

HOOFDSTUK 3

De mededingingsregels en hun handhaving: de hervorming van 2013

Dirk Vandermeersch

*Advocaat Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
Gastprofessor Universiteit Gent*

Afdeling 1

Oogmerken en kenmerken van de hervorming 2013

1. Op 6 september 2013 is de nieuwe Mededingingswet, opgenomen in Boek IV - *Bescherming van de mededinging* van het Wetboek van economisch recht¹, in werking getreden². Boek IV wordt hierna de Mededingingswet genoemd.

¹ Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV “Bescherming van de mededinging” en van boek V “De mededinging en de prijsevoluties” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 26 april 2013, 25.216. Wet van 3 april 2013 houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek IV “Bescherming van de mededinging” en boek V “De mededinging en de prijsevoluties” van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 26 april 2013, 25.248. Het Wetboek van economisch recht wordt hierna aangeduid als “WER”. Andere boeken van het Wetboek van economisch recht bevatten bepalingen die ook relevant zijn voor het mededingingsrecht, o.m. Boek I – Definities (artikelen I.1 en I.6 WER) en Boek XV – Rechtshandhaving (artikel XV.80 WER). Zie ook koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.084; koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende het aanmelden van de concentraties van ondernemingen bedoeld in artikel IV.10 van het Wetboek van economisch recht ingevoegd door de wetten van 3 april 2013, *BS*, 9 september 2013, 63.298; koninklijk besluit van 4 september 2013 betreffende de betaling en de invordering van de administratieve geldboeten en dwangsommen bepaald in Boek IV van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.090 en koninklijk besluit van 12 september 2013 betreffende de afgifte van kopieën van het dossier zoals bedoeld in Boek IV van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 17 september 2013, 65.863.

² Koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de inwerkingtreding van sommige bepalingen van de wet van 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV

2. Naast de Mededingingswet is in het Wetboek van economisch recht ook de voormalige prijsregulering opgenomen, in gewijzigde vorm, waarbij aan de Belgische Mededingingsautoriteit een belangrijke rol wordt toebedeeld wat de handhaving van de betrokken regels betreft. Het nieuwe Boek V – *De mededinging en de prijsevoluties* (“de Prijzenwet”) wordt in deze bijdrage niet nader besproken.
3. De oorspronkelijke Mededingingswet dateert van 1991.³ De Mededingingswet 1991 richtte een administratief rechtscollege op – de Raad voor de Mededinging – dat werd belast met de handhaving van het mededingingsrecht. De inbreuken werden onderzocht door een Dienst voor de Mededinging, die onderdeel was van het toenmalige Ministerie van Economische Zaken. De Raad besliste op basis van een verslag van de Dienst. De handhaving van het Belgisch mededingingsrecht werd aldus gekenmerkt door een strikte institutionele scheiding van onderzoek en beslissing: het zgn. duale model. Na een eerste, eerder beperkte hervorming in 1999⁴, werd de Mededingingswet grondig gewijzigd in 2006, waarbij het duale model werd versterkt⁵. Het onderzoek werd gevoerd door een keurkorps van auditeurs, onder leiding van een auditeur-generaal.
4. De hervorming van 2013 zet (wellicht ogenschijnlijk) het beproefde duale model overboord, alsmede het jurisdictionele karakter van de

“Bescherming van de mededinging” en boek V “De mededinging en de prijsevoluties” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en boek V en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.089 en koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de inwerkingtreding van sommige bepalingen van de wet van 3 april 2013 houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek IV “Bescherming van de mededinging” en boek V “De mededinging en de prijsevoluties” van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.088.

3. Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *BS*, 11 oktober 1991, 22.493. Zie D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Deurne, Kluwer, 1994.
4. Wet van 26 april 1999 tot wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *BS*, 27 april 1999, Ed. 3, 14.121 en wet van 26 april 1999 tot wijziging van sommige artikelen van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *BS*, 27 april 1999, Ed. 3, 14.118. De bepalingen van de Mededingingswet van 1991 zoals hervormd door de wetten van 26 april 1999 werden gecoördineerd bij koninklijk besluit van 1 juli 1999, *BS*, 1 september 1999, 32.315.
5. Wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging, *BS*, 29 juni 2006, 32.755 en wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de mededinging, *BS*, 29 juni 2006, 32.746. De bepalingen van de wetten van 10 juni 2006 werden gecoördineerd bij koninklijk besluit van 15 september 2006, *BS*, 29 september 2006, Ed. 3, 50.613. Zie D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007.

beslissing. Voortaan komt de handhaving van het mededingingsrecht toe aan de nieuw opgerichte Belgische Mededingingsautoriteit (de "BMa"). De BMa is een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid, m.a.w. een administratief orgaan waarvan de beslissingen geen jurisdictioneel karakter hebben. Onderzoek en beslissing gebeuren binnen de BMa. De hervorming van 2013 handhaaft wel een functionele scheiding tussen onderzoek (door het Auditoraat) en beslissing (door het Mededingingscollege).

