

DE GEWIJZIGDE WET OP DE MEDEDINGING: EEN TWEEDE KANS?

door

J. STEENLANT
Bedrijfsjurist
Juridisch adviseur bij het VBO

A. VANDERELST
Advocaat

F. WIJCKMANS
Advocaat

Recent zijn een aantal wijzigingen aan de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging in werking getreden. Deze zijn het resultaat van een moeizaam wetgevend proces dat meerdere jaren in beslag heeft genomen. Aanleiding voor deze wijzigingen waren de problemen met de toepassing van deze wet. Zo was er een gebrek aan middelen voor de mededingingsautoriteit waardoor het onderzoek van mededingingsbeperkende afspraken en praktijken bijna niet aan bod kwam en voornamelijk concentraties werden onderzocht. Ook lagen de verhoudingen tussen de onderzoeksinstantie en de beslissingsinstantie moeilijk, mede omdat hun respectievelijke bevoegheden niet duidelijk waren afgebakend. De concentratiebepalingen en met name de definitie van de marktaandeeldrempel als aanmeldingscriterium waren eveneens een bron van moeilijkheden.

In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de wijzigingen aan de wet op de mededinging. Tevens wordt gewezen op de talrijke vragen en knelpunten die nog bestaan.

INHOUD

- I. INLEIDING EN KORTE HISTORIEK (1-7)
- II. INSTELLINGEN (8-21)
 - A. Korps van verslaggevers (9-14)
 - B. Raad voor de Mededinging (15-19)
 - C. Ministerraad (20)
 - D. Commissie voor de Mededinging (21)
- III. RESTRICTIEVE MEDEDINGINGSPRAKTIJKEN (22-59)
 - A. De „de minimis”-regel (23-26)
 - B. Procedure (27-47)
 - 1. Inleiding van zaken (27)
 - 2. Onderzoek (28-33)
 - 3. Sepot (34-35)
 - 4. Punten van bezwaar (36-38)
 - 5. Vertrouwelijke gegevens (39-41)
 - 6. Procedure voor de Raad (42)
 - 7. Bekendmaking en kennisgeving (43-45)
 - 8. Een strikte scheiding tussen onderzoek en beslissing? (46)
 - 9. Voorlopige maatregelen (47)
 - C. Groepsvrijstellingen (48)
 - D. Hoger Beroep (49-59)
 - 1. Beslissingen vatbaar voor beroep (50)
 - 2. Wie kan hoger beroep instellen en tegen wie? (51-54)
 - 3. Termijnen en vormvoorschriften (55)
 - 4. Gevolgen van het hoger beroep (56-57)
 - 5. De procedure voor het Hof (58)
 - 6. De confidentialiteit (59)
- IV. CONCENTRATIES (60-129)
 - A. Aanmeldingsplichtige concentraties (61-74)
 - 1. Kwalitatieve component (62-63)
 - 2. Kwantitatieve component (64-74)
 - a. Historiek (65-67)
 - b. Huidige situatie (68-70)
 - i) Minimumdrempel (69)
 - ii) Maximumdrempel (70)
 - c. Meer algemene beschouwingen (71-74)
 - B. Pre-notificatiegesprekken (75-80)
 - C. De aanmelding (81-88)
 - 1. De aanmeldingstermijn (81)
 - 2. De geadresseerde van de aanmelding (82)
 - 3. De aanmelding van ontwerpovereenkomsten (83-84)
 - 4. De aanmeldingsplichtige partijen (85)
 - 5. Het aanmeldingsformulier (86)
 - 6. De publicatie van de aanmelding (87-88)
 - D. De schorsingsplicht (89-90)
 - E. De procedure inzake concentraties (91-107)
 - 1. Doel, duur en verloop van de eerste fase (91-95)

2. Doel, duur en verloop van de tweede fase (96-99)
 3. De „derde fase” — de rol van de Ministerraad (100-103)
 4. Tussenkoms van belanghebbende derden (104-106)
 5. Bekendmaking en kennisgeving van de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en de Ministerraad (107)
- F. Het hoger beroep inzake concentraties (108-113)
1. Beroep tot vernietiging bij de Raad van State (109-111)
 2. Enkele bijzonderheden aangaande het hoger beroep voor het Hof van Beroep te Brussel inzake concentraties (112-113)
- G. De inhoudelijke toetsing van de toelaatbaarheid van concentraties (114-129)
1. Wettelijke formulering (115)
 2. Accenten in de beslissingspraktijk van de Raad (116-121)
 3. Formulering in de GWEM (122-124)
 4. De Europese praktijk (125-129)
- V. PREJUDICIËLE PROCEDURE (103-137)
- VI. BESLUIT (138-142)

I. Inleiding en korte historiek

1. Sedert 1 oktober 1999 is het laatste en grootste gedeelte van de wijzigingen aan de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (hierna „WEM”) van kracht geworden. Deze zijn het resultaat van een langdurig en complex wetgevend proces dat heeft geleid tot twee wetten van 26 april 1999(1). Ter herinnering: de wet van 5 augustus 1991 is op 1 april 1993 in werking getreden. Naar het voorbeeld van en ruimschoots geïnspireerd door het Europees recht, verbiedt zij mededingingsbeperkende afspraken en het misbruik van machtspositie en stelt zij een voorafgaandelijke concentratiecontrole in(2).

2. De eerste aanzet tot de wijzigingen werd gegeven met een advies van de Raad voor de Mededinging van 6 september 1994 waarin deze vroeg dat de Voorzitter en de Vice-Voorzitter hun mandaat bij de Raad voltijds zouden kunnen uitoefenen(3). De Raad was immers van oordeel dat de deeltijdse aanstelling van zijn Voorzitter en Vice-Voorzitter hem niet in staat stelde om zijn taken naar behoren te vervullen. In het Eerste Verslag, dat eind 1994 werd goedgekeurd, wees de Raad voor de Mededinging bovendien reeds op een aantal problemen met de wetgeving(4). Zo werd een uitgebreid hoofdstuk gewijd aan de invulling van de marktaandeeldrempel (in het kader van het toepassingsgebied van de concentratiecontrole), die aanleiding had gegeven tot behoorlijk wat rechtsonzekerheid. Op 13 september 1996 werd het wetsvoorstel Vandenberghe en Erdman(5) ingediend dat ertoe strekte om de Voorzitter voltijds te detacheren naar de Raad voor de Mededinging; meteen ook het eerste officiële wijzigingsvoor-

(1) Wet van 26 april 1999 tot wijziging van sommige artikelen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, hierna genoemd „de Institutionele Wijzigingswet”; Wet van 26 april 1999 tot wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, hierna genoemd „de Materiële Wijzigingswet”. Beide wetten zijn verschenen in het Belgisch Staatsblad van 27 april 1999, respectievelijk op p. 14118 en p. 14121.

Voor een overzicht van het wetgevend proces: H. SWENNEN, „De wijziging van de wet tot bescherming van de economische mededinging”, *T.B.H.* 1999, 372 e.v.

(2) Voor een analyse van de WEM: P. DE VROEDE, *De wet tot bescherming van de economische mededinging*, Gent, Mys & Breesch, 1997; D. VAN DER MEERSCH, *De Mededingingswet*, Antwerpen, Kluwer, 1994.

(3) Raad voor de Mededinging, Eerste activiteitenverslag 1993-1994, Ministerie van Economische Zaken, hierna genoemd „Eerste Verslag”, 10-11.

(4) Voor een samenvatting van dit verslag zie: J. STUYCK, „Enkele beschouwingen bij het eerste (jaar)verslag van de Raad voor de Mededinging”, *T.B.H.* 1995, 682 e.v.

(5) *Gedr. St. Senaat*, 1-417/1, 1995-1996.

stel. Parallel hiermee had ook de Regering een voorontwerp uitgewerkt dat moest voorzien in voltijdse functies bij de Raad.

3. Ondertussen bleek uit het tweede jaarverslag van de Raad voor de Mededinging(6) dat zich niet alleen een probleem van middelen stelde, maar dat de verhoudingen tussen de Dienst voor de Mededinging, die het onderzoek voerde, en de Raad voor de Mededinging, die de beslissingen nam, zeer moeilijk lagen. Schematisch kan men stellen dat de Raad van oordeel was dat hij toezicht kon houden op de wijze waarop de Dienst zijn onderzoeksopdracht uitvoerende, ja zelfs dit onderzoek kon leiden, terwijl de Dienst de mening was toegedaan dat de Raad zich hierin niet diende te mengen. Aldus bestond discussie over o.a. de volgende punten: heeft de Raad een inzage-recht in het dossier vooraleer de Dienst zijn verslag overmaakt? wie legt de prioriteiten vast onder de te behandelen zaken? wie beslist over de noodzaak van een onderzoek? wie omschrijft het doel en het voorwerp van het onderzoek? wie bepaalt welke onderzoeksmaatregelen vereist zijn? Ook het Tweede Verslag wees opnieuw op juridische tekortkomingen in de wet(7). Zo werd het in toenemende mate duidelijk dat de drempels voor de Belgische concentratiecontrole een heel aantal concentraties binnen het toepassingsgebied van de WEM bracht die weinig of geen invloed hadden op de mededingingsstructuur in België. De hoeveelheid concentraties die Dienst en Raad te verwerken kregen leidde ertoe dat nagenoeg geen aandacht kon besteed worden aan de restrictieve mededingingspraktijken. Overigens was de Raad voor de Mededinging niet blijven stilzitten en had hij reeds aanvang 1996 een voorontwerp tot wijziging van de WEM geredigeerd, dat evenwel zonder gevolg bleef.

4. De wetgevende machine werd finaal toch op gang getrokken met een wetsvoorstel dat door Senator D'Hooghe werd ingediend op 28 april 1997(8). Van dan af kwam er enigszins schot in de zaak en werden door de Regering tijdens de tweede helft van 1997 verschillende versies van twee voorontwerpen die een ruim pakket aan wijzigingen introduceerden uitgewerkt en die in december van dat jaar door de Ministerraad werden goedgekeurd. Aanvang 1998 werden

(6) Dit verslag werd op 5 november 1996 door de Raad voor de Mededinging aangenomen, hierna genoemd „Tweede Verslag”, zie 15-32.

(7) Zie over dit jaarverslag: J. STUYCK, „Ten einde raad. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het Tweede Verslag van de Raad voor de Mededinging, de patstelling rond deze instelling en enkele hervormingsvoorstellen”, *T.B.H.* 1997, 560 e.v.

(8) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/1, 1996-1997.

overigens door de Regering amendementen ingediend op het wetsvoorstel Vandenberghe en Erdman, dit vooral met het oog op de invoering van voltijdse functies bij de Raad(9).

5. Uiteindelijk werden de bovengenoemde voorontwerpen midden 1998 door de Regering ingediend als amendement op het reeds bij de Senaat hangende wetsvoorstel D'Hooghe(10). De bespreking en het onderzoek van deze teksten ging bijzonder snel en voor het parlementair reces was reeds de stemming per artikel gebeurd. De amendementen van de Regering werden op hun beurt fel geamendeerd door de senatoren waardoor de tekst, zoals hij uit de Senaatscommissie dreigde te komen, op een aantal punten fundamenteel afweek van de filosofie van zowel de wetgever van 1991 als de oorspronkelijke regeringsamendementen. Zo had de Raad voor de Mededinging inzake concentraties enkel nog een adviserende bevoegdheid; de beslissingsbevoegdheid lag bij de Minister, desgevallend bij de Minister-raad. Bovendien was de tekst vanuit wetgevingstechnisch oogpunt zo deficiënt dat de nieuwe regeling onuitvoerbaar dreigde te worden. Nadat alle betrokken kringen aan de alarmbel trokken werd de bespreking hervat met nieuwe amendementen. De tekst werd teruggedraaid naar het concept van de Regeringsontwerpen en technisch verder bijgeschaafd. Problemen doken nog op in verband met het onderbrengen van de wijzigingsbepalingen in een tekst die aan de volledig bicamerale procedure werd onderworpen en een tekst die slechts door de gedeeltelijk bicamerale procedure diende gelooft te worden(11). Nadat ook deze klip was omzeild via de nodige amendementen werden de wijzigingen op 11 maart 1999 door de Senaat goedgekeurd. Daarna ging alles zeer snel zodat de Kamer op 22 april 1999 de twee ontwerpen kon goedkeuren.

6. Hiermee waren alle problemen evenwel nog niet van de baan. Ook in de definitief aangenomen teksten zaten nog fouten en onduidelijkheden. Daarom werd een gecoördineerde versie opgemaakt van de gewijzigde wet op de mededinging(12). Een nieuw ingevoerde bepa-

(9) *Gedr. St. Senaat*, 1-417/2, 1997-1998. Deze tekst stuitte op grondwettelijke bezwaren van de Raad van State; zie *Gedr. St. Senaat*, 1-417/3, 1995-1996.

(10) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998.

(11) Zie hierover, het advies van de Raad van State: *Gedr. St. Senaat*, 1-614/12, 1998-1999.

(12) Koninklijk Besluit van 1 juli 1999 houdende coördinatie van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 september 1999, 32315. In deze bijdrage zal hoofdzakelijk met deze gecoördineerde versie worden gewerkt. Zij wordt hierna verder aangeduid als „GWEM”.

ling geeft immers uitdrukkelijk aan de Koning een coördinatiebevoegdheid(13).

7. De regeling van de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen is evenmin een sinecure gebleken. De Institutionele Wijzigingswet is onmiddellijk van kracht geworden, terwijl de bepalingen van de Materiële Wijzigingswet op een door de Koning te bepalen datum dienden in werking te treden, met als uiterste datum 1 oktober 1999. Dit gaf aanleiding tot een juridisch vacuüm. In de Institutionele Wijzigingswet zaten immers bepalingen die slechts konden functioneren indien de ermee verband houdende bepalingen uit de Materiële Wijzigingswet van kracht werden. Dit was met name het geval voor de beroepsprocedure inzake concentraties.

Ingevolge een Koninklijk Besluit van 14 juni 1999 zijn op 1 september 1999 een grote reeks bepalingen van de gewijzigde wet in werking getreden, namelijk deze waarin geen sprake is van de nieuw ingestelde verslaggevers — deze waren immers nog niet benoemd(14). Wel waren voordien de nieuwe drempels inzake de aanmelding van concentraties reeds van kracht geworden(15) (1 juli 1999); bijna onmiddellijk gevolgd door een verhoging vanaf 31 juli 1999(16).

Op 1 oktober 1999 is de gewijzigde wet dan volledig in werking getreden. Dit betekende nochtans niet dat zij dan meteen volledig operationeel was. Immers, de verslaggevers waren nog steeds niet benoemd(17). Bovendien waren ook de uitvoeringsbesluiten nog niet in overeenstemming gebracht met de wijzigingen aan de wet. Voor wat de aanmelding van concentraties betrof gebeurde dit vrij snel(18).

(13) Art. 55 GWEM. Opvallend is dat de Koning in het kader van de GWEM aanzienlijk verder is gegaan dan een loutere coördinatie. Tal van wetgevende onvolmaaktheden werden in de GWEM nog weggewerkt. Naar ons oordeel is het goed dat de Koning in de GWEM zijn rol ruim heeft opgevat, doch een en ander is wel tekenend voor de kwaliteit van het wetgevend werk. Met alle voorbeelden van soortgelijke wetgeving die op Europees en buitenlands nationaal niveau bestaan, is het moeilijk te begrijpen dat nog zoveel onvolmaaktheden via een zozegde coördinatie dienden weggewerkt te worden.

(14) *B.S.* 1 september 1999, 32314.

(15) Koninklijk Besluit van 7 mei 1999, *B.S.* 1 juli 1999, 24844.

(16) Koninklijk Besluit van 14 juni 1999, *B.S.* 31 juli 1999, 28711. Deze verhoging was reeds toegezegd door de Regering tijdens het debat in de Kamercommissie.

(17) *Cf. infra* onder punt II.A.

(18) Koninklijk Besluit van 18 juni 1999 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 23 maart 1993 betreffende het aanmelden van de concentraties van ondernemingen bedoeld in artikel 12 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 12 oktober 1999, 38451. Het gewijzigde besluit wordt verder omschreven als het „Koninklijk Besluit inzake concentraties”.

Andere uitvoeringsmaatregelen werden evenwel slechts aanvang 2000 aangepast(19).

II. Instellingen

8. De conflicten tussen Raad en Dienst hebben ertoe bijgedragen dat de wetgever in het kader van de wetswijzigingen behoorlijk wat aan de instellingen belast met de toepassing van de GWEM heeft gesleuteld. Het instellen van een korps van verslaggevers en de rol toebedeeld aan de Ministerraad in het kader van de concentratiecontrole zijn ongetwijfeld de meest opvallende nieuwigheden. Daarnaast zijn er ook noemenswaardige aanpassingen op het vlak van de Raad en de Commissie.

A. KORPS VAN VERSLAGGEVERS

9. Bij de Dienst voor de Mededinging wordt een korps van verslaggevers ingesteld(20). Dit is een nieuw orgaan. Waarom deze nieuwe instelling wordt ingevoerd is niet zeer duidelijk(21). Feit is dat zij reeds in de allereerste teksten opdook. Overigens sprak een informeel ontwerp dat was uitgewerkt door de Raad voor de Mededinging reeds van verslaggevers die de zaak zouden voorbereiden, met het grote verschil dat deze ingesteld werden bij de Raad. Uit de memorie van toelichting bij het „ontwerp” van de Regering zou men kunnen afleiden dat het de bedoeling was om de autonomie van de Dienst te versterken(22) en een duidelijke scheiding te voorzien tussen de functies van onderzoek en beslissing. Tijdens de verdere parlemen-

(19) Koninklijk Besluit van 28 december 1999 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 15 maart 1993 betreffende de procedures inzake bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 februari 2000, 3133; Koninklijk Besluit van 28 december 1999 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 23 maart 1993 betreffende de verzoeken en aanmeldingen bedoeld in de artikelen 6 en 7 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 februari 2000, 3136; Koninklijk Besluit van 28 december 1999 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 22 januari 1998 betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 23, par.1, c) en d) van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 februari 1999, 3139. De gewijzigde besluiten worden verder omschreven als het „Koninklijk Besluit inzake procedures”, het „Koninklijk Besluit inzake restrictieve mededingingspraktijken” en het „Koninklijk Besluit inzake klachten”.

(20) Art. 14, par. 2 GWEM.

(21) Gesuggereerd wordt dat het korps ertoe zou moeten bijdragen om een betere scheiding te krijgen tussen het onderzoek en het beslissingsproces, en verder de vrijwaring van de rechten van verdediging in de hand zou moeten werken. Zie hierover: D. SZAFRAN, „La loi sur la protection de la concurrence économique - Réforme de 1999”, *J.T.* 2000, 474.

(22) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 24-25.

taire bespreking is de opportuniteit van dit nieuw orgaan niet meer ter sprake gekomen.

10. De verslaggevers worden gerecrueteerd door middel van een vergelijkend examen. Om te kunnen deelnemen aan dit examen dient men houder te zijn van een diploma „rechten”, „economie” of „handelsingenieur” en blijkt te geven van een nuttige ervaring van minstens drie jaar zowel inzake mededinging als procedurevoorschriften. Zij worden benoemd door de Koning en beschikken over een administratief en geldelijk statuut dat hun onafhankelijkheid waarborgt. Dezelfde tuchtregeling als deze van de inspecteurs van Financiën is op hen van toepassing. Bij Koninklijk Besluit wordt het statuut van de verslaggevers vastgelegd volgens de principes van een vlakke loopbaan(23). De GWEM duidt overigens nog eens op de vereiste om bij de maatregelen in verband met personeelsformatie, toegangsvoorwaarden en werking van dit korps rekening te houden met de bijzondere noodzaak tot onafhankelijkheid(24). Daarenboven wordt uitdrukkelijk bepaald dat zij geen bevel kunnen vragen of aanvaarden in verband met de behandeling van de ingeleide zaken(25).

11. Aan het hoofd van dit korps staat een korpschef die de verslaggevers in hun midden aanduiden voor een periode van maximum drie jaar, die evenwel kan worden hernieuwd. Het korps stelt zijn eigen huishoudelijk reglement op dat door de Koning wordt goedgekeurd.

12. Een aantal handelingen kunnen enkel door het korps worden gesteld. De wet voorziet uitdrukkelijk de gevallen waarin de beslissingen door het korps moeten worden genomen. Dit gebeurt bij meerderheid; in geval van gelijkheid van stemmen heeft de korpschef een doorslaggevende stem.

13. Men kan zich afvragen of de invoering van een bijkomend onderzoeksorgaan zal bijdragen tot een betere werking van de wet(26). Voor een betere scheiding tussen de bevoegdheden van de

(23) Koninklijk Besluit van 17 juni 1999 houdende vaststelling van de loopbaan van verslaggever bij het Ministerie van Economische Zaken, *B.S.* 31 juli 1999, 28775.

(24) Art. 15 GWEM.

(25) Art. 14, par. 2 GWEM.

(26) Zie terzake: J. STEENBERGEN, „De wijzigingen van de Belgische Wet Mededinging”, *SEW* 1999, 363; V. DIRCKX, „Les lois du 26 avril 1999 modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique: quel impact sur les notifications de concentrations?”, *DAOR* 1999, nr. 51, p. 96-97.

onderzoeks- en de beslissingsinstantie was dit alvast niet nodig. Bijdragen tot een betere samenwerking tussen de instellingen zal dit ook niet. Integendeel, een nieuwe bron van wrijvingen kan ontstaan tussen de Dienst en de verslaggevers over hun respectievelijke bevoegdheden, te meer daar de GWEM weinig zegt over hun onderlinge verhouding. Ook de verhouding met de Raad kan aanleiding geven tot moeilijkheden, zelfs wanneer deze beter geregeld is dan dit in het verleden het geval was voor de relatie tussen de Dienst en de Raad. Beide dienen immers in zekere stadia van de procedure samen te werken.

14. Op 1 oktober 1999 hadden deze verslaggevers hun taak moeten opnemen. Dit kon evenwel niet omdat het examen voor deze functie nog niet was georganiseerd. Daarom is een wet goedgekeurd waarbij de verslaggevers tijdelijk door de Koning worden aangewezen onder de ambtenaren van het Ministerie van Economische Zaken. Deze aanduiding eindigt wanneer verslaggevers worden benoemd op grond van het vergelijkend examen en duurt maximum één jaar⁽²⁷⁾. Overigens waren reeds bij Koninklijk Besluit twee verslaggevers aangeduid op grond van het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst⁽²⁸⁾.

B. RAAD VOOR DE MEDEDINGING

15. De samenstelling van de Raad voor de Mededinging wordt gewijzigd⁽²⁹⁾. Voortaan zijn er twintig effectieve leden in plaats van twaalf effectieve en twaalf plaatsvervangers. Hij bestaat niet langer meer voor de helft uit magistraten. Naast de voorzitter en de ondervoorzitter die magistraten zijn, worden acht leden aangewezen onder magistraten, advocaten of universiteitsprofessoren belast met een juridische leeropdracht en tien leden op grond van hun bevoegdheid inzake mededinging. Minstens vier van de juristen dienen magistraat te zijn. Dit houdt in dat de Raad kan functioneren met zes magistraten. Of dit aantal magistraten zal volstaan voor een goede werking van de

(27) Wet houdende wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 5 mei 2000, 14173. Aldus werden vier voorlopige verslaggevers aangeduid.

(28) Koninklijk Besluit tot aanwijzing van ambtenaren van het Ministerie van Economische Zaken om tijdelijk de functies uit te oefenen die aan de verslaggevers bedoeld bij artikel 14 van de wet tot bescherming van de economische mededinging gecoördineerd op 1 juli 1999 werden toevertrouwd, *B.S.* 17 november 1999, 42597.

(29) Art. 17, par. 1 GWEM.

Raad valt af te wachten. Men mag immers niet vergeten dat de Raad een overwegend jurisdictionele bevoegdheid uitoefent. Dit probleem wordt wel enigszins ondervangen door het feit dat minstens de helft van de leden jurist zijn en dat — zoals hierna wordt uiteengezet — zowel de voorzitter als de ondervoorzitter, die noodzakelijkerwijs magistraat zijn, een voltijdse functie uitoefenen.

De Raad telt voortaan vier voltijdse leden, waaronder de voorzitter en de ondervoorzitter(30). Deze voltijdsen mogen gedurende de duur van hun mandaat in principe geen ander hoofdberoep uitoefenen. Voorts is een regeling voorzien waarbij de voltijdse magistraten die in de Raad worden benoemd, in de magistratuur onmiddellijk worden vervangen door een nieuw benoemde magistraat.

De vraag naar voltijdse leden is één van de voornaamste eisen geweest van de Raad voor de Mededinging(31) en is een antwoord op de vraag naar meer middelen voor de mededingingsautoriteit.

16. De regels in verband met onverenigbaarheden worden gepreciseerd(32): een lid van de Raad mag niet als raadsman optreden in een zaak die krachtens de mededingingswet is aanhangig gemaakt. Dit geldt zowel voor advocaten als ieder lid van de Raad die in de hoedanigheid van raadsman kan optreden (b.v. accountant). Of dit in de praktijk waar de meeste advocaten of andere raadgevende beroepen in een associatie werken ook veel uitmaakt is natuurlijk de vraag. Wat verstaat men overigens onder „een zaak die krachtens deze wet is aanhangig gemaakt”? Zijn de procedures voor de gewone rechter hierin begrepen? Het lijkt ons inderdaad uitermate delicaat dat een lid van de Raad (in de hoedanigheid van advocaat) zaken die betrekking hebben op de GWEM voor de gewone rechter zou behandelen. Dit geldt o.i. bij uitsteking voor prejudiciële procedures, waar het toch ongepast zou voorkomen dat een lid van de Raad (als advocaat) standpunt zou innemen aangaande bepaalde toepassingspunten van de GWEM. Voorts krijgt het lid dat gewraakt wordt vanaf nu de mogelijkheid om zich te verdedigen.

17. Er wordt nu ook bepaald dat de leden van de Raad gebonden zijn door het beroepsgeheim en dat zij de vertrouwelijke gegevens waar-

(30) Art. 17, par. 4 GWEM. Zie ook Koninklijk Besluit houdende bepaling van de benoemingsvoorwaarden van de voorzitter, de ondervoorzitter en de andere leden van de Raad voor de Mededinging die hun functie voltijds uitoefenen, *B.S.* 29 april 1999, 14387.

(31) Eerste Verslag, 10-11.

(32) Art. 18, par. 2 GWEM.

van zij kennis hebben gekregen op grond van hun functie aan geen enkele persoon of autoriteit mogen bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen(33).

18. De Raad blijft zoals voorheen bijgestaan door een secretaris en adjunct-secretaris. Deze worden aangewezen onder de ambtenaren van het Ministerie van Economische Zaken en worden dus niet noodzakelijk meer gekozen onder de leden van de Dienst voor de Mededinging.

19. Vermelden we tenslotte dat de leden van de Raad hun functie blijven uitoefenen bij het aflopen van hun mandaat zolang niet is voorzien in hun vervanging. Dit moet een oplossing bieden voor problemen die zich in het verleden hebben voorgedaan ingevolge het talmen met benoemingen.

C. MINISTERRAAD

20. De Ministerraad wordt voor het eerst betrokken bij de toepassing van deze wet. Hij speelt enkel een rol op het vlak van het concentratietoezicht(34).

D. COMMISSIE VOOR DE MEDEDINGING

21. De Commissie voor de Mededinging is een adviesorgaan(35) dat functioneert binnen de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven en waarvan de sociale partners deel uitmaken. Twee wijzigingen zijn bijna onopgemerkt binnengeslopen m.b.t. dit orgaan. Eerst en vooral lijkt zij *prima facie* niet meer op de hoogte te worden gebracht van de concentratiedossiers die na onderzoek worden ingeleid bij de Raad. Dit is nochtans niet echt een probleem daar het feit van de aanmelding van een concentratie wordt gepubliceerd(36). Verder wordt bepaald dat wanneer de Commissie een adviesaanvraag niet beantwoordt heeft binnen de door de Minister vastgestelde termijn, die ten minste vijf-

(33) Art. 18*bis* GWEM. Daarnaast blijft de algemene, strafrechtelijk gesanctioneerde, verbodsregel van art. 44 GWEM van kracht.

(34) *Infra*, punt IV.E.3.

(35) Art. 21 GWEM.

(36) *Infra* punt IV.C.6. In de praktijk wordt de Commissie nog steeds geïnformeerd. Een wettelijke basis hiervoor kan gevonden worden in art. 27, par. 1 GWEM. Zie ook: D. SZAFFRAN, *l.c.*, 476, voetnoot 31.

tien werkdagen moet bedragen, het advies niet meer vereist is(37). De wet voorziet immers dat in een aantal gevallen(38), o.a. voor wat betreft de voorontwerpen tot wetswijziging en de ontwerpen van groepsvrijstelling, een advies moet worden gevraagd. De Minister verantwoordt dit amendement door te stellen dat „het advies van de Commissie voor de Mededinging over deze wetsontwerpen maanden op zich heeft laten wachten.”(39) Dit is nochtans onjuist(40). Vijftien dagen is alleszins bijzonder weinig voor het onderzoek van ontwerp-teksten door de sociale partners.

III. Restrictieve mededingingspraktijken

22. Hoewel de klemtoon van de wetswijzigingen onmiskenbaar op de concentratiecontrole ligt, zijn er toch een aantal vermeldenswaardige nieuwigheden inzake de restrictieve mededingingspraktijken. De belangrijkste ontwikkelingen situeren zich op het vlak van de „*de minimis*” regeling. Daarnaast zijn er een aantal opmerkelijke procedurele ontwikkelingen en verdient ook de problematiek van de groepsvrijstellingen aandacht.

A. DE „DE MINIMIS”-REGEL

23. De WEM kende een vrij origineel „*de minimis*” concept. Zij bepaalde dat „de niet-toepasselijkheid van deze afdeling (d.i. de afdeling „restrictieve mededingingspraktijken”) wordt beschouwd als verworven tot het tegendeel is bewezen als de ondernemingen die er partij bij zijn individueel de voorwaarden vervullen welke bij artikel 12 par. 2 van de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen worden voorgeschreven,,(41).

(37) Art. 21 GWEM.

(38) Art. 21 GWEM.

(39) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, 182.

(40) In de loop van december 1997 werden definitieve voorontwerpen voorgelegd en reeds op 2 februari en 16 februari 1998 werd hierover een omstandig advies gegeven. De Raad van State gaf op 23 april 1998 zijn advies.

(41) Art. 5 WEM. Eigenlijk gaat het hier niet om een „*de minimis*-regel” in de klassieke betekenis. De tekst van art. 5 WEM resulteert in niets anders dan een omkering van de bewijslast. Dit voordeel wordt niet rechtstreeks gekoppeld aan de al dan niet merkbaarheid van de mededingingsbeperking, maar wel aan criteria die de omvang van de betrokken ondernemingen meten.

Op deze bepaling was er veel kritiek van de rechtsleer(42):

- het was niet duidelijk of enkel mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 2 WEM, dan wel ook het misbruik van machtspositie erdoor werd beoogd;
- de gevolgen van deze regeling waren evenmin duidelijk. Wat was de betekenis van het omkeerbaar vermoeden?

24. De Raad voor de Mededinging heeft op deze en andere onvolmaaktheden gewezen in een advies(43). Volgens de Raad had de regeling van artikel 5 WEM de volgende gevolgen:

- een vrijstelling kan worden verkregen zonder dat een aanmelding wordt gedaan;
- geen geldboetes kunnen worden opgelegd voor gedragingen gesteld vóór een negatieve beslissing.

