



CAHIER DU JURISTE VAN DE JURIST

Philippe MARCHANDISE, rédacteur en chef • hoofdredacteur

N° 2013/3 • 20^{ÈME} ANNÉE • TRIMESTRIEL • PARUTION : SEPTEMBRE 2013 N° 2013/3 • 20^{ÈME} JAARGANG • DRIEMAANDELIJKS • PUBLICATIE : SEPTEMBER 2013

WEGWIJS IN HET VERNIEUWDE BELGISCHE MEDEDINGINGSRECHT

1. Op 6 september 2013 is de bestaande Belgische mededingingswet (1) vervangen door Boek IV ("Bescherming van de mededinging") van het nieuwe Wetboek van Economisch Recht (2).

2. Deze bijdrage wil de lezer wegwijs maken in het vernieuwde Belgische mededingingsrecht zoals dat van toepassing zal zijn op restrictieve mededingingspraktijken, d.w.z. mededingingsbeperkende overeenkomsten en misbruik van machtspositie (3). De bijdrage doet dat op praktische wijze, in de vorm van 10 vragen en antwoorden, met een duidelijke insteek naar relevantie voor de bedrijfsjurist (4).

3. Voorafgaand is het nuttig te herinneren aan het belang van het naleven van het verbod op restrictieve mededingingspraktijken (5). Dat belang bestaat erin dat inbreuken op het verbod zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk kunnen worden gesanctioneerd.

Publiekrechtelijk stellen ondernemingen, en volgens Boek IV WER ook bepaalde werknemers, zich bloot aan

administratieve boetes bij schending van het verbod. In andere landen dan België lopen werknemers die actief betrokken zijn bij bepaalde restrictieve mededingingspraktijken niet alleen het risico op een administratieve boete, maar ook op strafsancties (gaande van penale boetes tot gevangenisstraffen) en op de vervallenverklaring van het recht om bepaalde functies uit te oefenen. Een degelijke kennis van de "dos en don'ts" van het mededingingsrecht kan deze publieke sancties voorkomen of aan het licht brengen, wat toelaat de sancties te vermijden door clementie aan te vragen.

Het verbod op restrictieve mededingingspraktijken wordt ook privaatrechtelijk gesanctioneerd. Verboden restrictieve mededingingspraktijken zijn van rechtswege nietig (6) en dus onafdwingbaar in rechte. De rechter stelt de nietigheid ambtshalve vast (7) en kan in het kader van een schadevergoedingsactie benadeelden vergoeden voor de schade die zij hebben geleden

door de restrictieve mededingingspraktijk. Ook om deze reden is een degelijke kennis van de "dos en don'ts" van het mededingingsrecht noodzakelijk: een dergelijke kennis vermijdt onafdwingbare contracten en schadeclaims. Omgekeerd laat het een onderneming toe te identificeren wanneer zij het slachtoffer is van een inbreuk door haar concurrenten, leveranciers of klanten en om daartegen op te treden, door middel van een klacht bij de mededingingsautoriteit of langs gerechtelijke weg via voorlopige maatregelen en het vorderen van een schadevergoeding.

Wat waren de uitdagingen voor het vernieuwde Belgische mededingingsrecht?

4. Alhoewel België sedert meer dan 20 jaar een eigen mededingingswet heeft, is het Belgische mededingingsrecht, alle lovenswaardige inspanningen

(1) Wet tot bescherming van de economische mededinging, BS 29 september 2006, 50.613; hierna "WBEM".

(2) Wet van 3 april houdende invoeging van Boek IV "Bescherming van de mededinging" en van Boek V "De mededinging en de prijsevoluties" in het Wetboek van Economisch Recht en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek IV en aan Boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek IV en aan Boek V, in Boek I van het Wetboek van Economisch Recht, BS 26 april 2013, 25.216; hierna, respectievelijk, "Boek IV WER" en "Boek V WER".

(3) Deze bijdrage gaat niet verder in op concentratiecontrole, waar de belangrijkste wijzigingen betrekking hebben op de termijn voor ver-

eenvoudigde concentratiecontroledossiers (van 20 naar 15 werkdagen) (art. IV.63, § 6 WER), het toevoegen van stukken (art. IV.60, §§ 2-4) en de afschaffing van de rol van de Ministerraad.

(4) Een uitgebreide juridische analyse is te vinden in H. GILLIAMS, "Het nieuwe Belgische mededingingsrecht", *TBH* 2013/6, 479-502.

(5) Respectievelijk, art. IV.1, § 1 WER en, indien de interstatelijke handel merkbaar is beïnvloed, art. 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU") en art. IV.2 WER en art. 102 VWEU.

(6) Art. IV.1, § 2 WER en art. 101, lid 2 VWEU.

(7) HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile e.a.*, *Jur.* 2009, I-4529, nr. 49.



ten spijt, nooit echt volwassen geworden. Een formele inbreukprocedure voor de Raad voor de Mededinging duurt gemiddeld 3,5 jaar (42 maanden). Dat is lang, te lang, zeker als de procedure voor de Raad voor de Mededinging wordt gevolgd door een beroep bij het Hof van Beroep te Brussel, wat vaak het geval is. De ervaring leert dat veel voorkomende procedure-incidenten (zoals bijvoorbeeld inzake de vertrouwelijkheid van procedurestukken) de procedure gemakkelijk 6 maanden of meer kunnen vertragen. Spijts alle goede bedoelingen laat dat onvermijdelijk een zekere indruk van inefficiëntie na en leidt het voor de betrokken ondernemingen tot rechtsonzekerheid omtrent feiten die zich vaak jaren tevoren hebben afgespeeld, met personeelsleden die niet langer hun eerdere functie waarnemen en met relevante bedrijfsdocumentatie die niet langer beschikbaar is. Deze diagnose komt overigens niet alleen uit de hoek van de praktijkadvocaten, maar ook uit interne hoek (8).

5. De grote uitdaging voor de ontwerpers van de WER bestond er dus in om de daad te voegen bij het woord van het verbod op restrictieve mededingingspraktijken en om de Belgische handhaving van dat verbod meer tanden te geven.

II Welke zijn de overkoepelende wijzigingen van het vernieuwde Belgische mededingingsrecht ?

6. De overkoepelende wijzigingen zijn zowel institutioneel, procedureel als inhoudelijk. Zij worden hierna kort opgesteld en in de daarop volgende vragen verder uitgewerkt.

A. INSTITUTIONELE WIJZIGINGEN

7. Onder de WBEM bestond een duale institutionele structuur : het onderzoek werd gevoerd door het auditoraat, geleid door een auditeur-generaal, met ondersteuning van ambtenaren van de Algemene Directie Mededinging

van de FOD Economie ; de beslissing werd genomen door de Raad voor de Mededinging, een administratief rechtscollege. Onder de WER komt er één overkoepelende structuur : de Belgische Mededingingsautoriteit ("BMa") (9). Deze autoriteit wordt een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid, die instaat zowel voor het onderzoek naar vermoede restrictieve mededingingspraktijken als voor de beslissing daaromtrent.

B. PROCEDURELE WIJZIGINGEN

8. Procedureel is de ambitie uitgesproken dat het aantal formele beschikkingen stabiel en duurzaam moet zijn op een hoger niveau, en dat de termijn van een inbreukprocedure moet worden teruggebracht naar bijna de helft, van 42 naar 24 maanden (10). Daartoe worden strikte termijnen toegepast in het kader van de procedure voor het Mededingingscollege.

9. Er wordt tevens een nieuwe procedure inzake transacties voorzien (11). De essentie van een transactie is dat de BMa kan beslissen middels een eenvoudige procedure (dus : vlugger en met minder inzet van middelen en personeel) (12). In ruil daarvoor krijgt de onderneming of vereniging die de inbreuk erkent een boetevermindering.

