende alternatieven bestaan; en (ii) het feit dat de concurrenten van Tecteo slechts in beperkte mate afhankelijk zijn van *L'Avenir*;⁸⁴
- ten tweede, de rem op de ontwikkeling van concurrenten van *L'Avenir* door de ontwikkeling van gebundelde producten van pers en televisie (VOO): opnieuw verwijst het College naar de conclusies van het Auditoraat volgens dewelke een eventuele bundeling van het editoriale aanbod van *L'Avenir* in het aanbod van de televisiedistributeur VOO geen mededingingsbeperkend effect zal hebben;⁸⁵
- ten derde, een beperking van de ontwikkeling van concurrenten van *L'Avenir* op basis van het feit dat zij toegang krijgen tot de databases van Tecteo: hier verwijst de Raad naar het feit dat, binnen de perken van de Wet voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het gebruik door *L'Avenir* van de databases van Tecteo zelfs concurrentieel kan zijn;⁸⁶
- ten vierde – en dat is het enige punt waar het Mededingingscollege wel een mededingingsprobleem heeft geïdentificeerd – een risico dat Tecteo, door haar controle over *L'Avenir*, toegang zou krijgen tot commercieel gevoelige informatie van haar concurrenten op het ogenblik dat deze advertentiecampagnes boeken in de kranten van *L'Avenir*.⁸⁷ Inderdaad:

L'auditeur constate que des informations telles que par exemple le nom de l'annonceur, le nom (ou le thème) de la campagne, la période de parution ou encore le format seraient communiquées à la Régie publicitaire de (L'Avenir) plusieurs jours avant la publication effective. Ce délai est relativement court, mais peut permettre à un acteur, de polluer la campagne publicitaire d'un concurrent.

[...]

Si tel était le cas, ces informations pourraient être utilisées par Tecteo afin de renforcer sa position dominante

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*, BMA-2014-C/C-03, 26 maart 2014.

⁸³ *Ibid.*, § 485.

⁸⁴ *Ibid.*, § 489.

⁸⁵ *Ibid.*, § 490.

⁸⁶ *Ibid.*, § 491.

⁸⁷ *Ibid.*, § 492.

*sur ... le marché de la diffusion de services audiovisuels au détail.*⁸⁸

Voor deze laatste bezorgdheid werden dan ook verbintenissen opgelegd (*infra*, § 84-85).

*b) Standaard Boekhandel/Club*⁸⁹

81. In *Standaard Boekhandel/Club*⁹⁰ nam Standaard Boekhandel concurrent Club over.

82. De auditeur kwam al snel tot de conclusie dat er een zeer beperkte horizontale overlap bestond tussen beide ondernemingen. Standaard Boekhandel was voornamelijk actief in Vlaanderen, met een marktaandeel van 40-50%, daar waar Club een marktaandeel had van 0-5%. Aan de ander kant van de taalgrens, het spiegelbeeld: Club met een marktaandeel van 10-20%, en Standaard Boekhandel met een marktaandeel van 0-5%.

83. Behoudens deze uitermate beperkte horizontale overlap roept de auditeur de volgende argumenten in om een goedkeuring aan te bevelen aan het Mededingingscollege:

- er waren geen formele klagers en er was ook slechts een beperkte respons van de markt⁹¹ (*supra*, § 66 betreffende de rol van FNAC);
- bijna alle ondervraagde marktspelers (met één uitzondering) hadden geen mededingingsbezwaren tegen de transactie;⁹²
- er is substantiële prijsdruk vanuit twee kanalen (second bite substitueerbaarheid): enerzijds vanuit de internetverkoppen en anderzijds door de substantiële marktaandelen van retailers/supermarkten;
- met name op de Franstalige markt kan de professionalisering van de sector door de intrede van Standaard Boekhandel een positieve bijdrage leveren.⁹³

D. Verbintenissen en toezeggingen

84. Men zal zich herinneren dat, in *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*⁹⁴, het Mededingingscollege een mededingingsprobleem had geïdentificeerd. Door haar controle over L'Avenir zou Tecteo toegang krijgen tot commercieel

gevoelige informatie van haar concurrenten op het ogenblik dat deze advertentiecampagnes boeken in de kranten van L'Avenir.⁹⁵

85. De oplossing was nogal voor de hand liggend, rekening houdend met de penchant van de BMA voor gedragsvoorwaarden: *Chinese walls* tussen het advertentiedepartement van L'Avenir, enerzijds, en Tecteo, anderzijds. De toegepaste methodologie was als volgt:

- Binnen de dertig dagen na closing moet Tecteo een lijst neerleggen bij de BMA van alle werknemers die nodig zijn om de verschijning van advertenties in L'Avenir te verzekeren;
- Binnen dezelfde termijn moet Tecteo vertrouwelijkheids-overeenkomsten overmaken waarbij die werknemers zich engageren om informatie overgemaakt in de context van een advertentie door een concurrent van VOO niet over te maken aan wie dan ook binnen Tecteo;
- Nieuwe werknemers vallen ook onder deze procedure binnen 30 dagen van hun aanwerving;
- Voor de eerste maal in de Belgische mededingingsgeschiedenis wordt een monitoring trustee aangeduid die op een jaarlijkse basis een rapport zal indienen betreffende de naleving van de voorwaarden;
- De voorwaarden blijven van kracht gedurende de mededingingsrechtelijke – nu bijna mythische – vijf jaar.⁹⁶

E. Beroepen tegen goedkeuringsbeslissingen – toegang tot het dossier door derden

86. In 2014 werd er voor het eerst hoger beroep ingesteld tegen goedkeuringsbeslissingen van het Mededingingscollege. Tegen beide beslissingen die waren geweest in 2013 hebben derde partijen hoger beroep ingesteld.⁹⁷ Het arrest van het Hof van Beroep met betrekking tot de *Autoveiligheid/Touring*-beslissing werd pas begin 2015 uitgesproken en zal daarom pas in het volgende Overzicht behandeld worden. In de twee *Mediahuis*-tussenarresten behandelde het Hof van Beroep te Brussel echter reeds gedeeltelijk het beroep ingesteld door De Persgroep tegen de beslissing waarbij de oprichting van

⁸⁸ *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*, BMA-2014-C/C-03, 26 maart 2014, § 396, 457.

⁸⁹ *De verwerving van uitsluitende zeggenschap over Club NV en Club Luxemburg SA door ZuidNederlandse Uitgeverij NV samen met haar dochteronderneming Standaard Boekhandel NV*, BMA-2014-C/C-09, 10 juni 2014.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, § 137.

⁹² *Ibid.*, § 156-157.

⁹³ *Ibid.*, § 142.

⁹⁴ *Tecteo/Eda-Avenir Advertising*, BMA-2014-C/C-03, 26 maart 2014.

⁹⁵ *Ibid.*, § 492.

⁹⁶ In het verleden heeft de Raad voor de Mededinging wel degelijk verbintenissen opgelegd voor een periode van 10 jaar. Zie voor een overzicht, J. YSEWYN en M. DE BACKER, 'Le conditionnel imparfait: verbintenissen en toezeggingen in het Belgisch mededingingsrecht', *TBH*, 2009, 427, § 87-88.

⁹⁷ *De oprichting van Mediahuis door Corelio NV en Concentra NV*, BMA-2013-C/C-03, 25 oktober 2013 en *De verwerving van uitsluitende zeggenschap over Autoveiligheid NV en dochteronderneming Bureau voor Technische Controle NV door Koninklijke Belgische Touring Club VZW*, BMA-2013-C/C-02, 24 oktober 2013.

Mediahuis voorwaardelijk werd toegelaten.⁹⁸ Het eerste tussenarrest behandelt de gevorderde onontvankelijkheid van het verzoekschrift wegens (i) een vermeende schending van twee vormvoorschriften en (ii) de miskennis van de dagvaardingstermijn, die de absolute nietigheid van het verzoekschrift met zich mee zouden brengen. Het tweede tussenarrest had enkel betrekking op de gevorderde maatregelen alvorens recht te doen, maar geeft interessante duiding over de toegang tot het dossier door derden tijdens de beroepsprocedure.

87. In *Mediahuis I*⁹⁹ merkt het Hof – wat betreft de opgeworpen nietigheidsgronden – op dat artikel 2 Ger. Wb. van toepassing is op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van het Ger. Wb. Rechtsplegingen ingesteld krachtens de WER-IV zijn, op basis van artikel 2 Ger. Wb., dus onderworpen aan de bepalingen van het Ger. Wb. Wat betreft de nietigheidsvorderingen dienen de artikelen 860 en volgende Ger. Wb. dus in overweging genomen te worden.

88. Artikel 79, §4, lid 2 WER-IV stelt dat het verzoekschrift op straffe van nietigheid de plaats, de dag en het uur van de verschijning – zoals vastgesteld door de griffie – dient te vermelden. *In casu* ontbrak het uur van de verschijning op het verzoekschrift. Het Hof stelt echter vast dat, op basis van artikel 862, §1 Ger. Wb., de nietigheid niet kan worden vastgesteld indien (i) geen belangenschade kan worden bewezen en (ii) uit de gedingstukken blijkt dat de handeling haar doel heeft bereikt, wat hier het geval was, aangezien alle partijen, met inbegrip van de BMA, tijdig ter zitting verschenen waren.¹⁰⁰

89. Voorts stelt artikel 79, §4, lid 3 WER-IV dat - wederom op straffe van nietigheid – een afschrift van het verzoekschrift binnen de vijf dagen na het indienen bij aangetekende brief met ontvangstbewijs toegestuurd dient te worden aan (i) het secretariaat van het Auditoraat, alsmede (ii) de partijen aan wie kennis werd gegeven van de aangevochten beslissing, zoals blijkt uit de kennisgevingsbrief, en (iii) de bevoegde minister. *In casu* werd het verzoekschrift per aangetekend schrijven binnen de vijf dagen verstuurd, maar niet aan het secretariaat van het Auditoraat. Het secretariaat werd enkel per e-mail op de hoogte gebracht op 10 december 2013, terwijl de zitting reeds op 11 december 2013 plaatsvond. Het Hof gebruikt voor deze nietigheidsgrond dezelfde voorwaar-

den als hierboven uiteengezet.¹⁰¹ Daar met de toezending aan het secretariaat beoogd wordt de Voorzitter en de Auditeur-Generaal in te lichten en deze *in casu* het verzoekschrift direct toegezonden kregen, oordeelt het Hof dat het doel van het voorschrift ook hier werd bereikt, evenwel zonder de formele tussenkomst van het secretariaat van het Auditoraat.

90. Wat betreft het argument geput uit artikel 1062 Ger. Wb., met name het feit dat de BMA niet eerder zou kunnen verschijnen dan na verloop van 15 dagen nadat ze kennis kreeg van het verzoekschrift, merkt het Hof wederom¹⁰² op dat men hier niet te maken heeft met een hoger beroep. Daar het Hof enkel geadieerd wordt om te oordelen over een vordering die strekt tot vernietiging van een administratieve beslissing van een autonome overheidsdienst en in eerste en laatste aanleg oordeelt, zijn de artikelen 1050 e.v. Ger. Wb. inzake het hoger beroep dan ook niet van toepassing.

91. Bijkomend bepaalt artikel 79, §2, eerste lid WER-IV dat het Hof oordeelt zoals in kortgeding, waardoor de artikelen 1035 en volgende Ger. Wb. van toepassing zijn. Het Hof stelt dat de correcte termijn van dagvaarding dus ten minste twee dagen dient te zijn, wat *in casu* niet werd geëerbiedigd. De in artikel 710 Ger. Wb. opgeworpen termijnen die op straffe van absolute nietigheid zijn voorgeschreven, kunnen – in tegenstelling tot voorgaande nietigheidsgronden – niet worden geëxcuseerd door de regel inzake bewijs van belangenschade. Deze termijnen zijn wel onderworpen aan de regel dat een onregelmatigheid niet tot nietigheid kan leiden indien het doel van de norm wordt bereikt. *In casu* werd dit doel bereikt daar verweerster op de inleidingszitting is verschenen en er conclusies heeft ingediend.

92. Bovenstaande excepties werden ook opgeworpen door de tussenkommende partijen, Corelio NV en Concentra NV. Daar zij niet werden geadresseerd als tegenpartijen, nemen zij slechts deel aan de procesgang vanaf het ogenblik van de neerlegging van hun verzoekschrift – *in casu* tijdens de inleidingszitting – en dienen zij de procesgang te aanvaarden in de staat waarin het zich bevindt.¹⁰³

93. In *Mediahuis II*¹⁰⁴ diende het Hof de door De Persgroep gevraagde procedurele maatregelen alvorens recht te doen, te behandelen, zodat deze haar rechten van verdediging voor het Hof kon vrijwaren. De volgende procedurele maatregelen werden door De Persgroep gevorderd:

⁹⁸ Brussel, 25 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 122 en Brussel, 19 november 2014, gepubliceerd op www.mededinging.be, beroep tegen *De oprichting van Mediahuis door Corelio NV en Concentra NV*, BMA-2013-C/C-03, 25 oktober 2013 (zie *Overzicht 2013*, sectie III).

⁹⁹ Brussel, 25 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 122, § 10-11.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 13.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 16.

¹⁰² Zie ook *Overzicht 2013*, § 98 en de daar reeds aangehaalde rechtspraak: Brussel, 28 oktober 2013, *TBM* 2013, afl. 4, 404; Brussel, 17 december 2013, *TBM* 2014, afl. 1, 35, § 18; en Brussel, 28 oktober 2013, *TBM* 2013, afl. 4, 404, § 14.

¹⁰³ Brussel, 25 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 122, § 29.

¹⁰⁴ Brussel, 19 november 2014, gepubliceerd op www.mededinging.be.

- De vertrouwelijke en de niet-vertrouwelijke versie van de Oorspronkelijke beslissing, het bijhorende erratum, alsook de inventaris van het onderzoeks- en proceduredossier van de concentratie dienden door de BMa aan het Hof te worden overgemaakt;
- De hierboven aangehaalde inventaris, alsook de niet-vertrouwelijke versie van de Oorspronkelijke beslissing en het erratum dienden aan De Persgroep te worden overgemaakt; en
- Het Hof kon een eigen afweging maken over de vertrouwelijkheid van de Oorspronkelijke Beslissing en het erratum.

94. Deze maatregelen werden gevorderd op grond van de rechten van verdediging voor het Hof in de procedure ten gronde, met name de handhaving van de (formele en materiële) motiveringsplicht, onaantastbaarheid van de bestuurs-handeling, en het doelmatigheids criterium. De argumenten werden mede uitgewerkt op basis van de Wet Openbaarheid Bestuur¹⁰⁵ en de artikelen 871 en 877 Ger. Wb. De Persgroep had dus een miskenning van de motiverings- en zorgvuldigheidsplicht opgeworpen, alsook het feit dat zij, als derde, niet was gehoord door het Mededingingscollege over de weerhouden verbintenis. Verder werd ook geargumenteed dat een bestuurshandeling – eenmaal vastgesteld – onaantastbaar is en dat, wat betreft de doorgevoerde wijzigingen aan de goedkeuringsbeslissing, niet kon worden bepaald of deze beperkt bleven tot niet-inhoudelijke correcties. Het Hof besloot dat geen van deze grieven *prima facie* ongegrond leken.