Deze stelling van de Raad is thans overgenomen in de gewijzigde wet(44). Art. 5, § 1 GWEM luidt nu: „Met betrekking tot de in artikel 2, § 1, bedoelde praktijken is geen aanmelding als bedoeld in artikel 7 vereist wanneer de ondernemingen die er partij bij zijn, individueel de voorwaarden vervullen welke bij artikel 12, § 2, van de wet van 17 juli 1975 [...] worden voorgeschreven”. Artikel 7, § 1, GWEM werd in dezelfde lijn aangepast: „Zolang deze aanmelding niet heeft plaatsgevonden, kan de verklaring bedoeld bij artikel 2, § 3, niet worden gedaan, *behalve wanneer het een praktijk betreft, bedoeld in artikel 5, § 1*” (onderlijning toegevoegd). Op het vlak van de immuniteit voor boetes, bepaalt artikel 36, § 1, *in fine* GWEM: „Die geldboetes kunnen niet opgelegd worden in geval van artikel 31, 1, op de praktijken bedoeld in artikel 5, § 1”. Met deze wijzigingen heeft de wetgever verder verduidelijkt dat deze regeling enkel van toepassing is op geconcentreerd mededingingsbeperkend gedrag (Art. 2 GWEM) en niet op het misbruik van machtspositie (Art. 3 GWEM). Op technisch-juridisch vlak zal men evenwel opmerken dat de wetgever is vergeten de bepaling aan te passen volgens dewelke een vrijstelling

(42) Voor een overzicht van de problemen: P. DE VROEDE, *o.c.*, p. 84-91, nrs. 113-120.

(43) Advies van 12 september 1995; uitvoerig besproken in P. DE VROEDE, *o.c.*, p. 86-90.

(44) Art. 5 *juncto* art. 7 *juncto* art. 36 GWEM.

niet vroeger kan in werking treden dan op de datum van de aanmelding(45).

25. Naar ons oordeel mag het belang van deze wetswijzigingen niet overdreven worden. Het debat dreigt incorrect gevoerd te worden doordat het (oude) artikel 5 WEM als een echte „*de minimis*”-regel werd afgeschilderd en het nieuwe artikel 5 GWEM als de (impliciete) afschaffing van die regel zou kunnen geïnterpreteerd worden. Dit is evenwel een foutieve voorstelling van zaken. Het (oude) artikel 5 WEM bevatte immers helemaal geen klassieke „*de minimis*”-regel. Het was een procedureel aardigheidje (omkering bewijslast waarvan de precieze implicaties nooit echt duidelijk zijn geworden) ten voordele van de kleinere KMO's. In de plaats komt er voor die kleinere KMO's nu een ander procedureel aardigheidje (onthefing zonder aanmelding) en één heel tastbaar voordeel (immunititeit voor boetes(46)).

De echte „*de minimis*”-regel schuilt naar ons oordeel niet in artikel 5, § 1 GWEM maar in artikel 2, § 1 GWEM. Dit is de materieelrechtelijke bepaling op grond waarvan geconcentreerd marktgedrag dient beoordeeld te worden. Deze bepaling stelt uitdrukkelijk dat het kartelverbod maar zal spelen als de mededingingsbeperking „merkbaar” is. Deze merkbaarheidsvereiste is helemaal niet gekoppeld aan het al dan niet KMO-karakter van de betrokken ondernemingen, maar wel aan de merkbaarheid van het mededingingsbeperkend geconcentreerd gedrag op de markt. Bijgevolg is het perfect denkbaar dat kleine KMO's in bepaalde gevallen niet van het „*de minimis*”-principe zullen kunnen genieten (b.v. in zekere gevallen van horizontale prijsafspraken) en grote multinationals zich in bepaalde situaties wel met succes op het „*de minimis*”-principe zullen kunnen beroepen (b.v. in zekere gevallen waarin de multinational op een markt waar hij minder dan 10 % marktaandeel heeft een niet-concurrentiebeding oplegt aan zijn verdeler in een bepaald land).

(45) Art. 29 par. 3 GWEM. Overigens werd dit ook reeds in de WEM vergeten voor wat betreft de niet-aanmeldingsplichtige afspraken. In dit kader stelt zich de boeiende praktische vraag hoe de Raad tewerk zal gaan bij de beoordeling of een ontheffing krachtens artikel 2, § 3 GWEM kan verleend worden aan een onderneming die kan genieten van het voordeel van artikel 5, § 1 GWEM. De aanmelding is immers niets meer dan een instrument dat de kartelautoriteiten de nodige informatie verschafft om een ontheffingsverzoek te kunnen analyseren. Vermoed mag worden dat, geconfronteerd met een ontheffingsverzoek in een artikel 5, § 1 GWEM context, de Dienst en de Raad niet anders zullen kunnen dan de nodige informatie bij de partijen op te vragen alvorens een ontheffing af te leveren.

(46) De wettekst lijkt te impliceren dat de Raad geen geldboetes mag opleggen doch lijkt ruimte te laten voor het opleggen van dwangsommen. De laatste zin van artikel 36, § 1 GWEM verwijst immers uitsluitend naar „Die geldboeten/Ces amendes”. Deze lezing van de laatste zin van artikel 36, § 1 GWEM komt ons niet onredelijk voor.

26. Op het stuk van de inhoudelijk invulling van de „*de minimis*”-regel op Belgisch vlak biedt de GWEM geen enkel nieuw houvast. Aangenomen mag evenwel worden dat deze invulling verder zal geschieden in lijn met de Europese praktijk op dit vlak(47). De Raad voor de Mededinging lijkt immers alvast deze weg te zijn ingeslagen(48). Er lijkt ons geen enkele aanwijsbare reden waarom de merkbaarheidsvereiste op Belgisch vlak anders zou dienen ingevuld te worden dan op Europees vlak.

Het voorgaande neemt niet weg dat de nieuwe regeling van artikel 5 niet echt een spectaculaire verbetering is. Toegegeven, het vroegere artikel 5 was onduidelijk geformuleerd. In de praktijk kwam het er evenwel op neer dat het belang van afspraken tussen KMO's zelden voldoende werd geacht om een interventie van het kartelrecht te rechtvaardigen. M.a.w. er moesten reeds bijzondere omstandigheden zijn (b.v. een cumulatief effect van een netwerk van gelijkaardige overeenkomsten) om het kartelverbod in werking te stellen. De geringe omvang van de betrokken ondernemingen was op zich een zwaarwichtig argument om de toepassing van het kartelverbod af te wijzen. Rechteren hebben overigens gebruik gemaakt van het vroegere artikel 5(49). Voor overeenkomsten die niet van de klassieke, „*de minimis*”-regel kunnen genieten, biedt de nieuwe KMO-regeling alvast geen enkele bescherming tegen een eventuele nietigheid (onder de oude regeling kon hierover nog enige twijfel bestaan).

Ook in de Europese Bagatelbekendmaking werd naast de klassieke „*de minimis*”-regel het principe ingevoerd dat afspraken tussen KMO's over het algemeen ontsnappen aan het kartelverbod en dat, indien dit niet het geval is, er behoudens specifieke omstandigheden, geen voldoende communautair belang is om er tegen op te treden(50). Deze specifieke bagatelregeling, die haar plaats heeft naast de klassieke „*de minimis*” regel, heeft alleszins het voordeel dat op basis van een gemakkelijk verifieerbaar criterium in de meeste gevallen al gauw kan worden besloten dat een afspraak niet echt de moeite loont om vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt verder te onderzoeken. Met de nieuwe regeling van artikel 5 is dit signaal alvast verdwenen.

(47) Zie o.a. Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap vallen, *PB C 372*, 1997, 13 e.v.

(48) Beslissing van de Raad 25 maart 1997, *R.W.* 1997-1998, p. 52; zie ook: Ph. MAES, noot onder voormelde beslissing.

(49) Zie o.a.: P. DE VROEDE, *o.c.*, p. 90, nrs. 119-120 met verwijzing naar rechtspraak; Vz. Kh. Mechelen 9 april 1998, *Jaarb. Handelspr.* 1998, 767; Gent 9 februari 1999, onuitgeg., zaak 1997/AR/2041.

(50) Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis, *o.c.*, III, nrs. 19-20.

B. PROCEDURE(51)

1. Inleiding van zaken

27. Alle zaken worden voortaan bij de Raad voor de Mededinging in plaats van bij de Dienst voor de Mededinging ingeleid(52). Dit geldt zowel voor het verzoek om een negatieve verklaring, de aanmelding met het oog op het bekomen van een individuele vrijstelling, het indienen van een klacht inzake restrictieve mededingingspraktijken, als de verzoeken tot onderzoek die uitgaan van de Minister bevoegd voor Economische Zaken, van overheidsinstanties belast met het toezicht op een economische sector en van de Minister van Kleine en Middelgrote Ondernemingen(53). De Raad voor de Mededinging maakt deze zaken over aan het korps van verslaggevers(54). Het secretariaat van het korps deelt dan op zijn beurt aan de indiener van de klacht of het verzoek de coördinaten mee van de verslaggever die belast is met de zaak(55). Aan te stippen valt dat onder de WEM in het geheel niet was voorzien bij wie de klachten of verzoeken om onderzoek moesten ingediend worden, zodat diende gepreciseerd te worden in een Koninklijk Besluit dat dit bij de Dienst diende te gebeuren(56). Deze wijziging moet de Raad in staat stellen om een beter overzicht te behouden over de ingeleide zaken en dus ook over het verloop van het onderzoek. Zij sluit tevens aan bij de regel dat de Raad beslist over het al of niet seponeren van een dossier. Zij neemt duidelijk stelling ten aanzien van de discussie die onder de vroegere wetgeving was ontstaan over de vraag of de Raad toezicht kan houden op het onderzoek(57). Overigens was reeds in bovengenoemd Koninklijk Besluit bepaald dat de klachten ter informatie dienden overgemaakt te worden aan de Raad.

(51) Een aantal van de hierna besproken wijzigingen zijn ook van toepassing op de procedure van concentratiecontrole. Tevens wordt er de aandacht op gevestigd dat de wetgever uit het oog is verloren dat ook inzake concentraties een klacht kan worden ingediend of een procedure ambtshalve of op verzoek kan worden gestart zodat een aantal bepalingen uit de procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken *mutadis mutandis* moeten worden toegepast in de procedure die gestart wordt met betrekking tot concentraties zonder aanmelding.

(52) Verzoeken om voorlopige maatregelen worden ingeleid bij de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging (art. 35 GWEM). Concentraties worden eveneens aangemeld bij de Raad voor de Mededinging.

(53) Art. 24, par. 1 GWEM.

(54) Art. 24, par. 1 GWEM.

(55) Art. 4 Koninklijk Besluit inzake klachten.

(56) Koninklijk Besluit betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 23 par. 1 c) en d) van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, B.S. 24 april 1998, 12644. Dit Koninklijk Besluit werd ondertussen aangepast om rekening te houden met de wetwijzigingen (B.S. 1 februari 1999, 3139).

(57) Eerste Verslag, 24; Tweede verslag, 19-20.

2. Onderzoek

28. Op het vlak van het onderzoek zijn er eveneens een aantal wijzigingen. De belangrijkste is dat de leiding en de organisatie van het onderzoek wordt toevertrouwd aan (een korps van) verslaggevers(58). De Dienst voor de Mededinging als zodanig leidt dus niet langer het onderzoek, maar wel (het korps van) de verslaggevers die door de GWEM bij de Dienst werd(en) ingesteld. Het korps zal o.m. bepalen in welke volgorde de dossiers moeten worden behandeld en welke de verdeling is van de dossiers onder de verslaggevers. De verslaggevers geven de opdrachtsbevelen aan de leden van de Dienst. Het zijn ook de verslaggevers die het onderzoeksverslag opstellen en indienen bij de Raad. Bovendien winnen de verslaggevers, en niet langer de leden van de Dienst, de inlichtingen in bij de ondernemingen en hun verenigingen. Deskundigen worden voortaan aangesteld door de verslaggevers(59).

29. Aangezien de Raad in principe(60) niet meer tussenkomt in het onderzoek is het voortaan het korps van verslaggevers dat dwingende verzoeken tot inlichtingen en de opdrachtsbevelen tot huiszoeking, beslag en verzegeling aflevert(61). Voorheen behoorde dit tot de bevoegdheid van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging. De wetgever heeft deze bevoegdheid aan het korps als college toegekend omdat hij van oordeel is dat dit de onafhankelijkheid van hun beslissing versterkt(62). Dwangsommen om een dwingend verzoek tot inlichtingen te doen naleven behoren evenwel nog steeds tot de bevoegdheid van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging(63).

30. Voor het overige zijn er nog een aantal minder belangrijke wijzigingen. De Minister van Kleine en Middelgrote Ondernemingen kan nu ook vragen om een onderzoek op te starten(64). De huiszoeken in de privé-sfeer kunnen voortaan gebeuren tussen 5 en 21 uur in plaats van tussen 8 en 18 uur(65). Een beroep kan worden gedaan op het Bestuur van de Economische Inspectie van het Minis-

(58) Art. 14, par. 2 *juncto* art. 23 GWEM.

(59) Art. 23, par. 2 GWEM.

(60) Zie evenwel *infra* punt III.B.8.

(61) Art. 14, par. 2 *juncto* art. 23, par. 3 voorlaatste alinea GWEM.

(62) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 33.

(63) Art. 40 GWEM.

(64) Art. 23, par. 1 d) GWEM.

(65) Art. 23, par. 3 GWEM.

terie van Economische Zaken(66). Verzegeling is nu wel toegestaan voor een duur van maximum 48 uur. De beslaglegging ter plaatse is daarentegen beperkt tot dezelfde periode van 48 uur. Van het beslag en de verzegeling wordt akte genomen in een proces-verbaal dat wordt bezorgd aan diegenen die het voorwerp zijn van deze maatregelen(67). Ingevolge een opmerking van de Raad van State wordt gepreciseerd dat beslag en verzegeling moeten gebeuren in het kader van de opdracht die de verslaggevers en personeelsleden van de Dienst vervullen(68). Dit moet waarborgen dat deze maatregelen zich beperken tot de informatie nodig voor het onderzoek. Tenslotte dient nog de aandacht te worden gevestigd op een subtile wijziging: voortaan wordt gesproken van een „specifiek opdrachtsbevel” dat wordt afgeleverd met het oog op de toelating tot huiszoeking, beslaglegging en verzegeling in plaats van een „mandaat” zoals onder de vorige wet(69). De toevoeging van het woord „specifiek” geeft meer waarborgen voor wat betreft een duidelijke omschrijving van het voorwerp en doel van de opdracht. De rechtsgeldigheid van een opdrachtsbevel zal derhalve samenhangen met de graad van precisie van de omschrijving ervan. De wetgever heeft met de wetswijziging duidelijk aangegeven dat zogeheten „*fishing expeditions*” middels ruim geformuleerde opdrachtsbevelen compleet uit den boze zijn.

31. Er wordt niet meer bepaald dat de Dienst voor de Mededinging de mededingingspraktijken vaststelt maar dat hij deze onderzoekt(70). Volgens de memorie van toelichting is de terminologie „vaststellen” immers dubbelzinnig aangezien enkel de Raad voor de Mededinging het bestaan van een restrictieve mededingingspraktijk kan vaststellen(71).

(66) Art. 23, par. 3 GWEM.

(67) Art. 23, par. 3 GWEM.

(68) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 32-33.

(69) Art. 23, par. 3 voorlaatste alinea GWEM.

(70) Art. 14, par. 1 GWEM.

(71) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 29. Zie nochtans art. 23 par. 3 al. 1 GWEM dat het nog steeds heeft over „overtredingen vast te stellen bij processen-verbaal die gelden tot het tegendeel is bewezen” en de kritiek hierop die onder de WEM werd geuit door o.a. M. WAELBROECK en J. BOUCKAERT, „La loi sur la protection de la concurrence économique”, *J.T.* 1992, 293, nr. 70.2 en D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 245, nr. 21-11. Dezen wezen er immers op dat enkel de Raad voor de Mededinging de inbreuken op de mededingingswet kan vaststellen. Een wenselijke lezing van deze bepaling zou zijn dat de concrete feiten die in het proces-verbaal worden aangehaald tot bewijs van het tegendeel als correct gelden, doch dat de kwalificatie van de feiten als een overtreding van de GWEM niet geniet van de omkering van de bewijslast.

32. Inzake algemene en sectoriële onderzoeken kan de Dienst voor de Mededinging voortaan ambtshalve optreden. Ook de Minister kan nu dit soort onderzoeken vragen(72). Voorheen kon enkel de Raad voor de Mededinging daartoe het initiatief nemen. De suggestie van de Raad van State om deze bevoegdheid aan de verslaggevers te geven werd niet gevolgd(73), wellicht omdat dit soort onderzoeken (meer dan de individuele onderzoeken) deel uitmaakt van het economisch beleid dat de Minister voert.

33. Nieuw is tenslotte dat bij een in Ministerraad overlegd Koninklijk Besluit de kosten van bepaalde proceshandelingen, met inbegrip van de onderzoeksmaatregelen, ten laste kunnen worden gelegd van de aanmeldende partijen of deze die een inbreuk hebben gepleegd(74). Een dergelijk besluit kan eveneens de betaling van een vergoeding opleggen voor het indienen van een verzoek tot negatieve verklaring of tot individuele vrijstelling. Bij dergelijke regeling passen toch wel een aantal bedenkingen. Vooreerst is het onaanvaardbaar dat partijen die geen enkele inbreuk hebben gepleegd verplicht zouden worden om op te draaien voor de kosten van onderzoeksmaatregelen. Bovendien druist de betaling voor het behandelen van een verzoek om een negatieve verklaring of een individuele vrijstelling lijnrecht in tegen het doel van de wetgever, nl. dergelijke aanmeldingen aan te moedigen. Tevens is het niet logisch om geen bijdrage voor te schrijven voor een aanmelding van een concentratie onder het voorwendsel dat het om een verplichting gaat, terwijl voor een verzoek tot vrijstelling wel een bijdrage zou kunnen gevraagd worden. Partijen die zich willen indekken tegen geldboetes moeten immers aanmelden; ook dit kan als een uitvloeisel van een wettelijke verplichting worden beschouwd(75).

3. *Sepot*

34. De procedure in verband met het sepot riep vele vragen op onder de WEM. Zo was niet duidelijk of in het geval van een voorstel tot

(72) Art. 26 GWEM.

(73) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 37.

(74) Art. 54 GWEM. Opvallend is dat de wetgever deze mogelijkheid niet heeft weerhouden voor het indienen van klachten die naderhand onontvankelijk of ongegrond bleken te zijn. De mogelijkheid om in die omstandigheden de kosten te kunnen verhalen op de klager, zou immers een nuttig instrument kunnen zijn om al te frivole klachten tegen te gaan.

(75) Advies van de Commissie voor de Mededinging over het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, 2 februari 1998, 9.

sepot op grond van de onontvankelijkheid van de klacht de tegensprekelijke procedure van artikel 27 WEM diende gevolgd te worden en dus de ondernemingen waarvan de praktijken werden aangeklaagd bij de procedure dienden betrokken te worden(76). In de GWEM wordt gepoogd om de procedure van sepot te verduidelijken(77). Voortaan legt de verslaggever die tot het besluit komt dat de klachten of verzoeken niet ontvankelijk of ongegrond zijn aan de Raad een gemotiveerd voorstel tot sepot voor. Indien de Raad (in de praktijk wellicht zijn voorzitter of een ander voltijds lid) het wenselijk acht maakt de verslaggever zijn voorstel bekend aan de indiener van de klacht. In dat geval kan de klager het dossier op het secretariaat raadplegen, een kopie ervan krijgen en zijn schriftelijke opmerkingen neerleggen bij de Raad. Indien de Raad het voorstel tot sepot volgt, seponeert hij het dossier. Indien hij dit voorstel niet volgt stuurt hij het dossier terug naar de verslaggever voor verder onderzoek.

35. De aandacht wordt gevestigd op de volgende wijzigingen ten opzichte van de WEM:

- Er is geen verplichting voor de Raad voor de Mededinging om de klager bij de procedure van sepot te betrekken. De Raad was in het verleden van oordeel dat hij daartoe gehouden was.
- De ondernemingen wier praktijken worden geïnviseerd komen niet aan de procedure van sepot te pas. Het niet-horen van de geïnviseerde bedrijven in een procedure van sepot op grond van onontvankelijkheid ligt in de lijn van de praktijk van de Raad. In geval van sepot wegens ongegrondheid van de klacht was de Raad daarentegen van oordeel dat de procedure op tegenspraak diende te verlopen ten aanzien van de ondernemingen die het voorwerp uitmaakten van de klacht(78). Op dit punt wijkt de nieuwe wet dus af van de praktijk van de Raad. Hij contrasteert ook met de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel dat, in verband met een beroep van de betrokken ondernemingen tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging om een klacht toch ontvankelijk te verklaren en te behandelen, stelde dat de belangen van de betrokken ondernemingen worden geschaad daar zij ver-

(76) Tweede Verslag, 1994-1995, 39-42. In een eerste fase heeft de Raad de procedure, waarbij hij zich na afloop uitspreekt over de door de Dienst opgeworpen onontvankelijkheid, op tegenspraak behandeld en zijn beslissing aan de betrokken partijen betekend; zie o.a. Raad voor de Mededinging 25 februari 1995, (Jongen/R.T.L.-T.V.I e.a.), *J.L.M.B.* 1996, 225. In een tweede fase heeft de Raad deze procedure niet langer op tegenspraak behandeld.

(77) Art. 24, par. 2 GWEM.

(78) Tweede Verslag, 42.

plicht worden om zich te onderwerpen aan een onderzoek dat ze wensen te vermijden(79).

De GWEM is echter niet vrij van ambiguïteiten. Eigenaardig genoeg duikt immers in de bepaling die betrekking heeft op de procedure voor de Raad weer de zinssnede op: „De Raad handelt op dezelfde wijze wanneer in het verslag het sepot van een dossier wordt voorgesteld”(80). Dit zou dan betekenen dat de ondernemingen op wier activiteit het onderzoek betrekking heeft wel bij de sepotprocedure betrokken worden. Ook de GWEM elimineert dus niet alle interpretatieproblemen.

4. *Punten van bezwaar*

36. In de GWEM wordt naar Europees voorbeeld(81) de mededeling van de punten van bezwaar ingevoerd(82). De punten van bezwaar zijn belangrijk omdat zij de ondernemingen in staat stellen om hun standpunt te kennen te geven in verband met de tegen hen ingebrachte bezwaren(83). De WEM kende niet alsdusdanig de mededeling van de punten van bezwaar. Volgens sommigen kon het verslag van de Dienst evenwel worden vergeleken met de opsomming van de punten van bezwaar, met name omdat de betrokken ondernemingen bij de Raad hun memorie van antwoord op het verslag van de Dienst konden indienen(84). Dit was duidelijk niet de mening van de Raad(85). De achterliggende discussie betrof wellicht niet zozeer de vraag of het verslag van de Dienst nu kon worden vergeleken met de opsomming van de punten van bezwaar, dan wel wie uiteindelijk de contouren van de tenlasteleggingen kon bepalen. Dit blijkt duidelijk uit het Tweede verslag waarin de Raad als oplossing voorstelt om zelf de punten van bezwaar mee te delen(86).

(79) Brussel 11 september 1996, *Jaarb. Handelspr.* 1996, 773 e.v. met zeer kritische noot van A-M. VAN DEN BOSSCHE.

(80) Art. 27, par. 1 al. 7 GWEM.

(81) Art. 19, lid 1 Vo 17/62 en art. 2 VO 99/63.

(82) Art. 24, par. 3 GWEM.

(83) M. WAELBROECK en A. FRIGNANI, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, 4, Concurrence*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 482-484, nr. 457.

(84) W. VAN GERVEN e.a., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Handels- en Economisch Recht, Deel 2B, Kartelrecht*, Story-Scientia, 1996, p. 983, nr. 815.

(85) Tweede Verslag, 35-37. In de praktijk achtte de Raad zich ook op generlei wijze gehouden door de inhoud van het verslag van de Dienst en hield de Raad de handen vrij om de in het verslag aangehaalde punten op een geheel eigen wijze te benaderen.

(86) Tweede Verslag, 38.

Het is de verslaggever die, op het einde van het onderzoek en voor het opstellen van het verslag, de eventuele punten van bezwaar meedeelt aan de betrokken ondernemingen en deze oproept om hun opmerkingen te geven. Tussen het meedelen van de eventuele punten van bezwaar en de datum van oproeping moeten er minstens vijftien dagen zijn(87). Meteen is ook een leemte onder de oude wetgeving opgevuld daar niet werd voorzien dat de bedrijven bij de oproeping in kennis werden gesteld van het voorwerp van het onderzoek en de bezwaren die tegen hen worden ingebracht(88). In zijn verslag neemt de verslaggever een voorstel van opsomming van de punten van bezwaar op. De Raad kan dan de mening toegedaan zijn dat andere of bijkomende punten van bezwaar moeten worden onderzocht dan deze die de verslaggever voorstelt. De verslaggever onderzoekt de bijkomende punten van bezwaar en verricht eventueel een bijkomend onderzoek. Hij vult zijn verslag aan en legt dit neer bij de Raad.

37. Volgende opmerkingen dienen hierbij te worden gemaakt. De rechten van verdediging worden niet noodzakelijk voldoende gewaarborgd daar de betrokken bedrijven, in het geval de verslaggever de punten van bezwaar opnieuw moet onderzoeken, niet meer moeten worden gehoord vooraleer hij zijn definitief verslag indient(89). Alleszins heeft men de logica niet doorgetrokken door in de eerste fase de bedrijven in staat te stellen hun opmerkingen te doen gelden, maar dit niet in de fase van het bijkomend onderzoek te voorzien. Bovendien wordt aan de partijen slechts toegang verleend tot het dossier wanneer het verslag bij de Raad is neergelegd. Hoe kunnen zij met kennis van zaken reageren op de punten van bezwaar wanneer zij het dossier niet hebben kunnen inzien(90)? Het is niet duidelijk wie het laatste woord heeft inzake de te weerhouden punten van bezwaar. De verslaggever lijkt niet gehouden door de suggesties van de Raad. Kan de Raad dan toch nog andere bezwaren weerhouden? Indien dit het

(87) Art. 2 Koninklijk Besluit inzake procedures.

(88) D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 245, nr. 21-12.

(89) Volgens J. STEENBERGEN sluit de tekst niet uit dat de ondernemingen opnieuw worden gehoord, maar is er daartoe geen verplichting: zie „De wijzigingen van de Belgische Wet Mededinging”, *SEW* 1999, 362.

(90) De Raad voor de Mededinging had dit nochtans voorgesteld in zijn advies van 29 juni 1998 op de door de Regering ingediende amendementen op de wetsvoorstellen Vandenberghe en D’Hooghe.

geval is dan zal de Raad deze moeten meedelen aan de betrokken ondernemingen(91).

38. De wet voorziet dat de Raad kan vragen om „andere punten van bezwaar” in aanmerking te nemen. Men moet er wellicht van uitgaan dat deze hypothese ook slaat op het geval waarin de verslaggever geen punten van bezwaar heeft weerhouden.

Opgemerkt zij dat de Raad ook aan de verslaggever kan vragen om een bijkomend verslag op te stellen(92). Hoe verhoudt deze bevoegdheid zich tot deze om aan de verslaggever een onderzoek naar andere bezwaren te vragen(93)? Vermoed kan worden dat het onderzoek geïmplementeerd in art. 27, par. 2, al. 5 GWEM zich situeert in de loop van de behandeling van de zaak door de Raad, waar het onderzoek naar andere punten van bezwaar zich in de hieraan voorafgaande fase situeert.

5. *Vertrouwelijke gegevens*

39. Onder de WEM kon de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging reeds de vertrouwelijke gegevens verwijderen uit het dossier. De modaliteiten hiervan werden evenwel niet verder omschreven. Deze regel blijft ook behouden in de GWEM mits een aantal preciseringen(94). Zo wordt verduidelijkt dat de belanghebbende ondernemin-

(91) De memorie van toelichting bij het „ontwerp” van de Regering is niet duidelijk over de vraag of de Raad na het bijkomend onderzoek gebonden is door de „definitieve” punten van bezwaar van de verslaggever; *Gedr.St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 36. Wil de introductie van de punten van bezwaar geen maat voor niets worden, dan mag gehoopt worden dat de punten van bezwaar zoals die uiteindelijk aan de betrokken ondernemingen worden voorgelegd het definitieve uitgangspunt vormen voor de procedure voor de Raad. Dit betekent dat de punten van bezwaar de contouren van de procedure voor de Raad definiëren en dat het de Raad niet vrij staat om zelf in een later stadium nieuwe punten toe te voegen.

(92) Art. 27, par. 2, al. 5 GWEM.

(93) De Raad van State had reeds in zijn advies op de voorontwerpen van de Regering gesteld dat de wijzigingen in de procedure voor de Raad inzake restrictieve mededingingspraktijken niet zeer coherent zijn en hierbij verwezen naar het feit dat tweemaal wordt voorzien in de mogelijkheid om een aanvullend verslag op te stellen.

(94) Artikelen 24, par. 2 en 27, par. 1 GWEM. Voor de Europese procedure, maar enkel voor wat betreft de positie van de ondernemingen tegen wie een onderzoek wegens een vermeende inbreuk loopt: Mededeling van de Commissie inzake de interne procedureregels voor de behandeling van verzoeken om toegang tot een dossier bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag, van de artikelen 65 en 66 EGKS-Verdrag en van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad, *PB C* 23, 1997, 3 e.v. Voor een kritische commentaar hierop zie: P. LOUIS, „La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?”, *C.D.E.* 1998, 47 e.v. Opgemerkt zij dat eenzelfde regeling geldt in het kader van de concentratieprocedure (art. 32^{ter} GWEM).

gen kunnen vragen dat vertrouwelijke gegevens uit het dossier worden gehaald. Dit is niet echt een vernieuwing daar dit in de praktijk reeds mogelijk was. Uiteraard is de Voorzitter niet gebonden door dit verzoek. Nieuw is wel dat hij dit niet zomaar kan afwijzen. De Voorzitter kan enkel weigeren om een vertrouwelijk stuk uit het dossier te verwijderen wanneer hij meent dat dit stuk noodzakelijk is voor de beslissing en dat het nadeel dat de mededeling ervan berokkent kleiner is dan het nadeel dat voortvloeit uit een aantasting van de mededinging. Het gaat hier duidelijk om cumulatieve voorwaarden. Bovendien moet de Voorzitter dit motiveren in een met reden omklede beslissing die ter kennis wordt gebracht van de belanghebbende ondernemingen. Een andere mogelijkheid is dat de Voorzitter vraagt aan de verslaggever of de partijen om hem een niet-vertrouwelijke versie te bezorgen van stukken waarvan de mededeling het zakengeheim zou schenden.

Nieuw is tevens dat de Raad voor de Mededinging zijn beslissing niet kan steunen op stukken die uit het dossier zijn verwijderd en die dus niet aan het tegensprekelijk debat van de partijen zijn onderworpen. Deze regels gelden ook voor de procedure van sepot.

40. De confidentialiteit van stukken en de bescherming van zakengeheimen heeft onder de oude wet aanleiding gegeven tot problemen⁽⁹⁵⁾. Zo was het niet duidelijk wat de gevolgen waren van een beslissing van de Voorzitter om bepaalde stukken uit het dossier te verwijderen voor het dossier zoals dit werd overgemaakt aan de Raad. In zijn Eerste Verslag wijst de Raad erop dat drie stellingen konden worden verdedigd. Volgens een eerste opvatting maakten de vertrouwelijke stukken die uit het dossier werden verwijderd door de Voorzitter geen deel uit van het dossier dat overgemaakt werd aan de Raad. Een tweede opvatting ging ervan uit dat deze elementen integraal deel uitmaakten van het dossier dat aan de Raad werd voorgelegd en de Raad zijn beslissing hierop kon steunen zonder dat de betrokken ondernemingen in de gelegenheid waren om er kennis van te nemen en hierover een tegensprekelijk debat te voeren. Volgens een derde stelling maakten deze gegevens deel uit van het dossier dat wordt overgemaakt aan de Raad en diende deze laatste, indien hij ermee rekening hield in zijn beslissing, de ondernemingen in de gelegenheid te stellen om er inzage van te nemen.