10. Zelfs indien de duur ervan kan worden teruggedrongen, nemen formele inbreukprocedures noodzakelijkerwijs een zekere tijd in beslag. Zij moeten daarom in gevallen van hoogdringendheid worden geflankeerd door een daadkrachtige procedure voor het nemen van voorlopige maatregelen. Ook op dat punt hebben de ontwerpers van de WER hun ambities uitgesproken : voorlopige maatregelen moeten mogelijk zijn binnen 2 tot maximum 4 maanden (en dan alleen in bijzonder complexe zaken) (13). Daartoe wordt de procedure inzake voorlopige maatregelen grondig hervormd.

C. INHOUDELIJKE WIJZIGINGEN

11. Inhoudelijk heeft de uitdaging om het verbod op restrictieve mededingingspraktijken meer tanden te geven,

geleid tot misschien wel de meest belangrijke wijziging van de WBEM. Deze bestaat erin dat voor het eerst sancties (administratieve geldboetes) worden ingevoerd voor natuurlijke personen die actief zijn betrokken bij bepaalde restrictieve mededingingspraktijken, en, omgekeerd, dat deze natuurlijke personen clementie kunnen aanvragen voor hun deelname aan die praktijken (14). De invoering van administratieve geldboetes voor natuurlijke personen heeft een grote symbolische waarde. Het Belgische mededingingsrecht wordt daarmee voor het eerst echt persoonlijk, en zet zo een belangrijke stap naar zijn volwassenheid.

12. Inhoudelijk dient ook te worden aangestipt dat de memorie van toelichting met zoveel woorden stelt dat een onderzoeksprocedure *à charge* en *à décharge* moet worden gevoerd (15). Die vermelding heeft een keerzijde : eenmaal het auditoraat een ontwerp van inbreukbeslissing aan het Mededingingscollege voorlegt, hebben de partijen niet langer het recht bijkomende stukken neer te leggen die niet reeds werden neergelegd tijdens het voorafgaande onderzoek, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis kregen (16). Volgens de memorie van toelichting is de reden hiervoor dat de wetgever wil vermijden dat het auditoraat een ontwerp van beslissing zou overmaken zonder de mogelijkheid te hebben gehad zich *à charge* en *à décharge* uit te spreken (17).

III Wie zijn de hoofdrolspelers in het vernieuwde Belgische mededingingsrecht ?

13. Naast de BMa spelen ook de gewone rechtbanken, het Hof van Beroep te Brussel en het Hof van Cassatie een hoofdrol in het vernieuwde Belgische mededingingsrecht.

(8) Zie bijv. de opmerkingen van Directeur-Generaal Steenbergen van de Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie in het *Jaarverslag 2011*, p. 2 : "De verwachting dat het aantal bij het begin van het jaar voorliggende zaken tot een stijging van het aantal beslissingen zou leiden is... niet bewaarheid. Deze zorgwekkende vaststelling noopt tot een onderzoek naar de oorzaken en tot het verkennen van pistes die de effectiviteit van handhavingprocedures kunnen bevorderen".

(9) Art. IV.16, § 1 WER.

(10) Memorie van toelichting, p. 4, *in fine*.

(11) Art. IV.51-IV.57 WER.

(12) Memorie van toelichting, p. 37.

(13) Memorie van toelichting, p. 4, *in fine*.

(14) Art. IV.1, § 4 WER *j°* art. IV.70, § 2 WER en art. IV.46, § 2 WER.

(15) Memorie van toelichting, p. 34. Voor dat principe in de eerdere beschikkingspraktijk, zie H. BUREZ en F. WIJCKMANS, "Het onderzoek à décharge – food for thought", *TBM/RCB* 2012, 184-188.

(16) Art. IV.62, § 3 WER.

(17) Memorie van toelichting, pp. 12-13.

A. BMA

14. De BMA wordt in de memorie van toelichting samengevat als “een meer gestroomlijnde structuur met één voorzitter van de instelling die het beslissingscollege zal voorzitten, telkens zetelend met onafhankelijke experts. De onderzoeken zullen worden geleid door de auditeur-generaal. [Daarom is er] een herorganiseren van de taken van het huidige auditoraat en algemene directie naar een auditoraat als onderzoeksdienst, geleid door de auditeur-generaal” (18).

15. Het onderzoek berust bij het *auditoraat*, dat wordt geleid door de *auditeur-generaal*. De auditeur-generaal beslist over het openen van een onderzoek. De auditeur-generaal duidt voor iedere zaak een personeelslid van het auditoraat aan als auditeur, die met de dagelijkse leiding van het onderzoek wordt belast, alsook een team van personeelsleden van het auditoraat om de auditeur en de auditeur-generaal bij te staan (19). De auditeur-generaal stelt per zaak tevens een “begeleidingscel” samen, bestaande uit de auditeur-generaal, de aangeduide auditeur en een ander personeelslid van het auditoraat dat geen lid is van het onderzoeksteam (20). Die begeleidingscel zal in de zaak de opdrachten van het auditoraat vervullen, zoals bijvoorbeeld het sepot (21) of het sluiten van een transactie (22).

16. De beslissingen liggen bij het *Mededingingscollege*, dat van zaak tot zaak wordt samengesteld door de voorzitter en dat bestaat uit de *voorzitter* en 2 *assessoren*, die alfabetisch worden aangeduid uit een lijst van 20 experts. De voorzitter is de CEO/COO van de BMA (23). Zijn belang voor de BMA kan inderdaad moeilijk worden onderschat : anders dan onder het kamersysteem van de WBEM zetelt hij in principe steeds in het Mededingingscollege. Wel wordt onder de assessoren een assessor-ondervoorzitter benoemd, die de voorzitter kan vervangen.

17. Het overkoepelende beleid van de BMA wordt uitgestippeld door het

Directiecomité, dat daarmee de raad van bestuur van de BMA wordt. Het Directiecomité bestaat uit de voorzitter, de auditeur-generaal, de directeur economische studies en de directeur juridische zaken.

B. HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

18. Beroepen tegen beslissingen van de BMA worden ingediend bij het Hof van Beroep te Brussel. Minister van Economie Vande Lanotte had gepleit voor een Markthof, dat de beroepen tegen de beslissingen van alle sectorale regulatoren, gebundeld in één orgaan, zou behandelen. Het is echter niet het Markthof geworden, maar het Hof van Beroep te Brussel gebleven.

C. HOF VAN CASSATIE

19. Ook het Hof van Cassatie blijft een rol spelen onder de WER, wanneer het, zoals het Hof van Justitie van de EU over het Europese mededingingsrecht, wordt gevraagd zich bij wege van prejudicieel arrest uit te spreken over de interpretatie van het Belgische mededingingsrecht.

20. Een dergelijke vraag kan aan het Hof van Cassatie worden voorgelegd op verzoek van ieder rechtscollege. Daartoe behoort niet langer de BMA, die, anders dan de Raad voor de Mededinging voorheen, geen rechtscollege is. De mogelijkheid van een rechtscollege om zich te richten tot het Hof van Cassatie laat de mogelijkheid (en desgevallend verplichting) onverlet om zich tot het Hof van Justitie van de EU te richten door middel van de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU bij vragen naar de interpretatie van het Europese mededingingsrecht.

D. GEWONE RECHTER

21. Als laatste, maar zeker niet minst belangrijke, is er de gewone rechter. Een partij kan zich bij vermeende inbreuken op het mededingingsrecht steeds rechtstreeks tot de gewone rechter richten, eerder dan een klacht in te dienen bij de BMA. De vordering voor

de gewone rechter kan daarbij verschillende vormen aannemen : die van een vordering in kortgeding, een staakingsvordering overeenkomstig de Wet Marktpraktijken, een vordering die erop is gericht een contract met mededingingsbepalende clausules af te dwingen, of omgekeerd om te ontsnappen aan die beperkingen, of nog een schadevergoedingsactie wegens vermeende schade door een inbreuk op het verbod op restrictieve mededingingspraktijken.