95. Het Hof diende daarna te oordelen in hoeverre een belanghebbende derde in het kader van een beroep tegen een concentratiebeslissing toegang kan krijgen tot stukken van het procedure- en onderzoeks dossier.¹⁰⁶ De volgende principes werden bevestigd in *Mediahuis II*:

- Het beroep – ingesteld door een belanghebbende derde – tegen een beslissing van het Mededingingscollege kan verband houden met de miskenning van de procedurele rechten van de derde, maar ook met de inhoudelijke juistheid van de bestreden beslissing;¹⁰⁷
- Tijdens het administratieve beslissingstraject heeft de belanghebbende derde beperkte rechten: een derde heeft slechts een instrumentele functie en dient enkel de BMa in staat te stellen om een correct onderbouwde beslissing

te nemen. De toegang die deze derde tijdens het administratief beslissingstraject krijgt, dient dan ook in dit licht te worden geanalyseerd. In het administratief beslissingstraject zijn er namelijk geen rechten van verdediging, enkel beginselen van behoorlijk bestuur, zoals zorgvuldigheid en redelijkheid.¹⁰⁸

- De rechtspositie van de ‘belanghebbende derde’ in een rechtsgang voor het Hof is echter verschillend van deze tijdens het administratieve beslissingstraject. Wanneer deze belanghebbende derde een concentratiebeslissing aanvecht, dienen – gelet op de effectiviteit van het beroep en de uitoefening van de volle rechtsmacht door het Hof – de door de eiser opgeworpen grieven namelijk gestoffeerd te worden door feitelijke gegevens uit het dossier. Het is dus logisch dat De Persgroep ruimere rechten als ‘derde’ tijdens de procedure voor het Hof dan tijdens de administratieve procedure voor de BMa zou krijgen. *In casu* was er voor het Hof namelijk een tegensprekelijk debat waar De Persgroep eiseres was.¹⁰⁹

96. Alvorens dieper in te gaan op het toegangsrecht voor derden in een beroepsprocedure, behandelt het Hof eerst het argument van De Persgroep, gesteund op de Wet Openbaarheid Bestuur. De beslissingen van de BMa, alsook de bestuursdocumenten, worden door het Hof namelijk onttrokken aan het stelsel van openbaarheid dat wordt voorzien in de Wet Openbaarheid Bestuur. Artikel 1, lid 2, 1° van deze wet stelt namelijk, aldus het Hof, dat een administratieve overheid een overheid is als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Daar artikel 79 WER-IV de beslissingen van de BMa, wat de toepassing van de WER-IV zelf betreft, onttrekt aan de jurisdictie van de Raad van State, kan de BMa niet onder het toepassingsgebied vallen.

97. Het Hof compenseert deze afwijzing nadien door een ruime interpretatie te geven aan het begrip ‘proceduredossier’. Daar het toegangsrecht tot het dossier op het administratief beslissingsniveau niet door de wet werd bepaald en de WER-IV niet voorschrijft wat tot het proceduredossier moet gerekend worden, heeft het Hof hieraan een definitie gegeven:

‘(a) alle documenten en geschriften die door het auditoraat zijn ingediend bij het Mededingingscollege binnen het bestek van de aangemelde concentratie, (b) alle documenten die het gemotiveerde ontwerp van beslissing van de auditeur ondersteunen, (c) alle door de aanmeldende partijen en belanghebbende derden bij het Mededingingscollege ingediende geschriften, (d) de genomen beslissing(en) en de eventuele aanvullingen, wijzigingen en uitvoeringsakten ervan, (e) alle door het Mededingingscollege gevoerde briefwisseling en mail-

¹⁰⁵ Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, BS 30 juni 1994, 17.662 (ed. 2).

¹⁰⁶ Zie in dit verband ondermeer Brussel, 6 mei 2010, Belgacom Mobile/Mobistar/KPN Group Belgium, TBM 2010, afl. 4, 32-45, met noot D. VANDERMEERSCH en A.S. CLOOTS; Overzicht 2010, § 42-46; Overzicht 2012, § 80-81; Overzicht 2013, § 99-101.

¹⁰⁷ Brussel, 19 november 2014, gepubliceerd op www.mededinging.be, § 12.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 13.

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 15-16.

verkeer, (f) de beschrijvende en genummerde inventaris van het vermelde onder (a) tot en met (e).¹¹⁰

98. Daar tegenspraak niet ten volle kan worden gegarandeerd indien documenten die bepaalde opgeworpen grieven kunnen ontkrachten of bevestigen niet toegankelijk worden gemaakt voor eiseres of ze niet geïnformeerd wordt over de inhoud van dergelijke documenten, kan het algemeen rechtsbeginsel van de wapengelijkheid in de rechtsgang, de effectiviteit van het beroep, of de behoorlijke uitoefening van de volle rechtsmacht met betrekking tot de redengeving door het Hof heel gemakkelijk in het gedrang komen. De BMa werd dan ook gevraagd om op korte termijn het hiervoor omschreven proceduredossier over te maken aan het Hof, terwijl eiseres in eerste instantie enkel toegang kreeg tot de beschrijvende en genummerde inventaris van het proceduredossier. De Persgroep diende dan binnen de maand het Hof en de partijen in kennis te stellen van de dossierstukken die toegankelijk dienden te worden gemaakt met het oog op een effectieve uitoefening van haar beroep.

99. Het beroep werd ondertussen ingetrokken en de procedure zal dan ook geen verder verloop kennen.

V. Restrictieve mededingingspraktijken

100. Er zijn in 2014 geen kartelbeslissingen geweest. Nadat de Raad voor de Mededinging in 2013 opnieuw de draad had opgepikt met enkele kartelbeslissingen (*Meel*, *BSE-testen*, en *Cement*)¹¹¹, werd deze tendens in 2014 niet verdergezet. Alle kartelonderzoeken die door de BMa werden verdergezet, werden door het Hof van Beroep, in afwachting van een finale uitspraak door datzelfde Hof, opgeschort.

101. Eén misbruik van machtspositie-dossier werd in 2014 afgerond: *Electrabel*.¹¹²

102. De andere beslissingen ten gronde van 2014 bestonden erin een aantal lopende zaken te seponeren, met name (i) *Spira/De Beers*, het onderzoek inzake (ii) de *Virtual Print Fee* en (iii) groenestroomcertificaten.¹¹³ Verder werd ook een

¹¹⁰ *Ibid.*, § 18.

¹¹¹ *Cimenteries CBR S.A., Holcim (Belgique) S.A., Compagnie des ciments belges S.A., FEBELCEM A.S.B.L. et CRIC*, 2013-I/O-34, 30 augustus 2013; *Mededingingsbeperkende praktijken met betrekking tot de prijszetting en de organisatie van de BSE testen*, 2013-I/O-20, 27 augustus 2013; en *Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België*, 2013-I/O-06, 28 februari 2013.

¹¹² *Marché de gros de l'électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014.

¹¹³ Respectievelijk *Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited*, BMA-2014-P/K-22-AUD, 15 oktober 2014; *NV Handling CO / NV Sony Pictures Releasing, BVBA The Walt Disney Company (Benelux), NV Universal Pictures International Belgium, NV Twentieth Century Fox Film Belge*

beslissing genomen naar aanleiding van het beroep tegen de sepotbeslissing betreffende een klacht tegen JC Decaux inzake de toewijzing van de Villo-concessie.¹¹⁴

103. Er werd één voorlopige maatregelen-zaak behandeld door het Mededingingscollege: *Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V.*¹¹⁵

104. Op het niveau van het Hof van Beroep kan dit Overzicht echter wel een brede waaier aan arresten behandelen. Vooreerst nam het Hof van Beroep te Brussel in 2014 akte van de afstand van het beroep tegen de *Happy Time*-beslissing van 29 november 2012 van de Raad voor de Mededinging.¹¹⁶ Er waren ook niet minder dan 6 arresten inzake restrictieve mededingingspraktijken, voornamelijk hogere beroepen tegen eerder uitgevoerde huiszoeken.¹¹⁷ Ten slotte wezen ook het Hof van Cassatie (*supra*, § 43-45) en het Grondwettelijk Hof (*supra*, § 50-58) een arrest in 2014.

A. Prioriteitenbepaling van het vervolgingsbeleid

I. Informeel mededingingsbeleid

105. Hoewel het jaarverslag van de BMa stelt dat, in het licht van de nieuwe institutionele structuur, zowel de stakeholders als de BMa een afwachtende houding hebben aangenomen inzake informele tussenkomsten, is er wel degelijk informeel overleg geweest. De BMa stelt namelijk dat er contacten waren over 'een door de orde van architecten gebruikte rekenmodule voor de berekening van erelonen, het oogsten van peren, een model van lastenboek voor de rundvles keten, een campagne betreffende de sociale economie en het gemeentelijk natuurbeleid, en een schrootindex.' In tegen-

en Warner Bros. Studios Leavesden Limited, BMA-2014-P/K-23-AUD, 2 december 2014; en *Certificats verts*, ABC-2014-I/O-25-AUD, 12 december 2014.

¹¹⁴ *ClearChannel Belgium S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles- Capitale et la ville de Bruxelles en Belgian Posters S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, ABC-2014-P/K-05, 31 maart 2014, beroep tegen *ClearChannel Belgium S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles- Capitale et la ville de Bruxelles en Belgian Posters S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, 2013-P/K-35, 1 oktober 2013.

¹¹⁵ *Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V.*, BMA-2014-V/M-14, 11 juli 2014 en *Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V.*, BMA-2014-V/M-19, 1 september 2014 in uitvoering van de beslissing van het Mededingingscollege nr. BMA-2014-V/M-14.

¹¹⁶ Brussel, 27 mei 2014, onuitg.

¹¹⁷ Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108; Brussel, 9 april 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 126; Brussel, 30 april 2014, onuitg.; Brussel, 9 mei 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 133; Brussel, 27 juni 2014, onuitg.; en Brussel, 26 november 2014, onuitg.

stelling tot de voorbije jaren wordt in het jaarverslag echter niet langer een uitgebreidere uitleg verschaft over het detail en het resultaat van deze informele contacten.

2. Onderzoeks- en sepotbevoegdheid: opportuniteit

106. Het Mededingingscollege heeft een beslissing genomen naar aanleiding van het beroep tegen de sepotbeslissing betreffende een klacht tegen JC Decaux inzake de toewijzing van de Villo-concessie.¹¹⁸ Er waren ook twee andere sepotbeslissingen ten gronde, met name het onderzoek inzake de *Virtual Print Fee* en inzake groenestroomcertificaten. Verder werd ook *Spira/De Beers* geseponneerd op basis van het prioriteitenbeleid.¹¹⁹ In twee van deze zaken had de Europese Commissie voordien ook al een parallelle klacht geseponneerd.

Clear Channel Belgium/JC Decaux Street Furniture Belgium

107. Naar aanleiding van een aantal klachten en verzoeken om voorlopige maatregelen door ClearChannel Belgium en Belgian Posters tegen JC Decaux Street Furniture Belgium, Stad Brussel en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest was het Auditoraat een onderzoek gestart naar een mogelijk misbruik van machtspositie bij de toewijzing van de openbare aanbesteding voor het automatische fietsenverhuursysteem op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (Villo!). Op 1 oktober 2013 had het Auditoraat beslist om de zaak te seponeren.¹²⁰

108. Op 5 november 2013 heeft ClearChannel beroep aangekend tegen deze beslissing bij het Mededingingscollege. Het College heeft dit beroep verworpen.¹²¹

¹¹⁸ *ClearChannel Belgium S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles- Capitale et la ville de Bruxelles* en *Belgian Posters S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, ABC-2014-P/K-05, 31 maart 2014, beroep tegen *ClearChannel Belgium S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles- Capitale et la ville de Bruxelles* en *Belgian Posters S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, 2013-P/K-35, 1 oktober 2013.

¹¹⁹ *Diamanhandel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited*, BMA-2014-P/K-22-AUD, 15 oktober 2014; *NV Handling CO / NV Sony Pictures Releasing, BVBA The Walt Disney Company (Benelux), NV Universal Pictures International Belgium, NV Twentieth Century Fox Film Belge en Warner Bros. Studios Leavesden Limited*, BMA-2014-P/K-23-AUD, 2 december 2014; en *Certificats verts*, ABC-2014-I/O-25-AUD, 12 december 2014.

¹²⁰ Zie *Overzicht 2013*, § 62 en 131 e.v.

¹²¹ *Recours contre la Décision de classement n° 2013-P/K-AUD du 1er octobre 2013 dans les affaires CONC-P/K-08/0005 ClearChannel Belgium S.A. c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de*

109. Wat betreft beroepen tegen sepotbeslissingen herinnert het Mededingingscollege de lezer aan de draagwijdte van dit beroep, zoals bepaald door de Raad in de beslissing inzake *Syndicat des Libraires Francophones de Belgique/Dilibel*.¹²² De Raad stelde daar dat de controle zich beperkte tot (i) de motivering van de sepotbeslissing en (ii) de naleving van de procedureregels, rekening houdend met het feit dat het Auditoraat niet verplicht is om te antwoorden op alle argumenten ingeroepen door de partijen. De Raad stelde dat het slechts de materiële correctheid van de feiten kon verifiëren, alsook de afwezigheid van manifeste beoordelingsfouten of machtsafwijking, dit alles met respect voor de bevoegdheden van het Auditoraat. Bovendien kon de Raad de motieven van het Auditoraat vervangen en de beslissing alsnog bevestigen. Het Mededingingscollege neemt deze positie *mutatis mutandis* over. Bij het toezicht op een sepotbeslissing is het dus de bedoeling dat het Mededingingscollege enkel nagaat of de beslissing gebaseerd is op materieel onjuiste feiten en of ze aangetast is door een manifeste beoordelingsfout of machtsafwijking in het licht van de door de partijen aangevoerde argumenten en bewijsstukken.¹²³

110. *In casu* besloot het Mededingingscollege dat het Auditoraat redelijkerwijs heeft kunnen beslissen dat de klager, ClearChannel, niet had aangetoond dat JC Decaux haar eventuele machtspositie had misbruikt door de toewijzing van een eerdere overheidsopdracht in 1999 en een avenant in 2006 als hefboom te gebruiken in het kader van de overheidsopdracht voor het Villo!-fietsverhuursysteem. Bovendien is de BMA om de hieronder uiteengezette redenen niet bevoegd om zich uit te spreken over een mogelijke ongelijke behandeling bij de gunning van de overheidsopdracht (*infra*, § 127-128).¹²⁴

111. De BMA zou inderdaad niet bevoegd zijn om de beweerdelijke gebreken in het lastenboek te onderzoeken. Het Auditoraat kon daarom redelijkerwijs beslissen om de klachten van ClearChannel met betrekking tot het beweerdelijke gebrek aan transparantie in het lastenboek niet te weerhouden.¹²⁵ Vervolgens verwierp het Mededingingscollege de klacht met betrekking tot de toekenning van vergunningen voor het plaatsen van publiciteit en de draagwijdte van de Villo!-overeenkomst met betrekking tot de plaatsing van reclameborden voor zover het betrekking heeft tot beslis-

Bruxelles et CONC-P/K-08/0012 *Belgian Posters S.A. c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, 2014-P/K-05, 31 maart 2014.

¹²² *Syndicat des Libraires Francophones de Belgique/Dilibel*, 2010-P/K-36, 22 september 2010.

¹²³ *ClearChannel Belgium S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles- Capitale et la ville de Bruxelles* en *Belgian Posters S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, ABC-2014-P/K-05, 31 maart 2014, § 79-82.