(95) Voor een uitvoerige analyse: Eerste Verslag, 28-32.

De wetgever spreekt zich niet uit over de vraag welk dossier wordt overgemaakt aan de Raad: het volledige dossier of het „gekuiste” dossier(96). Maar, zelfs indien hij over de vertrouwelijke gegevens beschikt, kan de Raad deze niet gebruiken in zijn eindbeslissing zonder dat de partijen er kennis hebben kunnen van nemen.

Positief is wel dat het kader waarbinnen de Voorzitter een beslissing kan nemen over het vertrouwelijk karakter beter wordt omschreven. Of de criteria die door de wetgever worden aangereikt veel houvast zullen geven aan de Voorzitter is een andere vraag. Alleszins lijkt men alvast bij de criteria van belangenafweging de rechten van verdediging(97) vergeten te zijn; criterium dat van essentieel belang is voor de ondernemingen die beticht worden van een inbreuk. Dit speelt met name wanneer de ondernemingen tegen wie een procedure loopt toegang wensen te krijgen tot documenten *à décharge*.

41. Met de nieuwe regels zijn nog lang niet alle problemen opgelost. Of de kamer van de Raad die de zaak behandelt gebonden is door de beslissing van de Voorzitter is nog steeds niet helemaal duidelijk. Kan zij met andere woorden beslissen om een stuk toch mee te delen aan een onderneming? Evenmin wordt het vertrouwelijk karakter van gegevens die opduiken tijdens de behandeling door de Raad geregeld. Hoe de vertrouwelijkheid tijdens de procedure van onderzoek door de verslaggevers op vraag van het Hof van Beroep te Brussel in het kader van een prejudiciële procedure(98) wordt geregeld is ook niet opgelost. De vertrouwelijkheid van gegevens die in het verslag zijn opgenomen wordt evenmin geregeld. Een conflict kan hier ontstaan met de beslissing van de Voorzitter van de Raad aangezien het de verslaggever is die het verslag opstuurt en aldus hierin elementen kan opnemen die door de Voorzitter als vertrouwelijk worden beschouwd(99). Voor de problematiek van de vertrouwelijkheid voor het Hof van Beroep te Brussel, de Ministerraad en de Raad van State (voor deze twee laatste

(96) Naar ons oordeel zou enkel het „gekuiste” dossier mogen meegedeeld worden aan de behandelende kamer van de Raad. Iedere andere benaderingswijze vervalst o.i. de procedure. Wat een lid van de Raad gezien heeft (ook al is het vertrouwelijk), kan immers een invloed hebben op de oordeelsvorming.

(97) Zie de Mededeling van de Commissie betreffende de toegang tot het dossier, *o.c.*, punt I.A.1.

(98) In de veronderstelling dat in het kader van de prejudiciële procedure dergelijk onderzoek kan worden gevraagd. *Cf. infra*.

(99) Het Koninklijk Besluit inzake procedures voorziet wel in het kader van een procedure inzake voorlopige maatregelen dat de Voorzitter waakt over de vertrouwelijkheid van de elementen vervat in het verslag (art. 18, par. 1).

enkel in het kader van de concentratiecontrole) wordt ook geen oplossing geboden.

Tenslotte kan worden gewezen op de slordige redactie van de wettekst. Immers, in de bepaling die het lot van de vertrouwelijke stukken in de procedure voor de Raad na het neerleggen van het verslag regelt, is men vergeten te vermelden dat de Voorzitter zijn beslissing waarbij hij weigert om stukken uit het dossier te halen, moet motiveren(100). De terminologie is ook niet precies. De GWEM gebruikt het begrip „zakengeheim” in plaats van „vertrouwelijk stuk”. Traditioneel maakt men in het communautair recht een onderscheid tussen zaken-geheimen, vertrouwelijke documenten en interne documenten(101). De stukken waaruit de identiteit van een klager blijkt die verkiest om anoniem te blijven of de interne documenten van de Dienst voor de Mededinging of de verslaggevers kunnen bezwaarlijk als zakengeheimen worden gecatalogeerd. Het begrip „vertrouwelijke stukken” dat in de WEM werd gehanteerd was alleszins beter aangezien het ruimer is dan het begrip „zakengeheim”.

6. Procedure voor de Raad

42. Inzake de procedure die voor de Raad wordt gevoerd in het kader van de restrictieve mededingingspraktijken kan de aandacht worden gevestigd op een aantal vernieuwingen.

Instellingen of overheidslichamen die een economische sector controleren (b.v. de Commissie voor het Bank- en Financiewezen) moeten, wanneer het onderzoek betrekking heeft op economische sectoren die onder hun toezicht staan, niet meer aantonen dat zij een belang hebben om te worden gehoord. Dit geldt ook voor de Minister(102) wiens rol in de procedure nu uitdrukkelijk wordt erkend(103). Of zij toegang hebben tot het dossier wordt niet gepreciseerd. In de memorie van toelichting bij het „ontwerp” van de Regering wordt gesteld dat „De Minister toegang [heeft] tot hetzelfde dossier als het dossier dat toegankelijk is voor de partijen”(104). Ook het statuut van de andere derden in verband met de toegang tot het dossier wordt niet verduidelijkt.

(100) Art. 27, par. 1 GWEM.

(101) Mededeling van de Commissie betreffende de toegang tot het dossier, *o.c.*, punt I, A. Zie ook: L. GOOSSENS, „Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission”, *J.T.D.E.* 1998, 201-203.

(102) Art. 27, par. 2 GWEM.

(103) Zie ook Eerste Verslag, 20.

(104) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 39.

De Raad voor de Mededinging kan aan de verslaggever vragen om een bijkomend verslag in te dienen en verduidelijkt de elementen waarop dit moet slaan. Wanneer hij dit nodig acht doet de verslaggever hiertoe een bijkomend onderzoek. Dit bijkomend verslag wordt door de verslaggever aan de partijen (wie zijn dit? logischerwijs is dit ook de klager wanneer hij van het eerste verslag heeft kennis gekregen) meegedeeld. De partijen kunnen dan hun schriftelijke opmerkingen geven op dit bijkomend verslag; waarna de verslaggever hierop ook nog eens zijn commentaar kan geven(105). Onder de WEM kon de Raad aan de Dienst ook reeds vragen om een aanvullend onderzoek te doen zodat dit niet echt een vernieuwing is. Onduidelijk is wel nog steeds of dit moet gebeuren na een tegensprekelijk debat. Onder de WEM heeft de Raad hierop negatief geantwoord(106).

De beslissing inzake restrictieve mededingingspraktijken dient genomen te worden binnen een termijn van zes maanden na het indienen van het verslag(107). Deze termijn geldt ook voor de beslissing over het sepot van een dossier. De WEM voorzag niet in een dergelijke termijn(108). Op de niet-naleving ervan staan evenwel geen sancties. De praktijk inzake de voorlopige maatregelen die onder de oude wet eveneens binnen een bepaalde (weliswaar veel kortere) termijn dienden genomen te worden heeft uitgewezen dat dergelijke bepaling niet zeer effectief is(109). Bovendien loopt de termijn slechts vanaf het indienen van het verslag; voor het opmaken van het verslag is geen termijn voorzien zodat deze regel toch wel aan effectiviteit inboet. Men zal opmerken dat de betrokken bepaling verwijst naar het in artikel 24, par. 3 GWEM bedoelde verslag en niet naar het aanvullende verslag bij toepassing van artikel 24, par. 5 GWEM. In ieder geval mag verhoopt worden dat de Raad ernstig zal pogen om de termijn van zes maanden te respecteren. Onder de WEM was de situatie zonder meer schrijnend en heeft de beslissingstermijn van de Raad alle grenzen van de redelijkheid overschreden. Tekenend in dit kader is dat een aantal afgewerkte onderzoeken en verslagen reeds

(105) Art. 27, par. 2 GWEM.

(106) Tweede Verslag, 42-43.

(107) Art. 27, par. 2 GWEM.

(108) Ook de Europese procedure inzake kartels en misbruik van machtspositie is niet aan een termijn gebonden.

(109) Zie ook Tweede verslag, p. 47, nr. 82.

jaren lang op behandeling door de Raad wachten en compleet onaangeroerd zijn blijven liggen(110).

Tenslotte wordt verduidelijkt dat een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging die van een „Belgische” vrijstelling geniet, geseponeerd wordt door de Raad(111). Dit is een evidentie die geen verdere commentaar behoeft.

7. Bekendmaking en kennisgeving

43. In principe worden voortaan alle beslissingen inzake restrictieve mededingingspraktijken van de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter meegedeeld aan de verschillende partijen en gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Onder de WEM werden een reeks beslissingen niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, werden sommige enkel ter kennis gebracht en werden andere noch gepubliceerd, noch ter kennis gebracht(112).

De formulering van de nieuwe artikelen(113) is zeer ruim. Indien men uitgaat van deze ruime formulering dan is, in tegenstelling tot voorheen, voorzien in de kennisgeving en desgevallend publicatie van:

- een beslissing inzake sepot van een restrictieve mededingingspraktijk(114);
- een beslissing inzake voorlopige maatregelen(115);
- een beslissing in verband met geldboetes en dwangsommen(116);
- een beslissing in verband met het vertrouwelijk karakter van de elementen van het dossier(117);
- een beslissing over de vraag om te worden gehoord(118);
- een beslissing om een zaak terug te sturen naar de verslaggever voor verder onderzoek(119).

(110) De schuld hiervoor lag o.i. niet meteen bij de Raad zelf, maar veeleer bij de wetgever die duidelijk niet de nodige middelen had voorzien om een tijdige afhandeling van de dossiers haalbaar te maken en die de Raad verplichtte om een massa aan onbelangrijke concentratiedossiers te behandelen.

(111) Art. 32 GWEM.

(112) Eerste Verslag, 32-33.

(113) Art. 40*bis* en 41 GWEM.

(114) Art. 24, par. 2 GWEM.

(115) Art. 35 GWEM.

(116) Art. 36, 37, 38 en 40 GWEM.

(117) Art. 24, par. 2, art. 27, par. 1 en art. 32*ter* GWEM.

(118) Art. 27, par. 2 GWEM.

(119) Art. 24, par. 5 en art. 27, par. 2 GWEM.

Voor een aantal onder hen mag aangenomen worden dat het zeker niet de bedoeling van de wetgever was om ze te laten publiceren in het Belgisch Staatsblad. Dit is o.a. het geval voor de beslissingen in verband met het vertrouwelijk karakter van elementen uit het dossier, de beslissingen in verband met de vraag om te worden gehoord en de beslissingen van de Raad om een zaak terug te sturen naar de verslaggever.

Bij de toepassing van de nieuwe wettelijke regeling zal tevens rekening moeten gehouden worden met de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel volgens dewelke de betrokkenen in de rechtspleging voor de Raad in kennis dienen te worden gesteld van iedere beslissing van de Raad die een ruimere draagwijdte heeft dan alleen maar van inwendige orde(120).

44. De bepalingen inzake kennisgeving zijn uiterst slordig geformuleerd. Binnen het bestek van twee artikelen heeft de wetgever drie verschillende definities gegeven van diegenen aan wie de beslissingen worden ter kennis gebracht. De ene keer spreekt hij van kennisgeving aan „de partijen, de eisers en de Minister”(121), de andere keer van kennisgeving aan „de ondernemingen op wier activiteiten het onderzoek betrekking had, alsook in voorkomend geval van de indiener van de klacht”(122) en nog een laatste keer van kennisgeving aan „de partijen die aan de concentratie hebben deelgenomen”(123). De beslissingen van het Hof van Beroep te Brussel, de Ministerraad en de Raad van State (voor deze beide laatste enkel in het kader van de concentratiecontrole) worden dan weer ter kennis gebracht „van de partijen”(124).

Ongelukkig is de bepaling die stelt dat „de kennisgevingen waarin deze wet voorziet, worden uitgevoerd, naar gelang van het geval, door het secretariaat van de Raad of door de Minister, bij aangetekende brief met ontvangstbewijs”(125). Men is blijkbaar uit het oog verloren dat ook beslissingen van het Hof van Beroep en de Raad van State (enkel van concentraties) moeten worden ter kennis gebracht.

(120) Brussel 13 oktober 1998, *B.S.* 21 oktober 1998, 34884.

(121) Art. 40*bis* GWEM.

(122) Art. 41, par. 2, alinea 1 GWEM.

(123) Art. 41, par. 2, alinea 3 GWEM.

(124) Art. 41, par. 2, alinea 2 GWEM.

(125) Art. 41, laatste alinea GWEM.

45. Nieuw is ten slotte dat de beslissingen van de Raad voor de Mededinging, het Hof van Beroep te Brussel, de Ministerraad en de Raad van State (deze beide laatste enkel van concentraties) worden meegedeeld aan de Commissie voor de Mededinging(126).

8. *Een strikte scheiding tussen onderzoek en beslissing?*

46. Een van de doelstellingen van de hervorming bestaat er volgens de wetgever in om de functies van onderzoek en beslissing beter te scheiden(127). Dit moet een antwoord bieden op de problemen van bevoegdheidsverdeling die er onder de vroegere wet waren tussen de onderzoeksinstantie en de beslissingsinstantie(128). Toch is deze scheiding niet zo strikt als de wetgever wil doen uitschijnen. De Raad wordt immers nog bij het onderzoek betrokken. Zo worden de zaken ingeleid bij de Raad(129). Deze heeft dus een overzicht van de zaken die in onderzoek zijn. Bovendien kan de Raad nog steeds vragen dat een onderzoek wordt opgestart(130). De Raad beslist ook over de vraag of een dossier al of niet wordt geseponneerd(131). De Raad kan de verslaggever vragen om een bijkomend onderzoek te doen, een bijkomend verslag in te dienen en nieuwe grieven te onderzoeken(132). Enkel de Voorzitter van de Raad kan dwangsommen opleggen om een beslissing van het korps van verslaggevers waarbij ondernemingen verplicht worden om inlichtingen te geven, te doen naleven(133). Het korps van verslaggevers en de Raad zullen dus samen moeten optreden wanneer ze de bedrijven willen dwingen om de gevraagde inlichtingen te geven. Ten slotte kan de Raad nog altijd overgaan of laten overgaan tot alle nuttige onderzoeken(134). De Raad oordeelde reeds dat deze bepaling een zeer algemene draagwijdte heeft en hem onder meer de bevoegdheid geeft om, zelfs na ontvangst van het verslag van de Dienst, verzoeken om inlichtingen tot de partijen en tot derden te richten en de agenten van de Dienst

(126) Art. 41, par. 2, al. 5 GWEM.

(127) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 25.

(128) Zie hiervoor: Tweede Verslag, 15-37.

(129) Art. 24, par. 1 GWEM.

(130) Art. 23, par. 1 c) GWEM.

(131) Art. 24, par. 2 GWEM.

(132) Art. 24, par. 5 GWEM en art. 27, par. 2, al. 5 GWEM.

(133) Art. 40 GWEM.

(134) Art. 19, par. 2 GWEM.

opdracht te geven verificaties bij de bij de concentratie betrokken partijen en hun concurrenten door te voeren(135).

9. Voorlopige maatregelen

47. Inzake voorlopige maatregelen worden de maximumtermijnen afgeschaft waarbinnen het onderzoeksverslag moet worden ingediend bij de Voorzitter van de Raad en waarbinnen de Voorzitter een beslissing moet nemen(136). De Voorzitter beslist dus volkomen soeverein over deze termijnen. In de praktijk werden die termijnen overigens slechts zelden in acht genomen, met name omdat de Dienst om verlenging vroeg, omdat de Voorzitter bijkomende onderzoeksopdrachten gaf, of omdat de partijen binnen de termijn niet in staat waren om hun verweer voor te dragen(137). Spijtig is dat in de wet de praktijk van de Voorzitter om de partijen toegang te verlenen tot het dossier en hen in staat te stellen om schriftelijk te antwoorden op de grieven van de klager en eventueel van de Dienst niet is opgenomen(138). In overeenstemming met de algemene filosofie van de wetwijziging wordt het onderzoeksverslag opgesteld door de verslaggevers en niet langer door de Dienst.

C. GROEPSVRIJSTELLINGEN

48. De procedure voor de totstandkoming van groepsvrijstellingen wordt gewijzigd(139). Groepsvrijstellingen stellen bepaalde categorieën van afspraken die aan zekere voorwaarden voldoen automatisch vrij van het kartelverbod, dus zonder dat ze individueel moeten worden aangemeld en vrijgesteld(140). De procedure voor de aanneming van groepsvrijstellingen was al niet zeer duidelijk geformuleerd in de oude wettekst. Schematisch kon men stellen dat het initiatief voor het uitwerken van een groepsvrijstelling van de Raad of de Minister kon komen. Maar de Dienst kon dit ook ambtshalve. De Dienst maakte dan een verslag op (met een voorstel van tekst) dat hij voorlegde aan de Raad. Indien de

(135) Raad voor de Mededinging, beslissing van 19 december 1996, nr. 96-C/C-29, *B.S.* 21 februari 1997, 3587.

(136) Art. 35 GWEM.

(137) Tweede Verslag, 47.

(138) Tweede Verslag, 47.

(139) Art. 28, par. 1 GWEM.

(140) Zie voor het begrip „groepsvrijstelling” D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 143, nr. 12-13. Voor meer algemene beschouwingen, zie: F. WIJCKMANS, „Hoe mededingingsbeperkend is het Europees mededingingsrecht?”, *Cahier van de Jurist* 1997, nr. 3, p. 49.

Raad van oordeel was dat een groepsvrijstelling aangewezen was vroeg hij een advies van de Commissie voor de Mededinging over een voorstel van groepsvrijstelling, waarna aan de Minister een definitieve ontwerp-tekst kon worden voorgelegd(141). De nieuwe tekst is er zeker niet duidelijker op geworden(142). Men kan eruit afleiden dat zowel de Koning, dus de Minister, als de Raad voor de Mededinging het initiatief kunnen nemen, waarbij men er mag van uitgaan dat ook laatstgenoemde een tekstvoorstel kan doen. Wat de rol en het initiatiefrecht van de Dienst voor de Mededinging en de verslaggevers is en hun onderlinge verhouding terzake, is heel wat minder zeker. Het staat vast dat ook het korps van verslaggevers een initiatiefrecht heeft(143). Naar aanleiding van een concreet onderzoek kan de verslaggever ook een ontwerp voor een groepsvrijstelling uitwerken(144). Dit laatste lijkt echter vrij theoretisch daar groepsvrijstelling een algemene beleidsmaatregel is die doorgaans moeilijk zal kunnen gekoppeld worden aan een welbepaald dossier. Wel bestaat geen twijfel over de bedoeling van de nieuwe procedure: de uitvoerende macht heeft voortaan de touwtjes in handen. Inderdaad, onder de vroegere procedure bleef de zaak geblokkeerd indien de Raad voor de Mededinging geen voorstel deed aan de Minister(145). De Raad en de Commissie hebben nu echter een adviserende rol. De groepsvrijstelling wordt verder genomen bij Koninklijk Besluit en niet langer door de Minister. Indien dit Besluit afwijkt van het voorstel of het advies van de Raad voor de Mededinging is er overleg voorzien in de Ministerraad. Dit laatste verklaart ook meteen waarom de groepsvrijstelling voortaan bij Koninklijk Besluit wordt genomen(146).

D. HOGER BEROEP

49. Ook inzake hoger beroep zijn er een aantal wijzigingen. Onder de oude wet waren er immers heel wat leemtes en onduidelijkheden in verband met de beroepsprocedure(147)

(141) Tot op heden is geen enkele groepsvrijstelling genomen. Ooit werd wel een ontwerp van groepsvrijstelling inzake franchiseovereenkomsten ter advies voorgelegd aan de Commissie voor de Mededinging. Daarbij is het evenwel gebleven.

(142) Merk op dat in art. 28, par. 1, al. 3 GWEM er een foute verwijzing is naar art. 24, par. 3 GWEM: dit moet art. 24, par. 4 GWEM zijn.

(143) Art. 23, par. 1 e) GWEM.

(144) Art. 24, par. 4 GWEM.

(145) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 31.

(146) Art. 28, par. 1 laatste alinea GWEM.

(147) Zie de hoorzitting met Mevrouw Velu en de Heer Maffei, raadsheren in het Hof van Beroep te Brussel, *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 62 e.v.

Hierna volgt een overzicht van de aanpassingen. Deze zijn in principe ook van toepassing op de beroepsprocedure inzake concentraties. Voor meer bijzonderheden aangaande de beroepsprocedure inzake concentraties wordt verwezen naar het hoofdstuk inzake concentraties(148).

1. Beslissingen vatbaar voor beroep

50. De algemene regel blijft dat tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn Voorzitter hoger beroep kan worden ingesteld voor het Hof van Beroep te Brussel(149). Toch voorziet de wet in twee uitzonderingen(150). Aldus is een beslissing van de Raad waarbij deze de zaak terugstuurt naar de verslaggever niet vatbaar voor een afzonderlijk beroep. Het betreft de beslissing waarbij de Raad een zaak terugstuurt voor aanvullend onderzoek naar de verslaggever(151), een beslissing waarbij hij aan de verslaggever vraagt om andere grieven te onderzoeken dan deze in het verslag vermeld(152) of een beslissing waarbij de Raad het voorstel van de verslaggever tot sepot niet volgt(153). De oplossing voor deze laatste hypothese gaat in tegen een arrest van het Hof van Beroep te Brussel(154). In zijn uitspraak had het Hof immers gesteld dat ook beslissingen van de Raad die een uitspraak doen over de ontvankelijkheid van een klacht vatbaar zijn voor beroep. Tevens is de beslissing waarbij de Voorzitter van de Raad elementen uit het dossier verwijdert(155) evenmin vatbaar voor een afzonderlijk beroep. De onwettigheid van die maatregelen dient dus te worden aangevoerd voor het Hof van Beroep te Brussel als onderdeel van een beroepsprocedure tegen de beslissing van de Raad ten gronde. Tenslotte is geen hoger beroep mogelijk tegen een beslissing inzake wraking van een lid van de Raad voor de Mededinging.

(148) Punt IV.F.

(149) Art. 43 GWEM.

(150) Art. 43 GWEM.

(151) Art. 27, par. 2 GWEM.

(152) Art. 24, par. 5 GWEM.

(153) Art. 24, par. 2 GWEM.

(154) Brussel 11 september 1996, *Jaarb. Handelspr.* 1996, 773 e.v., met noot A.-M. VAN DEN BOSSCHE.

(155) Zie de artikelen 24, par. 2, alinea 2 GWEM, 27, par. 1 GWEM en 32^{ter} GWEM. De vraag rijst of een beslissing waarbij het vertrouwelijk karakter niet erkend wordt (en derhalve het betreffende stuk niet verwijderd wordt) valt onder art. 43 dan wel art. 43^{bis}, par. 1 GWEM.

Tegen beslissingen van de verslaggevers of van het korps van verslaggevers kan geen beroep worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel. Dit heeft met name tot gevolg dat tegen beslissingen waarbij men verplicht wordt om te antwoorden op een verzoek om inlichtingen en waarbij bepaalde onderzoeksmaatregelen worden bevolen zoals een huiszoeking of een beslag en verzegeling geen hoger beroep open staat. De wettigheid zal dus onderzocht worden naar aanleiding van de beslissing ten gronde door de Raad of in het kader van het hoger beroep tegen de beslissing ten gronde. Men kan zich de vraag stellen of dergelijke oplossing voldoende rekening houdt met de rechten van verdediging. De praktijk zal moeten uitwijzen of andere rechtsmiddelen openstaan tegen onwettige onderzoeksbeslissingen genomen door de verslaggevers. In dit kader zou misschien gedacht kunnen worden aan een voorziening in kort geding.

2. *Wie kan hoger beroep instellen en tegen wie?*

51. Ook op dit punt zijn er wijzigingen. Volgens de nieuwe wet kan hoger beroep worden ingesteld „door de voor de Raad betrokken partijen, door de indiener van de klacht alsook door elke persoon die een belang kan doen gelden en die aan de Raad gevraagd heeft te worden gehoord.” De Minister kan eveneens beroep instellen zonder een belang te moeten bewijzen(156).

De wet spreekt dus niet enkel meer over „de partijen die voor de Raad voor de Mededinging zijn verschenen”(157) en breidt de beroepsmogelijkheid uit tot iedereen die aan de Raad heeft gevraagd om te worden gehoord en die een belang kan doen gelden. Dus niet langer enkel de personen die de gelegenheid hebben gehad om hun opmerkingen of middelen voor de Raad voor de Mededinging voor te dragen kunnen beroep instellen. Hiermee houdt men rekening met het feit dat de Raad kan weigeren om een persoon te horen.

De Minister kan nu ook een beroep instellen en dit zonder een belang te moeten aantonen. Dat de Raad bij het nemen van zijn beslissing mogelijk geen kennis had van de middelen van de Belgische Staat is geen probleem daar hij voor het Hof zijn opmerkingen kan doen gelden(158).

(156) Art. 43bis, par. 2 GWEM.

(157) Over dit begrip in de oude wet: Brussel 11 september 1996, *Jaarb. Handelspr.* 1996, 773; *T.B.H.* 1997, 29 met noot A.-M. VAN DEN BOSSCHE.

(158) Aldus Mevr. Velu en de heer Maffei in het kader van de hoorzitting voor de Senaatscommissie, *Gedr. St. Senaat*, 1-614, 1998-1999, 71.

52. Er wordt gepreciseerd dat op straffe van onontvankelijkheid van het beroep de verzoeker binnen vijf dagen na de indiening van het verzoekschrift, bij aangetekend schrijven met ontvangstbewijs, een kopie van het verzoekschrift moet sturen aan de partijen die in kennis zijn gesteld van de bestreden beslissing, aan de Raad voor de Mededinging en aan de Minister indien deze niet de appellatant is. Dit moet alle partijen in de zaak voor de Raad de gelegenheid geven om hun middelen in beroep te doen gelden.

53. De mogelijkheid tot incidenteel beroep is nu uitdrukkelijk voorzien(159). Voorts wordt aan het Hof uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden om te allen tijde de personen die partij waren voor de Raad voor de Mededinging van rechtswege in de zaak te betrekken, wanneer het hoofdberoep of het incidenteel beroep hun belangen of lasten kan aantasten(160). Met dit laatste volgt men de klassieke regels van het Gerechtelijk Wetboek niet volgens dewelke de hoven en rechtbanken niet ambtshalve kunnen bevelen dat een derde in het geding wordt betrokken(161). Onder de oude wet had het Hof van Beroep te Brussel wel reeds de vrijwillige tussenkomst van een partij ontvankelijk verklaard(162). De mogelijkheid om „partijen” voor de Raad voor de Mededinging in de zaak te betrekken doet alvast geen afbreuk aan het feit dat bepaalde geschillen niet als onsplitsbaar moeten worden beschouwd met de gevolgen die daaraan zijn verbonden voor wat betreft de ontvankelijkheid van het hoger beroep(163).

54. Er wordt niet meer gesteld dat het beroep wordt gericht tegen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Economische Zaken(164). Dit is maar goed ook. In de praktijk is immers gebleken dat de Belgische Staat niet optrad als vertegenwoordiger van het algemeen belang, maar wel als een procespartij die zowel m.b.t. de ontvankelijkheid als de grond van de zaak allerlei middelen

(159) Art. 43bis, par. 2, alinea 5.

(160) Art. 43bis, par. 2, alinea 6.

(161) Art. 811 Ger. W.

(162) Brussel 5 april 1996, *Jaarb. Handelspr.* 1996, 657.

(163) Brussel 23 september 1999, (zaak nr. 1999/MR/1, IMS Health Incorporated t. Belgische Staat), *B.S.* 7 oktober 1999, 2e ed., 38007. Onder de oude wet had het Hof van Beroep ontkennend geantwoord op de vraag of bepaalde geschillen door de Raad beslecht niet als onsplitsbaar kunnen worden beschouwd; zie Brussel 5 april 1996, *Jaarb. Handelspr.* 1996, 657.

(164) Zie art. 43 WEM. Dit was trouwens een ontvankelijkheidsvoorwaarde: Brussel 16 juni 1995, *Jaarb. Handelspr.* 1995, 565.

opwierp die geen enkel verband hielden met het aspect „mededinging”(165).

3. *Termijnen en vormvoorschriften*

55. De algemene regel blijft dat beroep moet worden ingesteld binnen een termijn van dertig dagen. Wel dient dit nu te gebeuren vanaf de kennisgeving; enkel voor derden, dus diegenen aan wie de beslissing niet is ter kennis gebracht, loopt deze termijn vanaf de publicatie in het Belgisch Staatsblad(166). Onder de vroegere regeling liep de termijn in principe vanaf de publicatie in het Staatsblad, dus ook voor de gevallen waarin er een kennisgeving was.

Incidenteel beroep moet worden ingesteld binnen een maand na de ontvangst door de betrokkene van een kopie van het verzoekschrift tot hoger beroep; kopie die opgestuurd dient te worden door de verzoeker(167).

In de vermeldingen die in het verzoekschrift moeten worden aangebracht zijn er eveneens enkele wijzigingen. Hiervoor wordt verwezen naar de desbetreffende bepaling(168).

4. *Gevolgen van het hoger beroep*

56. De aard van het hoger beroep wordt nog steeds niet gepreciseerd. Betreft het een beroep in volle omvang dan wel een beroep tot nietigverklaring? De Regering had een amendement ingediend waarbij het beroep in principe enkel strekte tot vernietiging van de beslissing, met dien verstande dat ten aanzien van een aantal beslissingen wel een beroep met volle rechtsmacht kon worden ingesteld(169). Ingevolge een amendement van Senator D’Hooghe werd evenwel teruggeslagen naar de algemene formulering, waarbij niet meer wordt gepreciseerd of het om een vernietigingsberoep dan wel een beroep met volle rechtsmacht gaat. In zijn verantwoording verwijst het amendement wel naar de noodzaak om een volle rechtsmacht toe te

(165) G. LONDERS, *De wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging: de procedure voor het Hof van Beroep te Brussel*, Ministerie van Justitie, Vorming van magistraten, 21; zie ook de hoorzitting van Raadsheren Velu en Maffei voor de Senaatscommissie, *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, 71.

(166) Art. 43bis, par. 2, alinea 2. Men kan aannemen dat deze regel, alhoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, ook geldt in geval van beroep bij de Raad van State.

(167) Art. 43bis, par. 2, alinea 5 GWEM.

(168) Art. 43bis, par. 2, alinea 3 GWEM.

(169) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, 301-304.

kennen aan het Hof van Beroep te Brussel(170). Rekening houdend met deze verantwoording en het feit dat onder de oude wet, die eveneens algemeen was geformuleerd, de meerderheid van de doctrine(171) en de rechtspraak(172) daar zijn van uitgegaan, kan men stellen dat het een beroep in volle omvang betreft. Toch blijft er nog onduidelijkheid zodat het wenselijk ware geweest dat de wetgever terzake een duidelijke stelling had ingenomen.

Het blijft alleszins de vraag of het Hof van Beroep te Brussel in staat is om zijn volle rechtsmacht uit te oefenen nu het geen beroep kan doen op de Dienst voor de Mededinging en de verslaggevers voor bijkomende onderzoeken(173). De mededingingszaken en in het bijzonder de concentratiedossiers vragen immers steeds complexer wordende economische analyses.

57. De bepalingen in verband met de schorsende werking zijn niet veranderd. Het algemeen principe blijft dus het gebrek aan schorsende werking(174).

5. *De procedure voor het Hof*

58. Er wordt gepreciseerd dat het Hof van Beroep de termijnen vastlegt waarbinnen de partijen hun schriftelijke opmerkingen aan elkaar moeten meedelen en een kopie ervan bij de griffie neerleggen(175). Het Hof stelt eveneens de datum van de debatten vast(176).

Nieuw is dat de Raad voor de Mededinging en de Minister schriftelijke opmerkingen kunnen indienen. Zij kunnen daarbij het dossier raadplegen. Het Hof bepaalt de termijnen binnen dewelke deze opmerkingen moeten worden voorgelegd en de griffie brengt deze ter

(170) *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, 305-306.