22. De gewone rechter is bevoegd om het Belgische en ook het Europese mededingingsrecht in zijn geheel toe te passen. Hij is daarbij gebonden door eerdere beschikkingen van de Europese Commissie betreffende het voorwerp van de betrokken restrictieve mededingingspraktijken (24) en natuurlijk ook door arresten van het Hof van Justitie van de EU. Dat is anders voor beslissingen van de BMA, een administratief bestuursorgaan, door wiens oordeel de gewone rechter niet is gebonden. De Europese Commissie wil dat laatste op Europees niveau gewijzigd zien. In een recent voorstel van richtlijn stelt de Europese Commissie voor de gewone rechter te binden door een in kracht van gewijsde gegaan inbreukbesluit van de nationale mededingingsautoriteit en ook, zoals reeds in Duitsland het geval is, door besluiten vanwege een ander lid van het European Competition Network. Een dergelijke regel zou het voor de slachtoffers gemakkelijker maken om een forum te kiezen wanneer zij schadevergoeding zoeken (25).

23. Tot slot remedieert de WER aan de wat contradictorische situatie onder de WBEM dat de Raad voor de Mededinging als *amicus curiae* schriftelijke opmerkingen kon indienen voor de gewone rechter betreffende de toepassing van het Europese mededingingsrecht (26), maar niet betreffende de toepassing van het Belgische mededingingsrecht. De BMA kan nu (ambtshalve of op verzoek van een rechtscollege) opmerkingen indienen over de toepassing van zowel het Europese als het Belgische mededingingsrecht (27).

(18) Memorie van toelichting, p. 3.

(19) Art. IV.27, § 2 en § 3 WER.

(20) Art. IV.29 WER.

(21) Art. IV.30, § 1, 1° WER.

(22) Art. IV.30, § 1, 20° WER.

(23) Memorie van toelichting, p. 7.

(24) Art. 16(1) van Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102] van het Verdrag, PB L1/16 van 4.1.2003.

(25) Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013) 404final, 11.6.2013, art. 9 (“Doorwerking van nationale besluiten”).

(26) Overeenkomstig art. 15(3) van Verordening 1/2003.

(27) Art. IV.77 WER.

IV Wat zijn de bevoegdheden van de BMA in het kader van haar onderzoeken naar restrictieve mededingingspraktijken?

A. ONDERZOEK

24. De BMA heeft het recht om, binnen de grenzen van een onderzoek, inlichtingen te verzoeken van de betrokken ondernemingen (28) en om huiszoekingen (29) te verrichten. De huiszoekingen kunnen plaatsvinden in de bedrijfslokale en daarbuiten, waaronder in privéwoningen van bedrijfs-personeel en in de lokalen of woning van externe bedrijfsadviseurs. Dat dient te gebeuren tussen 8 en 18u en met de voorafgaande machtiging van de onderzoeksrechter (30).

B. BESLISSING

25. Een onderzoek inzake restrictieve mededingingspraktijken kan leiden tot één van de beslissingen die ter beschikking staan aan de nationale mededingingsautoriteit overeenkomstig artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1/2003. Zodoende kan de BMA

- de beëindiging van een inbreuk bevelen (31);
- voorlopige maatregelen opleggen (32);
- toezeggingen aanvaarden die aan haar bezorgdheden tegemoet komen (33);
- geldboeten, dwangsommen of andere sancties opleggen (34); of
- beslissen dat er geen reden bestaat om op te treden, bijvoorbeeld omdat de onderzochte praktijken naar het oordeel van het Mededingingscollege geen inbreuk opleveren of dat daarvoor onvoldoende bewijs bestaat (35).

26. De BMA kan ook beslissen dat er geen restrictieve mededingingspraktijk bestaat. Dat kan echter enkel voor praktijken waarop uitsluitend het Belgische mededingingsrecht van toepassing is, niet het Europese. Verordening (EG)

nr. 1/2003 geeft de nationale mededingingsautoriteiten immers niet het recht vast te stellen dat er geen inbreuk bestaat op artikel 101-102 VWEU (36). Dat recht is voorbehouden aan de Europese Commissie, onder de controle van de Europese rechtbanken (37). Omwille hiervan voorziet artikel IV.48, 2° WER als voorwaarde voor een beslissing van de BMA dat er geen restrictieve mededingingspraktijk bestaat, dat het moet gaan om een praktijk met "geen enkele beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie".

C. BOFTES

27. De geldboetes voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen voor inbreuken op het verbod op restrictieve mededingingspraktijken kunnen oplopen tot maximum 10 % van hun omzet, berekend overeenkomstig artikel IV.74 WER. De geldboetes voor natuurlijke personen bedragen van 100 tot 10.000 euro. Noch ondernemingen en ondernemingsverenigingen, noch natuurlijke personen kunnen de geldboete fiscaal aftrekken (38).

28. Een volledige of gedeeltelijke boetevermindering is mogelijk voor ondernemingen en hun verenigingen die genieten van clementie en/of een transactie sluiten met de BMA. Aangezien zij administratieve geldboetes kunnen krijgen, komen ook natuurlijke personen in aanmerking voor clementie.

D. BOETEVERMINDERING IN HET KADER VAN EEN TRANSACTIE

29. De procedure inzake transacties is een nieuwe procedure. Daarbij moet eerst en vooral worden aangestipt dat er niet zoiets bestaat als een *recht* op een transactie. Het is het auditoraat dat kan polsen, vooraleer het een ontwerp van inbreukbeslissing aan het Mededingingscollege voorlegt, of er bij een onderneming of vereniging bereidheid bestaat om transactiesprekken te voeren. Het auditoraat zal dat doen wanneer het over voldoende gegevens beschikt om een goed omschreven

inbreuk vast te stellen en de vrees bestaat dat de toegevoegde waarde van bijkomend onderzoek niet opweegt tegen de tijd en middelen die zulks zal vergen (39).

30. Indien de onderneming/vereniging bereid is transactiesprekken te voeren, dient zij dat schriftelijk te bevestigen (40). Daarop deelt het auditoraat zijn voornemen om tot een transactie te komen schriftelijk mee aan de betrokken onderneming/vereniging, en stelt die in kennis van de grieven die het meent te kunnen staven en van een handbreedte van de boete die het overweegt voor te stellen aan het Mededingingscollege. Het auditoraat verleent ook toegang tot het bewijsmateriaal en de niet-vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen (41).

31. De transactiesprekken die daarop volgen, kunnen falen. Zowel het auditoraat als de betrokken onderneming/vereniging kan de transactiesprekken afbreken (42), in welk geval de tussen hen uitgewisselde documenten en gegevens vertrouwelijk zijn (43). Dat laatste zou moeten inhouden dat het Mededingingscollege in een later stadium o.a. niet op de hoogte wordt gebracht van de schriftelijke bevestiging van de onderneming/vereniging om transactiesprekken te starten met het auditoraat.

32. In het andere geval kunnen de transactiesprekken leiden tot een definitieve transactiebeslissing van het auditoraat, inclusief geldboete, die geldt als beslissing van de BMA. De beslissing is definitief: de onderneming of vereniging dient haar betrokkenheid en verantwoordelijkheid bij de inbreuk te erkennen en de voorgestelde sanctie te aanvaarden (44). Er staat geen beroep open tegen de transactiebeslissing.

33. In ruil voor de procedurele efficiëntie van een transactie kan het auditoraat een boetevermindering van 10 % toepassen. Het kan bij de berekening van de boete ook rekening houden met een verbintenis van de betrokken onderneming/vereniging in het kader

(28) Art. IV.41, § 2 WER.

(29) Art. IV.41, § 3, lid 4 WER.

(30) De WBEM voorzag de machtiging van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging (art. 44, § 3 WBEM).

(31) Art. IV.48, 1° WER.

(32) Art. IV.64 WER.

(33) Art. IV.49, § 1 WER.

(34) Art. IV.70-IV.74 WER.

(35) Art. IV.47 WER.

(36) HvJ 3 mei 2011, C-375/09, *Tele2 Polska*, Jur. 2011, I-3055.

(37) Voor een vaststelling van niet-toepasselijkheid, zie art. 10 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

(38) Art. IV.70, § 3 WER; zie ook F. TUYTSCHAEVER en P. CIMENTAROV, "Fiscale aftrekbaarheid van kartelboetes", *Juristenkrant*, afl. 245, 7 maart 2012, 16.

(39) Memorie van toelichting, p. 13.