5. Het oogmerk van de hervorming van 2013 laat zich samenvatten in één zin: *het moet sneller gaan*. Men kan er inderdaad niet omheen dat de handhaving van het mededingingsrecht in België werd ontstierd én gehinderd (bijna zou men zeggen: verhinderd) door talloze procedurekwesties. De Mededingingswet 2006 (en daarvoor ook die van 1991/1999) liet talrijke procedurevragen onbeantwoord, zodat een veelvoud van beslissingen van de Raad voor de Mededinging, arresten van het Hof van Beroep te Brussel, tot en met arresten van het Hof van Cassatie, het Grondwettelijk Hof en zelfs het Europees Hof van Justitie zich moest buigen over procedurevragen, zoals de samenstelling van de dossiers, de toegang van de betrokken ondernemingen en derden tot de dossiers, de rechtsmacht van het Hof van Beroep zetelend in hoger beroep tegen beslissingen van de Raad, de rechten van de betrokken ondernemingen bij huiszoekingen, de vertegenwoordiging van de Raad, c.q. het Auditoraat, voor het Hof van Beroep ter verdediging van de Raadsbeslissingen, enz. Bovendien moest worden vastgesteld dat sommige kartelonderzoeken door het auditoraat jaren in beslag namen, dat de zaken dikwijls voor een groot stuk werden overgedaan door de Raad eens zij bij de Raad waren beland, en dat de Raad in sommige zaken er ettelijke maanden over deed om, na de sluiting van de debatten, uiteindelijk te beslissen. In de meeste zaken werd vervolgens hoger beroep gebracht bij het Hof van Beroep waar de zaak *de novo* werd behandeld en beslist, inclusief de bevoegdheid van het Hof om zelf bijkomende onderzoeksdaden te gelasten.

6. Luidens de memorie van toelichting bij de Mededingingswet 2013 moet de nieuwe Belgische Mededingingsautoriteit zich tot objectief stellen dat hij inbreukprocedures afrondt in 24 maanden, terwijl procedures tot voorlopige maatregelen hun beslag moeten krijgen in twee tot maximum vier maanden⁶.

⁶ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 27 december 2012 houdende invoeging van Boek IV "Bescherming van de mededinging" en van Boek V "De mededinging en de prijsevoluties" in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhavingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht, *Parl. St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2591/001 en bij het wetsontwerp van 27 december 2012 houdende invoeging

7. De hervorming van 2013 beoogt dus een “meer gestroomlijnde structuur” te bewerkstelligen voor de mededingingsautoriteit, alsmede een aantal “procedureverbeteringen” aan te brengen die moeten leiden tot een snellere afhandeling van de zaken⁷. De wijzigingen hebben dan ook in hoofdzaak betrekking op een aantal institutionele en procedurele aspecten. Aan het materieel mededingingsrecht wordt niet geraakt, behoudens een aantal toevoegingen (zoals de invoering van inbreuken door natuurlijke personen die handelen in naam en voor rekening van ondernemingen).

8. In andere bijdragen hebben we reeds betreurd dat de wetgever de hervorming van 2013 niet heeft aangegrepen om een aantal tekortkomingen en lacunes van de Mededingingswet 2006 te corrigeren of in te vullen en om de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Beroep te codificeren⁸. De betrokken teksten van de Mededingingswet 2006 werden in hoofdzaak gehandhaafd. Vele van de problemen uit het verleden zullen dus het Belgisch mededingingsrecht blijven bezwaren tot wanneer zij hun definitief beslag krijgen in de hogere rechtspraak.

9. Deze bijdrage bespreekt enkel de belangrijkste nieuwigheden ingevoerd door de Mededingingswet 2013. Wat in wezen niet verandert, komt hierna in principe niet aan bod. Onderhavige tekst wordt dus best samengelezen met onze analyse in *De Mededingingswet*⁹.

Afdeling 2

De nieuwigheden in een notedop

10. De belangrijkste nieuwigheden, wat de mededingingsregels en hun handhaving betreft, zijn de volgende:

- Bepaalde horizontale hardcore restrictieve afspraken door natuurlijke personen die optreden in naam en voor rekening van ondernemingen worden verboden, op straffe van een geldboete. Natuurlijke personen kunnen een verzoek tot immuniteit van vervolging indienen.

van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek IV “Bescherming van de mededinging” en boek V “De mededinging en de prijsevoluties” van het Wetboek van economisch recht, *Parl. St. Kamer* 2012-2013, nr. 53-2592/001 (hierna aangeduid als de “Memorie 2013”), 4.

⁷ Memorie 2013, 3-5.