¹²⁴ *Ibid.*, § 90-92.

¹²⁵ *Ibid.*, § 93-95.

singen van administratieve overheden, waarvan de legaliteit niet in vraag gesteld is door de bevoegde administratieve rechtscolleges.¹²⁶ Ten slotte besloot het Mededingingscollege ook dat ClearChannel niet voldoende bewijsmiddelen aangebracht had met betrekking tot het beweerdelijke misbruik door JC Decaux. Het Mededingingscollege was dus van oordeel dat het Auditoraat redelijkerwijs had kunnen beslissen om niet tussen te komen.¹²⁷ De beslissing van het Auditoraat was overigens ook afdoende gemotiveerd, aldus het Mededingingscollege.¹²⁸

112. Bij schrijven van 8 november 2013 heeft het Auditoraat een interpretatief addendum bij de sepotbeslissing overgemaakt aan ClearChannel, waartegen deze laatste op 22 november 2013 ook hoger beroep heeft aangetekend. Na uitwisseling van opmerkingen met betrekking tot de beroepen, heeft het Mededingingscollege de seponering en het interpretatief addendum bevestigd op 31 maart 2014.¹²⁹

113. In het addendum verklaarde het Auditoraat dat ‘[a]près réflexion, l’Autorité belge de la Concurrence n’ayant pas souhaité se prononcer sur la définition exacte du marché, le terme ‘position dominante’ utilisé à la page 13 de la décision de l’auditorat 2013-PK-35-AUD du 1er octobre 2013 doit se lire comme ‘position importante’, et non comme une position dominante au sens des articles 102 TFEU et/ou IV.2 du Code de droit économique’.¹³⁰ Volgens het Mededingingscollege moet de vermelding van een eventuele dominante positie op de markt van het stadsmebelair in het Brussels Gewest beschouwd worden als een element dat niet relevant is voor de motivering van de beslissing van het Auditoraat. Bovendien is een interpretatief addendum niet vatbaar voor een vernietigingsberoep, aldus het College, aangezien een dergelijk document geen bindende juridische effecten heeft die de belangen van ClearChannel kunnen aantasten. Het beroep werd bijgevolg onontvankelijk verklaard.¹³¹

Spira/De Beers

114. De beslissing van het Auditoraat van 15 oktober 2014 betekent het quasi-eindpunt van de De Beers-saga, die dit Overzicht reeds meer dan vijf jaar in de ban houdt.¹³² In

2003 werd door De Beers een ‘Supplier of Choice’-regeling ingevoerd waardoor, aldus Spira, de selectiecriteria voor de zichthouders werden aangepast, teneinde enkel zichthouders die zelf de ruwe diamant bewerken en die geen loutere voortverkopers zijn in aanmerking te laten komen voor distributie van De Beers diamanten. Hiermee zou De Beers de voortverkoop van ruwe diamant aan banden hebben willen leggen en stroomafwaarts het gebruik van haar diamanten hebben willen controleren.

115. Dit heeft geleid tot een myriade van procedures ingeleid door de Antwerpse distributeur Spira. Het regende klachten op grond van misbruik van machtspositie, zowel bij de Europese Commissie als bij de toenmalige Raad voor de Mededinging en, wat deze laatste betreft, ook gecombineerd met een verzoek tot voorlopige maatregelen voor diens Voorzitter. Ondanks het feit dat de Commissie de klacht meermaals heeft onderzocht en afgewezen besliste de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging verschillende malen voorlopige maatregelen op te leggen. Ook dat heeft dan weer geleid tot verschillende hogere beroepen voor het Hof van Beroep te Brussel.

116. In juli 2013 heeft het Gerecht de beroepen ingesteld door Spira tegen de beslissingen van de Commissie tot afwijzing van haar klacht verworpen, daar er, aldus het Gerecht, onvoldoende gemeenschapsbelang aanwezig was en het weinig waarschijnlijk was dat een inbreuk zou worden gevonden.¹³³ Ook het Hof van Beroep besloot om de beslissingen van de Voorzitter te vernietigen.¹³⁴

117. Op 15 oktober 2014 heeft het Auditoraat eveneens besloten om de klacht tegen De Beers te seponeren op basis van het prioriteitenbeleid, rekening houdend met de internationale context van deze zaak. Het Auditoraat stelt dat er *in casu* rekening diende gehouden te worden met ‘de beperkte middelen waarover de Belgische Mededingingsautoriteit beschikt, in verhouding tot de middelen ter beschikking van de Europese Commissie’.¹³⁵ Dergelijk complex onderzoek kon zeker bij de BMA niet worden gerechtvaardigd, daar de diamantsector niet valt ‘onder de waaier van prioritaire sectoren waarin de BMA de intentie heeft om acties te ondernemen’¹³⁶ (*supra*, § 11). Ten slotte worden in de seponeringsbeslissing de klas-

¹²⁶ *Ibid.*, § 96.

¹²⁷ *Ibid.*, § 97-98.

¹²⁸ *Ibid.*, § 99-10.

¹²⁹ *ClearChannel Belgium S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles en Belgian Posters S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, ABC-2014-P/K-05, 31 maart 2014.

¹³⁰ *Ibid.*, § 75.

¹³¹ *Ibid.*, § 75-78.

¹³² *Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited*, BMA-2014-P/K-22-AUD, 15 oktober 2014. Voor een overzicht van het volledige procedurele verloop van deze zaak,

zie § 12-31, alsook § 37-46 van de beslissing. In 2015 werd er reeds een beslissing genomen door het Mededingingscollege wat betreft het beroep tegen deze sepotbeslissing. Verder heeft het Hof van Cassatie het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 maart 2013 ook reeds vernietigd.

¹³³ Ger.EU, 11 juli 2013, T-108/07, *Spira v. Commission*.

¹³⁴ Brussel, 26 juni 2013, *TBM* 2013-4, 393-395 (met noot Grégoire Ryelandt).

¹³⁵ *Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited*, BMA-2014-P/K-22-AUD, 15 oktober 2014, § 47.

¹³⁶ *Ibid.*, § 48.

sieke criteria voor het bepalen van de prioriteiten herhaald: economisch belang van het dossier naast het consumentenbelang, de ernst van de overtreding, de haalbaarheid van het optreden rekening houdend met de beschikbare middelen en desgevallend de internationale context.

Virtual print fee

118. Een derde seponeringsbeslissing¹³⁷ behandelt een klacht die in november 2011 werd neergelegd door NV Handling CO. Deze klacht hield verband met de digitalisering van de filmindustrie en de hiermee gepaard gaande investeringen. Om de overgangperiode van traditionele naar digitale projectie te versnellen, hadden de grote Amerikaanse filmproducenten – de *Majors*, met name Sony Pictures, Walt Disney, Universal Pictures, Twentieth Century Fox en Warner Bros – besloten om zelf te investeren in de digitalisering van het Europese bioscopenpark. Zij werken hiervoor samen met integratoren, die optreden als tussenpersoon tussen de producenten en bioscoopexploitanten, om deze digitale projectie-apparatuur in de bioscoopzalen te financieren, installeren en onderhouden. In ruil voor deze diensten betalen de *Majors* een *Virtual Print Fee* aan de integratoren tot deze laatste hun investering hebben terugverdiend. Deze *Virtual Print Fee* is een forfaitair bedrag dat door de filmdistributeurs wordt betaald en gelinkt wordt aan elke door een dergelijke distributeur uitgebrachte film die vertoond wordt via het projectiesysteem van de integrator.

119. NV Handling CO had de investering voor het digitaliseren van haar vier bioscoopzalen echter zelf gedaan, zonder beroep te doen op een integrator. Vermits zij niet had samengewerkt met een integrator weigerden de *Majors* haar aanspraak op een *Virtual Print Fee*. De *Majors* zouden echter wel dergelijke *Virtual Print Fee* hebben toegekend aan o.a. NV Kinopolis Group die wel met integratoren had gewerkt.

120. Het Auditoraat stelde vast dat er geen bewijzen voorhanden waren van samenwerking of (in)directe informatie-uitwisseling tussen de *Majors*. Er was wel sprake van een parallele gedraging tussen de verschillende *Majors*, maar hiervoor werden er door de *Majors* echter verscheidene oorzaken naar voor gebracht, waaronder het mededingingsbevorderend effect van het initiatief.¹³⁸ Na verder onderzoek is het Auditoraat tot de conclusie gekomen dat de weigering van de *Majors* om een *Virtual Print Fee* te betalen aan NV Handling CO objectief gerechtvaardigd was. Door de samenwerking met integratoren konden bioscoopzalen namelijk goedkoper gedigitaliseerd worden.

¹³⁷ *NV Handling CO / NV Sony Pictures Releasing, BVBA The Walt Disney Company (Benelux), NV Universal Pictures International Belgium, NV Twentieth Century Fox Film Belge en Warner Bros. Studios Leavesden Limited, BMA-2014-P/K-23-AUD*, 2 december 2014.

¹³⁸ *Ibid.*, § 37-38.

121. Het Auditoraat heeft in zijn onderzoek ook een mogelijk misbruik van een collectieve machtspositie onderzocht. De seponeringsbeslissing herhaalt de cumulatieve voorwaarden voor het bestaan van een collectieve machtspositie uit *Sony/BMG (infra, § 165)*,¹³⁹ maar besluit dat er onvoldoende bewijs voorhanden was ter vervulling van deze voorwaarden.

122. Het onderzoek heeft verder geen mededingingsbeperkende voorwaarden aan het licht gebracht in de overeenkomsten tussen de *Majors* en de integratoren. De beslissing stelt expliciet dat er geen voorwaarden werden opgelegd waaraan exploitanten moeten voldoen om in aanmerking te komen voor een contract met een integrator. Dit punt was trouwens reeds specifiek onderzocht door de Europese Commissie die het onderzoek na een aantal beperkte wijzigingen had afgesloten.¹⁴⁰ Het Auditoraat besloot aldus om het onderzoek te seponeren op basis van artikel 42, §2 WER-IV wegens ongegrondheid.

Groenestroom-certificaten

123. Het Auditoraat heeft in december 2014 ook het onderzoek met betrekking tot de groenestroom-certificaten voor levering van elektriciteit afgesloten. Naar aanleiding van de publicatie van het VREG-rapport '*Transparantie van de doorrekening van de kosten voor de certificatenverplichtingen door elektriciteitsleveranciers*'¹⁴¹ opende het Auditoraat een ambtshalve onderzoek naar de wijze waarop energieleveranciers de kosten van het systeem van groenestroom-certificaten doorrekenen aan de eindafnemers. Uit dit rapport bleek namelijk dat de meeste energieleveranciers de kosten van dit systeem op gelijklopende wijze doorrekenden aan de eindafnemers. De doorgerekende kosten werden met name gebaseerd op het bedrag van de boete bij niet-naleving, eerder dan op de werkelijke kost. Bovendien werd dit bedrag afzonderlijk gefactureerd. Het Auditoraat vermoedde dat er sprake kon zijn van coordinatie en bijgevolg een schending van artikel 2, §1 WER-IV en artikel 101, §1 VWEU.

124. Het Auditoraat voerde een aantal huiszoeken uit en stuurde een aantal verzoeken om inlichtingen maar vond geen bewijs van enige vorm van mededingingsbeperkende gedragingen of uitwisseling van informatie.¹⁴² Bovendien varieerde de doorrekening van de kost doorheen de tijd en

¹³⁹ *Ibid.*, § 52 met verwijzing naar HvJ, 10 juli 2008, C-413/06 P, *Sony/BMG*.

¹⁴⁰ Persbericht van de Europese Commissie in zaak nr. C2/39673: '*Antitrust: Commission closes probe into Hollywood studios after they change terms of contracts for digitisation of European cinemas*'.

¹⁴¹ VREG, *Transparantie van de doorrekening van de kosten voor de certificatenverplichtingen door elektriciteitsleveranciers*, RAPP-2011-07, Brussel, 30 september 2011, <http://www.vreg.be/rapp-2011-07>.

¹⁴² *Certificats verts*, ABC-2014-I/O-25-AUD, 12 december 2014, § 70.

naargelang de verschillende soorten eindafnemers.¹⁴³ Het Auditoraat merkte ook op dat de markt van de levering van elektriciteit aan residentiële eindafnemers gekenmerkt wordt door een hoge graad van transparantie.¹⁴⁴ Bovendien zijn de activiteiten van de elektriciteitsleveranciers onderworpen aan hetzelfde regelgevend kader wat een gelijkaardige gedraging kon verklaren.¹⁴⁵ De aard zelf van de bijdrage voor groene energie, die geen vergoeding uitmaakt voor de levering van een dienst, verklaart ook waarom deze bijdrage afzonderlijk gefactureerd wordt.¹⁴⁶ Op basis van het voorgaande besloot het Auditoraat dus om de zaak te seponeren.

3. Huiszoeken

125. In april 2014 heeft de BMA haar eerste twee huiszoeken uitgevoerd: één in de sector van de veevoeders voor kippen en één in de sector van de industriële batterijen. Verder heeft de BMA ook bijstand verleend bij twee EU-inspecties en heeft zij twee huiszoeken verricht op vraag van nationale autoriteiten.

B. Bevoegdheid van de BMA en toepassing van het mededingingsrecht in gereguleerde sectoren en overheidsopdrachten

126. In *Electrabel* werd een onderhand klassieke discussie gevoerd over de toepassing van het mededingingsrecht op situaties of sectoren die ook door andere rechtstakken worden gereguleerd, met name door het contractenrecht of door de specifieke energiereglementering. Het Mededingingscollege herinnert er ons terecht aan dat:

- *‘L’ABC exerce des compétences complémentaires et indépendantes à celles détenues par la CREG’*¹⁴⁷
- *‘les Cours et Tribunaux de l’ordre judiciaire et l’autorité ont des compétences concurrentes pour la mise en oeuvre des règles de concurrence. La compétence des Cours et Tribunaux pour l’appréciation d’un contrat à la lumière des règles de la concurrence et du droit des contrats n’évince pas la compétence de l’ABC pour apprécier la légalité d’un contrat au regard du droit de la concurrence.’*¹⁴⁸

127. In *ClearChannel*¹⁴⁹ werd verder ingegaan op het toezicht door de BMA op de gunning van overheidsopdrachten. Het

¹⁴³ *Ibid.*, § 71.

¹⁴⁴ *Ibid.*, § 72-74.

¹⁴⁵ *Ibid.*, § 75.

¹⁴⁶ *Ibid.*, § 76.

¹⁴⁷ *Marché de gros de l’électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014, § 84.

¹⁴⁸ *Ibid.*, § 85.

¹⁴⁹ *ClearChannel Belgium S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles en Belgian Posters S.A c/ la S.A. JC Decaux Street Furniture Belgium, la Région de Bruxelles-Capitale et la ville de Bruxelles*, ABC-2014-P/K-05, 31 maart 2014.