(40) Art. IV.51 WER.

(41) Art. IV.52 WER.

(42) Voor het auditoraat wordt dit uitdrukkelijk gesteld in art. IV.53, laatste zin, vermoedelijk om te vermijden dat een onderneming zich op een gewettigd vertrouwen zou beroepen dat zij recht heeft op een transactie eenmaal zij gesprekken aanvangt.

(43) Art. IV.56 WER.

(44) Art. IV.57, *in fine* WER.

van de transactiesprekken om zich te kwijten van de betaling van schadevergoeding aan benadeelden.

E. BOETEVRIJSTELLING OF – VERMINDERING IN HET KADER VAN EEN CLEMENTIEVERZOEK

34. Een onderneming die transactiegesprekken voert en al dan niet tot een transactie komt met de BMa, kan tevens een clementieverzoeker zijn, die in die capaciteit in aanmerking komt voor een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van boetes overeenkomstig de Belgische clementieregeling (45). Ook natuurlijke personen kunnen een clementieverzoek indienen (46).

35. In een dergelijk geval voorziet de Europese schikkingsprocedure dat de boetevermindering die wegens de transactie wordt toegekend, wordt gevoegd bij de in het kader van de clementieregeling toegekende beloning (47). Dat is interessanter voor de betrokken onderneming/vereniging dan de opeenvolgende toepassing eerst van de vermindering voor transactie en vervolgens voor clementie (bij een boete van 100 en een vermindering voor transactie van 10 % en voor clementie van 50 %, leidt de voeging tot een vermindering van 60 % en dus tot een boete van 40, terwijl een opeenvolgende toepassing leidt tot een boete van 45). Het verdient aanbeveling dat eenzelfde methodologie in België wordt toegepast.

F. INFORMEEL MEDEDINGINGSBELEID

36. Naast een formeel mededingingsbeleid, bestaat een informeel mededingingsbeleid, dat reikt van antwoorden door de mededingingsautoriteit op vragen over het mededingingsrecht tot informele schikkingen (“*settlements*”) en troostbrieven (“*comfort letters*”). Er is geen reden om aan te nemen dat dit informeel beleid zou ophouden te bestaan, temeer daar het in het verleden zeer nuttig is gebleken

37. Wanneer het auditoraat niet van plan is om een formeel onderzoek te starten, maar de zaak niettemin een marktgedrag betreft dat potentieel te gevaarlijk is voor de mededinging om er geen aandacht aan te besteden, kan de BMa gesprekken opstarten met de betrokken partijen. Die kunnen daarbij aangeven dat zij de betwiste praktijken zullen stopzetten en mogelijk ook dat zij corrigerende maatregelen (“*remedies*”) zullen nemen. Een positieve evaluatie van de voorgestelde maatregelen kan leiden tot een informele schikking, waaraan desgevallend publiciteit wordt gegeven (48). Mislukken de gesprekken, dan kan alleen een formele onderzoeksprocedure soelaas bieden voor de benadeelden. Vandaar dat informele gesprekken in de regel enkel worden opgestart wanneer het auditoraat bereid is toch een formele procedure aan te vangen indien de informele gesprekken niet tot het gewenste resultaat leiden (49).

38. Een onderneming of ondernemingsvereniging kan tevens gebaat zijn met een troostbrief, waarin wordt gesteld dat er geen aanleiding is om een bepaalde praktijk of overeenkomst strijdig te achten met de mededingingsregels in zoverre de in de brief omschreven hypothesen feitelijk juist zijn. Ook troostbrieven worden desgevallend slechts afgeleverd onder de voorwaarde van publiciteit (50).

Kan ik voor voorlopige maatregelen bij de BMA terecht ?

39. Het antwoord is ja, en hopelijk meer dan tevoren, nu de procedure inzake voorlopige maatregelen grondig wordt hervormd. Een klager dient onder Boek IV WER zijn verzoek om voorlopige maatregelen rechtstreeks in bij de voorzitter van de BMa, voor beslissing door het Mededingingscollege. De rol

van het auditoraat, dat vroeger centraal stond in de procedure voorlopige maatregelen, wordt daarbij gevoelig teruggedrongen : het kan worden gehoord en het kan schriftelijke opmerkingen indienen, maar geen van beide is noodzakelijk om voorlopige maatregelen toe te kennen. Dat betekent concreet dat het, meer dan tevoren, aan de klager zelf zal zijn om zijn “ernstig, onmiddellijk en moeilijk herstelbaar nadeel” te bewijzen (51).

40. Zoals hoger gezegd (nr. 10) is de wetgever ambitieus op het vlak van de timing : in principe moet een verzoek binnen 2 maanden zijn behandeld. Binnen 1 maand na het indienen van het verzoek wordt een hoorzitting georganiseerd (52), en binnen 1 maand na de zitting neemt het Mededingingscollege een met redenen omklede beslissing dat er aanleiding bestaat om voorlopige maatregelen te nemen (53). Doet het college dat niet, wordt het verzoek geacht te zijn verworpen (54).

Wat zijn de belangrijkste stappen in een procedure ten gronde inzake restrictieve mededingingspraktijken voor de BMa ?

41. De procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken voor de BMa bestaat uit een schriftelijke procedure – de onderzoeksprocedure, waarin de auditeur onder leiding van de auditeur-generaal het voortouw neemt – en een mondelinge procedure voor het Mededingingscollege.

A. OPENING VAN HET ONDERZOEK

42. De auditeur-generaal beslist of een onderzoek wordt geopend (55). Dat kan hetzij ambtshalve, hetzij volgend op een klacht van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die aantoonbaar een rechtstreeks en dadelijk belang te

(45) Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken, BS 22 oktober 2007, 54.713.

(46) Art. IV.46, § 2 WER.

(47) Mededeling van de Commissie betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de artikelen 7 en 23 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in kartelzaken, PB C 167/1 van 2 juli 2008, nr. 33.

(48) Jaarverslag 2011, p. 12. Dat jaarverslag bevat een voorbeeld van een informele schikking met Apple en in het kader van de tv-rechten van de Belgische voetbalcompetitie, de toenmalige Pro League (p. 13). Andere jaarverslagen kunnen worden geconsulteerd via http://economie.fgov.be/nl/ondernemingen/mededinging/Belgische_mededingingsautoriteit/algemene_directie_mededinging/

(49) Jaarverslag 2011, p. 12.

(50) Jaarverslag 2011, p. 12.

(51) Art. IV.64, § 1 WER. Onder de WBEM gold dat de klager een “ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel” moest aantonen (art. 62, § 1 WBEM), wat strenger lijkt. Nochtans wordt volgens de wetgever geen inhoudelijke wijziging beoogd met de nieuwe taal (memorie van toelichting, p. 13).

(52) Art. IV.64, § 3 WER.

(53) Art. IV.64, § 3 WER. Beide termijnen zijn beperkt verlengbaar met twee weken, art. IV.64, § 4 WER.

(54) Art. IV.64, § 6 WER.

(55) Art. IV.26, § 2, 3° WER. Tegen de beslissing van de auditeur-generaal om een onderzoek te openen, is geen afzonderlijk beroep mogelijk.

hebben (56). Ook kan een onderzoek worden geopend op verzoek van de Minister van Economische Zaken, die onder de nieuwe wet daarenboven een injunctierecht krijgt (57), of naar aanleiding van een clementieverzoek.

B. ONDERZOEK À CHARGE EN À DÉCHARGE

43. Dat het auditoraat het onderzoek ook *à décharge* moet voeren (zie hoger, nr. 12), dient te worden gezien tegen het licht van het feit dat het auditoraat geen procespartij is zoals een andere. Het bezit publieke bevoegdheden (het recht om inlichtingen te vragen, verklaringen op te nemen en ter plaatse te inspecteren) die de betrokken ondernemingen en natuurlijke personen niet hebben, en het wendt die bevoegdheden aan om te komen tot een ontwerp van beslissing dat het aan het Mededingingscollege voorlegt (zie verder, nr. 48).