(171) D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 256, nr. 23-02; P. DE VROEDE, *o.c.*, p. 362, nr. 477; G. LONDERS, „De controle op de toepassing van het Belgische mededingingsrecht door de hoven en rechtbanken, Wet tot bescherming van de economische mededinging. Haar werking”, *T.B.H.-dossier* nr. 1-1994, p. 73, nr. 17; Advies van de Raad van State van 23 april 1998 op de twee voorontwerpen van wet tot wijziging van de wet op de mededinging, zie ook de verwijzing naar dit advies in *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, 63.

(172) Brussel 23 september 1999, (zaak nr. 1999/MR/1, IMS Health Incorporated t. Belgische Staat), *B.S.* 7 oktober 1999, 2e ed., 38007.

(173) Art. 23, par. 1 (f) GWEM voorziet enkel in die mogelijkheid in geval van toepassing van art. 42 GWEM, d.i. in het kader van een prejudiciële procedure. *A contrario* kan men uit deze bepaling afleiden dat het Hof, buiten het kader van een prejudiciële procedure, de onderzoeks-assistentie van de Dienst en de verslaggevers niet zal kunnen inroepen.

(174) Art. 43bis, par. 4 GWEM.

(175) Art. 43bis, par. 2 alinea 7 GWEM.

(176) Art. 43bis, par. 2 alinea 7 GWEM.

kennis van de partijen. De Minister geniet van deze mogelijkheid ook als hij geen beroep instelt.

Alleszins blijft er nog onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de regels van het Gerechtelijk Wetboek daar waar de wet op de mededinging niet in een specifieke regeling voorziet. Onder de oude wet bestond deze onduidelijkheid ook reeds zodat er op dit punt weinig is veranderd(177).

De wijze van overdracht van het dossier aan het Hof van Beroep te Brussel wordt ten slotte gedeeltelijk geregeld. Onder de oude wet was hiervoor niets voorzien. Binnen vijf dagen na het plaatsen van de zaak op de rol vraagt de griffie van het Hof van Beroep het secretariaat van de Raad voor de Mededinging om het dossier te versturen; hetgeen binnen de vijf dagen moet gebeuren. Wat dit dossier dient te bevatten is niet gepreciseerd. De nieuwe wet beperkt er zich laconiek toe te stellen dat „de Minister de wijze van verzending van het dossier (regelt)”.

6. *De confidentialiteit*

59. Onder de vorige wet was het lot in de procedure van het Hof van Beroep van de vertrouwelijke stukken, die door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging uit het dossier waren verwijderd, niet geregeld. Ook in de gewijzigde wet is dit punt nog steeds niet opgelost. In de eerste teksten die aan het parlement werden voorgelegd was dezelfde regeling voorzien als in de procedure voor de Raad voor de Mededinging(178). In de latere teksten is deze regeling verdwenen(179). Ondanks de onduidelijkheid kan gewezen worden op de volgende punten. Ten eerste, voorziet de GWEM in art. 43*bis*, par. 1 dat tegen beslissingen van de Voorzitter van de Raad waarbij hij stukken uit het dossier verwijdert geen afzonderlijk beroep kan worden ingesteld. Hieruit volgt dat eventuele betwistingen enkel behandeld kunnen worden in het kader van een beroep tegen de beslissing van de Raad ten gronde. Als de Voorzitter het vertrouwelijk karakter

(177) Zie o.a. Brussel 18 december 1996, *Jaarb. Handelspr.* 1996, 836; zie ook G. LONDERS, *l.c.*, De wet van 5 augustus 1991 ..., 25-26.

(178) Zie art. 27 van amendement nr. 1 op het wetsvoorstel „D’Hooghe en cs.”, *Gedr. St. Senaat*, 1-614/2, 1997-1998, 16.

(179) Amendement nr. 157 op het wetsvoorstel „D’Hooghe en cs.”, *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, 301-305. De Raad van State had overigens reeds in zijn advies op de voorontwerpen van de Regering erop gewezen dat „die regeling erop (zou) neerkomen dat het Hof van Beroep zich in voorkomend geval zal moeten uitspreken op grond van stukken die zich niet in het dossier bevinden, hetgeen op het stuk van de beginselen van behoorlijke procesvoering bezwaarlijk aanvaard kan worden.”

van bepaalde stukken bevestigt en deze uit het dossier verwijderd en een benadeelde partij hiertegen opkomt (bv. de verweerder wanneer het stukken *à décharge* zijn), dan komt het ons voor dat de betreffende stukken overgemaakt dienen te worden aan het Hof van Beroep. Zoniet is het Hof niet in staat om zich met kennis van zaken uit te spreken over de betwisting. Ook als de Voorzitter de stukken niet verwijderd heeft, zullen zij deel uitmaken van het overgemaakte dossier. Moest het Hof van Beroep dan toch tot de conclusie komen dat de stukken ten onrechte niet verwijderd werden, dan blijft het delicate probleem dat stukken die uit het beraad gehouden dienen te worden toch niet onbekend zijn aan het Hof. Waar men dit probleem op het niveau van de Raad kan oplossen door de Voorzitter niet te laten zetelen in de kamer die kennis neemt van het dossier, is het niet meteen duidelijk hoe dit probleem kan ondervangen worden op het niveau van het Hof van Beroep.

IV. Concentraties

60. Het domein waarop de GWEM de meest ingrijpende wijzigingen heeft aangebracht is ongetwijfeld dat van de concentratiecontrole. Deels vormen deze wijzigingen een aanpassing aan de gewijzigde Europese regelgeving. Voor het grootste gedeelte gaat het evenwel om typisch Belgische bijstellingen die voortvloeien uit de ervaringen opgedaan met de WEM.

A. AANMELDINGSPLICHTIGE CONCENTRATIES

61. Het vertrekpunt voor iedere behoorlijke concentratiecontrole is de precieze omschrijving van de aanmeldingsplichtige (en derhalve voor onderzoek vatbare) concentraties. Dit concept valt uiteen in twee onderscheiden componenten. Vooreerst dient nagegaan te worden of de voorliggende operatie een „concentratie” vormt zoals bedoeld in de GWEM (kwalitatieve component). Daarnaast moet bepaald worden of de concentratie aan de vereiste kwantitatieve drempels voldoet, d.w.z. zich situeert binnen de minimum- en maximumomzetzdrempels gestipuleerd in de GWEM (kwantitatieve component). Met betrekking tot beide componenten heeft de GWEM substantiële veranderingen aangebracht aan de regeling onder de WEM.

1. Kwalitatieve component

62. Een operatie valt maar onder de concentratiecontrole als ze gepaard gaat met een wijziging in de controle over één of meer ondernemingen. Grosso modo worden drie types van operaties geïdentificeerd: fusies van voorheen onafhankelijke ondernemingen, overnames van aandelen of vermogensbestanddelen en zogeheten joint ventures of gezamenlijke ondernemingen. Op het vlak van de eerste twee types van concentraties brengt de GWEM geen nieuwigheden. Terzake kan dan ook verwezen worden naar de reeds bestaande beslissingspraktijk van de Raad voor de Mededinging(180). Tevens kan hier nuttig rekening gehouden worden met de ontwikkelingen op Europees vlak. Op een aantal probleempunten (men denke bijvoorbeeld aan het begrip gemeenschappelijke controle) heeft de Europese Commissie duidelijk meer ervaring kunnen opdoen dan de Belgische autoriteiten(181). De vuistregel is en blijft dat een concentratie gekenmerkt wordt door een wijziging in de zeggenschap over de doelonderneming. Deze zeggenschap kan op zeer uiteenlopende manieren worden verworven(182). Ook het stramien van de wijzigingen kan uitermate divers zijn. Zo zal het niet louter dienen te gaan om de overgang van alleenzeggenschap gehouden door één onderneming naar één andere onderneming. Ook een overgang van alleenzeggenschap naar gemeenschappelijke controle door twee of meer ondernemingen of omgekeerd van gemeenschappelijke controle naar alleenzeggenschap komt in aanmerking. Vooral de Europese praktijk leert dat het analyseren van deze kwalitatieve component met de nodige omzichtigheid dient te gebeuren. Het zou fout zijn om deze kwalitatieve component zonder meer gelijk te stellen met het verwerven van een meerderheidsparticipatie in een andere onderneming. Het begrip

(180) Voor nuttige overzichten zie: F. WIICKMANS, A. VANDERELST en J. STEENLANT, „De aanmeldingspraktijk in het licht van één jaar toepassing WBEM” in *Wet tot bescherming van de Economische Mededinging. Haar werking, T.B.H.-dossier n°1 1994*, p. 7-42; J. YSEWYN., „Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 1998”, *T.B.H.* 1999, 821-839; voor de overzichten van de jaren 1997, 1996 en 1995 zie respectievelijk: *T.B.H.* 1998, 724-749; *T.B.H.* 1997, 531-559; *T.B.H.* 1996, 574-599.

(181) Bekendmaking van de Commissie betreffende het begrip concentratie in Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B. C* 1998, 5.

(182) Het is inderdaad niet noodzakelijk dat meerderheidsparticipaties of de totaliteit van de activa van een onderneming verkocht worden. Zoals beslissing 94-C/C-5 illustreert, kan de loutere overdracht van de activa, de materialen en de rechten om WC-eend producten op de markt te brengen reeds als een concentratie aangemerkt worden (Raad voor de Mededinging 1 februari 1994, (nr. 94-C/C-5), *B.S.* 1994, 6047).

„concentratie” is immers veel ruimer en in vele gevallen ook aanzienlijk complexer(183).

63. De GWEM brengt één belangrijke wijziging, namelijk op het vlak van de omschrijving van de joint ventures die als een concentratie kunnen aangemerkt worden. Artikel 9 WEM maakte nog een onderscheid tussen zogeheten coöperatieve joint ventures en concentratieve joint ventures. De eerste groep viel onder de regeling van de restrictieve mededingingspraktijken, terwijl de tweede als een concentratie aangemerkt kon worden (als ook aan andere voorwaarden, zoals het „*full function*” karakter, werd voldaan). Naar het Europese voorbeeld(184), heft de GWEM dit onderscheid op. Om na te gaan of de creatie van een joint venture als een concentratie dient gekwalificeerd te worden, is het derhalve zonder belang geworden of de joint venture aanleiding geeft tot coördinatie van het concurrentiegedrag tussen de oprichtende ondernemingen onderling of tussen de oprichtende ondernemingen en de joint venture. Deze aanpassing kan alleen maar toegejuicht worden. Vooreerst stelt zij een einde aan de onderscheiden behandeling van coöperatieve joint ventures op Europees en op Belgisch vlak. Verder elimineert zij een onnodig complex criterium bij de bepaling of een operatie een concentratie vormt en om die reden al dan niet aanmeldingsplichtig is volgens de regels toepasselijk op concentraties.

Ingevolge de GWEM moeten de oprichters van een joint venture nog maar één punt verifiëren om na te gaan of de joint venture als een concentratie kan gekwalificeerd worden. Dit punt betreft het „*full function*” karakter van de joint venture en behelst derhalve de vraag of de joint venture „duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult”(185). De Europese Commissie heeft aan dit

(183) Voor een goed overzicht, zie; Bekendmaking van de Commissie betreffende het begrip concentratie, *supra*.

(184) Verordening (EG) Nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijziging van Verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B. L* 1997, 1. Uit de nieuwe redactie van artikel 3, lid 2 van Verordening (EG) nr. 1310/97 kan afgeleid worden dat de coördinatie van concurrentiegedrag tussen de oprichtende vennootschappen onderling of tussen de oprichtende vennootschappen en de joint venture geen relevantie meer heeft bij het bepalen van het toepasselijke regime (concentratieverordening of verordening nr. 17). Op het niveau van de beoordeling van de mededingingsrechtelijke impact van de transactie zal de Commissie wel kunnen nagaan of dergelijke coördinatie een wezenlijke beperking van de mededinging inhoudt, weze het dat de Commissie zich zal dienen te houden aan de procedurele voorschriften toepasselijk op de controle op concentraties.

(185) Art. 9 par. 2 GWEM.

criterium een specifieke Bekendmaking gewijd(186). Deze Bekendmaking zal ook nuttig kunnen geraadpleegd worden bij de toepassing van artikel 9 par. 2 GWEM. Er is immers geen enkele reden waarom dit criterium op Europees en op Belgisch vlak niet gelijklopend zou ingevuld worden(187).

2. *Kwantitatieve component*

64. Naast een kwalitatieve component (kwalificatie van de transactie als een concentratie) hangt de toepasselijkheid van de Belgische concentratiecontrole ook af van een kwantitatieve component. Enigszins symptomatisch voor de Belgische concentratiecontrole is het deze kwantitatieve component die tot op heden de ondernemingswereld, de rechtspractici en de Belgische mededingingsautoriteiten de meeste kopzorgen heeft gebaard. De GWEM poogt voor de gerezen problemen een antwoord te bieden. Gezien het belang van dit punt in de praktijk tot op heden is het nuttig kort de historiek te schetsen, zodat het kader duidelijker wordt waarbinnen de recente wijzigingen dienen gesitueerd te worden.

(a) *Historiek*

65. De WEM voorzag initieel dat de concentratiecontrole slechts toepassing vond „wanneer de betrokken ondernemingen samen een omzet [...] van één miljard BEF totaliseren en samen meer dan 20% van de betrokken markt controleren”(188). Artikel 46 van de WEM maakte duidelijk dat de omzeldrempel niet op Belgisch niveau, maar wereldwijd diende beschouwd te worden. Het moge duidelijk zijn dat dit laatste aan de omzeldrempel als instrument om op de Belgische markt een gericht concentratiecontrolebeleid te voeren, bijzonder veel waarde ontnam. Ook de marktaandeeldrempel stelde menig probleem. Hij werd algemeen als vrij laag beschouwd. Verder gaf de wettelijke formulering aanleiding tot problemen in situaties waarin de overnemer of de doelwitonderneming weliswaar de drempel alleen haalde, doch de andere partij geheel afwezig was op de betrokken (Belgische) markt.

(186) Bekendmaking van de Commissie betreffende het begrip volwaardige gezamenlijke onderneming in verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B. C* 1998, 1.

(187) Memorie van toelichting, *Gedr. St. Kamer*, 1281/1 89/90, 5.

(188) Art. 11 WEM.

Bij Koninklijk Besluit van 31 maart 1995 werden beide drempels verhoogd(189). De omzetzijde drempel werd op 3 miljard BEF gebracht. De marktaandeeldrempel ging van 20% naar 25%. Deze wijziging trad in werking op 1 mei 1995. Het hoeft weinig betoog dat deze wijziging geen oplossing bood voor de gebreken in de initieel door de wetgever vastgelegde drempels. Ons inziens terecht, had de Raad voor de Mededinging(190) hierop reeds ruim van tevoren gewezen. Het essentiële probleem was inderdaad niet zozeer de hoogte van de drempels, maar de keuze en de omschrijving van de drempels zelf.

66. De Raad voor de Mededinging heeft in zijn beslissingspraktijk bij herhaling geworsteld met de kwantitatieve drempels van artikel 11. Minstens in een eerste fase heeft de Raad de drempels zeer letterlijk toegepast. Zo volstond het initieel dat de marktaandeeldrempel werd gehaald door één betrokken onderneming(191). Bij menige onderneming (in het bijzonder in het kader van multi-jurisdictionele transacties) werd deze rigide lezing van de WEM op ongeloof onthaald. Dit ongeloof hield niet alleen verband met de interpretatie van de drempels, maar ook met het feit dat eens de drempels behaald, een uitermate omvangrijk aanmeldingsformulier (op Europese leest geschoeid) moest ingediend worden(192). De situatie dreigde uit de hand te lopen als de Raad (weliswaar symbolische) boetes oplegde aan Interbrew wegens het laattijdig aanmelden van een aantal concentraties die niets met België, doch louter met derde landen (zoals Bulgarije, Roemenië, Croatië) te maken hadden(193). Immers, de ondernemingen waarin Interbrew een meerderheidsparticipatie nam, hadden nog geen liter bier of andere dranken op de Belgische markt verkocht. Ook de kans dat zulks in de toekomst zou gebeuren, mocht redelijkerwijze als nihil beschouwd worden. Gelukkig stuurde de Raad zijn beslissingspraktijk na dit voorval enigszins bij en werd er in de libellering van artikel 11 WEM (en meer bepaald het begrip „betrokken” markt) toch een

(189) *B.S.* 28 april 1995, 11276; Snelberichten Handelsrecht (S.H.R.), 1995, 95/92 (bijdrage F. WIJCKMANS).

(190) Advies van 16 juni 1994, Tweede Verslag, 291.

(191) Beslissing van 10 juli 1995, nr 95/C-C/18 (Interbrew NV/Privatization Agency of the Republic of Bulgaria), *B.S.* 3 oktober 1995, 28087.

(192) K.B. van 23 maart 1993 betreffende het aanmelden van de concentraties van ondernemingen bedoeld in artikel 12 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 31 maart 1993. Ondertussen zijn bij koninklijk besluit een aantal wijzigingen aangebracht aan het aanmeldingsformulier: K.B. van 11 maart 1999, *B.S.* 19 mei 1999; K.B. van 18 juni 1999, *B.S.* 12 oktober 1999.

(193) *S.H.R.*, 1995, 95/196 (bijdrage F. WIJCKMANS).

zekere effectenleer gelezen(194). Er diende enig effect op de Belgische markt te zijn alvorens een concentratie aanmeldingsplichtig werd geacht. Het bleef evenwel duidelijk dat de Raad niet anders kon dan binnen het keurslijf van de wettelijke formulering te opereren en, zonder een wetswijziging, weinig ruimte had om de kwantitatieve drempels een meer zinvolle inhoud te geven.

67. De GWEM poogt de impasse te doorbreken. De kwantitatieve component van het toepassingsgebied wordt naar het Europese voorbeeld herschreven. Dit houdt in dat de marktaandeeldrempel integraal vervalt. De enige test wordt een omzetest. Om aanmeldingsplichtig te zijn wordt vereist dat de betrokken ondernemingen samen in België een omzet behalen van meer dan 1 miljard BEF. Als tweede voorwaarde geldt dat minstens twee van de betrokken ondernemingen elk in België (individueel) een omzet van minstens 400 miljoen BEF realiseren. Het Koninklijk Besluit van 7 mei 1999 bepaalt dat deze drempelwijziging in werking treedt vanaf 1 juli 1999(195). Dit is evenwel nog niet het einde van de drempelsaga. Ingevolge het Koninklijk Besluit van 14 juni 1999 worden de nieuwe drempels immers nog geen maand na hun inwerkingtreding opnieuw aangepast(196).

(b) Huidige situatie

68. De drempels die sedert 31 juli 1999 (d.i. de datum van de inwerkingtreding van het Koninklijk Besluit van 14 juni 1999) van toepassing zijn, kunnen als volgt samengevat worden. Hierbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de minimumdrempel, die bepalend is voor de vraag of een concentratie al dan niet aanmeldingsplichtig is, en de maximumdrempel, die beslist of een Belgische dan wel een Europese aanmelding vereist is.

i) Minimumdrempel

69. Om aanmeldingsplichtig te zijn in België is vereist dat de concentratie de volgende cumulatieve drempels haalt:
— de betrokken ondernemingen moeten in België samen een omzet

(194) *S.H.R.*, 1996, 96/157 (bijdrage F. WIICKMANS).

(195) *B.S.* 1 juli 1999, 24844.

(196) *B.S.* 31 juli 1999, 28774. Gezien het om een eerder beperkte aanpassing gaat, kunnen ons inziens vragen gesteld worden bij de dringende noodzakelijkheid waarvan in dit Koninklijk Besluit melding wordt gemaakt.

van meer dan 1.613.596.000 BEF, d.i. 40 miljoen Euro behalen („gecumuleerde omzeldrempel”); en

- minstens twee van de betrokken ondernemingen moeten elk (d.i. individueel) een omzet realiseren in België van minstens 605.098.500 BEF, d.i. 15 miljoen Euro („individuele omzeldrempel”).

Bij deze minimumdrempel kunnen de volgende praktische punten aangestipt worden:

- Bij een concentratie die de vorm aanneemt van een overname, zal de verkoper niet als een betrokken onderneming beschouwd worden voor doeleinden van de drempelberekening. In dat geval zal, naast de omzet van de verwerver, enkel de omzet van de overgenomen onderneming of het overgenomen gedeelte van een onderneming in rekening gebracht worden⁽¹⁹⁷⁾. Met andere woorden, als onderneming A van onderneming B dochteronderneming X overneemt, dient uitsluitend de (Belgische) groepsomzet van A en de (Belgische) omzet van X (en dus niet van B) te worden meegeteld.
- De omzet die in rekening wordt gebracht is de „totale omzet gerealiseerd tijdens het vorig boekjaar in België [...] in de zin van het koninklijk besluit van 6 maart 1990 op de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen”⁽¹⁹⁸⁾. Dit houdt in dat met eventuele verkopen en aankopen van ondernemingen door de groep van de overnemer na het afsluiten van het boekjaar geen rekening zal gehouden worden. Verder is het duidelijk dat het om de totale omzet gaat. Hierbij is het irrelevant of die omzet al dan niet gerealiseerd wordt op een markt die met de concentratie te maken heeft. Dit houdt in dat aberraties van het type Interbrew niet geheel uitgesloten worden. Stel dat de Bulgaarse, Roemeense of Croatische brouwerijen die Interbrew wilde overnemen in België een omzet van 15 miljoen Euro behaalden met de verkoop van tuinmeubilair (doch geen frank omzet haalden in de EU met de verkoop van bier of andere dranken), dan nog zouden deze overnames aanmeldingsplichtig blijven. Het is nog maar de vraag of de Raad in een dergelijke situatie bereid zal zijn om in artikel 11 GWEM een (bijkomend) effectcriterium te lezen. Ons inziens laat de GWEM hiertoe weinig of geen ruimte. De oplossing van dit probleem lijkt zich eerder te situeren op het vlak van de vereen-

(197) Art. 46, par. 2 GWEM.

(198) Art. 46, par. 1 GWEM.

voudiging van de aanmeldingsformaliteiten (via extensieve vrijstellingen met betrekking tot de te verschaffen informatie) en het zo snel mogelijk afronden van de procedure (versnelde goedkeuring in de eerste fase).

ii) Maximumdrempel

70. Artikel 13 GWEM onttrekt aan de Belgische concentratiecontrole de concentraties die op Europees vlak(199) moeten aangemeld worden. De Europese minimumdrempels (art. 1, Verordening nr. 4064/89) gelden derhalve meteen als maximumdrempels voor Belgische doeleinden. Eens de Europese drempels worden gehaald, zullen de Belgische mededingingsautoriteiten in principe niet meer belast zijn met de concentratiecontrole van de betrokken transactie en moeten zij die bevoegdheid laten aan de Europese Commissie(200).

Verordening 4064/89, zoals gewijzigd, voorziet in twee alternatieve Europese drempels. Het volstaat dat één van beide drempels wordt gehaald opdat de Belgische concentratiecontrole uitgeschakeld wordt. De eerste drempel is deze die initieel reeds voorzien was bij de inwerkingtreding van de Europese concentratiecontrole. Deze drempel stelt als cumulatieve voorwaarden dat:

- alle betrokken ondernemingen samen een totale wereldwijde omzet behalen van meer dan 5 miljard Euro; en
- minstens twee van de betrokken ondernemingen ieder individueel een omzet van meer dan 250 miljoen Euro behalen in de EU;
- tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan 2/3 van haar omzet binnen de EU in eenzelfde Lid-Staat behaalt.

De tweede drempel omvat volgende cumulatieve voorwaarden:

- alle betrokken ondernemingen samen behalen een totale wereldwijde omzet van meer dan 2,5 miljard Euro; en
- alle betrokken ondernemingen samen behalen in elk van ten minste drie Lid-Statens een omzet van meer dan 100 miljoen Euro; en

(199) Verordening nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, P.B. L 1989, 1.

(200) In het kader van de Europese procedure zullen de Belgische mededingingsautoriteiten wel op de hoogte gehouden worden van de Europese aanmeldingen en, in de loop van een gebruikelijke tweede fase van een Europese concentratiecontrole, gevraagd worden om samen met hun collega's uit de andere Lid-Statens een advies uit te brengen. Verder voorziet Vo. 4064/89 nog wel in een uitzonderlijke procedure waarbij een concentratie die de Europese drempels haalt, door de Commissie kan doorverwezen worden naar de nationale mededingingsautoriteit. Dat deze uitzonderingsprocedure ooit tot een verwijzing naar de Belgische autoriteiten zal leiden, lijkt uitermate onwaarschijnlijk.

- in elk van ten minste drie van voormelde Lid-Staten behalen minstens twee van de betrokken ondernemingen ieder individueel een omzet van meer dan 25 miljoen Euro; en
- de omzet die door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder individueel wordt behaald in de EU bedraagt meer dan 100 miljoen Euro; en
- de betrokken ondernemingen halen niet ieder meer dan 2/3 van hun totale omzet binnen de EU in eenzelfde Lid-Staat.

Deze tweede „Europese” drempel werd ingevoerd middels Verordening 1310/97 en trad in werking op 1 maart 1998(201).

(c) Meer algemene beschouwingen

71. Voormelde kwantitatieve component (minimum/maximumdrempel) situeert zich op het niveau van de bepaling van het toepassingsgebied van de aanmeldingsplicht (en derhalve de concentratiecontrole). Een concentratie die niet aan de gestelde omzetsniveaus voldoet, ontsnapt aan de aanmeldingsplicht en dus aan de Belgische concentratiecontrole. Het is derhalve van belang dat de drempels zo worden gekozen dat alle concentraties die mededingingsproblemen kunnen stellen gevat worden. Anderzijds is het even cruciaal dat de concentratiecontrole geen toepassing vindt (en derhalve geen onnodige administratieve beslommingen en vertragingen oplevert) op concentraties die geen risico's voor de mededinging inhouden. Tot slot komt het ons voor dat de soepele en eenvoudige toepasbaarheid van de gekozen criteria essentieel is; ondernemingen moeten in de drukke omstandigheden van overnameonderhandelingen snel kunnen bepalen of zij moeten aanmelden en derhalve hiervoor tijd en middelen dienen vrij te maken.

72. Marktaandeelen (als een mogelijke doch verre van perfecte indicator van marktmacht) vormen binnen voormeld kader een evidente keuze als kwantitatieve component van het toepassingsgebied voor de concentratiecontrole. In die zin vormde de marktaandeeldrempel van 25% die van toepassing was onder de oorspronkelijke wet een tegenwicht voor de vrij lage omzetsdrempel. Echter (zoals de Belgische ervaring duidelijk heeft geleerd) stelt dit type van criterium praktische problemen, zeker in een duale structuur met Dienst en Raad. Het is

(201) Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijzigingen van Verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *P.B. L* 1997, 1 (corrigenum *P.B. L* 1998, 17).

voor ondernemingen doorgaans moeilijk om (zonder assistentie van de mededingingsautoriteit) een voldoende mate van zekerheid te verwerven dat de gekozen marktafbakening (zowel productsgewijs als geografisch) en de methode om de marktaandeelen te berekenen (volume, waarde, insluiten of niet van captieve volumes, etc.) accuraat is.

73. Zoals hoger reeds aangegeven, blijft de mogelijkheid bestaan dat de omzetrempels concentraties onnodig aanmeldingsplichtig maken. Zo blijkt uit de eerste beschikbare gegevens dat het aantal aanmeldingen sinds de inwerkingtreding van de nieuwe drempels niet significant gedaald is(202). De schrapping van de marktaandeeldrempel is daar niet vreemd aan. Tevens blijkt dat een belangrijk gedeelte van deze aanmeldingen toelaatbaar verklaard moet worden omdat de betrokken ondernemingen minder dan 25% van de betrokken markt controleren(203). De nieuwe drempels nopen nog tot volgende commentaren.

Een belangrijk aantal concentraties dat vroeger wel de 25% marktaandeeldrempel overschreed moet thans niet meer aangemeld worden omdat de huidige drempels die enkel de omzet in België in aanmerking nemen niet overschreden worden. Dit geeft aanleiding tot een beleidsvraag, met name of het wenselijk is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt om concentraties die betrekking hebben op marktaandeelen die groter zijn dan 25% toch aan een onderzoek te onderwerpen, zelfs indien de omzetrempels niet overschreden zijn. Door de drempels te definiëren enkel en alleen in functie van de Belgische omzet en het marktaandeelcriterium compleet te elimineren als element ter bepaling van het toepassingsgebied van de concentratiecontrole heeft de wetgever deze vraag negatief beantwoord.

(202) D. Szafran maakt melding van een daling met slechts 15% (D. SZAFRAN, *o.c.*, p. 478, voetnoot 62). O. Gutt stelt dat de drempelwijziging geen vermindering van het aantal aanmeldingen met zich meegebracht heeft (O. GUTT, „Le Conseil de la concurrence”, *J.T.* 2000, 483). Volgens cijfers van de Dienst voor de Mededinging zijn er in de periode van 1 augustus 1999 tot 1 juni 2000 vierendertig concentraties aangemeld tegenover slechts zevenentwintig in de periode van 1 augustus 1998 tot 1 juni 1999.

(203) *Infra* punt IV G3. Ter vergelijking, het aantal aanmeldingen dat onder de oude drempels gebeurde, maar dat betrekking had op concentraties die niet de 25% marktaandeeldrempel overschreden, kan berekend worden op 15% (D. SZAFRAN, *Quels sont les nouveaux seuils de notification des concentration?*, EFE Conferentie, 24 en 25 november 1999).

Heel wat concentraties waarvan vaststaat dat zij geen risico's inhouden voor de mededinging zijn toch aanmeldingsplichtig(204). Hierdoor worden zowel de bedrijven als de mededingingsautoriteiten onnodig belast. Dit stelt op zich minder problemen indien de Dienst en de Raad een ondernemingsvriendelijk beleid voeren door oog te hebben voor de last die een aanmelding met zich brengt. Het volstaat dat soepel wordt omgesprongen met de hoeveelheid aan informatie die gevoegd moet worden bij de aanmelding, evenals met de timing van de eerste fase. Voorwaarde hierbij is echter dat de Raad en de Dienst en/of verslaggevers open staan voor een dialoog met de ondernemingen die bij een concentratie betrokken zijn en het voorbeeld van de Europese Commissie (en tal van andere Europese en niet-Europese kartelautoriteiten) volgen op het vlak van de pre-notificatiegesprekken.

Ondernemingen die hun omzet voornamelijk in België realiseren zullen tevens meer dan voorheen hun concentraties moeten aanmelden ingevolge de verlaagde omzetcijfers.

Dat voortaan minstens twee betrokken ondernemingen de omzetsdrempel van 15 miljoen Euro dienen te behalen is wel een duidelijke vooruitgang. Zo vermijdt men situaties waar een relatief sterke speler om het even welke overname die effect kan hebben op de Belgische markt dient aan te melden, ook wanneer de overname een erg klein bedrijf betreft.

74. Tot slot kan men zich de meer algemene vraag stellen naar het nut van een puur Belgische concentratiecontrole. De meeste markten zijn immers niet louter nationaal, maar geografisch ruimer (vaak Europees of zelfs mondiaal). De grote concentraties worden in ieder geval reeds gevat door de Europese concentratiecontrole. Verder kunnen we ons niet van de indruk ontdoen dat de Belgische concentratiecontrole disproportioneel veel middelen opeist in verhouding tot het aantal concentratiezaken waarin de kartelautoriteiten om mededingingsrechtelijke redenen geïntervenieerd zijn.

(204) Hierbij dient opgemerkt te worden dat men zich niet mag blindstaren op Belgische marktaandeelen. Ingevolge de werking van de EU zijn vele markten geografisch aanzienlijk ruimer geworden dan louter Belgisch. Het meten van louter Belgische marktaandeelen op een ruimere geografische markt is geen goede basis om conclusies te trekken op het stuk van de concentratiecontrole.