⁸ Zie de nota van 15 oktober 2012 betreffende het voorontwerp van wet betreffende de bescherming van de mededinging, van de Vereniging van Belgische mededingingsadvocaten, te raadplegen op de website van het Tijdschrift voor Belgische Mededinging; D. VANDERMEERSCH, “In afwachting van de Big Bang”, *TBM*, 2013, afl. 1, 1.

⁹ Zie D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007.

- De beslissingen inzake restrictieve mededingingspraktijken en concentraties worden genomen door het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit. Het betreft derhalve administratieve beslissingen, zonder gezag van gewijsde, met naleving van de administratieve motiveringsplicht en genomen na toepassing van een administratieve procedure.
- Er wordt een tweestapsprocedure inzake restrictieve mededingingspraktijken ingevoerd: de eerste stap verloopt voor de auditeur (onderzoek, mededeling van grieven; memorie van antwoord van de betrokken ondernemingen), de tweede stap voor het Mededingingscollege (ontwerp van beslissing voorgesteld door de auditeur; schriftelijke opmerkingen van de betrokken ondernemingen; hoorzitting, beslissing).
- De betrokken ondernemingen mogen geen bijkomende stukken neerleggen tijdens de tweede stap van de procedure, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op nieuwe grieven.
- Het Mededingingscollege neemt enkel kennis van het proceduredossier. De betrokken ondernemingen kunnen stukken uit het onderzoeksdossier toevoegen aan het proceduredossier.
- De procedure verloopt volgens wettelijk vastgestelde (korte) termijnen, die zowel voor de auditeur, de betrokken ondernemingen en het Mededingingscollege gelden. De wet voorziet echter niet in sancties bij niet-naleving van de termijnen.
- Het auditoraat kan op elk ogenblik een transactie voorstellen, waarbij de betrokken onderneming schuld bekent en de voorgestelde sanctie aanvaardt (en een boetevermindering van 10% geniet).
- Voorlopige maatregelen worden genomen door het Mededingingscollege, zonder voorafgaand onderzoek door een auditeur. Indien geen beslissing wordt genomen binnen de wettelijke termijn wordt het verzoek om voorlopige maatregelen geacht te zijn verworpen.
- De procedure inzake concentraties blijft grotendeels ongewijzigd, met dien verstande dat de betrokken ondernemingen geen bijkomende stukken meer kunnen neerleggen tijdens de procedure voor het Mededingingscollege, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op nieuwe grieven.
- De bevoegdheid van de Ministerraad om een concentratie, die door de mededingingsautoriteit niet toelaatbaar werd verklaard, alsnog toe te staan om redenen van algemeen belang, is afgeschaft.
- Het hof van beroep te Brussel oordeelt met volle rechtsmacht in zaken van restrictieve mededingingspraktijken. In concentratiezaken heeft het Hof enkel een vernietigingsbevoegdheid.

11. Een andere interessante nieuwigheid is dat voor de berekening van termijnen uitgedrukt in werkdagen, de zaterdag blijkbaar als werk-

dag wordt aangemerkt¹⁰. Dit is bijzonder relevant voor de procedures tot voorlopige maatregelen en tot concentratiecontrole, waar bepaalde (verval)termijnen zijn uitgedrukt in werkdagen. Het koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging¹¹ merkt in artikel 27 een aantal sluitingsdagen aan als zijnde geen werkdagen; artikel 28, §1, d, van hetzelfde besluit wijst de zaterdag impliciet aan als een niet-werkdag. De vraag is of de Koning uit zijn algemene bevoegdheid om de mededingingsprocedures te regelen,¹² de bevoegdheid put om af te wijken van de wettelijke definitie van “werkdag” in artikel I.1, 9°, WER.

Afdeling 3

Sancties voor natuurlijke personen

§1. Draagwijdte van het verbod

12. De Mededingingswet 2013 voert een nieuwe inbreuk in:

Art. IV.1, §4. Het is natuurlijke personen verboden in naam en voor rekening van een onderneming of ondernemingsvereniging met concurrenten te onderhandelen of met hen afspraken te maken over :

- a) het vaststellen van de prijzen bij verkoop van producten of diensten aan derden;*
- b) het beperken van de productie of verkoop van producten of diensten;*
- c) het toewijzen van markten.*

13. Het verbod opgenomen in artikel IV.1, §4, WER valt niet samen met de restrictieve mededingingspraktijken die in hoofde van de ondernemingen verboden zijn, m.n. het verbod op restrictieve afspraken en afgestemde gedragingen (art. IV.1, §1, WER) en het verbod op misbruik van machtspositie (art. IV.2 WER). Het is veel beperkter nu het enkel

¹⁰ Art. I.1, 9°, WER, zoals ingevoegd bij de wet van 7 november 2013 houdende invoeging van titel I “Algemene definities” in Boek I “Definities” van het Wetboek van economisch recht, *B.S.*, 29 november 2013, Ed. 3, 94.169: “behoudens andersluidende bepaling in Titel 2, wordt voor de toepassing van dit Wetboek verstaan onder [...] 9° werkdagen: het geheel van kalenderdagen met uitsluiting van de zondagen en de wettelijke feestdagen. Als een termijn, uitgedrukt in werkdagen, op een zaterdag afloopt, wordt hij verlengd tot de eerstvolgende werkdag.” Titel 2 van Boek I “Definities” van het Wetboek van economisch recht bevat geen bijzondere definitie van “werkdag” voor de toepassing van de Mededingingswet.