Mededingingscollege merkt namelijk op dat de gunning van een overheidsopdracht per definitie een impact heeft op de mededinging. In de mate dat die impact het inherente gevolg is van een openbare aanbesteding die toegewezen is in overeenstemming met de toepasselijke regelgeving, is het echter niet aan het Mededingingscollege om dit te beoordelen in het licht van het mededingingsrecht. Bovendien valt, aldus het Mededingingscollege, de controle op de naleving van de regelgeving inzake overheidsopdrachten onder de exclusieve bevoegdheid van de administratieve rechtscolleges. De BMA bevestigt dit ook in haar jaarverslag, waar zij stelt dat *‘de BMA niet bevoegd is om zich uit te spreken over de wettelijkheid van een openbare aanbesteding noch om, in het licht van de mededingingsregels, de aspecten te beoordelen die inherent zijn aan de toekenning van een concessieovereenkomst. Het College oordeelde dat de marktwerking ernstig kan worden bedreigd indien aanbestedingen na het verstrijken van de termijnen voor een beroep bij de Raad van State alsnog zouden kunnen worden aangevochten voor de mededingingsautoriteiten en dat dit het principe van lex specialis (inzake openbare aanbestedingen) zou miskennen.’*

128. Het is daarentegen wel aan het Mededingingscollege om in het licht van het mededingingsrecht toezicht te houden op het gedrag van ondernemingen bij het indienen van hun offertes (bijvoorbeeld inzake *bid rigging* of de uitwisseling van informatie), en op het gedrag van de aanbestedende overheid ten aanzien van andere marktspelers na de gunning van de overheidsopdracht. De BMA beschouwt zich verder ook bevoegd om na te gaan of clausules – die niet inherent zijn aan het stelsel van de openbare aanbestedingen – in de overeenkomst met betrekking tot de overheidsopdracht in overeenstemming zijn met het mededingingsrecht.¹⁵⁰

C. Relatie tussen het Mededingingscollege en het Auditoraat

129. Vorig jaar heeft het Mededingingscollege ons inzicht gegeven in de relatie tussen het Mededingingscollege en het Auditoraat in de context van concentratiecontrole. Dit jaar doet ze dat ook in de context van restrictieve mededingingspraktijken. In *Electrabel*¹⁵¹ stelde zich de vraag naar de rol van het Mededingingscollege wat betreft de conclusies van het Auditoraat. Het College wijst op de aard van het institutioneel en procedureel kader dat door de WER-IV is ingesteld, alsook naar de verplichte beslissingstermijn van één maand. Deze twee elementen leiden tot de conclusie dat *‘le Collège aspire à exercer un contrôle ‘normal’, plein et entier des faits, du droit et des appréciations économiques complexes contenues dans le rapport de l’Auditorat, et non à parfaire, refaire ou corriger l’examen conduit par ce dernier [...]’*. *[...] le Collège entend en particulier contrôler l’exactitude*

¹⁵⁰ *Ibid.*, § 83-89.

¹⁵¹ *Marché de gros de l’électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014.

matérielle, la cohérence, l'exhaustivité et la fiabilité des données avancées par l'Auditeur. Wat de feitelijke context van de zaak betreft, beperkt het College zich dus tot een marginale toetsing. Dat lijkt ons niet onlogisch, met name gelet op de termijnen die door de WER-IV worden voorzien.

D. Procedure voor het Mededingingscollege

1. Termijnen

130. In *Electrabel*¹⁵², de eerste beslissing van de BMa in de context van een restrictieve mededingingspraktijk, valt op dat het Mededingingscollege de beslissingstermijnen voorzien in de WER-IV – weliswaar nipt – heeft kunnen respecteren. Op basis van artikel 45, §6 dient het Mededingingscollege namelijk binnen een termijn van een maand na de zitting een beslissing te nemen. In *Electrabel* werd echter gebruik gemaakt van de voorziene schorsing, daar een consultatie van de Europese Commissie vereist was.

Dit blijkt uit de volgende tabel.

	Datum
Neerlegging ontwerpbeslissing	29 november 2013
Antwoord CREG/Lampiris/RWE	21 februari 2014
Antwoord Electrabel	21 maart 2014
Zitting	20 mei 2014
Beslissing	18 juli 2014

Zoals wij al in het verleden hebben aangestipt, zijn de termijnen voorzien in de WER-IV uitermate ambitieus en, in een dossier zoals *Electrabel*, met een grote techniciteit en complexiteit, is het dan ook niet verrassend dat die termijnen met moeite worden gehaald. Dit is zeker het geval in zaken waar de Europese Commissie op basis van Verordening 1/2003 moet worden geconsulteerd. Het is dan ook niet verrassend dat Prof. Nicolas Petit, één van de assessoren in *Electrabel*, de vraag stelt naar een 'Stop the clock' comme EUMR'.¹⁵³

2. Samenstelling van en toegang tot het dossier¹⁵⁴

131. In lijn met de bepalingen van de WER-IV stelt het Mededingingscollege in *Electrabel* dat de verweerder toegang moet krijgen tot de niet-vertrouwelijke versies van alle stukken in het onderzoeksdossier. Versies van stukken waar de

verweerder geen toegang toe heeft gekregen, kunnen dan ook niet bij het proceduredossier waar het Mededingingscollege toegang toe krijgt, gevoegd worden. Om deze toegang te verzekeren, volstaat het dat de verweerders een inventaris ontvangen waarin de stukken worden geïdentificeerd. Het Auditoraat is, volgens het Mededingingscollege, niet verplicht om een samenvatting te geven van de stukken.¹⁵⁵

3. Bewijsvergaring en bewijswaarde

132. In *Brabomills*, een hoger beroep ingesteld door Brabomills tegen de boete die haar werd opgelegd in 2013 in de context van het meelkartel, ging het Hof van Beroep verder in op de toelaatbaarheid en de bewijswaarde van bepaalde bewijselementen.¹⁵⁶

133. Brabomills had verschillende elementen van kritiek gegeven op de bewijswaarde van de in de bestreden beslissing weerhouden bewijselementen, die er op neer zouden komen dat de deelname van Brabomills niet met 'voldoende zekerheid' vaststond, terwijl er integendeel elementen waren die het aannemelijk zouden maken dat Brabomills zich had gedistantieerd ten aanzien van de vermeende inbreuken.¹⁵⁷

134. Bij de beoordeling van de grieven wordt door het Hof eerst en vooral gesteld dat er geen sprake kan zijn van distantiëring. Ook al voer Brabomills een aparte koers en blijkt uit de bewijselementen dat Brabomills ten aanzien van het overleg tussen de concurrenten een eigen positie heeft ingenomen, stelt het Hof dat uit de bewijselementen niet blijkt dat Brabomills zich uitdrukkelijk heeft gedistantieerd of onthouden. Het Hof leidt hieruit af dat Brabomills – door zich niet uitdrukkelijk te distantiëren – de inbreuk mede heeft gefaciliteerd.¹⁵⁸ Dit legt een zeer hoge drempel op partijen die zijdelings kennis hebben van een kartelinbreuk in hun sector en gaat verder dan de rechtspraak van de Europese Hoven.¹⁵⁹

135. Het Hof gaat dan één voor één door de verschillende bewijselementen:

- Vooreerst, de bewijswaarde van de clementieverzoeken: Het Hof stelt, in lijn met de rechtspraak van de Europese Hoven, dat clementieverzoeken niet beschouwd kunnen worden als voldoende bewijs, maar door andere bewijselementen dienen

¹⁵² *Ibid.*, § 69.

¹⁵³ Presentatie gegeven op het seminarie 'Nieuwe Belgische Mededingingsautoriteit bestaat één jaar' georganiseerd door het VBO, de Brussels School of Competition en het Liège Competition and Innovation Institute op 16 oktober 2014 in Brussel.

¹⁵⁴ Voor een interessante bespreking van toegang tot het dossier in de verschillende fasen van het onderzoek, zie A. VAN DEN BOSSCHE, 'Rechten van de verdediging: toegang tot het dossier', *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2014, 219.

¹⁵⁵ *Marché de gros de l'électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014, § 70.

¹⁵⁶ Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108, beroep tegen *Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België*, 2013-I/O-06, 28 februari 2013. Zie ook *Overzicht 2013*, sectie IV.E.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹⁵⁹ HvJ, 6 december 2012, C-441/11 P, *Verhuizingen Coppens*; HvJ, 4 juli 2013, zaak C-287/11 P, *Aalberts*; Ger.EU, 10 oktober 2014, T-68/09, *Soliver*.

te worden aangevuld. Het feit dat de juistheid van bepaalde elementen in een ondernemingsverklaring wordt aangevochten betekent niet per se dat deze haar bewijswaarde verliest. De ondernemingsverklaring heeft namelijk een contextueel gegeven. Het Hof merkt op dat tegenstrijdigheden in dergelijke verklaringen de geloofwaardigheid hiervan inderdaad nuanceren, maar niet volledig diskwalificeren. De relatieve bewijswaarde, zoals reeds aangehaald door de Raad, wordt hierbij dus bevestigd;

- Daarnaast, een anonieme getuigenis. Eenzelfde argument wordt door het Hof gebruikt wanneer het dieper ingaat op de bewijswaarde van een anonieme getuigenis; opnieuw wordt hier de relatieve waarde aangehaald;
- Uiteindelijk waren er telefonische contacten tussen de ondernemingen die, volgens hen, te maken hadden met hun respectieve leveringsrelaties. Het Hof stelt dat ‘[d]e mogelijk legitieme alternatieve verklaring van sommige contacten [...] immers niet uit[sluit] dat die contacten eveneens betrekking hadden op gevoelige informatie met betrekking tot prijzen en klanten.’¹⁶⁰ Het Hof sluit ons inziens dus geen alternatieve verklaring voor de telefonische contacten uit, terwijl ook het tegendeel niet volledig kon worden bewezen;
- Ten slotte stelt het Hof met betrekking tot enig ander bewijs dat zij opnieuw het algemeen beeld bevestigen en de andere elementen ondersteunen.

136. Kortom, na het arrest van het Hof van Beroep kan men zich nog steeds de vraag stellen wat nu eigenlijk de doorslaggevendende documenten zijn geweest in dit onderzoek. Het arrest in *Brabomills* – en de analyse van het Hof van Beroep – geeft de BMa in ieder geval een zeer ruime marge om haar bewijsvoering te ondersteunen.

4. Hoger beroep tegen huiszoeken¹⁶¹

137. In 2014 werden zowel in de *Supermarkten*,¹⁶² *Stuwadoors*,¹⁶³ en *Distripaints*¹⁶⁴-dossiers verscheidene tussenarresten uitgesproken met betrekking tot de beroepen ingesteld tegen huiszoeken uitgevoerd onder de WBEM 1999 en de WEM 2006. Er werd in deze zaken in 2014 nog geen eindarrest ten gronde genomen, waardoor de praktische impact van onderstaande arresten beperkt blijft.

¹⁶⁰ Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108, p. 27.

¹⁶¹ Voor een bespreking van eerdere rechtspraak inzake hoger beroep tegen onderzoekshandelingen, zie S. RAES, ‘Rechtsbescherming - Beroep tegen handelingen tijdens het onderzoek’, *Mijlpalen uit het mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2014, 383.

¹⁶² Brussel, 9 april 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 126.

¹⁶³ Brussel, 30 april 2014, onuitg., en Brussel, 27 juni 2014, onuitg.

¹⁶⁴ Brussel, 26 november 2014, onuitg.

Supermarkten

138. In deze zaak waren er twee Franstalige beroepen en één Nederlandstalig beroep. In tegenstelling tot het Nederlandstalige *Supermarkten*-beroep¹⁶⁵ werd er in de Franstalige zaak geen schorsingsmaatregel overeengekomen met de BMa en diende het Hof effectief te oordelen over de gevorderde schorsing van de procedure voor de BMa.

139. In het *Supermarkten*-tussenarrest van 9 april 2014 stelde het Hof de vraag naar de wettelijke basis voor het schorsingsverzoek. Zoals gesteld in eerdere beslissingen¹⁶⁶ voorzag de WEM 2006 nog niet uitdrukkelijk in een mogelijkheid om beslissingen van het Auditoraat in de context van inspecties aan te vechten voor het Hof van Beroep. Het Hof herhaalt dat, na een prejudiciële vraag van het Hof van Beroep, het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 22 december 2011¹⁶⁷ oordeelde dat de artikelen 44, 45 en 75 van de WEM 2006 grondwetsconform geïnterpreteerd dienden te worden, in die zin dat ze een daadwerkelijk beroep toelieten tegen beslissingen van het Auditoraat, en dit binnen een redelijke termijn¹⁶⁸ (*supra*, § 51). In 2013 besloot het Hof van Beroep in *Belgacom* bijgevolg dat het beroep van Belgacom tegen de beslissingen van het Auditoraat in het kader van de huiszoeking ontvankelijk was.¹⁶⁹ Intussen biedt artikel 79 WER-IV uitdrukkelijk de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen beslissingen van de auditeur.

140. In *Supermarkten* maakt het Hof de afweging tussen het door de BMa aangevoerde verjaringsrisico en het belang van een toetsing van de rechtmatigheid van verkrijging van het bewijsmateriaal. Het Hof stelt dat, daar de artikelen 42 en 45 WER-IV in zeer strikte en beperkte beslissingstermijnen voorzien, de problemen ten gronde voorafgaand en binnen een korte termijn beslecht dienen te worden. Dit dient met name te gebeuren alvorens het Mededingingscollege de kans krijgt om te beslissen op basis van een proceduredossier en een ontwerpbeslissing die gesteund kunnen zijn op een onderzoeksdossier waarvan de inhoud niet gezuiverd is van de beweerde onregelmatige huiszoekingsdocumenten. Het Hof meent dat dit niet enkel in het belang is van de betrok-

¹⁶⁵ Brussel, 17 december 2013, *TBM* 2014, afl. 1, 35, § 7. Zie *Overzicht 2013*, § 96.

¹⁶⁶ Cass. 21 oktober 2011, AR H.11.0001.F, *Belgacom/Mobistar/KPN Group Belgium*, www.cass.be.

¹⁶⁷ GwH 22 december 2011, *Belgacom*, *TBM* 2012, 130-133. Zie ook het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 6 april 2011 waarbij besloten werd om deze prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof te richten.

¹⁶⁸ Zie *Overzicht 2011*, § 75-81.

¹⁶⁹ Brussel, 5 maart 2013, *Juristenkrant* 2013 (weergave BOCKEN, J.), afl. 267, 1; *JLMB* 2013, afl. 21, 1136, noot BUYLE, J., VAN GERVEN, D.; *TBH* 2013 (weergave SOHET, A.), afl. 5, 472; *TBH* 2014, afl. 3, 270, noot L'ECLUSE, P., MARIEN, L.; *TBM* 2013, afl. 2, 191, § 13-34.

ken ondernemingen, maar ook in het belang van de BMa.¹⁷⁰ Indien dergelijke toetsing niet vooraf zou gebeuren, kan de volledige legaliteit van de procedure en de beslissing van het Mededingingscollege in het gedrang komen.

Op basis van het arrest van het Grondwettelijk Hof van 22 december 2011 stelt het Hof dan ook dat ‘*pour qu’un recours puisse être considéré comme ‘effectif’, il faut qu’il puisse ‘prévenir la survenance de la mesure par laquelle [...] des données feraient l’objet d’une communication qui serait de nature à leur faire grief.*’¹⁷¹

Het Hof vindt hierbij dat het loutere feit dat de wettigheid van de huiszoeken doorheen de procedure nooit eerder in twijfel is getrokken door de betrokken ondernemingen niet in rekening dient genomen te worden. Het antwoord op de vraag of, voor de inwerkingtreding van de WER-IV, het überhaupt mogelijk was om op nuttige wijze de huiszoeken aan te klagen is, aldus het Hof van Beroep, twijfelachtig.

Daar het bovenstaande zwaarder doorweegt dan het door de BMa opgeworpen mogelijke verjaringsrisico, dient de belangenafweging in het voordeel van de eisende en tussenkomenende partijen te worden gemaakt.