44. Eenmaal dat is gebeurd, hebben de betrokken partijen niet langer het recht bijkomende stukken neer te leggen die niet reeds werden neergelegd tijdens het voorafgaande onderzoek, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis kregen (58). Volgens de memorie van toelichting is de reden hiervoor dat de wetgever wil vermijden dat het auditoraat zich in een ontwerp van beslissing zou moeten uitspreken zonder te beschikken over belangrijke elementen *à charge* en *à décharge* (59). Hieruit blijkt ontegensprekelijk de bedoeling van de wetgever om het auditoraat niet een louter lijdzame rol te geven. Eerder dan enkel de ontlastende elementen te noteren die de betrokken partijen aanleveren, is het de taak van het auditoraat om, minstens in de stukken die voorliggen, zelf de elementen *à charge* en *à décharge* te identificeren en die mee

te geven in het ontwerp van beslissing aan het Mededingingscollege.

C. SEPOOT / MEDEDELING VAN DE GRIEVEN

45. Indien het auditoraat beslist tot de onontvankelijkheid of ongegrondheid van een klacht (60), of indien het vaststelt dat de verjaring is opgetreden, wordt de klacht geseponneerd. Het auditoraat kan eveneens beslissen om de klacht te seponeren op grond van het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen van de BMa (61). Tegen een sepotbeslissing kan beroep worden ingediend bij de voorzitter (62).

46. Indien het auditoraat daarentegen beslist dat de klacht (of het ambtshalve onderzoek) gegrond is, deelt het de betrokken partijen de grieven mee die tegenover hen worden aangehouden (63). De betrokken partijen krijgen daarop een termijn van minimum 1 maand om op de grieven te antwoorden. Zij krijgen daartoe toegang tot het bewijsmateriaal op basis waarvan de grieven zijn geformuleerd, alsook tot alle niet-vertrouwelijke versies van de stukken en informatie verzameld tijdens het onderzoek (64). Zoals gezegd (nr. 29 e.v.), kan het auditoraat in dit stadium ook reeds polsen of de betrokken ondernemingen/verenigingen bereid zijn om transactiegesprekken aan te gaan.

D. SAMENSTELLING ONDERZOEKSDOSSIER EN PROCEDUREDOSSIER

47. Volgend op de mededeling van de grieven stelt de auditeur het onderzoeks – en proceduredossier samen. Het onderscheid tussen beide is nieuw. Het onderzoeksdossier bevat alle documenten en gegevens die zijn verzameld tijdens het onderzoek (65); het proceduredossier bevat enkel die documenten en gegevens waarop het auditoraat zich steunt in zijn ontwerp van beslissing (66).

E. ONTWERP VAN BESLISSING EN TOEGANG TOT ONDERZOEKS – EN PROCEDUREDOSSIER

48. Ten hoogste 1 maand na ontvangst van het antwoord op de mededeling van grieven, legt de auditeur namens het auditoraat een met redenen omkleed ontwerp van beslissing, vergezeld van het proceduredossier, neer bij de voorzitter, die het Mededingingscollege samenstelt (67).

49. Gelijktijdig met de voorzitter ontvangen ook de betrokken partijen een kopie van het ontwerp van beslissing. Vanaf dat ogenblik kunnen zij het onderzoeks – en proceduredossier raadplegen op het secretariaat van het BMa en kunnen zij hiervan (tegen betaling) een kopie ontvangen (68).

F. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN

50. De betrokken ondernemingen of natuurlijke personen hebben een termijn van 2 maanden om hun schriftelijke opmerkingen in te dienen (69). De ervaring leert dat dit bijzonder kort is, zeker omdat de partijen slechts toegang hebben tot het dossier na de mededeling van het ontwerp van beslissing (70). Het valt dan ook te verwachten dat de betrokken partijen frequent beroep zullen willen doen op de bevoegdheid van de voorzitter om de termijn van 2 maanden op met redenen omkleed verzoek te verlengen (71).

51. De betrokken partijen kunnen in dit stadium van de procedure enkel gebruik maken van de stukken die reeds in het onderzoeks – of proceduredossier voorkomen. Er kunnen niet langer bijkomende stukken worden toegevoegd, behalve indien de stukken een bewijs van een feit betreffen of als antwoord op grieven waarvan de betrokken partijen nog geen kennis kregen. Wel kunnen nog stukken uit het onderzoeksdossier worden toegevoegd aan het proceduredossier (72).

(56) Art. IV.41, § 1, 2° WER. Krachtens artikel IV.42, § 1 WER worden klachten ingediend bij de auditeur-generaal.

(57) Art. IV.41, § 1, 3° WER.

(58) Art. IV.62, § 3 WER.

(59) Memorie van toelichting, pp. 12-13.

(60) Opvallend is dat er in het kader van de mogelijkheid tot sepot niet langer melding wordt gemaakt van "een klacht of een verzoek", maar enkel van "een klacht". Dit lijkt erop te wijzen dat een ambtshalve onderzoek of onderzoek geopend op verzoek of injunctie van de bevoegde minister of op verzoek van de minister van de Middenstand niet kan worden geseponneerd. Krachtens artikel IV.47 WER kan het Mededingingscollege in een procedure betreffende een klacht, een verzoek of een ambtshalve onderzoek wel beslissen dat er geen aanleiding bestaat om op te treden. De memorie van toelichting (p. 6) verduidelijkt dat het Mededingingscollege als "onafhankelijke filter" tevens een onderzoek geopend op injunctie van de minister kan seponeren.

(61) Art. IV.30, § 1 WER en art. IV.42, § 2 WER.

(62) Art. IV.42, § 2-3 WER en memorie van toelichting, p. 6.

(63) Art. IV.42, § 4 WER.

(64) Art. IV.42, § 4 WER.

(65) Art. IV.41, § 6, lid 1 WER.

(66) Art. IV.41, § 6, lid 3 WER.

(67) Art. IV.42, § 5 WER.

(68) Art. IV.45, § 1, lid 1 WER.

(69) Art. IV.45, § 3, lid 1 WER.

(70) De vergelijking die de memorie van toelichting (p. 12) maakt met de termijn van 2 maanden die geldt voor het Gerecht van de EU, om te stellen dat het hier om een redelijke termijn zou gaan, is dan ook een wat manke vergelijking. In een procedure voor het Gerecht van de EU hebben de betrokken partijen reeds eerder, tijdens de administratieve procedure voor de Europese Commissie, toegang gekregen tot het dossier.

(71) Art. IV.45, § 3, lid 3 WER. Ook de auditeur-generaal kan een verlenging vragen.

(72) Art. IV.45, § 3 WER.

52. Deze nieuwe procedureregels zijn belangrijk voor de bedrijfsjuristen en de advocaten van de betrokken partijen. De beperkte mogelijkheid om nieuwe stukken toe te voegen, en de korte termijnen, zullen bij de betrokken partijen een mentaliteitswijziging met zich moeten meebrengen. Meer dan voorheen hebben zij er belang bij om reeds in een vroeg stadium proactief te werk te gaan en zoveel mogelijk documenten en gegevens *à décharge* te identificeren en toe te voegen aan het procedurendossier, en om de auditeur aan te sporen om vermoedelijke documenten en gegevens *à décharge* te onderzoeken in het gehele onderzoeksdossier.

53. Met de indiening van de schriftelijke opmerkingen, of met het verstrijken van de termijn van 2 maanden, neemt de schriftelijke procedure een einde (73).

G. ZITTING EN BESLISSING MEDEDINGINGSCOLLEGE

54. Minimum 1 maand en maximum 2 maanden na ontvangst van de schriftelijke opmerkingen volgt een hoorzitting voor het Mededingingscollege (74).

55. Het Mededingingscollege beoordeelt de zaak op basis van het dossier zoals voorgelegd door het auditoraat en de partijen (75). De bevoegdheid om tijdens de mondelinge procedure andere grieven of feiten door het auditoraat te laten onderzoeken, bestaat niet langer.

56. Na de zitting wordt de zaak in beraad genomen. Het Mededingingscollege beschikt daaropvolgend over een termijn van 1 maand om een beslissing te nemen (76).