¹¹ Koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.084.

¹² Artikelen IV.43, eerste lid, IV.45, § 8 en IV.60, § 5, WER.

specifieke vormen van ernstige kartelinbreuken treft (zgn. horizontale hardcore restricties).

14. Volgens de memorie van toelichting werd bij de omschrijving van de inbreuken, die ook aan natuurlijke personen kunnen worden aangerekend, aangesloten bij de definitie van hardcore restricties in horizontale afspraken tussen concurrenten in de bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis (de zgn. *de minimis*-bekendmaking)¹³. Dit is echter slechts ten dele het geval: de *de minimis*-bekendmaking verwijst ook naar het toewijzen van klanten als een horizontale hardcore restrictie.

15. De opsomming in artikel IV.1, §4, WER van de verboden praktijken is exhaustief¹⁴.

16. Artikel IV.1, §4, WER is geredigeerd alsof het een afzonderlijke inbreuk betreft, met eigen constitutieve elementen die bepalen of er al dan niet sprake is van een inbreuk. In die lezing van artikel IV.1, §4, WER is de bepaling zeer problematisch. De natuurlijke persoon die de inbreuk pleegt, wordt harder aangepakt dan de onderneming die dezelfde inbreuk pleegt onder artikel IV.1, §1, WER. In tegenstelling tot artikel IV.1, §1, WER vereist artikel IV.1, §4, WER immers niet dat de restrictieve praktijk de mededinging merkbaar verhindert, beperkt of vervalst. Evenmin geniet de natuurlijke persoon van een uitzonderingsregime gelijkaardig aan dat van artikel IV.1, §3, WER of van de groepsvrijstellingen. Bovendien zou de natuurlijke persoon reeds een inbreuk begaan louter en alleen door te onderhandelen, terwijl in het geval van een inbreuk door een onderneming wordt vereist dat de onderhandeling resulteert in een overeenkomst of onderling afgestemd feitelijk gedrag. Met andere woorden, de natuurlijke persoon zou strenger worden aangepakt dan de onderneming voor wie hij of zij optreedt.

17. Tijdens de bespreking van het wetsontwerp in de Senaat verklaarde de minister van Economie evenwel dat artikel IV.1, §4, WER geen nieuwe inbreuk invoert, doch enkel beoogt om de natuurlijke personen te sanctioneren die hebben meegewerkt aan hardcore inbreuken door een onderneming of ondernemingsvereniging. In die lezing van de wet kan een natuurlijke persoon slechts worden gesanctioneerd op basis van artikel IV.1, §4, WER indien een inbreuk op artikel IV.1, §1, WER in

¹³ Memorie 2013, 16 en bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), *Pb.*, 22 december 2001, C 368, 13.

¹⁴ In tegenstelling tot artikel IV.1, §1, WER bevat artikel IV.1, §4, WER geen algemeen verbod (dat in artikel IV.1, §1, WER wordt geïllustreerd door een lijst van vijf voorbeelden van verboden praktijken).

hoofde van de onderneming of ondernemingsvereniging, voor wie de natuurlijke persoon is opgetreden, kan worden vastgesteld¹⁵.

18. Artikel IV.1, §4, WER sanctioneert enkel horizontale restricties (“met concurrenten”). Natuurlijke personen die betrokken zijn bij verticale restricties (bv. beperkingen op de wederverkoop) kunnen dus niet persoonlijk worden aangesproken.

19. De verwijzing naar “concurrenten” – in het meervoud – is vatbaar voor interpretatie. De wetgever bedoelt wellicht te verwijzen naar onderhandelingen/afspraken met één of meerdere concurrenten.

20. Inbreuken, die kunnen leiden tot belangrijke financiële sancties, moeten in beperkende zin worden geïnterpreteerd. De wettelijke omschrijving van het verbod is beperkt tot het “onderhandelen” en “afspraken maken” met concurrenten. Dit omvat m.i. niet het uitvoeren van de afspraak, noch het deelnemen aan onderling afgestemd feitelijk gedrag.