B. PRE-NOTIFICATIEGESPREKKEN

75. Op Europees vlak vormen de pre-notificatiegesprekken een belangrijk onderdeel van de procedure(205). Ondernemingen worden aangemoedigd om zo snel mogelijk contact op te nemen met de Task Force Concentraties van de Europese Commissie om met betrekking tot de voorgenomen concentratie een dialoog te starten. In dat kader worden doorgaans goed gestoffeerde briefingmemoranda en ontwerpen van het aanmeldingsformulier doorgenomen(206). Vaak worden de namen en adressen van de belangrijkste concurrenten, leveranciers en klanten reeds meegedeeld, zodat de ambtenaren van de Task Force de nodige voorbereidingen kunnen treffen voor de te verzenden verzoeken om inlichtingen. In complexe zaken is het niet ongebruikelijk dat deze pre-notificatiefase meerdere maanden in beslag neemt. Kortom, op Europees vlak is de pre-notificatiefase uitgegroeid tot een vast en volwaardig aspect van de procedure.

76. De voordelen van een intensieve pre-notificatieprocedure zijn evident. Zij verhoogt de kans dat zelfs complexe zaken in de eerste fase kunnen afgerond worden(207). Verder mag de inspanning die gevegd wordt van een kartelautoriteit om zich de details van een welbepaalde sector en de concurrentieel relevante factoren eigen te maken niet onderschat worden. Het is in het belang van alle betrokkenen dat verslagen en beslissingen worden afgeleverd op een ogenblik dat de kartelautoriteit reeds behoorlijk gevorderd is op de „*learning curve*”. Kartelautoriteiten hebben er dan ook alle belang bij erop aan te dringen dat de pre-notificatiefase ernstig wordt genomen.

77. Tot op heden is in het kader van de Belgische concentratiecontrole onvoldoende belang gehecht aan de pre-notificatiefase. Correctheidshalve dient wel beklemtoond te worden dat de Dienst belangrijke inspanningen heeft geleverd om in de pre-notificatiefase de partijen te woord te staan en hierbij op zeer constructieve wijze te werk is gegaan. De partijen grepen doorgaans het gesprek met de Dienst

(205) Voor een korte samenvatting van de rol van de pre-notificatiegesprekken op Europees vlak, zie J. FAULL en A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, 257.

(206) In de praktijk zal de Europese „Task Force Concentraties” vaak insisteren dat een eerste ontwerp van de aanmelding wordt overhandigd voorafgaand aan de pre-notificatiegesprekken.

(207) Dit geldt niet alleen op Europees vlak. De auteurs hebben ervaring met tal van Europese en niet-Europese nationale kartelautoriteiten die, ingevolge een gedegen pre-notificatieprocedure, snel tot een beslissing komen en niet de hele procedureel voorgeschreven termijn opgebruiken.

aan om onzekerheden op het stuk van de aanmeldingsdrempels weg te werken. Echter, door het gebrek aan een uniforme visie en een gezonde wisselwerking tussen Raad en Dienst werd zelfs dit eerder bescheiden objectief gaandeweg minder en minder haalbaar.

78. De GWEM spreekt niet uitdrukkelijk over de pre-notificatiefase. Toch bevat de GWEM een aantal nieuwigheden die het mogelijk maken om dit aspect van de procedure nieuw leven in te blazen. Hierbij kan gedacht worden aan de beklemtoning in de GWEM van de centrale rol van het korps verslaggevers bij het onderzoek, evenals het feit dat de aanmeldingen van concentraties niet langer bij de Dienst, maar bij de Raad dienen te geschieden. De centrale rol van de verslaggever bij het onderzoek van een concentratie maakt hem of haar tot het ideale aanspreekpunt voor het pre-notificatieoverleg. Het feit dat de aanmeldingen nu bij de Raad geschieden elimineert een toch wel erg formalistische barrière die voorheen klaarblijkelijk bestond, namelijk dat de Raad maar werd gevat in een concentratiecontroleprocedure door de afgifte van het verslag van de Dienst. Een en ander bracht met zich mee dat de Raad zich mogelijk diende te onthouden van enige betrokkenheid in de procedure voorafgaand aan de terbeschikkingstelling van het verslag(208). De wetswijziging maakt derhalve de weg vrij voor een vroegere betrokkenheid van de Raad.

79. Het voormelde resulteert meteen in de vraag wie best betrokken wordt bij de pre-notificatiegesprekken. Dat de verslaggever deze gesprekken moet bijwonen (en vermoedelijk zelfs leiden) lijkt een evidentie. De verslaggever zal immers het onderzoek voeren en hij is het die zal bepalen welke informatie in het aanmeldingsformulier moet opgenomen worden en of de aanmelding als volledig dient beschouwd te worden. De meer interessante vraag luidt of ook de Raad best zou deelnemen aan de pre-notificatiegesprekken. Het antwoord op deze vraag lijkt zich toe te spitsten op de rol die de Raad zichzelf wil toemeten. Als de Raad een dynamische rol wil spelen en van nabij het beleid inzake concentratiecontrole wil sturen, zou het aangewezen kunnen zijn dat hij vertegenwoordigd is (zeker bij de complexere zaken) vanaf de aanvang van de procedure. Het is immers illusoir dat de Raad binnen de toegemeten tijdslimieten zich kan inwerken in de details van een zaak om met voldoende achtergrondkennis aan het debat deel te nemen, indien een lid van de Raad niet van

(208) Over deze problematiek, zie afdeling IV.C.2 hieronder.

bij de aanvang de zaak in detail opvolgt. Als de Raad dit niet doet, moet hij ons inziens opteren voor een benaderingswijze waarbij het gewicht van de procedure rust bij het korps verslaggevers. De Raad zal dan de bevindingen van het korps essentieel als uitgangspunt dienen te nemen voor zijn besluitvorming. Hoewel dit uiteraard geen juridische, maar een beleidsoptie is, lijkt een en ander ervoor te pleiten dat de Raad (zeker in complexe dossiers) vanaf het begin participeert in het proces. Dit zal de Raad toelaten om op een genuanceerde wijze en met kennis van zaken een eigen oordeel te vormen(209).

80. Hoger hadden we het reeds over de specifieke taken van de verslaggevers met betrekking tot de inhoud van het aanmeldingsdossier. Nu geen onnodige energie meer dient gestoken te worden in de problematiek van de aanmeldingsdrempels, schuilt hierin vermoedelijk één van de belangrijkste thema's voor de pre-notificatiegesprekken. Gehoopt mag worden dat de houding van de verslaggevers op dit domein van visie en efficiëntie getuigt. Voor het merendeel van de concentraties is het voorziene aanmeldingsformulier immers veel te uitvoerig. Een professionele aanpak door de verslaggevers impliceert dat zij slechts die informatie opvragen die relevant kan zijn voor de beoordeling. Verder zullen de verslaggevers ook in complexe zaken hopelijk klemtonen leggen. De aanmeldende partijen moeten aangespoord worden om tijd te investeren in het verzamelen en presenteren van relevante informatie en zij dienen vlot een ontheffing te krijgen voor vragen of delen van het formulier die in wezen naast de kwestie zijn of die van ondergeschikt belang zijn.

C. DE AANMELDING

1. De aanmeldingstermijn

81. Op het stuk van de aanmelding zelf introduceert de GWEM een aantal opmerkelijke nieuwigheden. Vooreerst wordt de termijn voor de aanmelding verlengd van een week naar een maand(210). Dit is een aanzienlijke verbetering. Deze verlenging kan alleen maar bijdragen tot het vermijden van panieksituaties bij multi-jurisdictionele transacties. Menig Belgisch karteljurist werd tot op heden immers geconfronteerd met vragen naar de aanmeldingsplichtigheid van een inter-

(209) Uit de eerste ervaringen onder de GWEM is gebleken dat de Raad, zoals voorheen, niet participeert in de pre-notificatiegesprekken.

(210) Art. 12, par. 1 GWEM.

nationale transactie op het ogenblik dat de transactie zelf reeds gesloten was. In die omstandigheden vormde de aanmeldingstermijn van één week vaak een onoverkomelijk probleem.

De Europese Commissie heeft het probleem van de aanmeldingstermijn op een andere (en ons inziens betere) wijze opgelost. De Europese Verordening voorziet nog steeds in een aanmeldingstermijn van één week, maar in de praktijk wordt de aanmeldingsdatum vastgelegd in overleg tussen de Commissie en de aanmeldende partijen. Hierbij wordt enerzijds rekening gehouden met de werklast van de Task Force Concentraties en anderzijds met de noodzaak dat de partijen een volledig en op de relevante punten goed gestoffeerd dossier indienen. Gehoopt mag worden dat de Belgische autoriteiten zich niet te halsstarrig zullen vastklampen aan de termijn van een maand en oog willen hebben voor deze invalshoeken (in het bijzonder voor multi-jurisdictionele dossiers waarin vaak verschillende aanmeldingen vereist zijn).

De omschrijving van de gebeurtenissen die verplicht aanleiding geven tot aanmelding is daarentegen ongewijzigd gebleven ten opzichte van de WEM. Zo loopt de aanmeldingstermijn (thans één maand) nog steeds vanaf de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil, of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming(211). Bovendien blijft de regel dat de termijn loopt van zodra één van deze gebeurtenissen zich voorgedaan heeft ongewijzigd.

2. De geadresseerde van de aanmelding

82. Een tweede opvallende nieuwigheid, die reeds eerder werd aangestipt, is dat de aanmelding voortaan gericht dient te worden aan de Raad voor de Mededinging (derhalve niet langer meer aan de Dienst)(212). Op die manier wordt het orgaan dat uiteindelijk de beslissing neemt over de toelaatbaarheid van de concentratie van bij de aanvang van de procedure geïnformeerd over het inleiden ervan. Dit was een teer punt in de relatie tussen de Raad en de Dienst, zoals blijkt uit het Tweede Verslag van de Raad. Blijkens dat verslag stelde de Dienst zich op het standpunt dat de WEM hem verbood om informatie door te spelen aan de Raad, zodat deze laatste slechts gevat werd door en kennis kreeg van het aanmeldingsdossier op het ogen-

(211) Art. 12, par. 1 GWEM.

(212) Art. 12, par. 1 GWEM.

blik dat de Dienst zijn verslag indiende, d.w.z. ongeveer tien dagen voor het verstrijken van de eerste fase(213). Dit twistpunt tussen Raad en Dienst is thans wettelijk beslecht. In eerste instantie was reeds voorzien bij Koninklijk Besluit van 22 januari 1998 dat de aanmeldingen die gericht waren aan de Dienst ter informatie werden bezorgd aan de Raad van bij hun ontvangst(214). Thans gaat men een stap verder en wordt wettelijk bepaald dat de Raad de aanmeldingen ontvangt en deze onverwijld voor onderzoek overmaakt aan het korps verslaggevers(215). Of deze wetswijziging in de praktijk veel zal veranderen, hangt af van de vraag op welke manier de Raad zijn rol tijdens de pre-notificatie- en onderzoeksfasen van de procedure zal willen invullen(216).

3. De aanmelding van ontwerpovereenkomsten

83. Waar het onder het oude systeem vaststond dat slechts aangemeld kon worden wanneer de partijen een bindende en definitieve overeenkomst hadden gesloten(217), wordt nu de mogelijkheid gecreëerd voor de partijen om een ontwerpovereenkomst aan te melden(218). Als voorwaarde wordt gesteld dat alle partijen uitdrukkelijk verklaren dat zij de intentie hebben om een overeenkomst af te sluiten die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde concept.

De mogelijkheid om een ontwerpovereenkomst aan te melden mag beslist beschouwd worden als een stap in de goede richting(219). Dat voorheen enkel definitieve overeenkomsten rechtsgeldig konden aangemeld worden was een uiting van overdreven formalisme. Voortaan kan men dus wel degelijk gewagen van een „aanmeldingsrecht” (onder bepaalde voorwaarden), naast een aanmeldingsplicht (wanneer één van de „*triggering events*” zich voorgedaan heeft)(220).

(213) Tweede Verslag, 17.

(214) B.S. 24 april 1998, 13645.

(215) Art. 32*bis*, par. 1 GWEM.

(216) Zie hieromtrent IV.B.

(217) Raad voor de Mededinging 26 september 1996, zaak nr. 96-C/C-07 (Virgin European Airways Ltd. en Eurobelgian Airlines SA), B.S. 26 september 1996, 25010; Raad voor de Mededinging 28 juli 1998, zaak nr. 98-C/C-11 (Promedia CV en Belgacom Directory Services N.V.), B.S. 18 september 1998, 30441.

(218) Art. 12, par. 1 GWEM.

(219) Een en ander zal het voor de Raad onnodig maken om een complex argumentarium op te bouwen om na te gaan of hij al dan niet kennis mag nemen van een zaak. Zie, bijvoorbeeld, Raad voor de Mededinging 14 december 1998, zaak nr. 98-C/C-16 (IMS Health Incorporated en Pharmaceutical Marketing Services Incorporated (PMSI)), B.S. 9 maart 1999, 7446.

(220) F. WIJCKMANS, A. VANDERELST en J. STEENLANT., *o.c.*, 25.

84. Toch blijven een aantal vragen onopgelost:

- Zo valt het in de eerste plaats op dat de mogelijkheid tot het aanmelden van een ontwerp slechts geboden wordt wanneer de concentratie tot stand komt via overeenkomst, althans volgens een letterlijke lezing van de GWEM. Zo zou een voorgenomen publiek bod niet aangemeld kunnen worden vooraleer de openbaarmaking van het bod plaatsgevonden heeft. Op dezelfde manier zou de verwerving van een zeggenschapsdeelneming anders dan door overeenkomst (b.v. door opzegging of verstrijken van een aandelhoudersovereenkomst) niet in ontwerp aangemeld kunnen worden. Het is onduidelijk vanuit beleidsoogpunt waarom de aanmelding in ontwerp van dergelijke transacties niet vermeld wordt in de tekst van de GWEM.
- Daarnaast is er de vraag of er werkelijk een ontwerpovereenkomst moet voorhanden zijn, dan wel of het volstaat om in de aanmelding kennis te geven van een intentie. Het antwoord lijkt ergens in het midden te liggen. Het lijkt niet te volstaan dat partijen louter verklaren dat zij overwegen om tot een bepaalde concentratie over te gaan. De wettekst verwijst naar een ontwerpovereenkomst („*projet d'accord*”), hetgeen een zekere formalisering veronderstelt. Echter, van zodra deze voorhanden is, lijkt het pad naar de aanmelding geëffend. Of dit nu de vorm aanneemt van een „*letter of intent*”, een raamakkoord of „*heads of agreement*”, dan wel een uitgewerkt ontwerp van een overnameovereenkomst waarop enkel handtekeningen ontbreken, kan terzake geen verschil uitmaken.
- Als voorwaarde wordt gesteld dat alle partijen uitdrukkelijk verklaren dat zij de intentie hebben om een overeenkomst af te sluiten die op alle mededingingsrechtelijk relevante punten niet merkbaar verschilt van het aangemelde concept. Hoe deze voorwaarde concreet zal ingevuld worden door de Raad valt nog af te wachten. Maar zo lijkt het dat clausules die, bijvoorbeeld, de overnameprijs, de betalingsmodaliteiten of de garanties betreffen niet mededingingsrechtelijk relevant zijn. Anderzijds, bij het creëren van een gemeenschappelijke onderneming zal het vermoedelijk wel mededingingsrechtelijk relevant zijn indien de controleverhoudingen zouden wijzigen of een nieuwe partij medezeggenschap zou verwerven. Hetzelfde kan gezegd worden bij een bedrijfsovername, wanneer het voorwerp van de overname uiteindelijk wezenlijk verschilt van dat omschreven in de aangemelde ontwerpovereenkomst.
- Een laatste vraag betreft de verhouding tussen het verplicht engagement van de partijen om geen mededingingsrechtelijk relevante

wijzigingen aan te brengen aan het aangemelde ontwerp, enerzijds, en, anderzijds, de principiële mogelijkheid die voortaan aan de aanmeldende partijen geboden wordt om de voorwaarden van de aangemelde concentratie te wijzigen tot op het ogenblik dat de Raad een beslissing heeft genomen over de toelaatbaarheid ervan(221). Als een overeenkomst in ontwerp wordt aangemeld en de partijen zich — zoals vereist door de GWEM — ertoe verbinden om geen wijzigingen aan te brengen aan de aangemelde ontwerpovereenkomst op punten die mededingingsrechtelijk relevant zijn, blijven zij dan toch nog de mogelijkheid behouden om de voorwaarden van de concentratie te wijzigen overeenkomstig artikel 33, par. 2, 1., a) GWEM? Hoewel dit op het eerste gezicht misschien strijdig lijkt met de tekst van de GWEM, zou het antwoord op deze vraag bevestigend kunnen (en o.i. dienen te) luiden. Het engagement van de partijen om geen mededingingsrechtelijk relevante wijzigingen aan te brengen aan het aangemelde ontwerp heeft tot doel ervoor te zorgen dat de zware aanmeldingsprocedure niet gestart wordt zonder garantie van de partijen dat de concentratie in ontwerp wel degelijk finaal is (voor zover het mededingingsrechtelijk relevante aspecten betreft). Daarentegen, de mogelijkheid voor de partijen om de voorwaarden van de concentratie te wijzigen in de loop van de procedure heeft tot doel de partijen toe te laten een alternatief uit te werken wanneer tijdens het onderzoek van de concentratie zou blijken dat zij problemen kan stellen qua toelaatbaarheid. Als deze laatste hypothese zich voordoet moet het derhalve mogelijk blijven voor de partijen om de voorwaarden van de concentratie te wijzigen, zelfs indien initieel het engagement werd aangegaan om de mededingingsrechtelijk relevante aspecten niet te wijzigen.

4. De aanmeldingsplichtige partijen

85. Wanneer de concentratie het voorwerp uitmaakt van een overeenkomst rust, net zoals vroeger, de aanmeldingsplicht op de samenhandelende betrokkenen(222). De term „samen handelende betrokkenen” verwijst naar de partijen bij de overeenkomst die de concentratie tot stand brengt. Op dit punt wijken de Belgische regels inzake concentratiecontrole derhalve af van de reglementering op EU vlak.

(221) Art. 33, par. 2, 1., a) GWEM.

(222) Art. 12, par. 2 GWEM.

Daar wordt voorzien dat de aanmelding moet plaatsvinden door de persoon of onderneming die de zeggenschap verwerft (zelfs indien dit door overeenkomst gebeurt). Concentraties door fusie of door totstandkoming van gezamenlijke zeggenschap vormen een uitzondering op deze regel. In deze twee gevallen gebeurt de aanmelding door de partijen bij de fusie of door de partijen die de gezamenlijke zeggenschap verwerven(223).

Naar Belgisch recht, als de concentratie niet tot stand komt bij overeenkomst, bijvoorbeeld ingeval van een openbaar overnameaanbod of een controlewijziging ten gevolge van de opzegging van een aandeelhoudersovereenkomst, dan moet de aanmelding plaatsvinden door de betrokkene die de concentratie heeft verwezenlijkt(224). In de vermelde voorbeelden zijn dat respectievelijk de uitbrenger van het openbaar bod en de partijen die na de controlewijziging zeggenschap behouden over de onderneming. De regels op dit punt zijn derhalve niet gewijzigd.

5. Het aanmeldingsformulier

86. Het gebruik van het zogeheten Formulier CONC C/C-1 blijft verplicht om concentratieaanmeldingen in te dienen, maar er werden diverse wijzigingen aan het formulier aangebracht. Deze wijzigingen werden ingevoerd bij Koninklijk Besluit van 18 juni 1999 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 23 maart 1993 betreffende het aanmelden van de concentraties bedoeld in artikel 12 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging(225). Enkele markante wijzigingen in het aanmeldingsformulier betreffen de afdelingen 5 en 7, waarin marktgegevens betreffende de betrokken markten en andere markten waarop de concentratie gevolgen kan hebben worden gevraagd, alsook afdeling 8, waarin gegevens moeten worden verschaft indien de concentratie een gemeenschappelijke onderneming is die coördinatie beoogt of tot stand brengt tussen ondernemingen die onafhankelijk blijven. Voor de rechtspracticus is ook vermeldenswaard dat het aanmeldingsformulier thans in tien exemplaren in plaats van acht moet worden ingediend (art. 6, par. 8, KB 18/06/99). Tenslotte kan vermeld worden dat een gecoördineerde

(223) Art. 4, lid 2 Verordening 4064/89.

(224) Art. 12, par. 2 GWEM.

(225) B.S. 12 oktober 1999, 38451.

versie van het aanmeldingsformulier ter beschikking staat op de website van het Ministerie van Economische Zaken(226).

6. De publicatie van de aanmelding

87. Naar Europees model wordt voortaan het feit zelf van de aanmelding en een korte beschrijving van de betrokken ondernemingen en de aard van de transactie gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad(227), waarbij belanghebbende derden verzocht worden om hun opmerkingen ten aanzien van de concentratie kenbaar te maken. Na enkele opstartproblemen, waarbij de termijn voor het indienen van de opmerkingen reeds verstreken was op het ogenblik van publicatie in het Belgisch Staatsblad(228), lijkt alles nu gesmeerder te verlopen. Zo werden belanghebbende derden in het Belgisch Staatsblad van 4 maart 2000 uitgenodigd om hun opmerkingen kenbaar te maken tegen 15 maart 2000(229) en in het Belgisch Staatsblad van 7 maart 2000 om eventuele opmerkingen in te dienen tegen 18 maart 2000(230).

De opmerkingen dienen per post of fax overgemaakt te worden op volgend adres: Ministerie van Economische Zaken, Bestuur Handelsbeleid, Korps Verslaggevers, North Gate III, Koning Albert II-laan 16, 1000 Brussel, fax: (32-2)206 57 72. In de eerste publicaties krachtens artikel 41, par. 1 GWEM werden de partijen uitgenodigd om hun opmerkingen kenbaar te maken aan de Raad voor de Mededinging („De Raad voor de Mededinging verzoekt belanghebbende derden *hem* hun eventuele opmerkingen [...] kenbaar te maken”; *B.S.* 28 oktober 1999, 40759; eigen onderlijning). Thans wordt de belanghebbenden gevraagd om hun opmerkingen over te maken aan het korps verslaggevers, wat beter aansluit bij de bevoegdheidsverdeling voorzien in de GWEM.

88. De publicatie bij uittreksel van aangemelde concentraties leidt tot grotere transparantie, maar houdt noodzakelijkerwijze in dat ruchtbaarheid wordt gegeven aan de voorgenomen transactie. Over de juiste afweging tussen het nastreven van transparantie en het vrijwaren van vertrouwelijkheid kan lang gefilosofeerd worden, maar

(226) Uit de coördinatie blijkt dat de opsteller van het Koninklijk Besluit van 18 juni 1999 over het hoofd gezien heeft om afdeling 9 van het oorspronkelijke formulier af te schaffen.

(227) Art. 41, par. 1 GWEM.

(228) B.v. zaak nr. 99-C/C-0022, *B.S.* 28 oktober 1999, 40757.

(229) *B.S.* 4 maart 2000, 6625, zaak nr. 00-C/C-0007.

(230) *B.S.* 7 maart 2000, 6879, zaak nr. 00-C/C-0009.

vanuit praktisch oogpunt verandert de nieuwe regeling niet bijster veel. Onder het oude systeem was het immers reeds de praktijk van de Dienst om sowieso binnen de week volgend op de aanmelding een verzoek om inlichtingen uit te sturen naar de belangrijkste klanten, afnemers en concurrenten van de onderneming die het voorwerp uitmaakt van de concentratie. Op die manier werd ruchtbaarheid gegeven aan de voorgenomen concentratie in de economische middens die het meest in aanmerking kwamen om opmerkingen in te dienen.

D. DE SCHORSINGSPLICHT

89. De aanmelding van een concentratie brengt automatisch een schorsingsplicht met zich mee⁽²³¹⁾. Concreet betekent dit dat „de betrokken ondernemingen slechts de uit de concentratie voortvloeiende maatregelen [mogen] nemen welke de omkeerbaarheid van de concentratie niet belemmeren en de marktstructuur niet duurzaam wijzigen”. Op een kleine uitzondering na (die voortvloeit uit de verlenging van de eerste fase van de procedure) introduceert de GWEM geen wijzigingen aan het schorsingsregime. Toch loont het de moeite hierbij kort stil te staan omdat de praktische implicaties van de wettekst niet meteen helder zijn.

90. Om te bepalen of een welbepaalde maatregel al dan niet getroffen wordt door de schorsingsplicht, moet de maatregel getoetst worden aan twee criteria, te weten of de maatregel de omkeerbaarheid van de concentratie belemmert en of hij de marktstructuur duurzaam wijzigt. Het eerste criterium lijkt niet meteen een probleem te stellen voor, bijvoorbeeld, aandelenoverdrachten, op voorwaarde dat blijkt dat de verkoper de aandelen zal terugnemen in geval van een negatieve beslissing van de Raad. Moeilijker ligt het, ons inziens, met maatregelen zoals sluitingen van sites of het reduceren van het personeelsbestand. Bij deze laatste voorbeelden kan men zich inderdaad afvragen of het mogelijk herstel van de status quo ante niet in het gedrang wordt gebracht. In ieder geval zal men zich dienen te hoeden voor te sterke veralgemeningen. De invloed van een maatregel op de omkeerbaarheid van de concentratie zal geval per geval in concreto moeten beoordeeld worden. In dit kader is de beslissing van de Raad

(231) Art. 12, par. 4 GWEM.

in Bodycote International plc en HIT S.A.(232) bijzonder merkwaardig. De Raad stelt vast, op aangeven van de partijen, dat deze laatste de beslissing niet hebben afgewacht om nieuwe bestuurders te benoemen. De Raad stelt dat deze benoeming het gebruik impliceert van de aan de aandelen gelieerde stemrechten en ziet hierin een aantasting van de omkeerbaarheid van de concentratie. De partijen krijgen een boete van 1 miljoen BEF opgelegd. Deze motivering van de Raad lijkt ons onvoldoende. Het feit dat stemrechten worden uitgeoefend om bestuurders te benoemen impliceert immers niet noodzakelijk dat de omkeerbaarheid van concentratie wordt belemmerd. Hiervoor zijn o.i. onmiskenbaar verdere begeleidende factoren vereist.

Het tweede criterium is zo mogelijk nog complexer. Wat zijn immers maatregelen die de marktstructuur duurzaam wijzigen? Moet het begrip „duurzaam” („*de façon durable*”) als een tijdsfactor gelezen worden (d.i. met een langdurige impact) of gaat het hier veeleer om het al dan niet ingrijpend karakter (hoe kortstondig ook) voor de marktstructuur. Op dit punt hebben we sedert de inwerkingtreding van de WEM nog steeds geen houvast. Wel mag aangenomen worden dat deze voorwaarde uitsluitend betrekking heeft op de marktstructuur in België. De implicaties voor de marktstructuur in andere landen zouden irrelevant moeten zijn in de context van een Belgische concentratiecontrole.

Het gebrek aan rechtszekerheid kan deels weggewerkt worden door een verzoek te richten tot de Raad voor de Mededinging. Bij toepassing van artikel 12, par. 5 GWEM mag de Raad zich immers uitspreken over de concrete invulling van de hogervermelde criteria. Echter, en dit is toch wel merkwaardig, de Raad mag dit slechts doen na het aflopen van de eerste fase. Dit lijkt ons geheel onlogisch. Er is geen enkele goede reden waarom de Raad zich hierover niet reeds eerder zou kunnen uitspreken. Dit geldt in het bijzonder voor die gevallen waarin de betrokken partijen de pre-notificatiegesprekken ernstig genomen hebben. Verder ontzegt de GWEM deze interpretatiefaciliteit aan ondernemingen die ontwerpovereenkomsten aanmelden. Ook hier ontgaat de logica ons compleet. Als ondernemingen een ontwerpovereenkomst aanmelden die in de loop van de procedure concreet wordt afgerond, lijkt er ons geen enkele valabele reden te zijn waarom de Raad zich niet zou kunnen buigen over een interpretatievraag aangaande één of beide hogervermelde criteria.

(232) Raad voor de Mededinging, 26 mei 1998, zaak nr. 98-C/C-10, B.S. 1 juli 1998, 21626.

Tot slot dient volledigheidshalve aangestipt te worden dat de Raad niet de bevoegdheid heeft om de schorsingsplicht op te heffen. De Raad kan enkel de twee voormelde criteria interpreteren. Doorheen de integrale procedure blijft immers de schorsingsplicht van kracht. In dit opzicht verschilt de Belgische procedure op markante wijze van het Europese model.

E. DE PROCEDURE INZAKE CONCENTRATIES

1. Doel, duur en verloop van de eerste fase

91. Tijdens de eerste fase van de procedure wordt nagegaan of de aangemelde concentratie binnen het toepassingsgebied van de Wet valt en, indien zulks het geval is, of zij ernstige twijfels oproept qua toelaatbaarheid(233). Op dit punt innoveert de GWEM niet. Wel wordt een belangrijke wijziging ingevoerd met betrekking tot de toegelaten maximumduur van de eerste fase. Waar deze onder de oorspronkelijke Wet één maand bedroeg, bedraagt hij voortaan 45 dagen, termijn die ingaat op de dag volgend op de dag van de ontvangst van de aanmelding(234). Dit zou ondermeer tot doel hebben zoveel mogelijk te vermijden dat de Raad de tweede fase opent bij gebrek aan tijd voor het onderzoek in de eerste fase(235). Als de Raad binnen deze termijn geen beslissing neemt, wat geruime tijd de courante praktijk van de Raad was(236), dan wordt de aangemelde concentratie toelaatbaar geacht(237). Ook op dit punt blijven de regels derhalve ongewijzigd. Eveneens ongewijzigd blijft de regel dat de termijn niet begint te lopen bij een onvolledige aanmelding. In dergelijk geval begint de termijn van 45 dagen pas te lopen de dag volgend op de ontvangst van de volledige inlichtingen(238).

92. Zoals reeds eerder aangegeven, wordt de aanmelding ingediend bij de Raad, die deze onverwijld voor onderzoek overmaakt aan het

(233) Art. 33, par. 1 en 2 GWEM

(234) Art. 33, par. 2, 2 GWEM. De verwijzing in deze bepaling naar art. 32ter, par. 1 is ons niet duidelijk en lijkt foutief.

(235) D. SZAFRAN, *o.c.*, 479.

(236) Een bericht verschenen in het Belgisch Staatsblad van 3 februari 2000 maakt melding van maar liefst 12 aanmeldingen die bij afwezigheid van beslissing binnen de voorgeschreven termijn toelaatbaar geacht worden. Naar verluidt heeft de nieuw samengestelde Raad de principbeslissing genomen om in alle zaken een hoorzitting te houden en een uitdrukkelijke beslissing te nemen.

(237) Art. 33, par. 2, 3 GWEM.

(238) Art. 33, par. 2 GWEM.

korps verslaggevers, dat in zijn midden een verslaggever aanduidt die het onderzoek zal voeren(239). De verslaggever beschikt over een termijn van ten hoogste een maand om zijn onderzoek te voeren(240). Het onderzoek van de verslaggever culmineert in het neerleggen van het dossier en van het met redenen omklede verslag bij de Raad. Het verslag moet alle relevante elementen bevatten om de Raad in staat te stellen een gemotiveerde beslissing te nemen(241).

Het verslag wordt ten minste 15 dagen voor de zitting waarop de Raad overgaat tot het onderzoek van de zaak in kopie meegedeeld aan de ondernemingen op wier concentratie het onderzoek betrekking heeft. Zij worden er tevens van in kennis gesteld dat zij op het secretariaat van de Raad inzage kunnen krijgen in het dossier. Tegen betaling kunnen zij er een kopie van bekomen(242).