141. Het Hof van Beroep werpt, zoals bepaald in artikel 19, lid 2 Ger. Wb. ook een vluchtige blik op de middelen die door de partijen worden opgeworpen,¹⁷² met name het feit dat de huiszoeken de fundamentele rechten, zoals omschreven in artikel 6 en 8 EVRM, hebben geschonden en dat

- de huiszoeken verricht zouden zijn zonder voorafgaande machtiging door een onafhankelijke en onpartijdige magistraat en zonder een effectieve beroepsmogelijkheid *a posteriori*;
- de bewijsgaring in het kader van de huiszoeking onwettig werd uitgevoerd en resulteerde een *fishing expedition*.

142. De middelen lijken, aldus het Hof, *prima facie* niet onredelijk en het Hof besloot dan ook om de vordering alvorens recht toe te kennen. Het Hof stelde in haar tussenarrest – en in tegenstelling tot wat werd overeengekomen in het Nederlandstalige *Supermarkten*-beroep, alwaar de procedure werd stopgezet – dat de procedure voor het Auditoraat verdergezet kon worden tot het schrijven van de ontwerpbeslissing, maar dat dergelijke beslissing niet kon worden overgemaakt aan de Voorzitter.

143. De onduidelijkheid en discrepantie tussen de uiteenlopende beslissingen van de 18e en 9e kamer van het Hof van Beroep te Brussel in éénzelfde zaak werd opgelost middels

een schrijven van het Auditoraat, alwaar werd bevestigd dat het antwoorden op de Mededeling van de Grieven kon worden uitgesteld tot na de beslissing van het Hof van Beroep te Brussel over de grond van de zaak.

Stuwadoors

144. Ook in *Stuwadoors*¹⁷³ werd een beroep ingesteld op basis van artikel 79, §1, lid 2 WER-IV. *In casu* werd een beroep ingesteld tegen de beslissing van het Auditoraat om de documenten die werden verkregen in het kader van de huiszoeking aan te wenden in het onderzoek in de stuwadoors-kartelzaak. Het tussenarrest van 30 april 2014 behandelt echter enkel de vordering alvorens recht te doen op basis van artikel 19, lid 2 Ger. Wb.

145. In *Stuwadoors* worden quasi dezelfde gronden van onwettigheid opgeworpen als in *Supermarkten*: (i) schending van artikel 8 EVRM en artikel 23, §3 WBEM 1999, met name geen voorafgaande machtiging, (ii) schending van artikel 6 EVRM – geen jurisdictionele toetsing binnen een redelijke termijn en (iii) *partial fishing expedition*. Beide zaken verschillen wel van elkaar op twee punten: enerzijds, in *Stuwadoors* – net als in *Reisbureaus* – vonden de huiszoeken plaats onder het vigeur van de WBEM 1999, waar geen enkele vorm van voorafgaande machtiging was vereist voor de huiszoeken, anders dan het opdrachtbevel van de auditeur; en, anderzijds, had het Auditoraat beslist om geen van de huiszoekingsdocumenten rechtstreeks te gebruiken in de Mededeling van de Grieven.

146. Het belangrijkste punt in het tussenarrest van 30 april 2014 betrof dan ook het *indirecte* gebruik van huiszoekingsdocumenten tijdens het onderzoek van het Auditoraat. Het Hof stelde zich de vraag of – aangezien de BMa aangaf zich ertoe te verbinden om geen enkel gebruik te maken van de huiszoekingsdocumenten – *prima facie* de fundamentele rechten vanuit het oogpunt van de beweerdte onwettigheid van de huiszoeken nog steeds in gevaar waren. Er werd gesteld dat, ook al werden *in casu* alle rechtstreekse verwijzingen naar huiszoekingsdocumenten weggenomen uit de Mededeling van de Grieven, dergelijke weglatingen niet uitsloten dat huiszoekingsdocumenten werden gebruikt in de tekst, het voorgaande onderzoek door het Auditoraat, en dat onder meer de verzoeken om inlichtingen mee ingegeven werden door het resultaat van de huiszoeken.¹⁷⁴ Voor navolgende onderzoeksdaden dient dus aangenomen te worden dat de inhoud mee ingegeven is door de resultaten van de huiszoeken.

147. Aldus stelt het Hof dat artikel 79, §1, lid 2 WER-IV en voornamelijk de passage ‘*daadwerkelijke gebruik voor het*

¹⁷⁰ Brussel, 9 april 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 126, § 16.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*, § 18 e.v.

¹⁷³ Brussel, 30 april 2014, onuitg.

¹⁷⁴ *Ibid.*, § 22-23.

staven van de grieven' *prima facie* inhoudt dat de huiszoekingsdocumenten niet in enig opzicht mogen bijdragen tot de inhoud van de meegedeelde grieven, niet rechtstreeks en evenmin onrechtstreeks. Het Hof stelde dat '[z]o gauw een beweerd onrechtmatig verkregen gegeven mee aan de basis ligt van een grief of van een onderzoeksdaad waardoor een grief kon worden gestaafd, er gebruik [voorhanden is] van het betrokken gegeven'.¹⁷⁵ Dit punt werd ondertussen ook reeds bevestigd door het Grondwettelijk Hof (*supra*, § 57).

148. Op basis van de feiten werd verder ook bepaald dat het *prima facie* 'maar moeilijk als vaststaand [kan] worden aangenomen dat de loop van de onderzoeksverrichtingen niet beïnvloed is geweest door de huiszoekingen en dat het resultaat hiervan geheel buiten beschouwing blijft, zelfs wanneer eerder tijdens de huiszoekingen in beslag genomen documenten formeel als stavingstuk werden geweerd'.¹⁷⁶ Een andere interpretatie zou volgens het Hof impliceren dat de huiszoekingen geen betekenisvolle of toegevoegde onderzoekswaarde hebben gehad, en met name volledig overbodig zouden geweest zijn.

149. Net als in *Reisbureaus*¹⁷⁷ stelde het Hof dat, op basis van het voorgaande, de betrokken ondernemingen niet verplicht konden worden om een standpunt in te nemen over grieven waarvan nog niet vaststaat dat ze in elk geval overeind kunnen blijven vanuit het oogpunt van de wettelijke deugdelijkheid van het onderliggende bewijsmateriaal. In *Stuwadoors* werd de termijn om te antwoorden op de Mededeling van de Grieven dan ook voorlopig geschorst tot 30 juni 2014. Teneinde aan te tonen dat bepaalde huiszoekingsdocumenten niet (in)direct hebben bijgedragen tot de formulering van de grieven stelde het Hof een nieuwe test voorop. *In casu* diende de BMa aan te tonen dat de gang van het onderzoek niet anders zou zijn verlopen en de inhoud van de Mededeling van de Grieven niet anders zou zijn geweest, indien de huiszoekingen niet waren uitgevoerd.

150. Na dit eerste tussenarrest zetten de eisende en tussenkomenende partijen in detail uiteen welke grieven niet overeind konden blijven, terwijl de BMa in het algemeen argumenteerde zonder in te gaan op de specifieke grieven van de partijen in het geding. In *Stuwadoors II*¹⁷⁸ werd echter opgemerkt dat de BMa het – per opgeworpen kritiek of problematische passus – aannemelijk diende te maken dat deze niet beïnvloed werd door het resultaat van de huiszoeking. Het Hof merkte op dat een algemene verwijzing naar voorkennis – die niet de aanwijsbare informatie bevat waarop wordt gesteund – hier niet volstaat.¹⁷⁹ Het Hof besloot dat de opgeworpen kritieken niet kennelijk ongegrond leken,

daar voor ieder van hen aangegeven wordt hoe ze steunen op het gebruik van het resultaat van de huiszoeking. Daar de opgeworpen bezwaren nog steeds in detail door de BMa ontzenuwd dienden te worden, werd de schorsing verdergezet, terwijl de partijen uitgenodigd werden tot een buitengerechtelijk contradictieproject.

Distripaints

151. In een meer procedurele context heeft het Hof van Beroep zich op 26 november 2014 ook uitgesproken over het beroep tegen het proces-verbaal van een vergadering betreffende huiszoekingen uitgevoerd door de Algemene Directie Mededinging in de lokalen van de verzoeksters, Distripaints N.V. en Novelta N.V. De huiszoekingen hadden plaatsgevonden op 21 en 22 juni 2011 naar aanleiding van een klacht door de NV Durieu Coatings tegen Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Paints Belgium NV en haar distributeurs Distripaints NV, Lambert & FD NV en Roel NV.¹⁸⁰ Tijdens de huiszoekingen waren papieren en digitale documenten in beslag genomen. Op 22 juni 2011 werd een proces-verbaal van verhoor en/of vaststelling opgemaakt, dat het begin- en eindpunt van de huiszoeking vermeldt. Op verzoek van Distripaints werden alle in beslag genomen documenten aangemerkt als *out-of-scope* en verzegeld. Distripaints kreeg vervolgens, in lijn met de Richtsnoeren betreffende de huiszoekingsprocedure,¹⁸¹ een verlengbare termijn van 10 dagen om een lijst over te maken van de *out-of-scope* en verzegelde documenten. Verder vermeldt het PV nog dat de geselecteerde digitale documenten op twee elektronische dragers werden gekopieerd, waarvan twee verzegelde exemplaren bestemd zijn voor de toenmalige Dienst, en één kopie voor Distripaints.

152. Na de huiszoeking volgde een briefwisseling over het *out-of-scope* karakter van de in beslag genomen documenten. Volgens Distripaints vielen (i) 'alle documenten die betrekking hebben op de commerciële relatie van DISTRIPAINTS/NOVELTA met haar klanten en wederverkopers, zonder dat er enige link is met Akzo Nobel', (ii) 'alle documenten welke enkel betrekking hebben op de interne werking van DISTRIPAINTS/NOVELTA' en (iii) alle documenten die geen betrekking hebben op de in het onderzoek betrokken merken, buiten het toepassingsgebied van de machtiging tot huiszoeking.¹⁸² Verder verzocht Distripaints een inventaris van de digitale documenten, om een duidelijke oplijsting te kunnen maken van de *out-of-scope* documenten. De auditeur antwoordde hierop dat in de context van het onderzoek ook documenten betreffende de betrokken markt(en) en de markt-aandelen van concurrenten relevant zijn, en dat dit ook interne documenten kan bevatten die de autoriteit ertoe in staat stel-

¹⁷⁵ *Ibid.*, § 25.

¹⁷⁶ *Ibid.*, § 28.

¹⁷⁷ Brussel, 28 oktober 2013, *TBM* 2013, afl. 4, 404, § 34.

¹⁷⁸ Brussel, 27 juni 2014, onuitg.

¹⁷⁹ *Ibid.*, § 11.

¹⁸⁰ Brussel, 26 november 2014, onuitg.

¹⁸¹ *Richtsnoeren van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de huiszoekingsprocedure*, 17 december 2013, *BS* 24 december 2013, 102122, § 5.3.

¹⁸² Brussel, 26 november 2014, onuitg, § 6.

len 'de evolutie van de producten op de markt te begrijpen en/of die de commerciële strategie van Akzo Nobel en zijn masterdealers, waaronder Distripaints, verduidelijken'.¹⁸³

Met betrekking tot de oplijsting van digitale documenten verwijst de auditeur naar de lijst met *hash-codes* die zich bevindt op de aan Distripaints overhandigde elektronische drager. Hij voegt daaraan toe dat de autoriteit geen andere inventaris kan opstellen, daar enkel Distripaints zelf toegang heeft tot de voor de autoriteit verzegelde documenten.

153. Uiteindelijk werden de documenten op 3 en 10 juni 2013 ontzegd ter kantore van de autoriteit. Voor een aantal documenten werd er een akkoord bereikt over het *in-* of *out-of-scope* karakter, maar voor een aantal andere documenten bleef er een meningsverschil bestaan. De betwiste documenten werden opnieuw verzegeld. Het verslag van de vergadering werd namens verzoeksters ondertekend, maar in een afzonderlijk schrijven gaf Distripaints diverse voorbehouden aan met betrekking tot onder meer de integriteit van het gevoerde onderzoek, de niet-verzegeling van bepaalde documenten, de gebruikte criteria om documenten als *in-scope* te beschouwen, het ontbreken van een lijst van gebruikte trefwoorden, het lange tijdsverloop van de huiszoeking, en het ontbreken van *hash-codes* in de bijlage bij het PV van huiszoeking.

154. De argumenten opgeworpen tijdens de beroepsprocedure luiden als volgt:

- Tijdsverloop na de huiszoeking: als eerste middel voert Distripaints het lange tijdsverloop aan tussen de huiszoeking en (i) de ontzegging van de in beslag genomen documenten, (ii) de mededeling van de inhoud van de klacht, en (iii) het verzoek om inlichtingen. Dit tijdsverloop van bijna twee jaar zou, aldus Distripaints, een schending inhouden van het beginsel van de redelijke termijn¹⁸⁴ en van de rechten van de verdediging. Volgens het Hof is het feit dat Distripaints alle documenten als *out-of-scope* heeft aangemerkt geen verantwoording voor de lange periode waarin het onderzoek kennelijk stil lag. Ook het argument dat er om redenen van rechtszekerheid gewacht moest worden op de uitspraak in de zaak *Belgacom*¹⁸⁵ werd niet aanvaard. Toch kan het Hof nog geen uitspraak doen over de schending van de redelijke termijn, aangezien dit betrekking heeft op de volledige duurtijd van de procedure. Verder was het niet onmiddellijk duidelijk op welke wijze dit lange tijdsverloop de rechten van verdediging van Distripaints geschonden heeft.¹⁸⁶

- Uitholling van de procedure van verzegeling: Distripaints haalt ook een reeks omstandigheden aan die er volgens haar toe geleid hebben dat de procedure van verzegeling niet correct verlopen is. Onderzoekers zouden gebruik gemaakt hebben van een eigen laptop, er zouden niet-verzegelde *memory sticks* gebruikt zijn, de *hash-code* van de inventaris van de inbeslaggenomen digitale documenten zou niet aangehecht zijn aan het PV van de huiszoeking, en tal van andere slordigheden zouden de procedure van verzegeling uitgehold hebben.¹⁸⁷ Het Hof besluit dat het '*niet ontkend (kan) worden dat met betrekking tot het aangehecht zijn van de hash-code van de inventaris aan het PV en het al dan niet gebruik van eigen informaticamaterieel verzoeksters geconfronteerd zijn geweest met onzekerheden ten gevolge van tegenstrijdige verklaringen en standpunten van haar tegenpartij die niet van aard waren haar vertrouwen in het onderzoek te ondersteunen*'.¹⁸⁸ Het Hof besluit echter dat Distripaints er niet in slaagt de beweerde anomalieën afdoende te bewijzen, en dat de door de BMA gegeven toelichtingen een *prima facie* afdoende antwoord bieden, zonder dat de verzoeksters erin slagen deze toelichtingen afdoende te betwisten;¹⁸⁹

- Geen lijst van trefwoorden: Distripaints beklaagt zich er ook over dat het Auditoraat, in afwijking van zijn eigen richtlijnen en de *Belgacom*-rechtspraak, geen lijst van trefwoorden overhandigd heeft. Het Hof stelt echter vast dat *in casu* geen gespecialiseerde software gebruikt is, maar de documenten manueel geselecteerd zijn. De handelswijze van het Auditoraat¹⁹⁰ legt het gebruik van trefwoorden enkel op bij opzoekingen door middel van software. Bovendien is het aantal geselecteerde documenten relatief beperkt, wat het voor de onderneming perfect mogelijk maakt om de documenten binnen de termijn van tien dagen manueel na te kijken. Dat is *in casu* ook gebeurd, aangezien de onderneming binnen de opgelegde termijn een gemotiveerde lijst overgemaakt heeft met *out-of-scope* documenten;¹⁹¹

- Kwalificatie *in-* of *out-of-scope* karakter: wat de kwalificatie van het *in-* of *out-of-scope* karakter betreft, stelt het Hof vast dat de auditeur zich beperkt heeft tot een summier standaardmotivering. Dat een document behoort tot de 'algemene context' van het mandaat is een onvoldoende specifiek criterium. De motivering moet het voor de betrokken onderneming en het Hof – in het kader van de marginale toetsing – mogelijk maken de pertinentie van de betrokken documenten te controleren, zonder dat het Hof van de inhoud van de afzonderlijke documenten

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Art. 6.1 EVRM.