21. Het is een open vraag of het verbod ook de totstandkoming van “hub and spoke” -kartels treft. In dergelijke kartels wordt er immers niet onderhandeld of afgesproken tussen concurrenten; de onderhandelingen of afspraken vinden plaats met de “hub” (bv. de retailer in een “hub and spoke”-kartel tussen leveranciers)¹⁶. De wet vereist evenwel niet dat de onderhandelingen of afspraken rechtstreeks geschieden of worden gemaakt.

§2. De natuurlijke persoon

22. Het verbod in artikel IV.1, §4, WER viseert de natuurlijke personen die onderhandelen of afspraken maken in naam en voor rekening van een onderneming of ondernemingsvereniging. Natuurlijke personen die de hoedanigheid hebben van een onderneming (bv. de zelfstandige ondernemer die niet via een rechtspersoon optreedt op de markt) en als zodanig optreden, vallen onder het algemeen verbod van artikel IV.1, §1, WER¹⁷.

23. Volgens de memorie van toelichting beoogt de wet met de formulering “onderhandelen of afspraken maken in naam en voor rekening van een onderneming of ondernemingsvereniging” te verzekeren dat er een “voldoende herkenbare en dus directe betrokkenheid bij de inbreu-

¹⁵ Verslag Talhaoui van 13 maart 2013, *Parl. St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-1997/3 (hierna verder aangeduid als het “Senaatsverslag 2013”), 18.

¹⁶ F. WIJCKMANS en A. FOCQUET, “Belgisch mededingingsrecht wordt persoonlijk”, *RW*, 2013-14, 125.

¹⁷ Art. IV.1, §1, WER is van toepassing op ondernemingen, d.w.z. elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze en economisch doel nastreeft, alsmede hun verenigingen (zie definitie in artikel I.1, 1°, WER).

ken” bestaat, wil de natuurlijke persoon kunnen worden aangesproken¹⁸. Dit zou kunnen betekenen dat alle personen die “direct betrokken” waren bij de onderhandeling en/of de totstandkoming van de afspraak kunnen worden aangesproken, ongeacht hun hoedanigheid of positie in de onderneming. Dit zou dus verder gaan dan het bij de inbreuk betrokken management van de onderneming; elke “direct betrokken” persoon komt in aanmerking (ook wanneer hij of zij handelde op instructie van het management of de afspraak gewoon notuleerde). Om te vermijden dat een te wijd net wordt uitgeworpen, stellen we echter voor dat de inbreuk enkel kan worden aangerekend aan de natuurlijke personen die een rol hebben gespeeld die *bepalend of medebepalend* was voor de onderhandelingen of de totstandkoming van de afspraak¹⁹.

24. Uit de bewoordingen van zowel de wetsbepaling als de memorie van toelichting kan m.i. worden afgeleid dat het louter op de hoogte zijn van het bestaan van een inbreuk op artikel IV.1, §4, WER zonder er actie tegen te ondernemen, niet aan de gedogende natuurlijke persoon kan worden aangerekend. In dezelfde zin zou louter passieve aanwezigheid op een vergadering waar door andere personen werd onderhandeld of afspraken gemaakt, niet volstaan²⁰. Dezelfde conclusie geldt voor de personen die louter uitvoering hebben gegeven aan de afspraak.

25. Open vraag is of management, dat niet betrokken was noch bij de onderhandeling, noch bij het maken van de afspraak, kan worden aangesproken enkel en alleen omdat het management *post factum* de uitvoering heeft gedoogd. Dit lijkt niet het geval. Volgens de memorie van toelichting zou een omschrijving van het verbod “die alleen de personen viseert tegen wie bewijs van een directe actieve betrokkenheid bestaat” tot gevolg hebben dat de bedrijfsleiding zich gemakkelijk zou kunnen afschermen. Om die reden werd, aldus de memorie, geopteerd voor een bepaling die van toepassing is op “al wie in naam en voor rekening van de onderneming over de inbreuk onderhandelde of besliste”.²¹ Dit strijdt echter met de wettekst, die enkel “onderhandelen” en “afspraken maken” sanctioneert, en niet het louter beslissen. Hoogstens zou kunnen worden aangevoerd dat wanneer de afspraak was gemaakt/onderhandeld door een werknemer of mandataris, maar deze afspraak nooit

¹⁸ Memorie 2013, 16.

¹⁹ In het Nederlandse mededingingsrecht kan een persoonlijke boete worden opgelegd aan “hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging”. Artikel 51, tweede lid, 2° van het Nederlands Wetboek van Strafrecht *juncto* artikel 57.1 van de Nederlandse Mededingingswet en artikel 5:1, derde lid, van de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht, te consulteren op de Wet- en regelgevingsdatabank van overheid.nl.

²⁰ F. WIJCKMANS en A. FOCQUET, “Belgisch mededingingsrecht wordt persoonlijk”, *RW*, 2013-14, 125.