93. Een belangwekkende nieuwigheid ingevoerd door de wijzigingswet betreft de mogelijkheid om op verzoek van de partijen de maximumtermijn van de eerste fase te verlengen. Voorheen werd aangenomen dat de termijnen waarbinnen de Raad zijn beslissingen diende te nemen van openbare orde waren zodat zij niet verlengd konden worden, zelfs niet met het akkoord van de aanmeldende partijen(243). Voortaan kan dit wel, zij het onder strikte voorwaarden. Zo kan de verlenging enkel toegestaan worden op verzoek van de partijen en ten hoogste voor de duur die zij voorstellen(244).

94. Eveneens belangwekkend is de mogelijkheid die thans geboden wordt aan de partijen om tijdens de eerste fase de voorwaarden van de aangemelde concentratie te wijzigen. Volgens de Raad was dit niet mogelijk onder de oorspronkelijke Wet. Ofwel was er geen ernstige twijfel aangaande de toelaatbaarheid van de aangemelde concentratie, en dan was de Raad gehouden zich niet te verzetten tegen de concentratie, zonder daaraan voorwaarden te kunnen verbinden. Ofwel was er wel degelijk ernstige twijfel omtrent de toelaatbaarheid, en in dat geval diende de Raad te beslissen om de tweede fase van het onderzoek te openen. Het is op basis van deze redenering dat de Raad in *De Post en N.V. Hagefin* weigerde om in te gaan op het voorstel van

(239) Art. 32*bis*, par. 1 GWEM.

(240) Art. 33, par. 2, 2 GWEM.

(241) Art. 32*bis*, par. 2 GWEM.

(242) Art. 32*bis*, par. 3 GWEM.

(243) Brussel 25 juni 1997, *Jaarb. Handelspr.* 1997, 723.

(244) Art. 33, par. 3 GWEM.

de Dienst om de aangemelde concentratie slechts toelaatbaar te verklaren mits het geven van bepaalde garanties door De Post(245).

Qua tijdstip waarop de wijzigingen mogen doorgevoerd worden voorziet de gewijzigde Wet uitdrukkelijk dat de partijen de mogelijkheid hebben om de voorwaarden van de concentratie te wijzigen tot op het ogenblik dat de Raad een beslissing genomen heeft(246). Behoudens voor onbelangrijke wijzigingen, lijkt die mogelijkheid enigszins theoretisch. Als uit het onderzoek blijkt dat er ernstige twijfel is over de toelaatbaarheid van de aangemelde concentratie, dan lijkt het illusoir te veronderstellen dat de Raad ter zitting kennis zou nemen van de door de partijen voorgestelde wijzigingen, om dan vervolgens meteen een beslissing te nemen over de toelaatbaarheid van de gewijzigde concentratie. De aanmeldende partijen doen er wellicht goed aan om wijzigingen voor te stellen op een ogenblik dat de verslaggever er nog rekening mee kan houden in zijn verslag(247). Eventueel kunnen zij een verlenging van de termijn voorstellen teneinde een onderzoek van de gewijzigde concentratie toe te laten.

95. Dit alles brengt met zich mee dat op het einde van de eerste fase de Raad vijf verschillende soorten van beslissingen kan nemen: (i) beslissing dat de aangemelde concentratie niet binnen het toepassingsgebied van de Wet valt, (ii) beslissing waarbij de aangemelde concentratie toelaatbaar verklaard wordt, al dan niet na wijzigingen aangebracht door de partijen, (iii) beslissing dat de aangemelde concentratie ernstige twijfels oproept ten aanzien van haar toelaatbaarheid, zodat de tweede fase geopend wordt, (iv) beslissing om op verzoek van de partijen de eerste fase te verlengen en (v) beslissing waarbij de aangemelde concentratie onontvankelijk wordt verklaard. Daarnaast blijft ook de mogelijkheid voor de Raad om geen beslissing te nemen binnen de wettelijk voorziene termijn. Zoals bekend, heeft

(245) Raad voor de Mededinging 15 september 1997, zaak nr. 97-C/C-20, *B.S.* 22 oktober 1997, 28124. In een wat theoretische benaderingswijze zou kunnen gesteld worden dat de GWEM deze problematiek nog steeds niet geheel oplost. Art. 33, par. 2, 1 GWEM biedt de Raad immers niet de mogelijkheid om voorwaarden op te leggen aan het einde van de eerste fase, waar deze mogelijkheid uitdrukkelijk wel werd voorzien in art. 34, par. 1 derde alinea GWEM voor de tweede fase. Dit onderscheid lijkt ons enigszins theoretisch. Immers op aangeven van de Raad zullen de partijen in de eerste fase zelf die wijzigingen aan hun concentratie kunnen aanbrengen die de Raad in de mogelijkheid dienen te stellen om de eerste fase positief af te ronden. De Raad zal in dat geval geen voorwaarden opleggen, maar zijn goedkeuring hechten aan de (mogelijk op zijn suggestie) aangepaste concentratie.

(246) Art. 33, par. 2, 1, a GWEM.

(247) Ook in dit kader zou het nuttig kunnen blijken dat de Raad reeds actief betrokken is bij de gesprekken met de partijen voorafgaand aan de eigenlijke zitting. Deze betrokkenheid kan alleen maar bijdragen tot het zoeken van gerichte oplossingen voor eventuele mededingingsrechtelijke problemen die zich stellen in het kader van een welbepaalde concentratie.

dit tot gevolg dat de aangemelde concentratie toelaatbaar geacht wordt(248). Anders dan voorheen, voorziet de GWEM dat dienaangaande een bericht dient opgenomen te worden in het Belgisch Staatsblad(249).

2. Doel, duur en verloop van de tweede fase

96. De tweede fase wordt enkel en alleen gestart (en moet ook gestart worden) als het onderzoek in de eerste fase aan het licht doet komen dat er ernstige twijfel is over de toelaatbaarheid van de aangemelde concentratie. De Raad is er dan toe gehouden een beslissing te nemen om de tweede fase te starten.

De beslissingen van de Raad uit het verleden roepen in dit kader een specifieke vraag op, namelijk in welke omstandigheden de Raad een tweede fase mag openen. De tekst van art. 33, par. 2, 1(b) GWEM is immers vrij duidelijk: „Als de concentratie binnen het toepassingsgebied van deze wet valt, kan de Raad voor de Mededinging door een gemotiveerde beslissing [...] vaststellen dat er ernstige twijfels bestaan omtrent de toelaatbaarheid van de concentratie en beslissen de procedure bepaald in artikel 34 in te zetten.” Voorwaarde voor het openen van een tweede fase is dus in ieder geval dat de concentratie binnen het toepassingsgebied van de GWEM valt. Vanuit die optiek lijkt ons de beslissing in Raad Elsevier plc en Official Airlines Guide Inc. en OAG Travel Marketing Services Inc.(250) niet te rechtvaardigen. In deze zaak werd een tweede fase afgesloten met de beslissing dat de concentratie niet binnen het toepassingsgebied viel. De overweging dat de concentratie aan het einde van de eerste fase *prima facie* onder het toepassingsgebied van de wet viel, kan duidelijk niet volstaan om de tweede fase te openen. Luidens Art. 33, par. 2, 1 GWEM mag de Raad de tweede fase maar openen als vaststaat dat de concentratie gevat wordt door de GWEM.

Er is onmiskenbaar een tweede voorwaarde die vervuld dient te zijn, wil de Raad een tweede fase kunnen openen. Er moeten inderdaad ernstige twijfels bestaan omtrent de toelaatbaarheid van de concentratie. Een aantal beslissingen van de Raad aan het einde van de tweede fase lijkt niet meteen aan te geven dat er ernstige twijfels

(248) Art. 33, par. 2, lid 3 GWEM.

(249) Art. 41, par. 2, lid 3 GWEM. Voor een voorbeeld van dergelijk bericht zie, *B.S.* 3 februari 2000, 3480.

(250) Raad voor de Mededinging 15 december 1993, nr. 93-C/C-23, *B.S.* 21 januari 1994, 1278.

konden bestaan aan het einde van de eerste fase. Een voorbeeld is de beslissing in de zaak Juroco N.V. en Chiquita Banana Company N.V.(251). Het kernpunt van het onderzoek in de tweede fase van die zaak lijkt de afbakening van de relevante markt te zijn geweest. Echter, nergens in de beslissing is ook maar een spoor te bekennen dat zelfs bij de engste marktafbakening er ernstige twijfels konden zijn. Hetzelfde geldt voor de beslissing inzake N.V. Gallea Cosmetics(252). Zoals in de zaak Juroco N.V. en Chiquita Banana Company N.V. sluiten we niet uit dat er ernstige twijfels kunnen geweest zijn aan het einde van de eerste fase. Echter, de motivering van de beslissing aan het einde van de tweede fase geeft deze twijfels niet aan en lijkt eerder te suggereren dat redelijkerwijze die twijfels niet voorhanden waren aan het einde van de eerste fase.

Dit brengt ons meteen bij een laatste voorwaarde. De opening van de tweede fase vereist een gemotiveerde beslissing. De wijze waarop de Raad zich gekwetten heeft van deze motiveringsplicht is niet meteen duidelijk bij ontstentenis aan gepubliceerde beslissingen die de tweede fase openen. Minstens in de aanvangsperiode van de wet lijkt hier evenwel een en ander fout gelopen te zijn. In Raad Elsevier plc en Official Airlines Guiders Inc en OAG Travel Marketing Services Inc.(253) stelde de Raad immers: „Overwegende dat het starten van de procedure bepaald in artikel 33, par. 3, volgens artikel 33, par. 2,2 c, impliceert dat de Raad heeft vastgesteld dat de concentratie prima facie onder het toepassingsgebied van deze wet valt en ernstige twijfels opwerpt op het stuk van haar toelaatbaarheid. Deze vaststellingen dienden niet uitdrukkelijk te worden vermeld in de genomen beslissing vermits de beslissing tot het beginnen van de procedure bepaald in artikel 33, par. 3, dit impliceert.”

Het moge duidelijk zijn dat deze benaderingswijze niet strookt met de voorschriften van de GWEM. Het openen van een tweede fase is een significante stap (die o.a. een belangrijke vertraging impliceert voor het implementeren van de concentratie) en deze stap vereist een behoorlijke en voldoende gedetailleerde motivering. Op dit punt zal de Raad zich willen spiegelen aan de Europese Commissie die haar beschikkingen tot opening van de tweede fase omstandig motiveert.

(251) Raad voor de Mededinging 19 oktober 1994, nr. 94-C/C-35, *B.S.* 19 november 1994, 28764.

(252) Raad voor de Mededinging 12 januari 1998, nr. 98-C/C-2, *B.S.* 12 maart 1998, 6663.

(253) Raad voor de Mededinging 15 december 1993, nr. 93-C/C-23, *B.S.* 21 januari 1994, 1278.

97. Naar aanleiding van de opening van een tweede fase dient de verslaggever een bijkomend verslag op te stellen en in te dienen bij de Raad(254). In tegenstelling tot wat voorzien is in de eerste fase van het onderzoek(255), bepaalt de GWEM niet wanneer dit verslag uiterlijk ingediend moet worden bij de Raad. Wel blijft nog steeds de regel bestaan dat de ondernemingen op wier activiteiten het onderzoek betrekking heeft en die opmerkingen wensen te formuleren op het verslag, deze uiterlijk twee werkdagen voor de zitting moeten indienen bij de Raad(256).

98. In de tweede fase dient de Raad voortaan zijn beslissing te nemen binnen een termijn van 60 dagen. In vergelijking met het oude systeem betekent dit derhalve dat de tweede fase ingekort wordt met 15 dagen. Of anders gezegd, de 15 extra dagen toegevoegd aan de eerste fase worden afgetrokken van de tweede fase, zodat de totale maximale duur van het onderzoek dezelfde blijft als voorheen (voorheen: een maand + 75 dagen; thans: 45 dagen + 60 dagen)(257). Of dit vanuit beleidsoogpunt een verstandige keuze is blijft maar de vraag. Voor de per hypothese eenvoudige zaken, waarvoor geen ernstige twijfels bestaan aangaande hun toelaatbaarheid, wordt de termijn verlengd, terwijl voor de zaken die wel ernstige twijfels oproepen, en die het derhalve waard zijn om in detail bekeken te worden, wordt de onderzoekstermijn ingekort. Een merkwaardige beleidskeuze(258).

Bovendien valt op dat de wetgever klaarblijkelijk over het hoofd gezien heeft om in de oorspronkelijke Wet de termijn van 75 dagen helemaal af te schaffen. De wijzigingswet van 26 april 1999 voert de nieuwe termijn van 60 dagen in artikel 34 van de Wet in, maar raakt niet aan artikel 33, par. 3. van de oorspronkelijke Wet, waarin de termijn van 75 dagen vermeld was. In de GWEM valt dit niet op omdat de bewuste paragraaf 3 er niet in opgenomen is. In Bijlage V (Aantekeningen ter verantwoording) bij het Koninklijk Besluit van 1 juli 1999, dat de coördinatie doorvoert, wordt in de Franse tekst gesteld dat paragraaf 3 weggelaten werd in de gecoördineerde tekst

(254) Art. 34, par. 1 GWEM.

(255) Art. 33, par. 2, 2 GWEM.

(256) Art. 7, Koninklijk Besluit van 28 december 1999 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 15 maart 1993 betreffende de procedures inzake bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 1 februari 2000, 3133. Dit wordt art. 9, par. 1 in het gecoördineerde Koninklijk Besluit inzake procedures.

(257) D. SZAFRAN, *o.c.*, 479.

(258) Deze keuze strookt zeker niet met de ervaring op Europees vlak. In relatief complexe zaken is het de ervaring van de auteurs dat de Europese Commissie de duurtijd van de tweede fase als te kort beschouwt.

omdat de wetgever duidelijk over het hoofd gezien heeft om paragraaf 3 af te schaffen. De lezer van de Nederlandse versie van de toelichting krijgt veel minder uitleg en blijft op zijn honger.

Ook in de tweede fase geldt voortaan de regel dat de duur ervan op uitdrukkelijk verzoek van de partijen kan verlengd worden en dit ten hoogste voor de termijn die zij voorstellen(259).

99. Een andere belangrijke nieuwigheid betreft de mogelijkheid voor de Raad om op het einde van de tweede fase aan de beslissing van toelaatbaarheid voorwaarden en verplichtingen te koppelen(260). Hoewel dit in de rechtsleer niet steeds duidelijk vermeld wordt(261), had de Raad onder de oorspronkelijke wet deze bevoegdheid enkel wanneer hij een beslissing nam krachtens artikel 10, § 3 van de oorspronkelijke Wet(262). Zoals bekend, betrof dit beslissingen waarbij de Raad vaststelt dat de aangemelde concentratie een machtspositie doet ontstaan of versterkt, maar die toch goedgekeurd wordt omdat de concentratie bijdraagt tot verbetering van de productie of distributie, de concurrentiestructuur binnen de markt, de technische of economische vooruitgang en deze positieve factoren het winnen van de aantasting van de mededinging die uit de concentratie voortvloeit. De Raad verliest deze bevoegdheid onder de GWEM maar krijgt voortaan de algemene bevoegdheid om op het einde van de tweede fase voorwaarden en verplichtingen te koppelen aan zijn toelaatbaarheidsbeslissingen. Men mag zich er derhalve aan verwachten dat de Raad niet langer „akte neemt” van bepaalde toezeggingen gedaan door de aanmeldende partijen(263), maar daadwerkelijk voorwaarden of verplichtingen zal koppelen aan beslissingen van toelaatbaarheid, zoals hij dat bijvoorbeeld gedaan heeft in de zogeheten Kinopolis beslissing (gewezen krachtens art. 10, par. 3)(264).

(259) Art. 34, par. 3 GWEM.

(260) Art. 34, par. 1, derde alinea GWEM.

(261) Voor een uitzondering zie D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 209, voetnoot 175.

(262) Art. 33, par. 1, 1 WEM.

(263) Zie b.v. Raad voor de Mededinging 12 december 1994, zaak nr. 94-C/C-41, (N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij en Het Volk), *B.S.* 28 januari 1995, 2022.

(264) Raad voor de Mededinging 17 december 1997, zaak nr. 97-C/C-25 (N.V. Majestiek en N.V. Claeys Invest), *B.S.* 5 februari 1998, 3276. Niets belet o.i. de betrokken partijen om ook in de loop van de tweede fase autonoom wijzigingen aan hun concentratie aan te brengen.

3. De „derde fase” — de rol van de Ministerraad

100. Geheel nieuw zijn de bepalingen betreffende de rol die de Ministerraad voortaan kan spelen bij de goedkeuring van aangemelde concentraties. Twee nieuwe artikels zijn hier van belang: Artikel 10, par. 6 en artikel 34*bis* GWEM. Het eerste artikel bepaalt dat wanneer het algemeen belang dit rechtvaardigt de Ministerraad ambtshalve of op verzoek van de partijen de „oprichting” (bedoeld wordt de verwezenlijking) mag toestaan van een concentratie die door de Raad als „onaanvaardbaar” (bedoeld wordt niet toelaatbaar) wordt beschouwd, en dit volgens de modaliteiten beschreven in artikel 34*bis* GWEM.

Op het eerste gezicht lijkt het er derhalve op dat de Ministerraad enkel beschikt over de bevoegdheid om op te treden in het algemeen belang wanneer de Raad voor de Mededinging beslist dat een aangemelde concentratie niet toelaatbaar is. Dit is echter niet zo blijkens de uitdrukkelijke tekst van Artikel 34*bis* GWEM. Ook wanneer de Raad voor de Mededinging een beslissing van voorwaardelijke toelaatbaarheid neemt kan de Ministerraad ambtshalve of op verzoek van de partijen optreden om de opgelegde voorwaarden en verplichtingen geheel of gedeeltelijk op te heffen. Hieruit volgt dat enkel in de hypothese dat de Raad voor de Mededinging een onvoorwaardelijke beslissing van toelaatbaarheid neemt, de Ministerraad geen bevoegdheid heeft om de genomen beslissing te toetsen aan criteria van algemeen belang.

De vraag of de Ministerraad de bevoegdheid heeft om concentraties die door de Raad voor de Mededinging ontoelaatbaar werden verklaard voorwaardelijk toe te staan dan wel de door de Raad opgelegde voorwaarden te wijzigen of nieuwe voorwaarden op te leggen, wordt niet uitdrukkelijk beantwoord door de wet. Sommige commentatoren menen dat de Ministerraad deze bevoegdheid kan hebben(265).

101. Dat de toetsing door de Ministerraad wel degelijk dient te gebeuren op basis van overwegingen van algemeen belang kan niet voldoende onderstreept worden. De Ministerraad beschikt niet over de bevoegdheid om het huiswerk van de Raad voor de Mededinging over te doen, maar is op mededingingsrechtelijk vlak gehouden door de conclusies bereikt door de Raad voor de Mededinging. De Ministerraad kan derhalve niet beslissen dat een aangemelde concentratie geen machtspositie doet ontstaan wanneer de Raad voor de Mededinging

(265) H. SWENNEN, *o.c.*, 377; contra: D. SZAFRAN, *o.c.*, 480.

beslist heeft dat dit wel het geval is. Ook komt het niet aan de Ministerraad toe om, bijvoorbeeld, een andere afbakening van de relevante markt voor te staan dan deze gehanteerd door de Raad voor de Mededinging. Kortom, de Raad voor de Mededinging beslist soeverein (zij het onder het toezicht van het Hof van Beroep te Brussel) over de mededingingsrechtelijke aspecten; de Ministerraad kan zich enkel inlaten met overwegingen van algemeen belang (andere dan het behoud van een werkzame mededinging binnen het Belgisch grondgebied). De criteria van algemeen belang die opgesomd worden in Artikel 34*bis* GWEM zijn de veiligheid van het land, de mededingingskracht van de betrokken sectoren gelet op de internationale concurrentie, de consumentenbelangen en de werkgelegenheid. Het zal de alerte lezer opvallen dat men met deze opsomming gevaarlijk dicht komt bij de omschrijving van sommige criteria die de Raad voor de Mededinging dient te hanteren bij de beoordeling van aangemelde concentraties(266). Een duidelijker bevoegdheidsafbakening ware wenselijk geweest.

102. De Ministerraad dient zijn beslissing te nemen binnen een termijn van 30 dagen nadat de beslissing van de Raad voor de Mededinging ter kennis werd gebracht van de Minister van Economische Zaken. Als geen beslissing wordt genomen binnen die termijn, dan wordt de Ministerraad geacht geen toelating verleend te hebben(267). Het principe „zwijgen is toestemmen”, dat van toepassing is op de Raad voor de Mededinging, geldt hier dus niet.

103. Door de Ministerraad een rol toe te bedelen in de Belgische concentratiecontrole duikt een politieke component op in de procedure; dit was een duidelijke beleidskeuze. Of dit beleidsmatig een goede zaak is kan hier in het midden gelaten worden(268). Wel dient erop gewezen te worden dat in de huidige stand van de wetgeving de procedure voor de Ministerraad en de rol die de partijen (en eventueel de belanghebbende derden) daarin mogelijkerwijze kunnen spelen niet geregeld is. Dit is erg onbevredigend en komt de transparantie van het besluitvormingsproces, alsook de rechtsbescherming van de betrokken partijen niet ten goede.

(266) Art. 10, par. 2 GWEM.

(267) Art. 34*bis*, laatste alinea GWEM.

(268) V. DIRCKX meent dat dit geen goede zaak is, *o.c.*, 108-109, contra: D. SZAFRAN, *o.c.*, 480; STEENBERGEN, *o.c.*, 361.

4. Tussenkost van belanghebbende derden

104. Hiervoor werd reeds gewezen op de mogelijkheid voor belanghebbende derden om opmerkingen in te dienen betreffende aangeelde concentraties naar aanleiding van de publicatie bij uittreksel van de aanmelding en ten gevolge van verzoeken om inlichtingen uitgestuurd door de verslaggever. Onder het vroegere regime hadden belanghebbende derden ook de mogelijkheid om door de Dienst gehoord te worden tijdens de hoorzitting voor de Dienst. Artikel 24, § 3 WEM voorzagt immers dat na de afloop van het onderzoek en voor het opstellen van het onderzoeksverslag de Dienst de betrokken ondernemingen (in het Frans „*les entreprises intéressées*” wat niet noodzakelijk hetzelfde betekent) oproept om hen de kans te geven hun opmerkingen kenbaar te maken.

In de GWEM voorziet artikel 24, § 3 nog steeds in de verplichting voor de verslaggever om de betrokken ondernemingen op te roepen opdat deze hun opmerkingen zouden kunnen voorleggen. Echter, anders dan voorheen, betreft artikel 24, § 3 GWEM enkel de hoorzitting inzake restrictieve mededingingspraktijken, terwijl de regels betreffende het onderzoek inzake concentraties neergelegd zijn in een nieuwe afdeling *5bis*, samengesteld uit de artikelen *32bis* en *32ter*. Deze artikelen voorzien niet dat de verslaggever alvorens zijn verslag op te stellen de partijen dient te horen. Inzake concentraties lijkt er derhalve geen wettelijke verplichting meer te bestaan om in de fase van het onderzoek door de Dienst (d.w.z. de verslaggever) een hoorzitting te organiseren(269). Dit laatste neemt niet weg dat de GWEM meer dan voldoende ruimte laat voor contacten tussen de verslaggever enerzijds en de betrokken partijen en eventueel de belanghebbende derden anderzijds. In het nieuwe artikel 23 van de GWEM wordt immers voorzien dat de verslaggevers alle noodzakelijke inlichtingen kunnen inwinnen bij de ondernemingen(270); dat zij bevoegd zijn om alle inlichtingen op te sporen en om alle nuttige vaststellingen te doen(271); dat zij alle inlichtingen kunnen verzamelen en alle geschreven of mondelinge verklaringen of getuigenissen mogen afnemen die zij nodig achten voor de vervulling van hun taak(272).

(269) Wellicht is dit te wijten aan een vergetelheid van de wetgever die niet altijd het parallelisme tussen de procedures inzake restrictieve mededingingspraktijken en deze inzake concentraties consequent heeft doorgetrokken.

(270) Art. 23, par. 2, alinea 1 GWEM.

(271) Art. 23, par. 3, alinea 2 GWEM.

(272) Art. 23, par. 3, alinea 4 GWEM.

105. De verslaggever legt zijn met redenen omkleed verslag met betrekking tot de aangemelde concentratie neer bij de Raad(273). Ten minste 15 dagen voor de zitting tijdens dewelke de Raad zal overgaan tot het onderzoek van de aangemelde concentratie stuurt de verslaggever een kopie van zijn verslag aan de ondernemingen op wier concentratie het onderzoek betrekking heeft, alsmede aan de vertegenwoordigers van de meest representatieve organisaties van werknemers van deze ondernemingen of aan diegenen die zij aanwijzen(274). Dat de vertegenwoordigers van de meest representatieve werknemersorganisaties automatisch een kopie van het verslag toegestuurd krijgen is nieuw. Onder de oorspronkelijke wet was hun rol beperkt tot de mogelijkheid om inzage en kopie te krijgen van het onderzoeksdossier(275). Het automatisch toesturen van het onderzoeksverslag geeft aan het verslag, dat per se vertrouwelijk is, de facto, een veel grotere verspreiding dan vroeger het geval was. In het licht hiervan mag gehoopt worden dat op de naleving van de bepalingen van de wet tot bescherming van het vertrouwelijk karakter van de door partijen en derden verstrekte gegevens strikt wordt toegezien(276).

106. Derden die een voldoende belang kunnen aantonen worden op hun vraag gehoord door de Raad. De wet definieert een aantal categorieën van personen die geacht worden voldoende belang te hebben en die derhalve het recht hebben om gehoord te worden tijdens de hoorzitting georganiseerd door de Raad. Dit geeft hen ook toegang tot het dossier, zodat ook zij op het secretariaat van de Raad inzage kunnen nemen van het dossier en er tegen betaling kopies van kunnen bekomen. Het betreft de leden van de bestuursorganen of de directieorganen van de ondernemingen die deelnemen aan de concentratie en de vertegenwoordigers van de meest representatieve werknemersorganisaties van deze ondernemingen of de personen die zij aanduiden(277).

Voor concentraties die plaatsvinden in sectoren die onder de controle of het toezicht staan van een openbare instelling of een overheids-

(273) Art. 32*bis*, par. 2 GWEM.

(274) Art. 32*bis*, par. 3 GWEM.

(275) Art. 27, par. 2 WEM.

(276) Volgens D. SZAFRAN, *o.c.*, 479, voetnoot 76, stelt dit geen probleem. Vraag is evenwel of de Voorzitter van de Raad ook reeds de vertrouwelijke elementen uit het verslag zal hebben gehaald voor het wordt toegezonden. Dit is enkel uitdrukkelijk voorzien in het kader van een procedure voorlopige maatregelen, art. 18 Koninklijk Besluit inzake procedures.

(277) Art. 32*quater*, par. 2, alinea 3 GWEM.

lichaam worden deze instellingen of overheidsorganen geacht een voldoende belang te hebben(278). Dit is een nieuwigheid. In dit verband kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Commissie voor Bank- en Financieuzen voor concentraties in de banksector, de Controledienst voor de Verzekeringen voor concentraties die het verzekeringswezen betreffen of, de bevoegde Orden van advocaten, voor het geval advocatenkantoren concentraties zouden aangaan waarbij de omzeldrempels overschreden worden.

Tenslotte heeft de Minister van Economische Zaken het recht om aan de Raad een nota te richten waarin hij in de betrokken zaak de elementen aanduidt die het algemeen beleid inzake economische mededinging kunnen beïnvloeden(279). De GWEM preciseert dat het indienen van dergelijke nota de Minister niet de hoedanigheid geeft van partij in de zaak. Op het eerste gezicht verrast deze bepaling, maar wellicht is zij ingegeven door de nieuwe bevoegdheden die aan de Ministerraad toegekend worden bij de goedkeuring van concentraties. Het zou kunnen dat men met deze bepaling beoogt te vermijden dat de Minister van Economische Zaken, wanneer hij zetelt in de Ministerraad krachtens artikel 10, § 6 GWEM, optreedt als rechter en partij.

5. Bekendmaking en kennisgeving van de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en de Ministerraad

107. Op niet minder dan drie verschillende plaatsen wordt in de GWEM omschreven hoe de beslissingen van de Raad voor de Mededinging inzake concentraties ter kennis worden gebracht van de betrokkenen: artikel 40*bis* GWEM, artikel 41, par. 2., lid 1, GWEM en art. 41, par. 2., lid 3, GWEM. De libellering van de betreffende bepalingen is niet uniform, wat betreurd mag worden. Zo worden beslissingen van de Raad inzake concentraties ter kennis gebracht van „de partijen, de eisers [sic] en de Minister”(280), „de ondernemingen op wier activiteiten het onderzoek betrekking had, alsook, in voorkomend geval, de indiener van de klacht”(281) en „de partijen die aan de concentratie hebben deelgenomen”(282). De beslissingen van de

(278) Art. 32*quater*, par. 2, alinea 2 GWEM.

(279) Art. 32*quater*, par. 2, alinea 4 GWEM.

(280) Art. 40*bis* GWEM.

(281) Art. 41, par. 2, alinea 1 GWEM.

(282) Art. 41, par. 2, alinea 3 GWEM.

Ministerraad worden dan weer „ter kennis gebracht van de partijen”(283). Op basis van deze beschrijving is niet meteen duidelijk of de vertegenwoordigers van de meest representatieve werknemersorganisaties, die steeds het recht hebben om gehoord te worden door de Raad, in kennis gesteld worden van de beslissing. Daar tegenover staat dan weer dat de onderneming die het voorwerp uitmaakt van de overnameovereenkomst wellicht wel in kennis gesteld wordt van de beslissing vermits het een onderneming is „op wiens activiteiten het onderzoek betrekking had”, terwijl deze onderneming voor het overige normaal gezien niet deelneemt aan de procedure. Kortom, de GWEM laat op dit punt aan duidelijkheid heel wat te wensen over. Voor het overige wordt, net zoals voorheen, voorzien dat de beslissingen van de Raad inzake concentraties gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad(284). Nieuw daarentegen zijn de bepalingen die voorzien dat de berichten waardoor bij ontstentenis van beslissing de concentratie toelaatbaar wordt geacht gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad, alsook dat de Commissie voor de Mededinging de beslissingen in de vorm bestemd voor publicatie in het Staatsblad ontvangt (resp. art. 41, par. 2., derde en vijfde lid). Aan te stippen valt tenslotte dat de beslissingen van de Ministerraad worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad(285). In geval van afwezigheid van een beslissing van de Ministerraad in verband met de toelaatbaarheid van een concentratie is niet uitdrukkelijk voorzien in een publicatie of kennisgeving.

F. HET HOGER BEROEP INZAKE CONCENTRATIES

108. De regels inzake hoger beroep tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging worden in algemene termen besproken elders in dit artikel. Specifiek voor wat betreft concentraties dient de aandacht gevestigd te worden op de volgende aspecten.

1. Beroep tot vernietiging bij de Raad van State

109. Artikel 43^{ter} GWEM voorziet dat een beroep tot vernietiging kan worden ingesteld bij de Raad van State tegen de beslissingen van

(283) Art. 41, par. 2, alinea 2 GWEM.

(284) Art. 41, par. 2, alinea 1 GWEM.

(285) Art. 41, par. 2, alinea 2 GWEM.

de Ministerraad inzake concentraties. Het beroep betreft enkel de wettigheid van de genomen beslissing en heeft geen schorsende werking(286). De termijn voor het instellen van het beroep bedraagt 30 dagen na de kennisgeving of de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van de beslissing van de Ministerraad(287).

De GWEM verduidelijkt niet wie gerechtigd is om een beroep tot vernietiging in te stellen, wat laat vermoeden dat terzake de algemene regels gelden die van toepassing zijn op het instellen van annulatieberoepen voor de afdeling Administratie van de Raad van State(288).