57. De strakke termijnen voor de mondelinge procedure houden in dat het Mededingingscollege op niet meer dan 3 maanden het ontwerp van beslissing van het auditoraat en de schriftelijke opmerkingen van de betrokken partijen aan het procedurendossier moet toetsen. Gelet op de complexiteit en omvang van dossiers inzake restrictieve mededingingspraktijken en de samenstelling van het Mededingingscollege, met twee experts die ook andere beroepswerkzaamheden hebben, lijkt de beoordeling door het Mededingingscollege dan ook

eerder een (marginale) toetsing te zullen worden van het ontwerp van beslissing dan een zelfstandige beoordeling van het dossier, zeker nu het college geen aanvullend onderzoek kan gelasten. Vandaar opnieuw het belang voor bedrijfsjuristen en advocaten om zeker niet te wachten tot de mondelinge procedure voor het Mededingingscollege om zich proactief te manifesteren.

VI Wat met de vertrouwelijkheid in het kader van het onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken ?

58. De WER regelt in detail de regels die gelden inzake de vertrouwelijkheid. Het principe van de vertrouwelijkheid van adviezen van bedrijfsjuristen, zoals recentelijk bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel, blijft onder de WER ongewijzigd van kracht.

A. DOCUMENTEN EN GEGEVENS IN HET ONDERZOEKS – EN PROCEDUREDOSSIER

59. De auditeur spreekt zich uit over het al dan niet vertrouwelijke karakter van de documenten en gegevens in het onderzoeks – en procedurendossier (77). In het belang van het onderzoek en zonder enig verzoek hiertoe door de betrokken partijen kan de auditeur ook zelf beslissen dat bepaalde gegevens vertrouwelijk zijn. Tegen deze beslissing is geen beroep mogelijk (78).

60. Behalve in dit geval staan de beslissingen van de auditeur inzake de vertrouwelijkheid van documenten en gegevens open voor beroep bij de voorzitter. Het beroep wordt beoordeeld door een assessor-ondervoorzitter of door een assessor die niet zetelt in het Mededingingscollege dat wordt gevat door dezelfde zaak (79). De WER voorziet in een vlottere afhandeling van het beroep dan het geval was onder de WBEM. Zo dient het beroep te worden ingesteld binnen een termijn van 3 (in plaats van 10) werkdagen en dient de assessor zich binnen een termijn van

5 (in plaats van 10) werkdagen uit te spreken (80).

B. ADVIEZEN VAN BEDRIJFSJURISTEN

61. Krachtens artikel 5 van de wet tot oprichting van een Instituut voor bedrijfsjuristen (81) zijn de adviezen, die door een bedrijfsjurist worden verstrekt ten gunste van zijn werkgever of in het kader van zijn functie van juridisch raadsman, vertrouwelijk. In navolging van het Akzo-arrest van het Hof van Justitie van de EU (82) was het auditoraat van oordeel dat die vertrouwelijkheid niet gold in het kader van een onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken.

62. In een arrest van 5 maart 2013 oordeelde het Hof van Beroep te Brussel anders. Het stelde dat de principes van het Akzo-arrest niet van toepassing zijn in een onderzoek onder het Belgische mededingingsrecht. In de mate dat een advies van een bedrijfsjurist die is aangesloten bij het Instituut van bedrijfsjuristen is verstrekt ten gunste van zijn werkgever, is dat advies vertrouwelijk en kan het niet in beslag worden genomen in het kader van een onderzoek naar restrictieve mededingingspraktijken.

63. Het Hof interpreteert het begrip 'advies' bovendien ruim. Het omvat niet alleen het finale advies van de bedrijfsjurist *sensu stricto*, maar tevens het verzoek om advies, de correspondentie die wordt uitgewisseld met betrekking tot dat verzoek, ontwerpadviezen, als ook de documenten ter voorbereiding van het advies (83). Het vertrouwelijke karakter van het advies gaat echter verloren wanneer de werkgever het advies en de inhoud ervan bekend maakt buiten de onderneming (84).

64. Het vertrouwelijke karakter van de adviezen van bedrijfsjuristen blijft ongewijzigd van kracht wanneer de BMA een onderzoek voert voor rekening van de Europese Commissie (85). Ook in een dergelijk geval wordt het onderzoek immers gevoerd volgens Belgisch recht (86). Hetzelfde geldt voor onderzoeken die de BMA op verzoek van de mededingingsautoriteit van een andere

(73) Art. IV.45, § 4 WER.

(74) Art. IV.45, § 4 WER.

(75) Memorie van toelichting, p. 36.

(76) Art. IV.45, § 6 WER. Bij consultatie van de Europese Commissie wordt deze termijn geschorst.

(77) Art. IV.41, § 6, lid 1-2 WER.

(78) Art. IV.41, § 7 WER.

(79) Art. IV.41, § 8, lid 1 WER.

(80) Art. IV.41, § 8, lid 2 WER.

(81) Wet van 1 maart 2000 tot oprichting van een Instituut voor bedrijfsjuristen, *BS* 4 juli 2000, 23.252.

(82) H.v.J. 14 september 2010, C-550/07 P, *Akzo e.a. / Commissie, Jur.* 2010, I-8301.

(83) Brussel 5 maart 2013, 2011/MR/3, *Belgacom, Juristenkrant* 2013 (weergave J. BOCKEN), afl. 267, 1 ; *JLMB* 2013, afl. 21, 1136 ; *TBH* 2013 (weergave A. SOHET), afl. 5, 472, ov. 53.

(84) *Ibid.*, ov. 54.

(85) *Ibid.*, ov. 60.

(86) Art. 22, lid 2, Verordening 1/2003.

lidstaat uitvoert (87). Daarentegen geldt Akzo en vervalt de vertrouwelijkheid van het advies van de bedrijfsjurist wanneer de BMA bijstand verleent aan de Europese Commissie in het kader van een onderzoek onder Europees recht.

VII Kunnen natuurlijke personen aansprakelijk worden gesteld voor inbreuken op het mededingingsrecht?

65. Dat is inderdaad het geval. Het betreft hier misschien wel het belangrijkste nieuwe kenmerk van het Belgische mededingingsrecht. Spijtig genoeg laat de betrokken bepaling, artikel IV.1, § 4 WER, juridisch een wat slordige indruk na, en zal het zaak zijn voor de bedrijfsjurist om zich op de hoogte te houden van de toekomstige ontwikkelingen op dit punt (88).

66. Het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten voor natuurlijke personen viseert natuurlijke personen die in naam en voor rekening van een onderneming met concurrenten onderhandelen of met hen beslissen over het vaststellen van prijzen bij verkoop van producten of diensten aan derden; het beperken van de productie of verkoop van producten of diensten; of het toewijzen van markten.

A. MATERIEEL TOEPASSINGSGBIED

67. Het is niet geheel duidelijk welke handelingen door het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten voor natuurlijke personen worden gevat. Krachtens het verbod is het "onderhandelen of... beslissen over het vaststellen van prijzen bij verkoop van producten of diensten aan derden, het beperken van de productie of verkoop van producten of diensten of het toewijzen van markten" niet toegelaten. Daarbij is alvast duidelijk dat enkel overeenkomsten tussen concurrenten worden gevat, en dat natuurlijke personen niet kunnen worden gesanctioneerd voor een misbruik van machtspositie door hun onderneming.

68. Wat minder of niet duidelijk is, is waarom de wet andere taal bevat voor de verboden gedragingen voor natuurlijke personen dan die voor ondernemingen en waarom de taal voor natuurlijke personen ruimer lijkt te zijn dan het kartelverbod voor ondernemingen. Zo is de grens tussen onderhandelen en het bestaan van een verboden restrictieve overeenkomst niet steeds duidelijk, en omvat de ruime omschrijving van de verboden gedragingen (bijvoorbeeld "het vaststellen van de prijzen bij verkoop aan derden") overeenkomsten die mededingingsrechtelijk potentieel zijn toegelaten (bijvoorbeeld, in het kader van een gemeenschappelijke onderneming of in het kader van een samenwerkingsovereenkomst).