²¹ Memorie 2013, 16.

effectief kon worden zonder dat ook management hiermee (uitdrukkelijk of stilzwijgend) instemde of daartoe opdracht had gegeven, de afspraak slechts tot stand komt wanneer zij dergelijk aval van het management heeft gekregen. In die lezing van het verbod zou de BMa moeten aantonen dat het management niet alleen op de hoogte was, doch ook heeft ingestemd en dat deze instemming noodzakelijk was opdat de afspraak tot stand zou kunnen komen.

26. Het criterium “in naam en voor rekening van een onderneming” is een feitelijk criterium. Het is irrelevant dat de betrokken persoon in voorkomend geval handelde buiten de grenzen van zijn mandaat²².

27. Volgens de memorie van toelichting treft het verbod ook de natuurlijke persoon die optreedt via een managementvennootschap²³.

§3. Procedure

28. Aangezien de inbreuk bedoeld in artikel IV.1, §4, WER klaarblijkelijk slechts een accessorium is van een inbreuk door de onderneming op artikel IV.1, §1, WER voorziet de Mededingingswet niet in een bijzondere procedure tegen de natuurlijke personen, noch in een specifieke verjaringsregeling voor natuurlijke personen²⁴. Hun eventuele aansprakelijkheid zal worden vastgesteld in het kader van de procedure tegen de betrokken onderneming. De procedure tegen de natuurlijke personen is derhalve onderdeel van de procedure tegen de betrokken ondernemingen. Beide aspecten van de zaak (natuurlijke persoon/betrokken onderneming) worden bijgevolg o.i. door de auditeur, c.q. het Mededingingscollege, in dezelfde samenstelling en volgens hetzelfde tijdsverloop behandeld. Het gaat immers over dezelfde inbreuk. De wet preciseert niet of de inbreukbevinding lastens de natuurlijke persoon een afzonderlijke beslissing van het Mededingingscollege vereist, dan wel kan worden opgenomen in de inbreukbeslissing lastens de onderneming.

29. Het recht van verdediging van de natuurlijke personen wordt gewaarborgd op dezelfde wijze als voor de betrokken onderneming. Het auditoraat moet de grieven die het brengt lastens natuurlijke personen notificeren aan laatstgenoemden en hen toegang geven tot het bewijsmateriaal. De natuurlijke personen krijgen een termijn van minstens één maand om te antwoorden op de grieven²⁵. Vervolgens krijgen zij

²² Zie ook D. GERARD en A. DE CRAYENCOUR, “La réforme du droit belge des pratiques restrictives de concurrence”, *TBM*, 2013, afl. 2, 131, nr. 23.

²³ Memorie 2013, 17.

²⁴ Senaatsverslag 2013, 19.

²⁵ Art. IV.42, §4, WER. Het auditoraat zou, omwille van vertrouwelijkheidsvereisten, de grieven, respectievelijk de ontwerpbeslissing, lastens de natuurlijke persoon kunnen afsplitsen van deze lastens de betrokken onderneming en in een afzonderlijk document opnemen. Niettemin zou de natuurlijke persoon, ter vrijwaring van

kennis van de ontwerpbeslissing en toegang tot het onderzoeks- en het proceduredossier²⁶. Als partij bij de zaak zijn zij gerechtigd schriftelijke opmerkingen in te dienen, alsmede stukken uit het onderzoeksdossier toe te voegen aan het proceduredossier²⁷. Zij worden gehoord ter zitting²⁸.

§4. Sancties

30. Inbreuken op artikel IV.1, § 4, WER worden gestraft met een administratieve geldboete van 100 tot 10.000 euro²⁹.

§5. Immunititeit van vervolging

31. Natuurlijke personen die handelden in naam of voor rekening van een onderneming of ondernemingsvereniging kunnen een verzoek tot immunititeit van vervolging indienen bij het auditoraat met betrekking tot de inbreuken bedoeld in artikel IV.1, §4, WER³⁰.

32. De Franse en Nederlandse versies van artikel IV.46, §2, derde lid, WER zijn niet eenduidig. Vermoedelijk beoogt de wetgever de verlening van immunititeit te onderwerpen aan de voorwaarde dat de natuurlijke persoon zijn volle medewerking verleent aan het clementieverzoek van de onderneming voor wie hij is opgetreden, ingeval die onderneming een clementieverzoek zou neerleggen.

33. De immunititeit van vervolging wordt toegekend aan natuurlijke personen, ongeacht de rang van hun immunitetsverzoek³¹. Meerdere personen kunnen dus genieten van de volledige immuniteit³².

zijn recht van verdediging, o.i. ook kennis moeten kunnen nemen van de (niet-vertrouwelijke versie van de) grieven/ontwerpbeslissing lastens de onderneming, aangezien zijn inbreuk staat of valt met die van de onderneming. De inbreuk door de natuurlijke persoon is immers een accessorium van de inbreuk door de onderneming. Vermoedelijk zal er slechts één onderzoeksdossier en één proceduredossier zijn, met gemoduleerde vertrouwelijkheidsklassering van de stukken.