110. De GWEM voorziet dat de Minister, namens de Ministerraad, zijn schriftelijke opmerkingen zal indienen bij de Raad van State en het dossier kan raadplegen. Voorts is bepaald dat de Raad van State uitspraak doet aangaande concentraties met voorrang boven alle andere zaken. Dit houdt rekening met het feit dat de aanmeldende partijen snel uitsluitel moeten krijgen over het lot van hun operatie. Voor het overige zijn de gewone regels betreffende de procedure voor de Raad van State van toepassing. Bij een in Ministerraad overlegd Koninklijk Besluit kan hiervan evenwel worden afgeweken.

111. Wanneer de Raad van State tot vernietiging overgaat beschikt de Ministerraad over een nieuwe termijn van 30 dagen om uitspraak te doen, te rekenen vanaf het ogenblik dat het vernietigingsarrest van de Raad van State ter kennis wordt gebracht(289).

2. Enkele bijzonderheden aangaande het hoger beroep voor het Hof van Beroep te Brussel inzake concentraties

112. Artikel 43 GWEM voorziet in algemene bewoordingen dat tegen de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging beroep kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel. Artikel 43bis voegt daar in één adem aan toe dat tegen beslissingen waarbij de Raad voor de Mededinging de zaak terugstuurt naar de verslaggever geen afzonderlijk beroep kan worden ingesteld. Voor wat betreft concentraties valt de beslissing van de Raad om de tweede fase te openen wellicht onder deze

(286) Art. 43ter, par. 3 GWEM.

(287) Art. 43ter, par. 1, tweede alinea GWEM.

(288) Art. 43ter, par. 3, laatste alinea GWEM.

(289) Art. 43ter, par. 3, 5de alinea GWEM.

algemene omschrijving(290). Inderdaad, als de Raad ingeval van ernstige twijfel beslist om de tweede fase te openen, dan stuurt hij de zaak terug naar de verslaggever voor bijkomend verslag(291). Tegen deze beslissing staat beroep open, echter geen afzonderlijk beroep. Dit betekent dat de kwestie opgeworpen kan worden als onderdeel van een beroepsprocedure tegen de uiteindelijke beslissing van de Raad aangaande de toelaatbaarheid van de aangemelde concentratie.

113. Vastgesteld moet worden dat de nieuwe regels betreffende het hoger beroep inzake concentraties aanleiding kunnen geven tot complexe procedurekwesties, vermits dezelfde beslissing van de Raad voor de Mededinging, weze het op verschillende gronden, aangevochten kan worden voor verschillende instanties(292). Zonder dit exhaustief te willen behandelen zou men zich volgende scenario's kunnen indenken:

- de Raad voor de Mededinging neemt een beslissing waarbij de aangemelde concentratie toelaatbaar wordt geacht, mits het naleven door de betrokken ondernemingen van bepaalde voorwaarden. Een concurrent die tussengekomen is in de procedure voor de Raad voor de Mededinging stelt hoger beroep in tegen de beslissing voor het Hof van Beroep te Brussel omdat, in zijn ogen, de opgelegde voorwaarden onvoldoende zijn om het ontstaan of het versterken van een machtspositie te beletten. De aanmeldende partijen daarentegen brengen de zaak voor de Ministerraad om bij toepassing van artikel 34*bis* GWEM de opheffing te bekomen van de opgelegde voorwaarden. De Ministerraad weigert de opgelegde voorwaarden op te heffen, of doet dit slechts gedeeltelijk, waarop de aanmeldende partijen een beroep tot vernietiging instellen bij de Raad van State.
- De Raad voor de Mededinging neemt een beslissing waarbij de aangemelde concentratie ontoelaatbaar of voorwaardelijk toelaatbaar geacht wordt, waarop de aanmeldende partijen een beroep indienen zowel voor het Hof van Beroep te Brussel als voor de Ministerraad. In het eerste beroep betwisten zij dat de aangemelde

(290) Bevestiging van dit standpunt kan wellicht gevonden worden in art. 41, par. 2., 8ste alinea, in fine GWEM, waar bepaald wordt dat een beslissing om de procedure bepaald in artikel 34 te openen (d.w.z. de tweede fase) geen definitieve beslissing is. Merkwaardig genoeg is deze bepaling terug te vinden in een paragraaf die betrekking heeft op de kennisgeving en bekendmaking van beslissingen van de Ministerraad inzake concentraties.

(291) Art. 34, par. 1 GWEM.

(292) V. DIRCKX, *o.c.*, p. 109, nr 57.

concentratie leidt tot de creatie of versterking van een machtspositie; in het tweede beroep steunen zij zich op overwegingen van algemeen belang. De Ministerraad staat de verwezenlijking van de concentratie toe, waarop een derde belanghebbende zich wendt tot de Raad van State.

Waar het enerzijds duidelijk is dat de nieuwe regeling voorziet in diverse beroepsmogelijkheden, blijkt anderzijds dat de rechtsonderhorige misschien niet steeds afdoende beschermd wordt. Zo lijkt het dat geen beroep mogelijk is voor de Ministerraad indien het Hof van Beroep te Brussel een beslissing van de Raad voor de Mededinging houdende de toelaatbaarheid van de aangemelde concentratie vernietigt en de concentratie verbiedt. Immers, artikel 34*bis* GWEM is zodanig gelibelleerd dat enkel beslissingen van de Raad voor de Mededinging gevisieerd worden. Een andere situatie waar de rechtsonderhorige mogelijk in de kou blijft is deze waar de Raad voor de Mededinging de wettelijke voorziene maximumtermijn voorbij laat gaan zonder een beslissing te nemen. In dat geval wordt de concentratie toelaatbaar geacht, maar is het niet meteen duidelijk of hoger beroep kan worden ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel, dit omdat er *prima facie* geen beslissing is waartegen hoger beroep kan worden ingesteld(293). Wanneer de Raad voor de Mededinging systematisch gebruik zou maken van het laten verstrijken van de termijn om aangemelde concentraties „stilzwijgend” goed te keuren (zoals dit in het verleden voorkwam), kan dit ervaren worden als een vrij grote lacune in de bescherming van de rechtsonderhorige. Ten slotte blijft ook onduidelijkheid bestaan over de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen een beslissing van de Raad over het al dan niet omkeerbaar karakter van de maatregelen genomen door ondernemingen alvorens de Raad zich over de toelaatbaarheid van de concentratie heeft uitgesproken(294).

(293) In een bespreking van de oorspronkelijke wet heeft Raadsheer Londers in voorzichtige termen gewezen op een mogelijk tekstargument waarbij het stilzitten van de Raad op het einde van de tweede fase gelijkgesteld zou kunnen worden met het nemen van een gunstige beslissing, waartegen normalerwijze een beroepsmogelijkheid zou moeten openstaan (G. LONDERS, *De controle op de toepassing van het Belgische mededingsrecht door de hoven en rechtbanken in Wet tot bescherming van de economische mededinging. Haar werking., o.c., 71*). Als dit argument gevolgd kan worden, dan blijft het overeind onder de nieuwe wet. De terminologie gebruikt in artikel 34, par. 1. GWEM is vrijwel gelijklopend met deze van artikel 33, par. 3, alinea 4 WEM (althans in de Franstalige tekst van het artikel). Indien een beroep tegen het stilzitten van de Raad in de tweede fase mogelijk is, dan moet dit ook, omwille van de coherentie, voor het stilzitten in de eerste fase gelden.

(294) Zie, ook over de onduidelijkheid onder de oude wet: P. DE VROEDE, *o.c.*, p. 364, nr. 483.

G. DE INHOUDELIJKE TOETSING VAN DE TOELAATBAARHEID VAN CONCENTRATIES

114. Het oogmerk van dit artikel is niet om een overzicht te geven van de inhoudelijke toetsing van concentraties door de Raad in het verleden. Dit is in andere bijdragen reeds omstandig gebeurd. Wel wordt gepoogd om aan de hand van een aantal markante tweede fase-beslissingen de accenten te achterhalen die de Raad heeft gelegd bij de inhoudelijke toetsing van concentraties. Verder willen we oog hebben voor de gewijzigde formuleringen in de GWEM, evenals voor bepaalde recente ontwikkelingen op Europees vlak.

1. Wettelijke formulering

115. De al dan niet toelaatbaarheid van een concentratie hangt wezenlijk af van de vraag of zij een machtspositie in het leven roept of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd(295). Is dit het geval, dan moet de concentratie ontoelaatbaar verklaard worden. In het andere geval, moet zij toelaatbaar verklaard worden(296).

2. Accenten in de beslissingspraktijk van de Raad

116. Bij een analyse van de beslissingen die de Raad tot op heden genomen heeft aan het einde van een tweede fase valt er zeker geen vast stramien op het stuk van de mededingingsrechtelijke toetsing te onderkennen. In een poging om een en ander te systematiseren kan op volgende accenten gewezen worden.

117. In *Parfumerie Douglas GmbH en Compartilux SA*(297) wijst de Raad er terecht op dat de concentratiecontrole de aantasting van de mededingsstructuur betreft en niet concreet marktgedrag:

„Tandis que l'article 3 de la loi précitée tend à empêcher que l'entreprise exploite de façon abusive la position qu'elle occupe sur le marché en cause, c'est-à-dire qu'elle obtienne des avantages qu'elle n'aurait pu obtenir si une concurrence effective régnait sur le marché (tests de résultat et non plus de comportement), l'article 10,

(295) Art. 10, par. 4 GWEM.

(296) Art. 10, par. 3 GWEM.

(297) Raad voor de Mededinging 18 mei 1994, zaak nr. 94-C/C-14, B.S. 12 juli 1994, 18412.

par. 2 de cette même loi, texte applicable en l'espèce, s'attache à réprimer les atteintes portées à l'une ou l'autre des structures significatives de la concurrence effective, par le fait même de l'acquisition ou du renforcement d'une position dominante. Dans cette dernière hypothèse, seule prévaut la situation du marché, indépendamment des intentions ou des objectifs poursuivis par l'entreprise qui vise à acquérir ou à renforcer une position dominante. La question est donc de savoir si cette position une fois établie, risque d'affaiblir le degré de concurrence existant déjà sur le marché ou d'entraver le développement de cette concurrence."

118. Op grond van een gelijkaardige overweging vereist de Europese Commissie structurele oplossingen voor problematische concentraties en zal zij niet snel geneigd zijn om beperkingen op het vlak van het concrete marktgedrag als een adequate remedie te aanvaarden. De Raad voor de Mededinging is de Commissie hierin niet gevolgd. In *Majestiek en Claeys Invest*(298) legde de Raad onmiskenbaar marktgedragbeperkingen als voorwaarde op voor de toelaatbaarheid van de concentratie. Zo wordt aan de nieuwe groep het recht ontzegd om „aanzienlijk betere promotie [te] voeren voor films die de groep verdeelt” of om „op onredelijke wijze meer gunstige criteria [te] eisen voor deze producten inzake programmatie, looptijd of zaalkeuze”. Het wordt afwachten of de Raad dezelfde koers zal blijven volgen, dan wel zijn beleid zal bijsturen in de richting die de Europese Commissie momenteel volgt.

119. Een ander belangrijk accent gelegd door de Raad houdt verband met het belang van de marktaandeelen van de betrokken spelers in het kader van de concentratiecontrole. In *Parfumerie Douglas GmbH en Compartilux SA*(299) wordt dit punt uitdrukkelijk behandeld:

„A la différence d'autres législations, la loi belge ne fixe pas de seuil d'interdiction d'une concentration fondé sur un quantum déterminé de la part de marché. L'utilisation d'un tel critère de structure, comme on l'a déjà relevé, bien qu'il puisse être l'indice révélateur d'une marge d'action prépondérante, doit être corroborée par d'autres éléments."

Deze zienswijze van de Raad kan alleen maar bijgetreden worden.

(298) Raad voor de Mededinging 17 november 1997, zaak nr. 97-C/C-25, B.S. 5 februari 1998, 3276.

(299) B.S. 12 juli 1994, 18415.

120. Het voorgaande betekent evenwel niet dat de marktaandelen als toetsingsinstrument naar het tweede plan zijn verdreven. In nagenoeg alle concentratiedossiers start de analyse van de Raad met een evaluatie van de marktaandelen van de betrokken ondernemingen en hun concurrenten. Daarnaast komen echter geregeld andere factoren aan bod. In Parfumerie Douglas GmbH en Compartilux SA(300) worden deze bijkomende factoren als volgt samengevat:

„La marge d'action particulière à moyen terme dont disposerait à l'avenir l'entreprise qui acquiert une position dominante, peut être présumée dès l'instant où sont réunis plusieurs facteurs dont aucun pris isolément n'est déterminant. Parmi ces facteurs figurent notamment la part de marché, l'existence de barrières à l'entrée sur le marché en cause, que ces barrières soient technologiques, commerciales, financières ou réglementaires, qui rendent son accès difficile, l'existence d'un réseau commercial extrêmement perfectionné ainsi que l'absence de concurrence potentielle (Doc. Parl., Sénat, loc. cit., p. 25). A ces tests de structure, on peut ajouter comme critère complémentaire de prépondérance, la puissance financière de l'entreprise en ce compris ses possibilités de financement externe.”

De meeste van deze factoren zijn effectief aan bod gekomen in de beslissingspraktijk van de Raad. Zo werd er veel aandacht besteed aan de openheid van de markt c.q. het bestaan van toegangsbarrières(301). Ook de potentiële concurrentie(302) en de financiële sterkte van de ondernemingen betrokken bij de concentratie(303) werden aangestipt.

(300) B.S. 12 juli 1994, 18414.

(301) Zie o.a. Raad voor de Mededinging 18 mei 1994, zaak nr. 94-C/C 14 (Parfumerie Douglas GmbH en Compartilux SA), B.S. 12 juli 1994, 18416; Raad voor de Mededinging 19 december 1996, zaak nr. 96-C/C-29 (Callebaut AG), B.S. 21 februari 1997, 3597; Raad voor de Mededinging 26 mei 1998, zaak nr. 98-C/C-10, (Bodycote Internationaal plc en HIT SA), B.S. 1 juli 1998, 21627.

(302) Zie o.a. Raad voor de Mededinging 19 december 1996, zaak nr. 96-C/C-29 (Callebaut AG), B.S. 21 februari 1996, 3597, waarin de Raad tot de conclusie kwam dat de betrokken ondernemingen geen potentiële concurrentie te vrezen hadden omdat het uitermate onwaarschijnlijk werd geacht dat er zich binnen de 3 jaar nieuwe spelers op de Belgische markt zouden aandienen. Anders lag het in DHL International N.V. en Express Line N.V. (Raad voor de Mededinging 16 januari 1995, zaak nr. 95-C/C-2, B.S. 8 maart 1995, 5275) waarin de Raad vaststelde dat er naast een effectieve ook „een steeds dreigende potentiële concurrentie” was omdat spelers uit aanverwante markten snel konden overstappen naar de onderzochte markt.

(303) Zie o.a. Raad voor de Mededinging 18 mei 1994, zaak nr. 94-C/C-14 (Parfumerie Douglas GmbH en Compartilux SA), B.S. 12 juli 1994, 18415; Raad voor de Mededinging 19 december 1996, zaak nr. 96-C/C-29 (Callebaut AG), B.S. 21 februari 1997, 3597. Deze factor kan ook in het voordeel spelen van de partijen betrokken bij de concentratie als blijkt dat hun concurrenten financieel sterk staan of deel uitmaken van financieel sterke groepen. Zie o.a. Raad voor de Mededinging 16 januari 1995, zaak nr. 95-C/C-2 (DHL International N.V. en Express Line N.V.), B.S. 8 maart 1995, 5275; Raad voor de Mededinging 11 april 1995, zaak nr. 95-C/C-9 (Le Chèque Repas CR SA en Publichèque SA), B.S. 24 augustus 1995, B.S. 24 augustus 1995, 24261.

Daarnaast heeft de Raad echter ook terdege rekening gehouden met factoren als de sterkte van de vraagzijde („*countervailing buying power*”)(304), het belang en de mogelijkheden op het stuk van de captieve productie(305), de druk die de bij de concentratie betrokken afnemers kunnen uitoefenen op hun leveranciers(306) en de al dan niet precaire commerciële situatie waarin de overgenomen onderneming zich bevindt („*failing company defense*”)(307).

121. Voorlopig blijft het moeilijk om een vast patroon in de analyse van concentraties door de Raad te onderkennen. Een eenvoudige illustratie vormen de zaken waarin de nummer één speler op de markt een kleinere speler verwerft. In NV Gallea Cosmetics e.a.(308) wees de Raad op de kleine omvang van de overgenomen ondernemingen en besloot dat „het om een kleine verhoging met weinig gevolgen op de markt” ging. In The Coca-Cola Company en Cadbury Schweppes plc(309) ging dit argument niet op en stelde de Raad dat „*les caractéristiques du marché font que toute augmentation, même minime, de*

(304) Zie o.a. Raad voor de Mededinging 11 april 1995, zaak nr. 95-C/C-9 (Le Chèque Repas CR S.A. en Publichèque SA), *B.S.* 24 augustus 1995, 24260 (In deze zaak werd beklemtoond dat de klanten niet afhankelijk waren van hun leveranciers omdat zij zeer eenvoudig konden switchen); Raad voor de Mededinging 19 december 1996, zaak nr. 96-C/C-29 (Callebaut AG), *B.S.* 21 februari 1997, 3597 (In deze zaak hechtte de Raad veel belang aan het feit dat Callebaut het cliënteel in hoge mate had gefideliseerd en dat Callebaut „*le partenaire obligé des distributeurs indépendants en Belgique*” was geworden). Raad voor de Mededinging 26 mei 1998, zaak nr. 98-C/C-10 (Bodycote International plc en HIT SA), *B.S.* 1 juli 1998, 21627 (In deze zaak overwoog de Raad dat „*les principaux clients sont des entreprises qui font partie de grands groupes industriels internationaux et qui, de par leur importance, jouissent d'un grand pouvoir de négociation*”).

(305) Hoe met captieve productie (d.i. productie voor eigen gebruik of verwerking) dient omgegaan te worden in het kader van de concentratie-controle-analyse is niet evident. Raad voor de Mededinging 19 december 1996, zaak nr. 96-C/C-29 (Callebaut AG), *B.S.* 21 februari 1997, 3597 (Hier wees de Raad op het feit dat het bijzonder onwaarschijnlijk was, enerzijds, dat het bestaand cliënteel zou kunnen reageren tegen de marktmacht van Callebaut door captief te gaan werken en, anderzijds, dat de bestaande captieve operatoren op de vrije markt actief zouden worden). Raad voor de Mededinging 26 mei 1998, zaak nr. 98-C/C-10 (Bodycote International plc en HIT SA), *B.S.* 1 juli 1998, 21627 (In deze zaak was een factor van belang dat het cliënteel wel gemakkelijk relatief vlot kon overschakelen naar captieve productie).

(306) In dit kader werd o.a. veel aandacht besteed aan de markant betere voorwaarden die de bij de concentratie betrokken ondernemingen konden bekomen bij hun leveranciers. Zie o.a. Raad voor de Mededinging 18 mei 1994, zaak nr. 94-C/C-14 (Parfumerie Douglas GmbH en Compartilux SA), *B.S.* 12 juli 1994, 18416; Raad voor de Mededinging 17 november 1997, zaak nr. 97-C/C-25 (Majestiek en Claeys Invest), *B.S.* 5 februari 1998, 3283.

(307) Zie o.a. Raad voor de Mededinging 12 december 1994, zaak nr. 94-C/C-41 (N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij en de aandeelhouders van N.V. Het Volk), *B.S.* 28 januari 1995, 2021; Raad voor de Mededinging 12 januari 1998, zaak nr. 98-C/C-2 (N.V. Gallea Cosmetics e.a.), *B.S.* 12 maart 1998, 6665.

(308) Raad voor de Mededinging 12 januari 1998, zaak nr. 98-C/C-2, *B.S.* 12 maart 1998, 6663.

(309) Raad voor de Mededinging 26 april 1999, zaak nr. 99-C/C-4, *B.S.* 7 juli 1999, 25516.

la position de TCCC constitue un risque supplémentaire d'entrave à la libre concurrence". Dit standpunt staat toch wel in contrast met de beslissing van de Raad in Le Chèque Repas CR SA en Publichèque SA(310) waar de overname van Publichèque (met 7% van de markt) door Le Chèque Repas (met 55,2% van de markt) geen probleem werd geacht, en dit ondanks het feit dat er (na de overname) slechts één andere speler op de markt overbleef.

3. Formulering in de GWEM

122. Met het oog op de inhoudelijke toetsing van concentraties heeft de wetgever een waslijst van factoren opgesteld waarmee de Raad rekening dient te houden(311):

- de structuur van alle betrokken markten;
- de bestaande of potentiële mededinging van binnen of buiten België gevestigde ondernemingen;
- de marktpositie van de betrokken ondernemingen;
- hun economische en financiële macht;
- de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers;
- hun toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten;
- de feitelijke of juridische hinderpalen voor de toegang tot de markt;
- de ontwikkeling van vraag en aanbod in verband met de betrokken producten of diensten;
- de belangen van de tussen- en eindverbruikers;
- de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang (voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging).

Hoewel deze lijst vrijwel woordelijk overgenomen is uit Verordening 4064/89 (Art. 2, lid 1) heeft de wetgever met deze lijst de Raad geen dienst bewezen. De lijst is namelijk duidelijk onvolledig. Van cruciaal belang bij de inhoudelijke analyse in een concentratiecontrolezaak is de vraag of de nieuwe entiteit in staat is om zonder merkbare nadelen de prijzen te verhogen met een significant percentage. Dit is de vraag

(310) Raad voor de Mededinging 11 april 1995, zaak nr. 95-C/C-9, B.S. 24 augustus 1995, 24260.

(311) Art. 10, par. 2 GWEM.

die in de Europese praktijk op de voorgrond wordt geplaatst⁽³¹²⁾ en het lijkt ons dat aan dit criterium in de Belgische praktijk eveneens belang moet worden gehecht. Een ander belangrijk aspect dat hoogstens impliciet in de lijst van artikel 10, par. 2 GWEM wordt aangestipt is de inkoopmacht van de afnemers. Het is nochtans niet alleen essentieel om de structuur van de aanbodzijde te onderzoeken. Daarnaast dient aandacht te worden besteed aan de structuur van de vraagzijde⁽³¹³⁾.

123. Enigszins verscholen in de GWEM⁽³¹⁴⁾ wordt nog een bijkomend criterium aangereikt. De wetgever voorziet dat „wanneer de betrokken ondernemingen samen minder dan 25% van de betrokken markt controleren, [...] de concentratie toelaatbaar [wordt] verklaard.” Dit is een niet onbelangrijk gegeven. Verhoopt mag worden dat ingevolge deze uitdrukkelijke (en dwingende) bepaling, de Dienst en de Raad bereid zullen zijn om concentraties die deze drempel niet halen soepel te behandelen. Deze soepele behandeling zou erin kunnen bestaan dat de betrokken ondernemingen in belangrijke mate ontheven worden van het verzamelen van informatie met het oog op het invullen van het aanmeldingsformulier. Daarnaast zouden deze concentraties sneller kunnen goedgekeurd worden. De ervaring met buitenlandse aanmeldingen leert dat dit elders inderdaad zo gebeurt. Het bekomen van een goedkeuring in een tiental dagen is daar niet ongebruikelijk wanneer vaststaat dat de aangemelde concentratie toelaatbaar is.

124. Naast het voormelde voorziet de GWEM⁽³¹⁵⁾ specifieke richtlijnen om het coördinatierisico in het kader van joint ventures te beoordelen. De criteria van artikel 2 GWEM vormen hierbij het uitgangspunt. Voorts wordt uitdrukkelijk bepaald dat de Raad in zijn beoordeling rekening houdt met, onder meer, het significant en gelijktijdig actief blijven van twee of meer oprichtende ondernemingen op dezelfde markt als die van de gemeenschappelijke onderneming, op

(312) J. FAULL, A. NIKPAY, *o.c.*, 52. De verzoeken om inlichtingen die de Europese „*Task Force Concentraties*” uitsuurt naar klanten en concurrenten peilen vrijwel systematisch naar de reactie van de klanten indien de nieuwe entiteit haar prijzen met 5-10 % zou verhogen. Bij de gekozen percentages (5 à 10 %) kunnen wel vragen gesteld worden, doch dit is niet de plaats om op dit thema verder in te gaan.

(313) In bepaalde Europese procedures is de marktmacht aan de vraagzijde zelfs de doorslaggevende factor gebleken bij het goedkeuren van een concentratie (zie Commissiebeschikking van 25 november 1998, zaak IV/M.1225, Enso/Stora).

(314) Art. 33, par. 2a, *in fine* GWEM.

(315) Art. 10, par. 5 GWEM.

een downstream- of upstreammarkt van laatstgenoemde markt of op een nauw met die markt verbonden aangrenzende markt en met de mogelijkheid die aan de betrokken ondernemingen wordt gegeven om, via de coordinatie die het rechtstreeks gevolg is van de oprichting van die gemeenschappelijke onderneming, de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten en diensten uit te schakelen. Deze omschrijving werd overgenomen van artikel 2, lid 4 van Verordening 4064/89, zodat men mag aannemen dat de Europese beschikkingen genomen in toepassing van deze bepaling richtinggevend zullen zijn voor de Raad.

4. De Europese praktijk

125. Het valt op dat tot op heden de Raad slechts zelden in detail is dienen in te gaan op de inhoudelijke toetsing van aangemelde concentraties. Evenmin werd tot op heden de concentratiecontrolepraktijk van de Raad onderworpen aan een echt kritische toets door het Hof van Beroep te Brussel. Feit is dat de zaken anders liggen op Europees vlak. Na een initiële fase heeft de Europese Commissie haar analysekader verfijnd en worden de aanmeldingen grondiger onderzocht met een duidelijk oog voor de economische gevolgen van de aangemelde concentratie. Het is nuttig een aantal van deze Europese ervaringen kort te schetsen. Daarbij wordt geenszins gestreefd naar volledigheid. Veeleer betreft het enkele *capita selecta* die omwille van de voorbeeldfunctie van het Europese concentratiecontrolegebeuren in de toekomst een rol kunnen spelen bij de inhoudelijke beoordeling van concentraties naar Belgisch recht.

126. Gezien de concentratiecontrole in belangrijke mate peilt naar de marktmacht van de betrokken ondernemingen is het essentieel om de markt waarbinnen de marktmacht van de nieuwe entiteit dient gemeent te worden correct af te bakenen. De Europese Commissie heeft terzake een specifieke Bekendmaking gepubliceerd⁽³¹⁶⁾. Deze Bekendmaking⁽³¹⁷⁾ leert dat de belangrijkste test bij de marktafbakening de substitueerbaarheid aan de vraagzijde is. Daarnaast is er de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en de potentiële mededinging. Het meten van de substitueerbaarheid aan de vraagzijde vereist een antwoord op de vraag „of de afnemers van de partijen, als gevolg van

(316) Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *P.B. C* 1997, 5.

(317) Randnummer 13.

een hypothetische geringe (tussen 5% en 10%) duurzame verhoging van de prijs van de onderzochte producten en in de betrokken gebieden zouden overschakelen op gemakkelijk verkrijgbare vervangproducten of op leveranciers die elders zijn gevestigd”(318). Als dit het geval is, worden de producten c.q. de gebieden in kwestie bij de relevante markt gerekend.

In het bijzonder bij de geografische marktafbakening dient erover gewaakt te worden om methodologisch correct te werk te gaan. Gelet op de voortschrijdende Europese integratie(319) dient iedere reflex om de markt quasi-automatisch als Belgisch (of kleiner dan Belgisch) af te bakenen afgezworen te worden. Dat deze reflex bij de Raad aanwezig is, kan bezwaarlijk ontkend worden. Een goed voorbeeld vormt de beslissing van de Raad in *Bodycote International plc en HIT SA*(320). In die beslissing wordt in één zinnetje geponeerd dat België de geografische relevante markt vormt. Dit wordt gesteld zonder enige argumentatie. Nochtans had de Dienst in zijn onderzoek vastgesteld dat de markt relatief open is en dat buitenlandse concurrentie mogelijk was, zelfs zonder locale inplanting. Het komt ons voor dat, met die vaststellingen van de Dienst, de Raad onmogelijk de analyse van de geografische markt kon overslaan in de beslissing.

127. Na de afbakening van de relevante producten- en geografische markt is het zaak om een correcte dominantie-analyse door te voeren. Hierbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de dominantie van de nieuwe entiteit op zich („*single company dominance*”) en een situatie van collectieve dominantie. Recent is vooral dit laatste concept op Europees vlak op de voorgrond getreden.

Bij de dominantie-analyse rijst (opnieuw) de vraag of de nieuwe entiteit in staat is om een voldoende significante prijsverhoging (klassiek 5-10%) door te voeren. Indien dit (nagenoeg straffeloos) kan gebeuren, vormt dit een belangrijke indicatie van dominantie. Vraag is echter via welke methodologie dit punt kan geverifieerd worden. De Europese Commissie opteert hierbij in de eerste plaats voor het stellen van (schriftelijke) vragen aan de klanten. De waarde van de verkregen antwoorden hangt evenwel samen met de representativiteit van de aangeschreven klanten, de mate van respons en de formulering van de vragen. Vermoedelijk ingevolge de terechte vraagtekens die kunnen

(318) Randnummer 17.

(319) Zie, Bekendmaking, randnummer 32.

(320) Raad voor de Mededinging 26 mei 1998, zaak nr. 98-C/C-10, B.S. 1 juli 1998, 21626.

geplaatst worden bij veel van dit soort onderzoeken, neemt de Europese Commissie ook haar toevlucht tot kwantitatieve studies(321).

In het licht van voormelde problematiek staat één ding echter vast. Een correcte dominantie-analyse mag niet verworden tot een loutere optelling van marktaandeelen. In Mercedes/Kässbohrer(322) heeft de Europese Commissie dit punt duidelijk onderstreept:

„Hoge marktaandeelen rechtvaardigen op zich geen vermoeden van het bestaan van een machtspositie. Het bestaan van een machtspositie kan in elk geval niet worden aangenomen indien er andere structurele factoren aanwezig zijn die de concurrentievoorwaarden in een nabije toekomst kunnen veranderen en de betekenis van de marktaandeelen van de samengevoegde onderneming relativeren. [...] Zulke structurele factoren zijn bijvoorbeeld de bekwaamheid van de huidige concurrenten om de handelingsvrijheid van de nieuwe onderneming te beperken, de verwachting van een merkbare toename van de potentiële mededinging van machtige concurrenten, de eventuele snelle betreding van de markt of de koopkracht van belangrijke afnemers.”(323)

Overdreven aandacht voor marktaandeelen is derhalve ongepast. De echte test houdt verband met de contesteerbaarheid van de marktpositie van de nieuwe entiteit. Historische marktaandeelen kunnen terzake informatief zijn, doch geenszins decisief. Zoals eerder aangehaald, lijken de Belgische wetgever en de Raad op dit punt op dezelfde golflengte als de Europese Commissie te zitten.

128. Tot slot loont het de moeite kort aandacht te besteden aan het thema van de collectieve dominantie. Op Europees vlak wordt meer en meer de nadruk gelegd op dit fenomeen. In de recente *Airtours/First Choice*(324) beschikking werd een concentratie zelfs op deze grond ontoelaatbaar geacht. Het is niet zonder belang dat met het begrip „collectieve dominantie” niet te losjes wordt omgesprongen. Vast staat echter wel dat collectieve dominantie geen actieve collusie vereist tussen de betrokken ondernemingen. In *Airtours/First Choice* vat de Commissie, onder verwijzing naar haar *Gencor/Lonrho* beschikking, een en ander als volgt samen:

„... een collectieve machtspositie kan zich voordoen wanneer het louter zich aanpassen door leden van het oligopolie aan de markt-

(321) J. FAULL en A. NIKPAY, *o.c.*, 242.

(322) Commissiebeschikking 14 februari 1995, zaak IV/M.477.

(323) *O.c.*, randnummer 65.