B. PERSONEEL TOEPASSINGSGBIED

69. Ook wat betreft het personele toepassingsgebied heerst er onduidelijkheid. Het verbod spreekt over natuurlijke personen die optreden "in naam en voor rekening" van een onderneming. Of hiermee enkel het management van de onderneming of ook werknemers worden bedoeld, is een openstaande vraag. Volgens de memorie van toelichting is het invoeren van sancties voor natuurlijke personen erop gericht om "het management" ervan te weerhouden het algemeen belang te schaden door mee te werken aan inbreuken op de mededingingsregels (89). Tegelijk heeft de memorie het echter over "bestuurders en werknemers" waar het de invoering van persoonlijke clementie bespreekt (90). Ook de exacte personele reikwijdte van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten voor natuurlijke personen blijft voorlopig aldus een punt van discussie.

C. BOETE

70. Een inbreuk door een natuurlijke persoon wordt gesanctioneerd met een administratieve geldboete tussen 100 en 10.000 euro (91). Of de onderneming voor wie de gesanctioneerde natuurlijke persoon optrad, de boete voor haar rekening kan nemen, blijkt niet uit het WER. In Nederland gaf

dat alvast aanleiding tot een verhoging van de boete voor de betrokken onderneming (92).

71. De oorspronkelijke ambities op het punt van de persoonlijke aansprakelijkheid reikten verder dan administratieve geldboetes. Op verzoek van de minister had de Algemene Directie Mededinging geadviseerd dat er goede argumenten waren voor het invoeren van strafsancities voor natuurlijke personen die betrokken zijn bij ernstige inbreuken op het verbod van mededingingsbeperkende afspraken. Het advies legde niettemin sterk de nadruk op twee randvoorwaarden opdat strafsancities zouden bijdragen tot een betere handhaving van de mededingingsregels: ten eerste, de gekozen formule zou het clementiebeleid op geen enkele wijze mogen beschadigen (een clementieprogramma wordt mogelijk beduidend minder succesvol indien clementieverzoekers zich met hun verzoek blootstellen aan strafsancities) en, ten tweede, het invoeren van strafsancities mocht de duur van administratieve procedures tegen de onderneming niet verlengen (93). Dit voorstel heeft het niet gehaald omdat de twee randvoorwaarden niet vervuld konden worden.

72. Ook het voorstel om te voorzien in een vervallen verklaring van het recht om bepaalde functies of mandaten uit te oefenen werd niet weerhouden. Volgens de memorie van toelichting kan een dergelijke verklaring volgens het EVRM worden geassimileerd met een strafsancitie, die slechts kan worden opgelegd met in acht name van alle in het strafprocesrecht geldende waarborgen (94).

73. Voorlopig blijkt dus een inbreuk op het verbod van aanbestedingsvervalsing ("bid rigging") de enige strafrechtelijk beteugelde inbreuk op het Belgische mededingingsrecht (95). Verdere stappen in de richting van persoonlijke aansprakelijkheid zijn echter niet definitief opgeborgen, maar enkel in het koelvak gestoken (96).

D. CLEMENTIE

74. Zoals ondernemingen, kunnen ook natuurlijke personen een

(87) Art. 22, lid 1, Verordening 1/2003.

(88) Voor een uitvoerige bespreking, zie F. WIJCKMANS en A. FOCQUET, "Belgisch mededingingsrecht wordt persoonlijk", *RW* 2012-2013, mimeo.

(89) Memorie van toelichting, p. 16.

(90) Memorie van toelichting, p. 17.

(91) Art. IV.70, § 2 WER. Deze geldboete is niet fiscaal aftrekbaar (art. IV.70, § 3 WER).

(92) Besluit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 30 december 2011, nr. 6888/435, *Landelijke Huisartsenvereniging*.

(93) FOD Economie, Algemene Directie Mededinging, *Jaarverslag 2009*, p. 9.

(94) Memorie van toelichting, pp. 15-16.

(95) Art. 314 van het Strafwetboek.

(96) Memorie van toelichting, p. 16: "alleszins in een eerste periode, alleen in geldboetes... voorzien die het administratief rechtelijk karakter van de procedure niet bedreigen" (onze nadruk).

clementieverzoek indienen bij het auditoraat (97). Natuurlijke personen kunnen op die manier in aanmerking komen voor immuniteit voor sancties. Meer in het bijzonder zal het Mededingingscollege, op verzoek van de auditeur-generaal of de auditeur, een natuurlijke persoon immuniteit toekennen indien die ertoe bijdraagt het bestaan van een verboden mededingingsbepalende overeenkomst te bewijzen en de deelnemers ervan te identificeren. De natuurlijke persoon kan de BMA daartoe inlichtingen verstrekken waarover het nog niet beschikte, het bewijs leveren van een verboden praktijk waarvan het bestaan nog niet vaststond of zelf een verboden praktijk erkennen (98).

75. In tegenstelling tot wat het geval is voor ondernemingen, wordt voor natuurlijke personen geen onderscheid gemaakt tussen een immuniteit voor boetes en een vermindering van boetes. Waar voor ondernemingen een *first come, first serve*-principe geldt (d.i., enkel de eerste clementieverzoeker komt in aanmerking voor immuniteit; daaropvolgende clementieverzoekers kunnen slechts een vermindering van boete krijgen), komen natuurlijke personen die meewerken ongeacht de rang van hun clementieverzoek voor immuniteit in aanmerking (99).

76. Een verzoek tot immuniteit door een natuurlijke persoon staat niet in de weg aan het toekennen van immuniteit aan de betrokken onderneming (100). Omgekeerd stelt artikel IV.46§ 2 WER dat iedereen die meewerkt aan een clementieverzoek van een onderneming voor wie hij optreedt, voor immuniteit in aanmerking komt. Een afzonderlijk verzoek tot immuniteit door een natuurlijke persoon is dan ook overbodig indien die natuurlijke persoon aan het clementieverzoek van de betrokken onderneming meewerkt. Het is aangeraaden om die medewerking uitdrukkelijk te vermelden in het clementieverzoek van de onderneming.

VIII (Waar) kan ik een beroep instellen tegen een beslissing van de BMA ?

77. Beslissingen van het Mededingingscollege en het auditoraat kunnen, zoals onder de WBEM, worden aangevochten bij het Hof van Beroep te Brussel (101).

78. Het Hof van Beroep oordeelt zoals in kortgeding (102). De WER, anders dan de WBEM, voorziet in een tegensprekelijke beroepsprocedure. Onder de WBEM kon de Raad voor de Mededinging (een administratief rechtscollege) niet als verwerende partij deelnemen aan de procedure voor het Hof van Beroep tegen een van zijn beslissingen. Het Hof van Beroep was op die manier aangewezen op de middelen en argumenten van de ondernemingen die beroep instelden. Het Hof van Justitie van de EU was van oordeel dat een dergelijke stelselmatige afwezigheid van de nationale mededingingsautoriteit van aard was om het nuttig effect van artikelen 101 en 102 VWEU in gevaar te brengen (103). De WER remedieert hieraan: de BMA is een administratief bestuursorgaan, geen administratief rechtscollege, en wordt voor het Hof van Beroep vertegenwoordigd door zijn voorzitter (104).

79. Het Hof oordeelt met volle rechtsmacht, in rechte en in feite, al dan niet met de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen van de aangevochten beslissing (105). Volgens de memorie van toelichting heeft het Hof van Beroep op die manier de rechtsmacht vereist door het EVRM (106). De regel dat het Hof van Beroep de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangevochten beslissing van de Mededingingsautoriteit in overweging kan nemen, werd geschrapt.

IX Waar kan ik terecht om als benadeelde schadevergoeding te bekomen ?

80. Om schadevergoeding te bekomen, dienen benadeelden zich tot de gewone rechter te wenden. Zij dragen daarbij, overeenkomstig artikel 870 Ger.W., de bewijslast van de fout, de (omvang van de) schade en het oorzakelijk verband tussen beide.