¹⁸⁵ Brussel, 5 maart 2013, *Juristenkrant* 2013 (weergave BOCKEN, J.), afl. 267, 1; *JLMB* 2013, afl. 21, 1136, noot BUYLE, J., VAN GERVEN, D.; *TBH* 2013 (weergave SOHET, A.), afl. 5, 472; *TBH* 2014, afl. 3, 270, noot L'ECLUSE, P., MARIEN, L.; *TBM* 2013, afl. 2, 191, § 13 – 34. Zie ook *Overzicht* 2013, § 10.

¹⁸⁶ Brussel, 26 november 2014, onuitg., § 18-24.

¹⁸⁷ *Ibid.*, § 25.

¹⁸⁸ *Ibid.*, § 27.

¹⁸⁹ *Ibid.*, § 28.

¹⁹⁰ Richtsnoeren van de Belgische Mededingingsautoriteit betreffende de huiszoekingsprocedure, 17 december 2013, *BS* 24 december 2013, 102122, § 5.1-5.2.

¹⁹¹ Brussel, 26 november 2014, onuitg., § 29-38.

kennis dient te nemen. Daarom legt het Hof de partijen een verificatietraject op, om het *in-* of *out-of-scope* karakter van de documenten vast te stellen.¹⁹² Dat traject bestaat erin dat (i) de BMa haar standpunt betreffende het *in-scope* karakter van de gecontesteerde documenten nader moet motiveren (en bij gebreke van motivering worden deze documenten als *out-of-scope* gekwalificeerd), (ii) deze motivering aan tegenspraak door Distripaints wordt onderworpen, (iii) bij ontstentenis van eensluidende conclusie van de partijen, het Hof oordeelt.

155. Het valt te betreuren dat een dergelijk beroep, dat betwistingen in het kader van huiszoekingen beslecht in het meest nuttige stadium van het onderzoek, niet meer mogelijk zal zijn onder gelding van artikel 79 WER-IV, tenminste niet voor het uitbrengen van de punten van bezwaar, des te meer aangezien het Grondwettelijk Hof de grondwettelijkheid van deze bepaling intussen bevestigd heeft (*supra*, § 50 e.v.).

E. Procedure voor het Hof van Beroep

156. Wat betreft de algemene bevoegdheid van het Hof van Beroep als appelrechter werd in *Brabomills*¹⁹³ kort herhaald dat – bij gebrek aan overgangsbepalingen ten aanzien van hangende gedingen over beslissingen van de voormalige Raad voor de Mededinging – er niets verhindert dat het Hof verder kennis neemt van de hangende geschillen.

1. Effect op verjaring

157. In *Stuwadoors II*¹⁹⁴ werd hieromtrent een verandering in het regelgevend kader opgemerkt. Het Hof verwijst naar de reparatiewet van 2 april 2014 waardoor in artikel 80, §2 WER-IV een vierde lid werd toegevoegd: ‘*De verjaring met betrekking tot de procedure van onderzoek en beslissing wordt geschorst zolang een beslissing van de auditeur of van het auditoraat het voorwerp vormt van een procedure aanhangig bij het Hof van Beroep te Brussel*’¹⁹⁵ (*supra*, § 8). De schorsing van de verjaring zou hierdoor ook van toepassing zijn op hangende gedingen.

158. In *Stuwadoors II* geeft het Hof hieraan het volgende gevolg: de verjaring is geschorst sedert 26 maart 2014, de datum van de neerlegging van het verzoekschrift, en blijft geschorst gedurende de hele procesgang voor het Hof. Dit is

¹⁹² *Ibid.*, § 39-49.

¹⁹³ Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108, p. 9-10. Zie ook Cass., 20 november 2014, H.14.0001.F, www.cass.be

¹⁹⁴ Brussel, 27 juni 2014, onuitg.

¹⁹⁵ Art. 9 van de Wet van 2 april 2014 houdende invoeging van boek X ‘Handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies’ in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek X in boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS* 28 april 2014, 35053.

ons inziens een foute interpretatie van de wetwijziging. De hierboven aangehaalde wet is namelijk in werking getreden op 31 mei 2014 en is inderdaad van toepassing op hangende gedingen. Wij menen echter dat de schorsing niet retroactief kan worden toegepast en menen dat elke schorsing dus maar vanaf 31 mei 2014 kan beginnen lopen.

F. Substantiële analyse

1. Toepassing van art. 101 en 102 VWEU

159. Het Mededingingscollege heeft in 2014 geen kartelbeslissingen kunnen nemen aangezien alle lopende kartelprocedures die in staat waren, opgeschort waren door het Hof van Beroep (*supra*, § 137 e.v.). Enkel een misbruik van machtspositie-procedure inzake Electrabel heeft geresulteerd in een eindbeslissing.

2. Marktafbakening

160. In *Electrabel* werden, mede onder verwijzing naar de beslissing van de Europese Commissie in *EDF/Segebel*, de volgende markten gedefinieerd:

- le marché de la génération, de la vente en gros et du négoce d’électricité en Belgique;
- le marché de la fourniture de la réserve tertiaire en Belgique.¹⁹⁶

3. Art. 2 WER-IV: Misbruik van machtspositie

a) Beoordeling door het Mededingingscollege van de Ontwerpbeslissing

161. Electrabel is een fascinerende beslissing, die door één van de assessoren in de zaak gedefinieerd werd als een ‘*décision iceberg*’.¹⁹⁷ De ontwerpbeslissing van de auditeur, die beneden de zeespiegel ligt, telt niet minder dan 630 bladzijden. De beslissing van het Mededingingscollege telt er amper 28.

162. Voor de eerste maal in een dossier inzake restrictieve mededingingspraktijken¹⁹⁸, geeft het Mededingingscollege ons inzicht in de beoordelingstoets die zal worden toege-

¹⁹⁶ *Marché de gros de l’électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014, § 78.

¹⁹⁷ Prof. Nicolas Petit in een presentatie gegeven op het seminarie ‘Nieuwe Belgische Mededingingsautoriteit bestaat één jaar’ georganiseerd door het VBO, de Brussels School of Competition en het Liège Competition and Innovation Institute op 16 oktober 2014 in Brussel.

¹⁹⁸ Wat betreft concentratiecontrole, zie *De oprichting van Mediahuis door Corelio NV en Concentra NV*, BMA-2013-C/C-03, 25 oktober 2013 en *De verwerving van uitsluitende zeggenschap over Autoveiligheid NV en dochteronderneming Bureau voor Technische Controle NV door Koninklijke Belgische Touring*

past op het standpunt van de auditeur. Deze controle is ‘*normal*’, *plein et entier des faits, du droit, et des appréciations économiques complexes contenues dans le rapport de l’Auditorat*’.¹⁹⁹ Het College beoordeelt het dossier en de ontwerpbeslissing van de auditeur op hun ‘*exactitude matérielle, la cohérence, l’exhaustivité et la fiabilité des données avancées par l’Auditeur*’²⁰⁰ maar voert geen eigen onderzoek.

163. In de beslissing vindt men een zeer interessante toepassing terug van dit principe. Wat betreft de beoordeling van de marktdefinitie, de machtspositie en het tweede misbruik (*infra*, § 167) is het College uitermate kort en bevestigt – of verwerpt – ze de positie van de auditeur in zeer korte bewoordingen. Het eerste misbruik (*infra*, § 166) kan op een veel uitvoerigere analyse – en motivering – rekenen. Hoewel het Mededingingscollege geen nieuw onderzoek voert, komt het wel tot substantieel verschillende conclusies dan de auditeur, met name bij de beoordeling van de capaciteitsreserveringen en de prijszetting.

b) Machtspositie

164. In *Electrabel* gaat het College kort in op de vraag of Electrabel een machtspositie heeft. Op beide weerhouden markten komt het tot de conclusie dat dit het geval is, met name gelet op (i) de totale productiecapaciteit, (ii) de marktaandelen, en (iii) de beperkte marktverschuivingen.²⁰¹ Het College trekt hier echter een zeer verregaande conclusie door aan Electrabel een bijzondere verantwoordelijkheid toe te rekenen die haar verplicht ‘*de (i) garantir la sécurité des approvisionnements énergétiques sur le marché; de (ii) préserver l’efficacité économique du marché, en pratiquant une politique tarifaire non abusive [...] et (iii) d’œuvrer à l’intégrité du marché en renonçant à tout comportement susceptible de compromettre la confiance légitime des opérateurs dans le fonctionnement du marché.*’²⁰² Het Mededingingscollege gaat hier wel zeer ver door een aantal verantwoordelijkheden in de energiemarkt, met name inzake de bevoorradingszekerheid, de marktefficiëntie en de marktintegriteit, bij Electrabel te leggen.

165. In *Virtual Print Fee*²⁰³ werd een mogelijke collectieve machtspositie onder de loep genomen. De seponeringsbeslis-

sing herhaalt de cumulatieve voorwaarden uit *Sony/BMG*²⁰⁴ die voorhanden dienen te zijn teneinde het bestaan van een collectieve machtspositie vast te stellen:

- de markt moet voldoende transparant zijn om elk van de betrokken ondernemingen in staat te stellen voldoende nauwkeurig en snel te achterhalen hoe het marktgedrag van elk van de andere deelnemers aan de coördinatie evolueert;
- er moet een of ander geloofwaardig afschrikkingssysteem bestaan dat kan worden toegepast indien afwijkend gedrag wordt ontdekt; en
- de reacties van de ondernemingen die niet aan de coördinatie deelnemen, zoals de huidige of toekomstige concurrenten, en de reacties van de klanten mogen geen afbreuk kunnen doen aan de van de coördinatie verwachte resultaten.

c) Misbruik

166. De vraag naar het misbruik in *Electrabel* is een uitermate complex probleem dat een zekere achtergrondkennis van de werking van elektriciteitsmarkten vereist. We zullen pogen om, in deze beperkte kolommen, de problematiek te schetsen. Uiteindelijk is er van de twee inbreuken geïdentificeerd door het Auditoraat slechts één, in beperkte mate, weerhouden jegens Electrabel.

Het eerste misbruik betrof het terugtrekken van capaciteit uit de markt, en de daaraan verbonden excessieve prijsbepaling. Het Auditoraat had vastgesteld dat Electrabel een bijkomende reserve had aangelegd van [0-300] MWh bovenop de wettelijk verplichte reserve van [0-1050] MWh ‘*dans l’objectif prétendu de satisfaire à des obligations d’équilibrage sans s’exposer aux conséquences pécuniaires contractuelles y afférentes*’.²⁰⁵ Hoewel het Mededingingscollege vaststelt dat een terugtrekking van capaciteit ‘*constitue une préoccupation légitime pour les autorités de concurrence [vu que] la limitation de l’offre qui en résulte peut en effet déboucher sur une inflation artificielle des prix sur le marché concerné*’²⁰⁶, komt het tot de conclusie dat, in de gegeven omstandigheden, deze terugtrekking geen manifest misbruik uitmaakt.²⁰⁷

Dit is onder meer gebaseerd op de volgende elementen:

- capaciteitsreserveringen zijn enkel een probleem indien het gaat om een substantieel deel van het aanbod. *In casu* ging het slechts om beperkte volumes – met name 1,1% van de vraag – met bijgevolg een beperkte impact. Het College was dan ook niet overtuigd van de strategie en de intentie van Electrabel,²⁰⁸

Club VZW, BMA-2013-C/C-02, 24 oktober 2013, zoals besproken in *Overzicht 2013*.

¹⁹⁹ *Marché de gros de l’électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014, § 84, § 69.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*, § 86-88.

²⁰² *Ibid.*, § 91.

²⁰³ *NV Handling CO / NV Sony Pictures Releasing, BVBA The Walt Disney Company (Benelux), NV Universal Pictures International Belgium, NV Twentieth Century Fox Film Belge en Warner Bros. Studios Leavesden Limited*, BMA-2014-P/K-23-AUD, 2 december 2014.

²⁰⁴ HvJ, 10 juli 2008, C-413/06 P, *Sony/BMG*, § 122-124.

²⁰⁵ *Marché de gros de l’électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014, § 99.

²⁰⁶ *Ibid.*, § 93.

²⁰⁷ *Ibid.*, § 99-105.

²⁰⁸ *Ibid.*, § 101.

- het Mededingingscollege vond geen strategie of een plan maar eerder ‘*des chocs courts, épisodiques et transitoi-res*’,²⁰⁹
- er was ook geen beslissingspraktijk van mededingingsautoriteiten of energieregulators die deze praktijk veroordeelde tot 2008/2009;²¹⁰
- Electrabel had ook een objectieve rechtvaardigingsgrond naar voor geschoven met name dat de bijkomende reserve diende ‘*à réduire le risque financier pour Electrabel lorsqu’il y a des pics de prix en offrant une partie des capacités à la vente [...]*’²¹¹

167. Het tweede misbruik betrof dan de verkoop van die bijkomende reserve. Electrabel verkocht immers de bijkomende tranche op de Belpex DAM beurs volgens een stijgende margeschaal naar gelang het verkochte volume. Het Mededingingscollege onderzoekt deze margeschaal in het licht van het verbod op excessieve prijszetting en baseert zijn analyse op de *United Brands*-rechtspraak.²¹² Belangrijk hier is dat het Mededingingscollege de positie van de auditeur niet volgt. Deze had gesteld dat verkopen aan een prijs boven marginale kost, een misbruik uitmaakte. Het College volgt deze positie terecht niet: ‘*la vente de capacités d’électricité sur un marché spot, via le placement d’offres à un prix supérieur au coût marginal n’est pas en tant que tel, abusive.*’ Interessant genoeg verwijst het College naar haar eigen prioriteitennota (*supra*, § 9-14) waar gesteld wordt dat het beleid van de BMA rekening moet houden met de noodzaak van een ‘*maintien d’un climat favorable aux investissements durables*’.²¹³ Het College concludeert dat ‘*chaque entreprise est en droit de réaliser une rémunération normale de son capital et peut dès lors demander une marge qui excède la prime du risque lié à une opération spécifique.*’

In concreto vergelijkt het College de behaalde Electrabelmarges met de gemiddelde prijzen op de Belpex DAM beurs, en de marginale kost – en dit op jaarlijkse basis. Aangezien de precieze berekeningen als betrouwbaar zijn aangemerkt, is het moeilijk om een zinnige analyse te geven van de toegepaste methodologie. Het blijft echter zo dat het College tot de conclusie kwam dat de margeschaal toegepast door Electrabel een misbruik van machtspositie uitmaakte.