(324) Commissiebeschikking 22 september 1999, zaak IV/M.1524.

omstandigheden anti-concurrentieel parallel gedrag veroorzaakt waardoor het oligopolie dominant wordt. Om die reden wordt actieve collusie niet vereist opdat de leden van het oligopolie dominant zouden worden en zich in wezenlijke mate onafhankelijk opstellen van hun overblijvende concurrenten, hun afnemers en, uiteindelijk, de consument.”(325)

Tot op heden heeft de leer van de collectieve dominantie nog niet echt ingang gevonden in de Belgische concentratiecontrole. Nochtans heeft de Raad reeds zaken te behandelen gekregen(326), waarin dit thema nuttig had kunnen onderzocht worden.

129. Het op een juridisch en economisch verantwoorde wijze invoeren van deze en andere aan het Europees recht ontleende concepten in de Belgische concentratiecontrole vormt een uitdaging voor de Dienst en de Raad. Het succes van de doorgevoerde hervorming van het Belgisch concentratiecontrolebeleid zal in hoge mate afhangen van het welslagen van deze opdracht.

V. Prejudiciële procedure

130. Naast de wijzigingen aan de concentratiecontrole vormt de aanpassing van de prejudiciële procedure één van de belangrijkste hervormingen resulterend uit de GWEM. Als de rechterlijke macht deze procedure correct toepast, zal zij impliceren dat het Hof van Beroep te Brussel de rechterlijke instantie bij uitstek wordt bij de toepassing van het Belgisch mededingingsrecht. Het objectief van de wetgever was ongetwijfeld om, via deze procedure, een vrij hoge mate van eenvormigheid te verkrijgen in de rechterlijke toepassing van de Belgische mededingingsregels.

131. Een eerste belangrijke vernieuwing betreft het al dan niet verplichtend karakter van de prejudiciële procedure. Art. 42 WEM liet de

(325) Vrije vertaling van de volgende passage uit randnummer 53 „*a collective dominant position can occur where a mere adaptation by members of the oligopoly to market conditions causes anti-competitive parallel behaviour whereby the oligopoly becomes dominant. Active collusion would therefore not be required for members of the oligopoly to become dominant and to behave to an appreciable extent independently of their remaining competitors, their customers and, ultimately, the consumers.*”

(326) Zie o.a. Raad voor de Mededinging 11 april 1995, zaak nr. 95-C/C-9 (Le Chèque Repas CR SA en Publichèque SA), B.S., 24 augustus 1995, 24260. In deze zaak bleven er na de concentratie op de relevante markt slechts 2 actoren die respectievelijk 2/3 en 1/3 van de markt voor hun rekening namen.

rechter, waarbij een zaak aanhangig was, duidelijk de keuze om al dan niet een vraag te stellen aan het Hof van Beroep te Brussel. De wettekst luidde: „Wanneer de oplossing van een geschil afhangt van het geoorloofd karakter van een mededingingspraktijk als bedoeld bij deze wet, *kan* de rechter [...] de uitspraak uitstellen en het Hof van Beroep te Brussel raadplegen”. De GWEM brengt aan dit regime een belangrijke wijziging. Met uitzondering van het Hof van Cassatie „*moet* het gerecht waarbij de zaak aanhangig is gemaakt [...] de uitspraak uitstellen en het Hof van Beroep te Brussel raadplegen”.(327)

Uitgangspunt om uit te maken of de prejudiciële procedure verplichtend moet toegepast worden is de vraag of de oplossing van een geschil afhangt van het geoorloofde karakter van een mededingingspraktijk als bedoeld in de GWEM. Het moge duidelijk zijn dat deze situatie zich in tal van omstandigheden kan voordoen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij een contractuele vordering waarbij een partij de onafdwingbaarheid van een contractuele verplichting inroept op mededingingsrechtelijke gronden. Eerder courant zullen mededingingsrechtelijke vragen opkomen in het kader van de WHPC. Bijvoorbeeld, als een wederverkoper niet toegelaten wordt tot een georganiseerd distributiesysteem zal dit doorgaans een mededingingsrechtelijke vraag oproepen. Ook in de sfeer van de intellectuele eigendomsrechten mag men zich verwachten aan mededingingsrechtelijke argumenten. Dit zijn slechts enkele voorbeelden.

Essentieel is en blijft dat de oplossing van het geschil dient af te hangen van het al dan niet geoorloofd karakter van een mededingingspraktijk. Als de rechter het geschil volledig kan oplossen zonder dat de mededingingsrechtelijke vraag dient aangesneden te worden, dient geen rekening gehouden te worden met de prejudiciële procedure. Het beste voorbeeld hiervan is de problematiek van de onontvankelijkheid. Als een vordering onontvankelijk is (op gronden die geen verband houden met het mededingingsrecht), dan is er geen noodzaak om een prejudiciële vraag te stellen. De GWEM heeft dit uitdrukkelijk opgenomen in art. 42*bis*, par. 2. Deze uitdrukkelijke vermelding is echter enigszins overbodig. Als de vordering onontvankelijk is (bijvoorbeeld bij gebrek aan het vereiste belang), is het evident dat de oplossing van het mededingingsrechtelijke vraagstuk niet essentieel is voor de oplossing van het geschil.

(327) Art. 42*bis*, par. 1 GWEM.

Naast het voormelde voorziet de GWEM(328) uitdrukkelijk drie gevallen waarin de rechter evenmin gehouden is tot het stellen van een prejudiciële vraag(329):

- (1) wanneer het Hof van Beroep te Brussel reeds uitspraak heeft gedaan over een vraag of een beroep met hetzelfde voorwerp. Deze uitzondering lijkt *prima facie* evident, doch vergt toelichting. De uitzondering lijkt o.i. toepassing te kunnen vinden indien een vraag in eerste aanleg werd gesteld en indien de mededingingsrechtelijke vraag essentieel in dezelfde formulering aan de orde is in de beroepsprocedure. Echter, eens een soortgelijke vraag opkomt in een procedure met andere partijen, zal de rechter waakzaam dienen te zijn. Immers, indien de marktpositie van de partijen in deze tweede procedure verschilt van deze betrokken in de eerste procedure of als de tweede zaak handelt over een andere producten- of dienstenmarkt, is het verre van evident dat de mededingingsrechtelijke vraag noodzakelijkerwijze op dezelfde wijze dient beslecht te worden. Verder is er de tijdsfactor. Het beslechten van een mededingingsrechtelijke vraag in een welbepaald jaar houdt niet meteen in dat dezelfde oplossing nog een jaar later geldig zal zijn, zelfs tussen dezelfde partijen. De markt kan intussen aanzienlijke wijzigingen ondergaan hebben (b.v. intrede van nieuwe marktdeelnemers, lagere marktaandeelen van de betrokken partijen, opheffing van bepaalde toegangsbarrières tot de markt)(330). Daarnaast dient rekening gehouden te worden met de evoluties op het vlak van de invulling van de mededingingsrechtelijke norm. Zo vormt de soepelere houding die de Europese Commissie lijkt aan te nemen met betrekking tot verticale afspraken(331) een gegeven waarmee terdege rekening

(328) Art. 42bis, par. 2 GWEM.

(329) In de parlementaire voorbereiding (zie Verslag Verstraeten, *Kamer*, 2066/4 98/99, 15) werd beklemtoond door de bevoegde Minister dat deze uitzonderingen ertoe leiden dat de rechter *de facto* een ruime appreciatiebevoegdheid heeft, waardoor de verplichte verwijzing eerder een mogelijke verwijzing wordt. Het is zeer de vraag of deze opmerking van de Minister (die tot doel had een ingediend amendement te counteren) wel correct is in het licht van de libellering van de wettekst.

(330) Het EG Gerecht van Eerste Aanleg 22 maart 2000, zaken T-125/97 en T-127/97 (The Coca Cola Company/Coca Cola Enterprises Inc. t. Commissie) wees er uitdrukkelijk op dat rechters steeds *in concreto* de mededingingsrechtelijke toetsing zullen moeten doorvoeren, zelfs indien in een latere zaak dezelfde onderneming betrokken is. Hiermee reageerde het Gerecht op een argument van Coca Cola dat de negatieve overwegingen aangaande haar dominantie in een positief afgeronde concentratiecontrolebeschikking in latere procedures haast precedentwaarde zouden krijgen. In het licht van dit arrest van het Gerecht zullen de rechtbanken dan ook voorzichtig dienen te zijn bij het stellen dat een vraag of beroep hetzelfde voorwerp heeft. Zie ook: F. WIJCKMANS, *T.B.H.* 2000, 455 e.v.

(331) Verordening (EG) Nr. 2790/1999 van 22 december 1999, *P.B.* L 336, 1999, 21.

moet gehouden worden. Dit illustreert ten volle dat, gezien het door de wetgever gewenste parallellisme tussen het Europese en het Belgische mededingingsrecht, ontwikkelingen op Europees vlak met zich kunnen brengen dat eerdere prejudiciële uitspraken op een later tijdstip mogelijk opnieuw in vraag dienen gesteld te worden. Samenvattend kan gesteld worden dat de rechter bijzonder omzichtig zal moeten omspringen met deze uitzondering in gevallen waarin niet dezelfde partijen op dezelfde markt betrokken zijn of waarin de eerdere prejudiciële uitspraak reeds langere tijd geleden werd gevelde.

- (2) wanneer de rechtbank of het Hof meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen: Deze uitzondering lijkt overbodig. De geadieerde rechtbank is immers maar gehouden om een prejudiciële vraag te stellen „wanneer de oplossing van een geschil afhangt van het geoorloofde karakter van een mededingingspraktijk”. Als de geadieerde rechter zich op deze uitzondering zou beroepen, oordeelt hij in wezen dat aan voormelde basisvoorwaarde voor het verplicht stellen van een prejudiciële vraag niet voldaan is. Misschien kan deze uitzondering toch nog zinvol ingevuld worden, als zij moet gezien worden in het kader van diverse vorderingen die geformuleerd worden in het bestek van dezelfde procedure. In die omstandigheden zou, op basis van deze uitzondering, de rechter reeds kunnen oordelen over die vorderingen of tegenvorderingen die geen mededingingsrechtelijke vragen oproepen en enkel zijn uitspraak uitstellen voor de vorderingen of tegenvorderingen met mededingingsrechtelijke implicaties. Echter, ook deze uitzondering kan o.i. reeds perfect gelezen worden in de wettelijke basisvoorwaarde en vergde geen uitdrukkelijke uitzondering zoals nu het geval is.
- (3) wanneer de mededingingspraktijk duidelijk geoorloofd is in de zin van de GWEM. Deze uitzondering lijkt evident, doch zal in de praktijk eveneens met de nodige omzichtigheid dienen aangevend te worden. Per hypothese gaat het hier immers om een situatie waarin het Hof te Brussel nog geen uitspraak heeft gedaan over een vraag met hetzelfde onderwerp. Deze uitzondering is immers reeds elders voorzien in art. 42*bis*, par. 2 GWEM. De ervaring leert dat het aantal situaties waarin een mededingingspraktijk als duidelijk geoorloofd kan beschouwd worden, eerder beperkt is. Een eenvoudig voorbeeld kan dit illustreren. Eén van de typische gevallen die vermoedelijk onder deze uitzondering

bedoeld wordt, zijn de mededingingspraktijken die als „*de minimis*” kunnen gekwalificeerd worden. De Bekendmaking van de Europese Commissie(332) gaat bij de „*de minimis*” beoordeling in de eerste plaats uit van een marktaandeeldrempel (10% voor verticale relaties en 5% voor horizontale relaties)(333). De „*de minimis*” beoordeling lijkt derhalve *prima facie* erg eenvoudig, doch zij is dat in de praktijk doorgaans veel minder. Om tot een juiste berekening van de marktaandelen te kunnen komen is vooreerst vereist dat de markt, zowel product/dienstgewijs als geografisch, correct wordt afgebakend. Dit is geen sinecure. Daarnaast voorziet de Bekendmaking nog een aantal belangrijke uitzonderingen die niet van de marktaandeeldrempel kunnen genieten, zoals welbepaalde „*hard core*” restricties (b.v. verticale prijsbinding) of mededingingspraktijken die moeten gesitueerd worden in welbepaalde netwerken van gelijkaardige overeenkomsten of restricties(334). Een correcte „*de minimis*” beoordeling zal in een heel aantal gevallen derhalve een vrij complexe analyse vergen(335). Als de rechter deze analyse werkelijk moet doorvoeren, kan men zich de vraag stellen of nog wel van een duidelijk geoorloofde mededingingspraktijk kan gesproken worden. Het duidelijk geoorloofd karakter van een mededingingspraktijk impliceert o.i. immers dat er geen wezenlijk debat aangaande het mededingingsrechtelijke vraagstuk kan gevoerd worden. Van zodra er onzekerheid opduikt in de „*de minimis*” beoordeling, bijvoorbeeld ingevolge de marktafbakeningsproblematiek, lijkt de grens overschreden. Dit geldt des te meer gezien de wetgever met de prejudiciële procedure een unificerende taak heeft willen toebedelen aan het Hof van Beroep te Brussel.

132. Naast de meer algemene vraag naar de omstandigheden waarin de rechter gehouden is de prejudiciële procedure te starten, is er nog de vraag naar de wijze waarop de mededingingsrechtelijke problematiek in een procedure aan de orde kan komen. Er is evidentierwijze geen probleem indien één der partijen van deze problematiek zelf uitdrukkelijk gewag maakt. Dan is het zonder meer onvermijdelijk dat

(332) Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap vallen, *P.B. C 372*, 1997, 13.

(333) Bekendmaking, randnummer 9.

(334) Bekendmaking, randnummers 11 en 18.

(335) Voor een goed overzicht, zie Ph. MAES, „De *minimis non curat praetor* en de toepassing van de Wet Bescherming Economische Mededinging. Belgische variaties op een Europees thema”, noot onder Raad voor de Mededinging 25 maart 1997, *R.W.* 1997-1998, 52.

zal nagegaan worden of een prejudiciële vraag nodig is. Wat echter indien de partijen zich niet op het mededingingsrecht beroepen (b.v. in het kader van een contractuele vordering wegens niet-naleving van een niet-concurrentiebeding of een exclusieve afnameverplichting)? Het komt ons voor dat de rechter in die omstandigheden toch gehouden zal zijn om het mededingingsrechtelijke punt aan de orde te stellen en na te gaan of een prejudiciële vraag zich opdringt. De GWEM is immers van economische openbare orde en de mededingingsrechtelijke nietigheid voorzien in art. 2, par. 2 GWEM is absoluut en geldt van rechtswege.

133. Tegen de beslissing van de rechter om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen staat geen rechtsmiddel open(336). Dit lijkt ons een correcte beleidskeuze. Indien een partij het niet eens is met de beslissing van de rechter om een prejudiciële vraag te stellen, kan het Hof van Beroep te Brussel (indien nodig) in vele gevallen corrigerend werken. Mocht de mededingingspraktijk immers manifest geoorloofd zijn of reeds het voorwerp hebben uitgemaakt van een eerdere prejudiciële uitspraak, zal het Hof de zaak snel en diligent kunnen afhandelen. Indien een procespartij het niet eens is met de weigering van de rechter om een prejudiciële vraag te stellen, zal zij haar geluk opnieuw kunnen beproeven in graad van beroep. Het mogelijke nadeel dat uit de afwezigheid van een rechtsmiddel voortvloeit voor een procespartij lijkt ons dan ook eerder beperkt en zeker niet op te wegen tegen het procedurevertragend karakter van een afzonderlijk beroep tegen de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen.

134. Op procedureel vlak bevat art. 42*bis*, par. 2 GWEM een aantal concrete richtlijnen voor het Hof van Beroep te Brussel:

- Het Hof van Beroep te Brussel mag de prejudiciële vraag herformuleren(337). Dit lijkt ons zinvol. Als gespecialiseerde instantie zal het Hof immers goed geplaatst zijn om de vraag aldus te formuleren dat het prejudicieel arrest zijn maximale nut zal hebben voor de bodemprocedure.
- Het Hof van Beroep te Brussel dient zijn prejudicieel arrest te motiveren. Naast het klassieke belang van de motiveringsplicht, geldt in onderhavig kader nog een bijkomend belang. Wil het Hof zijn unificerende taak reëel waarmaken, dan zal het zijn prejudi-

(336) Art. 42*bis*, par. 2 *in fine* GWEM.

(337) Dit sluit aan bij de praktijk van het Hof onder de WEM. Zie bijvoorbeeld arrest van 28 juni 1995, *Jaarb. Handelspr.* 1995, 576.

ciële arresten omstandig willen motiveren. Dit zal de toekomstige bruikbaarheid van deze arresten verhogen en het gemakkelijker maken voor de andere hoven en rechtbanken om gebruik te maken van de wettelijke uitzonderingen op de verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag.

- Het Hof van Beroep te Brussel dient uitspraak te doen als in kort geding. Deze wettelijke formulering is niet erg duidelijk. Vermoedelijk bedoelde de wetgever met de „als in kort geding” formulering dat het Hof van Beroep te Brussel gehouden is om de procesregels van het kort geding te respecteren(338).
- Het Hof dient de partijen onverwijld in kennis te stellen van de prejudiciële vraag en hen uit te nodigen om binnen een maand schriftelijk hun opmerkingen over te zenden(339). Deze wettelijke formulering roept behoorlijk wat vragen op. Vooreerst laat zij de vraag open of naast deze eerste set schriftelijke opmerkingen, de partijen nog bijkomend mogen reageren op elkaars schriftelijke opmerkingen. Met het oog op de bevordering van een goed gestoffeerde en onderbouwde analyse van de mededingingsrechtelijke vraagpunten, mag men hopen dat het Hof bijkomende schriftelijke opmerkingen zal toelaten. Verder stelt zich de vraag of er in de prejudiciële procedure plaats is voor pleidooien. Ook hier mag gehoopt worden dat het Hof deze mogelijkheid op grond van de libellering van de wettekst niet zal uitsluiten. Gezien het toch wel erg specifieke karakter van de prejudiciële procedure (die op menig punt afwijkt van de gewone procedure voorzien in het Gerechtelijk Wetboek) zou zelfs kunnen gedacht worden aan een erg specifieke en meer interactieve vorm van mondeling debat. Dit zou de vorm kunnen aannemen van vragen die het Hof naar voren schuift en waarop het mondelinge toelichting wenst van de partijen. Een klassiek pleidooi (alternerende monologen van partijen) dreigt immers minder behulpzaam te zijn voor een goede en vlotte beslechting van de prejudiciële vragen.
- De Raad voor de Mededinging, het korps van verslaggevers en de Minister kunnen hun schriftelijke opmerkingen indienen bij het Hof. De GWEM schrijft hiervoor geen tijdslimiet voor. Dit betekent dat deze opmerkingen zouden kunnen toekomen nadat de partijen hun schriftelijke opmerkingen (binnen de wettelijk voorziene maand) reeds hebben overgemaakt. Het komt ons voor dat partijen op de opmerkingen van de Raad, de verslaggevers of de

(338) Art. 1066 Ger. W.

(339) Art. 42*bis*, par. 3 GWEM.

Minister moeten kunnen reageren. De procedurele rechten toegekend aan de Raad, de verslaggevers en de Minister vormen o.i. een bijkomende verantwoording voor het feit dat partijen bijkomende schriftelijke opmerkingen moeten kunnen indienen.

135. De GWEM stelt niet uitdrukkelijk vast welke de omvang van de taak van het Hof van Beroep in het kader van de prejudiciële procedure is. Dient het Hof louter het rechtspunt te beslechten of dient het verder te gaan en ook de toegelichte mededingingsrechtelijke principes toe te passen op het concrete geschil? De oude wet was terzake duidelijker. Art. 42, par. 1, in fine WEM, stelde immers uitdrukkelijk dat de verwijzende rechter slechts gehouden was tot naleving van het beslechte rechtspunt. Dezelfde taal is niet vervat in art. 42*bis*, par. 5 GWEM. Deze bepaling stelt dat de verwijzende rechter zich „voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de vragen zijn gesteld, [moet] voegen naar het arrest dat het Hof van Beroep te Brussel heeft gewezen”. De verwijzing naar het begrip „rechtspunt” is dus verdwenen. Art. 42 GWEM omschrijft de taak van het Hof van Beroep te Brussel als het „zich bij wege van prejudicieel arrest [uitspreken] over de vragen met betrekking tot het geoorloofde karakter van een mededingingspraktijk als bedoeld in deze wet”.

De wettelijke formulering laat o.i. ruimte voor een aantal onderscheiden mogelijke benaderingswijzen. De eerste bestaat erin dat het Hof van Beroep te Brussel zich dient uit te spreken over de integraliteit van de mededingingsrechtelijke problematiek en het mededingingsrechtelijke vraagstuk ook in concreto dient op te lossen. Indien de vraagstelling van de verwijzende rechter hiertoe niet toereikend zou zijn, kan het Hof van Beroep gebruik maken van zijn recht om de prejudiciële vraag te herformuleren(340). De tweede benaderingswijze bestaat erin dat het Hof van Beroep strikt gebonden (en derhalve beperkt) is door de omvang van de vraagstelling van de verwijzende rechter. Als de verwijzende rechter zijn vraag beperkend formuleert, zou in deze benaderingswijze het Hof de vraagstelling niet mogen uitbreiden. Bijgevolg, als de verwijzende rechter uitdrukkelijk aanstuurt op de beslechting van een rechtspunt (b.v. zijn er naast de overwegingen opgesomd in de De Minimis Bekendmaking van de Europese Commissie nog andere die bij de *de minimis* analyse moeten in rekening gebracht worden?), zou hij in deze benaderingswijze zich daartoe dienen te beperken.

(340) Art. 42*bis*, par. 4 GWEM.

De benaderingswijze die onze voorkeur wegdraagt, ligt ergens in het midden. Als de beslechting van een geschil afhangt van het geoorloofde karakter van een mededingingspraktijk en de rechter gehouden is een prejudiciële vraag hierover te stellen, komt het ons voor dat het Hof van Beroep uitspraak moet doen over alle aspecten van het geoorloofde karakter van de mededingingspraktijk. Hoe de verwijzende rechter de vraag ook formuleert, de vraag naar het geoorloofde karakter van de mededingingspraktijk dient integraal beslecht te worden door het Hof van Beroep te Brussel. Vanuit proceseconomisch oogpunt lijkt het immers niet zinvol om de mededingingsrechtelijke toetsing verder te blijven uitsplitsen tussen deels het Hof en deels de verwijzende rechter. Het Hof van Beroep zal zijn unificerende taak immers sterker kunnen waarmaken als het de integrale mededingingsrechtelijke toetsing voor zijn rekening neemt. Verder zal het Hof in het kader van de prejudiciële procedure sowieso kennis moeten nemen van alle juridische en feitelijke elementen die relevant zijn vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. Bijgevolg lijkt het weinig efficiënt om het Hof van Beroep te Brussel niet de hele mededingingsrechtelijke problematiek te laten uitklaren. Tot slot zal deze werkwijze ertoe bijdragen dat in graad van hoger beroep de mededingingsrechtelijke problematiek niet opnieuw aan de orde dient of kan gesteld worden. Als een deel van de mededingingsrechtelijke toetsing (bij voorbeeld de feitelijke toepassing van de prejudiciële beslechting van een rechtspunt) bij de verwijzende rechter wordt gelaten, blijft de kans zeer reëel dat er een nieuwe prejudiciële vraag komt (of zelfs moet komen) in graad van hoger beroep. Dit dient o.i. vermeden te worden en dit kan best gebeuren door de beslechting van de mededingingsrechtelijke problematiek integraal (d.i. zowel in rechte als in feite) aan het Hof van Beroep te Brussel toe te bedelen. Steun voor deze benaderingswijze kan ook worden gevonden in het feit dat het Hof van Beroep te Brussel een onderzoek kan vragen aan het korps van verslaggevers(341).

Het feit dat het Hof van Beroep zich zou dienen uit te spreken over de integraliteit van de voorgelegde mededingingsrechtelijke problematiek, houdt evenwel niet in dat het Hof vrij zou bepalen welke mededingingspraktijk het dient te toetsen. Het Hof is in die zin beperkt door de vraagstelling van de verwijzende rechter. Als de verwijzende rechter een bepaalde mededingingspraktijk voorlegt aan het Hof en een andere niet (bijvoorbeeld omdat de verwijzende rechter van oordeel is dat deze

(341) Art. 23, par. 1, f) GWEM. Volgens sommigen was het nochtans de bedoeling om deze regeling te schrappen; dit zou o.a. blijken uit het feit dat zij was vastgelegd in art. 42 WEM maar niet werd hernomen in het corresponderende art. 42bis GWEM.

laatste praktijk duidelijk geoorloofd is, reeds eerder werd beslecht door het Hof of niet van belang is voor de beslechting van het geschil), dan is het Hof hierdoor gebonden. Met andere woorden, het Hof van Beroep te Brussel mag zich in het kader van de prejudiciële procedure enkel toeleggen op de mededingingspraktijken die de verwijzende rechter heeft aangestipt in de prejudiciële vraag. Anders stelt het Hof zich in de plaats van de verwijzende rechter met betrekking tot de vraag of een prejudiciële vraag met betrekking tot een welbepaalde mededingingspraktijk al dan niet vereist is.

136. Het voorgaande illustreert dat de wetgever met de wetwijzigingen een zeer omvangrijke taak heeft doorgeschoven naar het Hof van Beroep te Brussel. Eens de hoven en rechtbanken de weg gevonden hebben naar het Hof, dreigt er immers een vloed aan zaken te ontstaan. Het is ons niet duidelijk of het Hof de nodige middelen zal kunnen vrijmaken of toebedeeld krijgen om deze taak waar te nemen. Men moge hopen dat, na de organisatorische problemen op het stuk van mensen en middelen bij de Raad en de Dienst, de wetgever nu geen soortgelijk probleem heeft gecreëerd op het niveau van het Hof van Beroep te Brussel. Dit zou immers de objectieven doorkruisen die aan de wetwijziging inzake de prejudiciële procedure ten grondslag liggen.

137. Vermelden we ten slotte dat het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld, evenals elk rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, met uitzondering van het Hof van Cassatie, zich voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de vragen zijn gesteld, moeten voegen naar het arrest van het Hof van Beroep te Brussel(342). Wanneer aldus een rechter in eerste aanleg een prejudiciële vraag heeft gesteld en er wordt beroep aangetekend tegen zijn eindvonnis, dan is ook de rechter in hoger beroep gebonden door het antwoord van het Hof(343).

VI. Besluit

138. De wijzigingen aan de wet tot bescherming van de economische mededinging zijn niet van een leien dakje verlopen. De GWEM heeft een parcours met hindernissen doorlopen vooraleer de eindstreep te

(342) Art. 42*bis*, par. 5 GWEM.

(343) G. LONDERS, *l.c.*, T.B.H.-dossier, nr. 1, 1994, p. 79, nr. 25.

bereiken. Vooral inzake concentraties zijn er ingrijpende hervormingen. Een aantal onder hen verdienen ongetwijfeld een positieve beoordeling zoals de verlenging van de termijn voor aanmelding, de mogelijkheid om ontwerpen van concentratie-overeenkomsten aan te melden, het afstemmen van het toezicht op *joint ventures* op de gewijzigde Europese concentratieverordening en de uitsluiting van de controle op operaties die van geen belang zijn voor de Belgische markt. Andere dienen meer genuanceerd te worden benaderd. Zo kan over de voor- en nadelen van een marktaandeeldrempel als criterium voor de aanmelding lang worden geredetwist. De ervaring zal aantonen of zijn afschaffing zowel de mededingingsautoriteit als de ondernemingen ten goede komt. Meer in het bijzonder is het de vraag of de verhoogde rechtszekerheid die zijn afschaffing meebrengt niet zal worden geneutraliseerd door de bijkomende of nutteloze werklast die dit dreigt te veroorzaken bij overheid en bedrijven. Voortaan zullen immers ook operaties moeten worden aangemeld die weinig of geen invloed hebben op de mededinging. De bevoegdheid die aan de Ministerraad wordt gegeven om de verwezenlijking van concentraties toe te staan die door de Raad voor de Mededinging zijn verboden dan wel om de voorwaarden waaronder deze zijn toegestaan op te heffen of te verlichten is eveneens geen onverkort positieve zaak. In het debat worden hiermee argumenten ingevoerd die vreemd zijn aan zuiver mededingingsrechtelijke overwegingen; hetgeen zeker niet bijdraagt tot een objectivering van de beoordeling. Af te wachten valt evenwel of in de praktijk vaak een beroep zal worden gedaan op dit instrument. Tenslotte zal vroeg of laat de discussie over het nut van een Belgische concentratiecontrole moeten worden gevoerd. Veel markten zijn immers niet langer nationaal. Bovendien heeft de praktijk tot op heden uitgewezen dat de mededingingsautoriteit onevenredig veel energie moet besteden aan talrijke onbelangrijke dossiers.

139. Op institutioneel en procedureel vlak is de invoering van een korps van verslaggevers veruit het meest in het oog springend. Of dit zal bijdragen tot een betere werking van de instellingen is zeer de vraag. In een systeem waarbij omwille van de scheiding tussen de onderzoeksfase en de beslissingsfase twee instellingen opereren, nog een derde „instelling” toevoegen is misschien niet de meest gelukkigste oplossing. Het verleden heeft immers uitgewezen dat de samenwerking tussen twee instellingen reeds een moeilijke oefening kan zijn. Bovendien is de verhouding tussen dit korps en de Dienst voor de Mededinging niet zeer duidelijk. De voltijdse leden in de Raad voor de Mededinging beantwoorden dan weer aan de vraag naar meer middelen.

140. De invoering, naar het Europees voorbeeld, van de procedure van punten van bezwaar is ongetwijfeld een verbetering. Ook de betere omschrijving van de procedure van sepot en van deze inzake de vertrouwelijke behandeling van stukken kan positief worden ontvaard. De nieuwe bepalingen inzake de prejudiciële procedure kunnen bijdragen tot een unifiëring van de rechtspraak. Voorwaarde is dan wel dat het Hof van Beroep te Brussel over voldoende mensen beschikt; zoniet dreigen de procedures voor de gewone rechters nodeloos te worden vertraagd met als gevolg dat de hervorming contraproductief wordt. Voorts lijken deze bepalingen toch wel bijzonder weinig speelruimte inzake de verwijzingsplicht te laten aan de verwijzende rechter, b.v. in geval van een evidente inbreuk die niet reeds het voorwerp heeft uitgemaakt van een vraag of een beroep met hetzelfde voorwerp.

141. Tenslotte zijn er nog heel wat onduidelijkheden en vergetelheden in de nieuwe wet. Zo heeft de wetgever uit het oog verloren dat klachten ook betrekking kunnen hebben op concentraties. Dit is maar één voorbeeld uit de vele technische onvolmaaktheden.

142. Samengevat kan men stellen dat er positieve en negatieve aspecten zijn aan de hervorming en dat er voor het overige nog heel wat vraagtekens zijn. Of de wijzigingen zullen leiden tot een betere werking van het Belgisch mededingingsrecht zal de toekomst moeten uitwijzen.

Deze wijzigingen zullen alleszins geen eindpunt zijn. In een nabije toekomst zal de Belgische wet opnieuw moeten aangepast worden om rekening te houden met de op til zijnde hervorming van het Europees kartelbeleid(344). Enerzijds zal de toepassing van de Europese regels inzake mededingingsbeperkende afspraken worden gedecentraliseerd naar de nationale autoriteiten en rechters. Anderzijds wordt overgestapt van een systeem van machtiging van afspraken naar een systeem van wettelijke uitzondering waarbij de ondernemingen zelf moeten beoordelen of hun afspraak in aanmerking komt voor een vrijstelling van het kartelverbod met als logisch gevolg de afschaffing van het aanmeldingsregime. Dergelijke ingrepen zullen uiteraard niet zonder gevolg zijn voor ons nationaal mededingingsrecht(345).

(344) Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1017/68, Verordening (EEG) nr. 2988/74, Verordening (EEG) nr. 4056/86 en Verordening (EEG) nr. 3975/87, Com (2000) 582 def.

(345) Deze bijdrage werd afgesloten op 1 oktober 2000.