²⁶ Art. IV.45, §1, eerste lid, WER.

²⁷ Art. IV.45, §3, eerste lid, WER vermeldt enkel de ondernemingen en niet de natuurlijke personen. Het is echter ondenkbaar dat de natuurlijke personen geen schriftelijke opmerkingen of stukken zouden kunnen neerleggen voor hun verweer.

²⁸ Art. IV.45, §4, WER.

²⁹ Art. IV.70, §2, WER.

³⁰ Art. IV.46, §2, WER. Wanneer de wetgever verwijst naar het “auditoraat” bedoelt hij waarschijnlijk te stellen dat het verzoek tot immuniteit wordt ingediend bij de auditeur-generaal.

³¹ Memorie 2013, 37.

³² In de clementieregeling voor de ondernemingen komt enkel de onderneming die als eerste de restrictieve praktijk opbiecht in aanmerking voor volledige vrijstelling van boete. De volgende ondernemingen in de rij van clementieverzoekers genieten slechts van een gedeeltelijke vrijstelling, in dalende lijn van hun rangorde.

34. De immuniteit van vervolging wordt toegekend door het Mededingingscollege op verzoek van de auditeur-generaal of de door hem gemachtigde auditeur. Uit artikel IV.46, §§ 3 en 4, WER kan worden afgeleid dat het Mededingingscollege een “immuniteitsverklaring” aanneemt, waarin de voorwaarden worden bepaald voor het genieten van de immuniteit³³.

35. De natuurlijke persoon komt slechts in aanmerking voor de immuniteit indien hij of zij ertoe heeft bijgedragen het bestaan van een door artikel IV.1, §1, WER verboden praktijk te bewijzen en de deelnemers ervan te identificeren, o.m. door inlichtingen te verstrekken waarover de Belgische Mededingingsautoriteit voorheen niet beschikte, door het bewijs te leveren van een door artikel IV.1, §1, WER verboden praktijk waarvan het bestaan nog niet vaststond, of door een door artikel IV.1, §4, WER verboden praktijk te erkennen³⁴.

36. “Immuniteit van vervolging” is te onderscheiden van de “volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboete” waarvan de betrokken onderneming kan genieten bij toepassing van de clementieregeling van artikel IV.46, §1, WER. In de clementieregeling wordt de onderneming nog steeds vervolgd en wordt de inbreuk lastens de clementieverzoeker in voorkomend geval vastgesteld, doch er wordt geen of een verminderde boete opgelegd. Ingeval aan de natuurlijke persoon immuniteit van vervolging wordt toegekend, blijft hij of zij buiten de zaak.

37. Indien de immuniteitsverzoeker de voorwaarden van de immuniteitsverklaring niet naleeft kan de auditeur-generaal of de door hem gemachtigde auditeur het Mededingingscollege verzoeken om toch een sanctie op te leggen tegen de betrokken persoon. Vermoedelijk betreft het hier de in artikel IV.70, §2, bedoelde administratieve geldboete.

38. Een verzoek tot immuniteit van vervolging³⁵ door een natuurlijke persoon staat niet in de weg aan het toekennen van een volledige vrijstelling van geldboeten aan de onderneming bij toepassing van de clementieregeling³⁶. De onderneming verliest dus niet haar rang als eerste in de rij voor de clementieregeling, indien haar clementieverzoek in de tijd wordt voorafgegaan door een immuniteitsverzoek van een natuurlijk persoon (bv. een werknemer van die onderneming).

³³ Art. IV.46, §4, WER verwijst naar een “persoonlijke clementieverklaring”. Immuniteitsverklaring lijkt een betere term.

³⁴ Art. IV.46, §2, tweede lid, WER.

³⁵ Art. IV.46, §5, WER verwijst verkeerdelijk naar “immuniteit van sancties”.

³⁶ Art. IV.46, §5, WER.

Afdeling 4

**Het administratief karakter van de procedure
en de beslissing**

39. De beslissingen inzake restrictieve mededingingspraktijken en concentraties worden genomen door het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit. Het betreft administratieve beslissingen, zonder gezag van gewijsde, met naleving van de administratieve motiveringsplicht en genomen na toepassing van een administratieve procedure. Het Mededingingscollege produceert dus geen “rechtspraak”. De beslissingen van het Mededingingscollege maken een “beslissingspraktijk” uit.

40. De voormalige Raad voor de Mededinging was een administratief rechtscollege. In een aantal zaken heeft de Raad uitdrukkelijk regels uit het Gerechtelijk Wetboek toegepast of er minstens inspiratie in gezocht wanneer de Mededingingswet of zijn uitvoeringsbesluiten geen uitsluitel gaven voor een procedureprobleem waarmee de Raad werd geconfronteerd³⁷. Het Mededingingscollege heeft formeel niet langer dit referentiekader, hoewel niets er zich tegen verzet dat het Mededingingscollege zelf een procedurepraktijk ontwikkelt die, waar nodig, inspiratie zoekt in het Gerechtelijk Wetboek.