Het derde misbruik betrof eveneens een misbruik door uitbuiting, met name door de fictieve terbeschikkingstelling van capaciteit met een mogelijke prijsimpact. Het College verwierpt de stelling van de auditeur op grond van het feit dat Electrabel enkel een contract met Elia uitvoert en dat er bijgevolg geen misbruik kan zijn. Dat is op zijn minst eigenaardig aangezien het College hier lijkt te insinueren dat er

geen misbruik kan zijn indien een bepaalde praktijk gebaseerd is op contractuele verplichtingen. Het is ook in contradictie met de stelling van het College dat zij de bevoegdheid heeft om contracten te toetsen aan het mededingingsrecht.²¹⁴

168. Gelet op de beperkte omvang van de boete, lijkt de vraag ons terecht of het Mededingingscollege moeite heeft om assertief op te treden in dossiers die geen *per se* inbreuken zijn, zoals concentraties en misbruik van machtspositiedossiers. Het College gaat immers lijnrecht in tegen de positie van het Auditoraat en vindt het belangrijk rekening te houden met grotere economische belangen, zoals het investeringsklimaat. Het antwoord op deze vraag ligt waarschijnlijk ook in het feit dat er tot 2008/2009 geen beslissingspraktijk bestond van mededingingsautoriteiten of energieregulators die de litigieuze praktijk veroordeelde. Men zal zich herinneren dat de Europese Commissie een gelijkaardige redenering heeft toegepast in de context van margin squeeze inbreuken in de telecommunicatiesector om de eerste boete – jegens Deutsche Telekom – substantieel te verlagen.²¹⁵

G. Boetes en andere maatregelen/dwangsommen²¹⁶

169. In de administratieve *Meel*-procedure²¹⁷ werd door Meneba, Dossche en Ceres een *ne bis in idem*-argument opgeworpen.²¹⁸ De Nederlandse Mededingingsautoriteit had immers reeds boetes opgelegd aan twee ondernemingen die in de Belgische procedure betrokken waren, terwijl een derde onderneming was vrijgesproken van de betrokken inbreuk in Nederland. In de Nederlandse beslissing werd uitdrukkelijk gesteld dat er geen uitspraak werd geveld over de Belgische aspecten van de zaak, noch in de beschrijving van de feiten, noch in de motivering van de sanctie.²¹⁹ Dit werd ook bevestigd door de toenmalige Raad voor de Mededinging, die zich vrij achtte om de Belgische aspecten van de inbreuk te behandelen.

170. Op basis van vaststaande rechtspraak²²⁰ werd door de toenmalige Raad voor de Mededinging gesteld dat een *ne bis in idem*-argument enkel relevant kon zijn indien aan de

²⁰⁹ *Ibid.*, § 102.

²¹⁰ *Ibid.*, § 103.

²¹¹ *Ibid.*, § 104.

²¹² *Ibid.*, § 126-127.

²¹³ *Ibid.*, § 135.

²¹⁴ *Ibid.*, § 85.

²¹⁵ De Commissie hield toen rekening met het feit ‘*dat de in deze beschikking gehanteerde methode voor het bepalen van de prijsqueeze via de gewogen prijsbepaling tot dusverre nog geen onderwerp van een formele beschikking van de Commissie is geweest.*’ (Beschikking van de Commissie, 21 mei 2003, Deutsche Telekom AG, [2003] L 263/9, § 206.

²¹⁶ Zie ook P. WYTINGCK, ‘Boetes en andere sancties (in perspectief)’, *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2014, 421.

²¹⁷ *Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België*, 2013-I/O-06, 28 februari 2013. Zie *Overzicht 2013*, § 135 e.v.

²¹⁸ *Ibid.*, § 184-208.

²¹⁹ *Ibid.*, § 202.

²²⁰ HvJ, 7 december 2010, C-17/10, *Toshiba*.

volgende drie voorwaarden wordt voldaan: gelijkheid van feiten, gelijkheid van overtreders, en gelijkheid van het beschermde rechtsgoed.²²¹ Er werd vastgesteld dat – ook al zijn de Nederlandse en Belgische zaken verweven – er toch geen sprake was van een volledige overlap in feitelijke zin.²²² De voormalige Raad besloot dat hij in ieder geval de vrije concurrentie op de Belgische markt diende te beschermen en wanneer een boete wordt opgelegd, deze specifiek betrekking moet hebben op de effecten op de Belgische markt. De Raad meende dat, daar het gemotiveerd Verslag van de auditeur zich beperkte tot de Belgische markt en het Belgisch luik van het meelkartel, hieraan *in casu* werd voldaan.

171. Het Hof van Beroep heeft in 2014 de boete jegens Brabomills echter toch op basis van een *ne bis in idem*-argument vernietigd, aangezien de boete niet uitdrukkelijk was berekend op basis van de relevante Belgische omzet.²²³ De Raad had met name een forfaitaire boete opgelegd.

Het Hof start met het basisprincipe dat het bestaan van een door de Nederlandse Mededingingsautoriteit genomen beslissing – waarbij in hoofde van Brabomills geen inbreuk werd vastgesteld – niet belet dat de Belgische Mededingingsautoriteit (of enige andere betrokken autoriteit in een andere lidstaat) met betrekking tot de gevolgen van dezelfde gedragingen van Brabomills op het Belgisch grondgebied tot een andere conclusie kan komen. Dit is, aldus het Hof, namelijk mogelijk zonder dat tussen beide beslissingen noodzakelijk een tegenstrijdigheid bestaat of dat de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht in het gedrang zou komen.

172. Het Hof stelt dat men voor de beoordeling van het *ne bis in idem*-argument drie criteria onder de loep dient te nemen, met name de identiteit van (i) de betrokken onderneming, (ii) de feiten, (iii) het beschermde rechtsbelang.²²⁴

173. Wat betreft de gelijkheid van feiten dient men, aldus het Hof, de gevolgen van de vermeende gedragingen te analyseren. Indien onderscheiden autoriteiten apart dezelfde feiten kunnen vervolgen, mogen deze niet dezelfde gevolgen hebben en dienen de gevolgen dus territoriaal afgebakend te worden. Het Hof merkt echter terecht op dat bij gedragingen naar hun aard (*by object*-inbreuken) het normaliter niet nodig is om dieper in te gaan op de gevolgen van een bepaalde gedraging. *In casu* werd het bestaan van gevolgen voor de mededinging op de Belgische markt dus als vaststaand beschouwd en gaat het Hof er van uit dat de bestreden beslis-

sing zich beperkt heeft tot het sanctioneren van de gevolgen op het Belgische grondgebied.

174. Het Hof stelde verder ook dat de berekening van de boete ook op basis van de omzet binnen het territorium van de mededingingsautoriteit, *in casu* het Belgische grondgebied, berekend dient worden. Het Hof stelde zich dus de vraag of het voorgaande compatibel is met een forfaitaire boeteberekening, daar bij een forfaitair bedrag de berekening niet start met een gerealiseerde omzet van de betrokken onderneming op het Belgische grondgebied. Het is dus onduidelijk welke omzet effectief in overweging werd genomen. Daar het niet kon worden uitgesloten dat niet enkel de omzet gegenereerd op het Belgische grondgebied in aanmerking kwam, werd de boete opgelegd aan Brabomills vernietigd. Wegens het ontbreken van bewijskrachtige gegevens in het dossier omtrent de door Brabomills gerealiseerde omzet op het Belgisch grondgebied en omdat het Hof niet meer beschikt over de mogelijkheid om hierover een bijkomend onderzoek te vragen aan het Auditoraat (*supra*, § 47-48) kon het Hof van Beroep in het kader van haar volle rechtsmacht geen andere boete opleggen.

175. In *Electrabel*²²⁵ berekent het Mededingingscollege de boete op basis van de Boeterichtsnoeren 2011.²²⁶ Het College wijkt af van de klassieke basisberekening op basis van omzetcijfers van het laatste jaar van de inbreuk ‘*eu égard à la volatilité des chiffres*’, maar past een gemiddelde toe voor de periode 2007 tot 2009.

176. Wat betreft de factor ernst stelt het Mededingingscollege vast dat de Boeterichtsnoeren 2011 geen indicatie voorzien voor de ernst van exploitatieve misbruiken. Het College analyseert de effecten van de excessieve prijszetting en stelt vast dat deze als ‘zeer ernstig’ moeten worden beschouwd ‘*eu égard à l’impact des prix de l’énergie sur l’économie nationale pour les entreprises et les ménages*’. Bijgevolg wordt een factor ernst van 30% toegepast. Voor de factor duur wordt een factor van 15% toegepast voor een periode van 3,5 jaar.

177. De ultieme boete bedraagt 2 miljoen euro, en gezien dit bescheiden bedrag vindt het College het niet nodig om rekening te houden met eventuele verzachtende omstandigheden.

²²¹ *Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België*, 2013-I/O-06, 28 februari 2013, § 190.

²²² *Ibid.*, § 195.

²²³ Brussel, 12 maart 2014, *TBM* 2014, afl. 2, 108.

²²⁴ *Ibid.*, p. 34.

²²⁵ *Marché de gros de l’électricité*, ABC-2014-I/O-15, 18 juli 2014, § 160 e.v.

²²⁶ Raad voor de Mededinging, *Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten inzake restrictieve mededingingspraktijken die uit hoofde van artikel 63 van de wet op de bescherming van de economische mededinging worden opgelegd*, 19 december 2011, *BS* 18 januari 2012, 3217.

178. In *BMW*²²⁷ werd een dwangsom van EUR 5000 per dag dat niet aan de opgelegde verplichting wordt voldaan, opgelegd. Dit kan als redelijk worden beschouwd, voornamelijk in vergelijking met het bij wet voorziene maximum van 5% van de geraamde dagelijkse omzet van BMW. Een kleine rekensom toont namelijk dat de *in casu* opgelegde dwangsom slechts 2.6% bedroeg van wat maximaal als dwangsom kon worden opgelegd.

H. Voorlopige maatregelen²²⁸

179. In dit laatste hoofdstuk gaan we dieper in op de toepassingsvoorwaarden voor voorlopige maatregelen, met name (i) de *prima facie* inbreuk en (ii) het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk, en moeilijk herstelbaar nadeel of schade aan het algemeen economisch belang, op basis van de *BMW*-zaken.²²⁹

180. De BMW-beslissingen betreffen de eerste voorlopige maatregelen-zaak onder de WER-IV, waar striktere termijnen werden opgelegd voor de behandeling van verzoeken tot voorlopige maatregelen. Dat dit een zeer strikte tijdslijn is blijkt uit het feit dat de op basis van artikel 64 §3 WER-IV vereiste termijn van zes werkdagen tussen het advies van het Auditoraat en de zitting *in casu* niet werd gerespecteerd.

181. De feiten waren vrij klassiek: BMW Belgium Luxembourg NV ('BMW Belux') is de invoerder van de motorvoertuigen onder het merk BMW en MINI voor België en Luxemburg. Feltz – de klager – maakte deel uit van het erkend netwerk van BMW Belux totdat de concessieovereenkomsten werden beëindigd. Na de stopzetting van de samenwerking zou BMW Belux, aldus Feltz, de activiteiten van deze laatste als onafhankelijke hersteller opzettelijk hebben proberen verhinderen. In haar klacht brengt Feltz twee potentiële misbruiken van machtspositie naar voor waaraan BMW Belux zich op de markt voor onderhouds- en hersteldiensten voor de merken BMW en MINI zou hebben schuldig gemaakt:

- de weigering technische informatie ter beschikking te stellen aan Feltz: beperking van toegang tot essentiële technische informatie;

²²⁷ Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V., BMA-2014-V/M-14, 11 juli 2014.

²²⁸ Voor een bespreking van onderstaande rechtspraak, zie ook I. BUELENS, 'Voorlopige maatregelen: nu en in de toekomst', *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2014, 333.

²²⁹ Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V., BMA-2014-V/M-14, 11 juli 2014 en Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V., BMA-2014-V/M-19, 1 september 2014 in uitvoering van de beslissing van het Mededingingscollege nr. BMA-2014-V/M-14.

- de toepassing van discriminatoire voorwaarden: niet-geoorloofde toepassing van selectiecriteria binnen een selectief distributiestelsel.

182. Verder worden door Feltz ook vijf vermeende inbreuken op het verbod op beperkingen in verticale overeenkomsten opgeworpen:

- verticale prijsbinding: beperking van de mogelijkheid van de afnemer om de verkoopprijs vast te stellen;
- beperking van de verkoop van onderdelen door de leden van een selectief distributiestelsel aan onafhankelijke herstellere;
- beperkingen die het gebruik van onafhankelijke werkplaatsen zouden ontmoedigen. BMW zou namelijk klanten van Feltz hebben gecontacteerd met de mededeling dat hun garantie niet langer zou gelden wanneer zij onderhouds- en/of herstelwerkzaamheden aan hun wagen lieten uitvoeren bij Feltz;
- de beperking van de toegang tot technische informatie; en
- de niet-erkenning als hersteller als een ongeoorloofde toepassing van selectiecriteria.

183. Teneinde te bepalen of voorlopige maatregelen toegekend dienen te worden, dient het Mededingingscollege de volgende vereisten te toetsen: (i) de ontvankelijkheidsvereiste, (ii) de gegrondheidsvereiste, en (iii) de urgentievereiste. In *BMW* wordt verder ook gewag gemaakt van een tweetraps causaliteitsvereiste: er dient een link te zijn tussen (i) het te vermijden nadeel en de praktijken die *prima facie* op een inbreuk wijzen, en tussen (ii) de genomen voorlopige maatregelen en het weerhouden nadeel.²³⁰

184. *In casu* werd aan de ontvankelijkheidsvereiste voldaan daar er een onderzoek ten gronde bestond, alsook een link tussen de klacht en de gevraagde voorlopige maatregel.

1. Rol van het Auditoraat

185. Zoals onderhand traditioneel in voorlopige maatregelendossiers, hebben we in *BMW* opnieuw te maken met een commercieel geschil dat uitmondt in een klacht en een verzoek tot voorlopige maatregelen. De vraag blijft of de BMA in het algemeen het meest gereede forum is om dergelijke handelsgeschillen uit te vechten.

186. Ook al werd de rol van het Auditoraat beperkt in de WER-IV en heeft het niet langer een instruerende rol, noch seponeringsbevoegdheid, werd de Auditeur-Generaal *in casu* wel gevraagd om schriftelijke opmerkingen over te maken

²³⁰ Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V., BMA-2014-V/M-14, 11 juli 2014, § 30.

met betrekking tot het onderzoek ten gronde. Deze mogelijkheid wordt inderdaad voorzien in artikel 64 WER-IV.

187. De integrale *copy-paste* van het advies van het Auditoraat beslaat bijna de helft van de beslissing van het Mededingingscollege. Verder bevat de overname van het advies van het Auditoraat een opsomming van de onderzoeksdaeden, alsook verwijzingen naar het dossier. Men kan zich de vraag stellen of dergelijke zaken in dit stadium van de procedure reeds openbaar dienen gemaakt te worden. Hetzelfde geldt voor vertrouwelijke informatie – die in de beslissing zelf wel vertrouwelijk werd gemaakt – maar in het advies van het Auditoraat openbaar blijft.