81. Eerder dan zich rechtstreeks tot de rechter te wenden, wachten benadeelden vaak een beslissing van de mededingingsautoriteit af om hun bewijslast inzake het bestaan van een fout te verlichten. Immers, de gewone rechter is weliswaar niet gebonden door een inbreukbeslissing van de BMA (een administratief bestuursorgaan), maar zal in de regel een inbreukbeslissing wel als een zwaarwichtig feitelijk element weerhouden tegen de verwerende partij. Bovendien wil de Europese Commissie middels een recent voorstel van richtlijn verder gaan en ieder inbreukbesluit van een nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie in de EU bindend maken voor de nationale rechter, opdat zodoende de fout in hoofde van de inbreukpleger vast zou vaststaan (107).

82. Ook op het punt van het bewijs van de geleden schade neemt het voorstel van richtlijn van de Europese Commissie initiatieven. Naast het principe van het recht op volledige vergoeding voor de geleden schade (108), bevat het voorstel bijzondere regels inzake de openbaarmaking van bewijsmateriaal. Zo moet de nationale rechter de mogelijkheid hebben om de verweerder of een derde te gelasten bewijsmateriaal openbaar te maken, ongeacht of dit bewijsmateriaal ook is opgenomen in het dossier van een mededingingsautoriteit (109). In België beschikt de gewone rechter op basis van artikel 877 Ger.W. reeds over die bevoegdheid.

(97) Art. IV.46, § 2, lid 1 WER.

(98) Art. IV.46, § 2, lid 3 WER.

(99) Art. IV.46, § 2, lid 3 en memorie van toelichting, p. 37.

(100) Art. IV.46, § 5 WER.

(101) Art. IV.79, § 1 WER. De memorie van toelichting (pp. 75-77) bevat een handig overzicht van de beslissingen waartegen een beroep kan worden ingesteld.

(102) Art. IV.79, § 2, lid 1-2 WER.

(103) HvJ 7 december 2010, C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood – en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerker (VEBIC)* VZW, *Jur.* 2010, I-12471.

(104) Art. IV.20, § 1, 4° WER.

(105) Art. IV.79, § 2, lid 2-3 WER. Het Hof heeft enkel vernietigingsbevoegdheid wanneer het bijvoorbeeld, anders dan de aan-

gevochten beslissing, een inbreuk vaststelt op artikel 101 of 102 VWEU.

(106) Zie in het bijzonder EHRM 27 september 2011, *Menarini Diagnostics SRL t. Italië*, zaak nr. 43509/08.

(107) Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013)404final, 11 juni 2013, art. 9.

(108) Art. 2(1) voorstel van richtlijn. Dat omvat het reële verlies, de gederfde winst, alsook de rente vanaf het tijdstip waarop de schade zich heeft voorgedaan tot wanneer de vergoeding van die schade effectief is betaald (art. 2(2) voorstel van richtlijn).

(109) Art. 5(1) voorstel van richtlijn.

83. Die bevoegdheid van de gewone rechter reikt in België in principe tot aan de mogelijkheid om een partij te bevelen een clementie – of transactie-verklaring te overleggen die zij eerder tijdens de administratieve procedure heeft gedaan. Het spreekt voor zich dat dit een drempel kan betekenen voor potentiële clementieverzoekers of transactiesprekken. Indien het voorstel van richtlijn wordt aangenomen, zal die mogelijkheid niet langer bestaan. Het voorstel voorziet immers dat de openbaarheid van clementie – en transactie-verklaringen op geen enkel ogenblik zou kunnen worden gelast (110).

X Wat is het prijzenobservatorium ?

84. Ook Boek V (“De mededinging en de prijsevoluties”) WER is relevant voor de bedrijfsjurist. Boek V WER dat op daten van schrijven nog niet in werking is getreden, voert een mechanisme in om de marktwerking bij te sturen in die gevallen waarin, hoewel er sprake is van vrije mededinging (en er met andere woorden geen sprake is van een restrictieve mededingingspraktijk in de zin van Boek IV WER), de markt faalt. Een marktfalen wordt daarbij ruim omschreven als “een probleem inzake prijzen of marges, een abnormale prijzevoluatie, of een structureel marktprobleem”. Het kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de marktmacht van een bepaalde onderneming geen ruimte laat voor effectieve mededinging en dit aanleiding geeft tot ongewenst hoge prijzen in een bepaalde sector, zonder dat er echter sprake is van een misbruik van machtspositie in de zin van artikel IV.2 WER.

85. De analyse van de marktwerking en het vaststellen van een marktfalen

wordt toevertrouwd aan het prijzen-observatorium, dat deel uitmaakt van de FOD Economie (111). Wanneer dat observatorium een probleem vaststelt inzake prijzen of marges, een abnormale prijzevoluatie, of een structureel marktprobleem kan het ambtshalve of op verzoek van de Minister van Economische Zaken een marktanalyse uitvoeren (112). De uitkomst daarvan wordt bij wijze van een verslag wordt gericht aan de Minister van Economische Zaken en aan de BMa (113). Daarmee wordt automatisch een procedure voor het Mededingingscollege aangehangig gemaakt, dat op basis van het verslag dient te beslissen of er al dan niet aanleiding bestaat om voorlopige maatregelen van maximum zes maanden te treffen. De voorlopige maatregelen worden niet omschreven in de wet of de memorie van toelichting, maar de meest voor de hand liggende maatregel lijkt een voorlopige blokkering van de prijzen te zijn (zoals reeds eerder in de energiesector gebeurde). Tegen de beslissing van het Mededingingscollege om voorlopige maatregelen op te leggen, staat beroep open voor het Hof van Beroep te Brussel (114).

86. Het is vervolgens aan de Minister van Economische Zaken om binnen de 6 maanden structurele maatregelen voor te stellen (115). Die kunnen bijvoorbeeld bestaan in de aanpassing of blokkering van automatische indexmechanismen, het terugschroeven van het aantal tarieven, het vaststellen van de looptijd van tarieven of het openstellen van infrastructuur voor concurrenten (116).

XI Besluit

87. De ambitie van de ontwerpers van het vernieuwde Belgische mededingingsrecht

naar meer efficiëntie heeft vooral geleid tot institutionele en procedurele veranderingen. Die wijzigen de spelregels grondig. De bedrijfsjurist zal daarbij vooral willen onthouden dat het onderzoek *à charge* en *à décharge* beperkingen met zich meebrengt voor het neerleggen van stukken, dat de termijnen zeer strak worden georkestreerd, en dat het auditoraat een dialoog op gang kan brengen om te komen tot een transactiebeslissing, inclusief boete, waartegen de betrokken onderneming niet in beroep kan gaan.

88. Inhoudelijk is het voor de bedrijfsjurist cruciaal dat werknemers van de onderneming persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn en kunnen worden beboet voor het onderhandelen van, of het beslissen over, bepaalde overeenkomsten met concurrenten, en omgekeerd dat zij daarvoor clementie kunnen aanvragen. Het Belgische mededingingsrecht wordt daarmee voor het eerst echt persoonlijk. Hoe de BMa dat in de praktijk zal brengen, blijft voorlopig wat koffiedik kijken, nu de betrokken bepalingen niet uitblinken in duidelijkheid.

89. Samen met de initiatieven op Europees vlak inzake de private afdwinging van het mededingingsrecht door benadeelden, zorgen deze ontwikkelingen ervoor dat het mededingingsrecht in België in de nabije toekomst op het onmiddellijke radarscherm van de bedrijfsjurist dient te blijven.

Filip TUYTSCHAEVER
Advocaat
Professor VUB
&
Milena VARGA
Advocaat

(110) Art. 6(1) voorstel van richtlijn.

(111) Art. 1.7 WER *juncto* Art. 108 van de Wet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen, BS 23 december 1994, 31.878. Zie ook memorie van toelichting, p. 22.

(112) Art. V.3, lid 4 WER.

(113) Art. V.3, lid 1 WER.

(114) Art. V.5, § 1 WER.

(115) Art. V.6 WER.

(116) VBO, *Reflect nr. 1 – Mededinging en Prijscontrole*, 24 (interview Minister Vande Lanotte).