2. Prima facie inbreuk

188. Wat betreft de gegrondheidsvereiste en het bestaan van een *prima facie* inbreuk op het mededingingsrecht, dient het Mededingingscollege na te gaan of de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont. Hierbij wordt door het Mededingingscollege de kennelijke onredelijkheidstoets²³¹ gehanteerd, met name de vraag of het al dan niet kennelijk onredelijk zou zijn de feiten als een inbreuk te beschouwen. Alvorens tot een conclusie te komen, dient het Mededingingscollege dus eerst de relevante markt te bepalen, alsook de marktposities van BMW Belux hierop.

189. Op basis van de aanvullende Richtsnoeren Motorvoertuigen²³² alsook Europese rechtspraak in dit kader, worden twee relevante productmarkten *prima facie* voorgehouden:

- de Belgische markt voor het aanbieden van herstellings- en onderhoudsdiensten voor BMW voertuigen;
- de Belgische markt voor het aanbieden van herstellings- en onderhoudsdiensten voor MINI voertuigen.

190. Zonder dieper in te gaan op de onderliggende cijfers, voornamelijk wat betreft de MINI-markt, komt het College tot de conclusie dat dient aangenomen te worden dat BMW Belux op beide markten over een dominante positie beschikt, daar er een reële kans is dat het marktaandeel van BMW Belux op deze markten hoger dan 50% ligt (*prima facie* oordeel).²³³ Verder wordt ook gerefereerd naar de afhanke-

²³¹ Zie *Overzicht 2013*, sectie H.

²³² Europese Commissie, *Aanvullende richtsnoeren betreffende verticale beperkingen in overeenkomsten voor de verkoop en herstelling van motorvoertuigen en voor de distributie van reserveonderdelen voor motorvoertuigen*, PB. C., 28 mei 2010, 138/16.

²³³ Het Hof van Beroep te Brussel lijkt in een gelijkaardig geschil een verschillende positie in inzake marktdefinitie in te nemen. Het betrof een geschil tussen de truck- en busproducent MAN en Sanders, die als erkend hersteller en verdeler van wisselstukken in het MAN distributienetwerk wenste opgenomen te worden. Het Hof, mede geleid door het feit dat Sanders de geloofwaar-

lijkeheidspositie waarin zowel de klanten (in het kader van hun garantie), als de concessiehouders zich bevinden ten aanzien van BMW Belux.

191. Daarna wordt overgegaan tot een relatief summiere motivering waarom er een reële kans zou zijn dat een inbreuk op de artikelen 1 en 2 WER-IV of 101 en 102 VWEU zou kunnen worden vastgesteld. Het College beperkt er zich, in grote mate, toe om de posities en beweringen van de partijen te herhalen en te verwijzen naar de aanvullende Richtsnoeren Motorvoertuigen. De conclusie is niettemin éénduidig: ‘*er [is] een reële kans dat een inbreuk op de artikelen IV.1, IV.2 WER-IV, 101 en/of 102 VWEU wordt vastgesteld.*’

3. Ernstig, onmiddellijk, en moeilijk herstelbaar nadeel of schade aan het algemeen economisch belang

192. Voor de urgentievereiste, past het Mededingingscollege voor de eerste maal de nieuwe test uit de WER-IV toe. De afzwakking van de urgentievereiste in de WER-IV heeft er namelijk toe geleid dat het nadeel nu enkel ernstig, onmiddellijk, en moeilijk herstelbaar dient te zijn, terwijl onder de WEM 2006 het nadeel nog ernstig, onmiddellijk, en onherstelbaar diende te zijn.²³⁴ Dit was in de beslissingspraktijk van de Raad vaak een struikelblok voor verzoekers. In *BMW* wordt uitgelegd dat ‘*het 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.*’²³⁵ Er wordt besloten dat – in hoofdte van Feltz – de achteruitgang ernstig is en de voortzetting van haar bedrijfsactiviteit ernstig bedreigd is. Dit laatste zou ten minste deels voortvloeien uit het feit dat Feltz niet langer BMW-concessionaris of erkend hersteller is.

193. Op basis van *VEBIC*²³⁶ stelt het Mededingingscollege dat – wat betreft de mogelijke schade aan het algemeen economisch belang – in de eerste plaats dient gekeken te worden naar wat vereist is voor het vrijwaren van het nuttig effect

digheid van de marktaandelen aangebracht door MAN niet betwistte, kwam tot de conclusie dat er geen aanwijzingen waren dat MAN de marktaandeedrempel van 30% overschreed (Brussel, 11 maart 2015, *MAN Truck en Bus N.V. v. Sanders Parts BVBA*, *onuitgeg.*)

²³⁴ *Contra*, K. MARCHAND en B. STULENS, ‘De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nil nove sub sole?*’, *TBM* 2013/2, 167-181, § 37; H. GILLIAMS, ‘Het nieuwe Belgisch mededingingsrecht’, *TBH* 2013, 479-502, § 40.

²³⁵ *Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V.*, BMA-2014-V/M-14, 11 juli 2014, § 100 van het advies van de Auditeur-Generaal.

²³⁶ HvJ, 7 december 2010, C-439/08, *Vebic*; zie ook voetnoot 46.

van de later te nemen beslissing over de bodemzaak.²³⁷ Het College gaat verder door te stellen dat het nuttig effect kan inhouden dat het re-integreren van Feltz, als een erkend hersteller, niet buitensporig mag worden bemoeilijkt. De banden met het cliënteel dienen dus te worden behouden, het nuttig effect van de eindbeslissing dient te worden gevrijwaard en het Auditoraat dient de mogelijkheid te krijgen om het onderzoek af te ronden.

Er werd door het Mededingingscollege dus groot belang gehecht aan het beschermen van het nuttig effect van een eventuele eindbeslissing. Dit dient – aldus de BMA – gekaderd te worden in ‘de verplichting voor nationale mededingingsautoriteiten om bij te dragen tot een effectieve handhaving van de EU mededingingsregels’.

194. Ten slotte wordt door het Mededingingscollege ook kort ingegaan op de dringendheid en de herstelbaarheidsvereiste. Wat betreft de herstelbaarheid dienen namelijk ook maatregelen in overweging genomen te worden die het risico op een verder toenemen van het nadeel helpen beperken.

4. De opgelegde voorlopige maatregel

195. In *BMW* vroeg Feltz de volgende voorlopige maatregelen: (i) Feltz opnieuw de titel van erkend hersteller van BMW en MINI te laten voeren en dit aan de klanten die in het verleden met Feltz hebben gewerkt te melden, of (ii) alternatief en cumulatief a) toegang te verlenen tot de noodzakelijke technische informatie om werken aan BMW en MINI te kunnen uitvoeren; b) toegang te verlenen tot de geschiedenis van het cliënteel van Feltz; c) BMW dient Belgische en Duitse BMW en MINI concessiehouders aan te schrijven dat het hen vrij staat om te leveren aan Feltz zonder enige repercuties; en d) dit ook te melden aan alle klanten die in het verleden met Feltz hebben gewerkt.

196. De gevraagde voorlopige maatregelen dienden door het Mededingingscollege echter getoetst te worden aan het principe van proportionaliteit, efficiëntie en gepastheid, alsook aan het feit dat de voorlopige maatregel de doorstart van Feltz als een onafhankelijk hersteller diende te realiseren. Bijkomend diende er een voldoende link te zijn met (i) het nadeel en (ii) de praktijken die in aanmerking werden genomen voor het vaststellen van een *prima facie* inbreuk, teneinde de voorlopige maatregel te verantwoorden.

197. Op basis van het voorgaande werden onderstaande maatregelen beschouwd als een nuttige bijdrage tot het vermijden of beperken van bovenstaande nadelen. Samenvattend kan worden gesteld dat aan Feltz, teneinde in de markt actief te

kunnen blijven als onafhankelijk hersteller en door de verzekeringsmaatschappijen erkende carrosseriehersteller, toegang werd verschaft tot technische informatie en wisselstukken:

- BMW Belux diende zonder enig verwijl te doen wat nodig is opdat Feltz gedurende zes maanden terug het voordeel zou hebben van de door BMW Belux voor haar concessionarissen en erkende herstellende verkregen erkenning door verzekeringsmaatschappijen, en – indien relevant – door leasingondernemingen als carrosseriehersteller. Verder diende BMW Belux tijdens deze periode Feltz naar best vermogen bij te staan om deze niet merk-specifieke erkenning in eigen naam te verwerven;
- Aan klanten die na 1 januari 2010 bij Feltz te rade gingen voor de aankoop, het onderhoud of de herstelling van hun voertuig, diende een brief te worden gestuurd, waarbij duidelijk werd gemaakt dat zij vrij kunnen kiezen om onderhoud of herstellingen bij een onafhankelijke hersteller te laten uitvoeren, zonder verval van garantie;
- Feltz diende effectief toegang te krijgen tot de in het systeem beschikbare klantgegevens en effectief gebruik te kunnen maken van een informaticasysteem betreffende de vereiste technische informatie; en
- BMW Belux diende alle Belgisch erkende concessiehouders en herstellende aan te schrijven met de boodschap dat het hen vrij staat onderdelen en voertuigen te leveren aan onafhankelijke garagehouders.

198. Naar aanleiding van een betwisting over de uitvoerbaarheid en/of het respecteren van voorgaande maatregelen heeft de Auditeur-Generaal, die op de naleving van de voorlopige maatregelen moet toezien, op 13 augustus 2014 – reeds een maand na datum van de beslissing van het Mededingingscollege – zich door middel van een verzoek tot herziening of intrekking van een maatregel tot het Mededingingscollege gewend. Het Auditoraat heeft naar aanleiding van *BMW II*²³⁸ klaarblijkelijk gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid om schriftelijke opmerkingen neer te leggen bij het Mededingingscollege. De Voorzitter besloot hieromtrent een zitting te organiseren en dus niet enkel op de stukken te oordelen.

199. Het verzoek behandelde de vraag om de eerste voorlopige maatregel²³⁹ te wijzigen, maar op de zitting bleek dat dergelijke maatregel niet langer nuttig was en de opgelegde

²³⁷ *Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V.*, BMA-2014-V/M-14, 11 juli 2014, § 77.

²³⁸ *Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V.*, BMA-2014-V/M-19, 1 september 2014 in uitvoering van de beslissing van het Mededingingscollege nr. BMA-2014-V/M-14.

²³⁹ *Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V.*, BMA-2014-V/M-14, 11 juli 2014, punt 2 van het dispositief.

voorlopige maatregel om proportionaliteitsredenen – zes weken na de eerste beslissing – reeds kon worden opgeheven.

200. Na een opsomming van de relevante feiten specifiek aan deze zaak,²⁴⁰ stelde het Mededingingscollege in *BMW II* vast dat Feltz op de datum van de zitting reeds erkend was door twee verzekeringsmaatschappijen en twee bijkomende erkenningen verwacht konden worden. Dit kon, aldus het Mededingingscollege, Feltz toelaten haar activiteiten verder te ontwikkelen, zonder dat BMW een doorslaggevende rol diende spelen – en waarschijnlijk sneller dan via de oorspronkelijke maatregel die door het College werd voorgesteld.

VI. Conclusie

201. Dit is het eerste Overzicht volledig gewijd aan de beslissingspraktijk van de nieuwe Belgische Mededingingsautoriteit die in september 2013 met hernieuwd enthousiasme uit de startblokken is geschoten. Dat dit enthousiasme zich nog niet heeft geconcretiseerd in de beslissingspraktijk moet blijken uit dit Overzicht.

202. Zoals de voorbije jaren kunnen we de Voorzitter citeren met zijn visie over het voorbije jaar uit de ‘*Rating the regulators rankings*’ van Global Competition Review:

‘2014 was a year of intense activity, but also of significant frustration.

As indicated above, we want to refer in the first place to the fact that, notwithstanding the decrease of human resources due to the successive blockings of recruitments and promotions and the efforts by some parties to de-rail pending cases by litigation, we managed to deliver. In the field of restrictive practices, work continued on pending cases and 13 new cases were opened with an unprecedented number of dawn raids and leniency applications. Two cases were closed following investigation on the merits, and interim measures were adopted in one case. In the field of merger control, the authority decided 16 merger cases, of which 2 were non-simplified.

We have also shown in 2014 that the decision taking model with colleges composed for two thirds by part-time assessors can deliver what the legislator expected, even when there is a significant concentration of cases in a short period of time (June/July): one infringement case with a draft decision of 861 pages, the first provisional measures case, one non-simplified merger case, all subject to strict time periods.

In 2014 the authority also issued new guidelines on fines, adopted an ethical charter on conflict of interest for the assessors, obtained a change of legislation in order to

limit the risk that the duration of court cases might trigger the statute of limitation on pending cases, sent out its first two amicus letters, contributed actively to the European and international networks, reached agreements on draft royal decrees on the cooperation with the energy and telecom regulators, etc..

A major source of frustration are the successive hurdles that result in the fact that the new authority has not yet been able to make a single recruitment and to implement intended promotions. This is an inevitable source of frustration and demotivation, and a threat to the stability of the team.

We delivered these results with a team of less than 40 FTE, and believe that we perform on a case by case basis as well as our traditionally more visible counterparts in the ECN. I believe that the efforts of our team deserve recognition as I consider this a truly good result’

203. We hadden het zelf niet beter kunnen zeggen. Er was wel degelijk een – te – beperkte beslissingspraktijk het voorbije jaar. Electrabel was een uitermate complex dossier en is afgewerkt. In niet-vereenvoudigde concentratie-dossiers zien we, vooral op het niveau van het Auditoraat, een zeer gedetailleerde analyse. Ook zijn een aantal dossiers uit het verleden afgesloten.

En er is wel veel achter de schermen gebeurd. Nieuwe dossiers zijn geopend en er was ook veel activiteit in de context van de transactie-praktijk. Beiden zullen ongetwijfeld leiden tot meer beslissingen in de komende jaren.

Wat is onderschat door de wetgever en de BMa is de rol van het Hof van Beroep in een aantal oudere dossiers, zoals *Reisbureaus*, *Supermarkten* en *Stuwadoors*, waar de onderzoeks- en beslissingsprocedure werd opgeschort in afwachting van een arrest ten gronde over de rechtsgeldigheid van het gebruik van documenten die zijn in beslag genomen tijdens de huiszoekingen. Of dit kan beschouwd worden als een ‘*effort by some parties to de-rail pending cases by litigation*’ of eerder het gevolg van een uitermate onzorgvuldige wetgeving uit het verleden, laten we aan de lezer over.

Ongetwijfeld is de belangrijkste ontwikkeling van het voorbije jaar het verlies van een aantal medewerkers binnen de BMa – en de niet-aanwerving van nieuw bloed. Het voorbije jaar deed denken aan het kinderrefrein van de ‘Tien kleine negertjes’. Elke maand vertrok er wel iemand. Het feit dat er nog altijd geen mogelijkheid is voor de BMa om te recrutereren is onaanvaardbaar voor een moderne mededingingsautoriteit en doet denken aan de beginjaren van de Raad voor de Mededinging. Indien de BMa zich niet snel en substantieel kan versterken, kan men zich de vraag stellen of de efficiëntievoordelen beoogd door de wetswijziging van 2013 zich ten volle zullen kunnen realiseren.

²⁴⁰ Verzoek om voorlopige maatregelen van de Ets. Claude Feltz N.V. jegens BMW Belgium Luxembourg N.V., BMA-2014-V/M-19, 1 september 2014 in uitvoering van de beslissing van het Mededingingscollege nr. BMA-2014-V/M-14, § 10.