41. In zijn eerste substantieve beslissing heeft het Mededingingscollege meteen het administratief karakter van zijn beslissingen onderstreept:

“De BMA dient als autonome dienst met rechtspersoonlijkheid (artikel IV.16 § 1 WER) haar beslissingen met individuele draagwijdte te motiveren overeenkomstig de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Dit betekent dat de motieven de juridische en feitelijke overwegingen moeten vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en deze beslissing kunnen dragen. De BMA is evenwel niet zoals rechtscolleges verplicht om de door partijen aangehaalde feitelijke en juridische argumenten te beantwoorden (zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, (18^o) uitgave, Kluwer, Mechelen, 2009, nrs. (808 en 899) en de daar vermelde rechtspraak van de Raad van State)”³⁸.

³⁷ Zie D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, 42 e.v., nrs. 3-10 e.v. Brussel 26 juni 2013, *De Beers/Spira*, BS, 12 juli 2013, Ed. 2, 43.890 en TBM, 2013, afl. 4, 393, ro 21.

³⁸ Mededingingscollege, 24 oktober 2013, nr. BMA-2013-C/C-02, *Koninklijke Belgische Touring Club/Autoveiligheid en Bureau voor Technische Controle*, BS, 3 december 2013, Ed. 2, 95.502, nr. 132.

42. Naar het oordeel van het Mededingingscollege moet de beslissing dus niet antwoorden op de verweermiddelen van de betrokken ondernemingen. Het volstaat dat de beslissing *an sich* de juridische en feitelijke overwegingen vermeldt die aan de beslissing ten grondslag liggen en haar kunnen dragen.

43. Deze stellingname, op grond van algemene beginselen van administratief recht, past m.i. evenwel niet in het kader van de procedure tot handhaving van het mededingingsrecht. Immers, de wetgever heeft de betrokken onderneming verboden nog bijkomende stukken neer te leggen tijdens de tweede fase van de procedure, d.w.z. de procedure voor het Mededingingscollege. Indien de auditeur standpunt moet innemen ten aanzien van de verweermiddelen van de betrokken onderneming in het ontwerp van beslissing³⁹, moet dit evenzeer geschieden in de beslissing die het Mededingingscollege neemt. Enkel die beslissing geeft immers het standpunt en de analyse weer van de BMa. Het Mededingingscollege zou trouwens het karakter van “ontwerpbeslissing” ontnemen aan dat document indien het de repliek van de auditeur op de verweermiddelen van de betrokken onderneming of natuurlijke persoon niet zou herhalen⁴⁰ in de definitieve beslissing.

Afdeling 5

Nieuw procedureverloop in zaken van restrictieve mededingingspraktijken

44. De Mededingingswet 2013 voert een tweestapsprocedure in. De eerste stap verloopt voor de auditeur (onderzoek, mededeling van grieven; memorie van antwoord van de betrokken ondernemingen), de tweede stap vindt plaats voor het Mededingingscollege (ontwerp van beslissing voorgesteld door de auditeur; schriftelijke opmerkingen van de betrokken ondernemingen; hoorzitting, beslissing).

45. We belichten hierna de belangrijkste nieuwigheden.

³⁹ Zie hierna nr. 55.

⁴⁰ In de algemene aanpak van de Mededingingswet 2013 – m.n. afschaffing van het duaal systeem en vervanging van het verslag door een ontwerpbeslissing – zou het Mededingingscollege deze repliek niet herhalen, doch zich eigen maken (al dan niet aangepast aan de eindconclusie van het Mededingingscollege).

§1. Procedure voor het auditoraat

A. De auditeur-generaal

46. De auditeur-generaal is belast met de coördinatie en de leiding van de onderzoeken⁴¹. Hij of zij opent het onderzoek en bepaalt de volgorde van de zaken, na advies van de directeur economische studies⁴². De auditeur-generaal mag in een zaak geen enkele instructie aanvaarden bij het nemen van beslissingen in uitvoering van de opdrachten die hem door de Mededingingswet zijn opgedragen.

47. Wat de onafhankelijkheid van de auditeur-generaal betreft, kan worden opgemerkt dat de benoeming tot het mandaat van auditeur-generaal, voorzitter of directeur juridische, respectievelijke economische studies, de betrokkene geen rijksambtenaar maakt. Het statuut van het rijkspersoneel is evenwel op hem of haar van toepassing, voor zover de (mededingings)wet of het koninklijk besluit van 21 mei 2013 *tot vaststelling van het statuut van de leden van het directiecomité en de assessoren van de Belgische Mededingingsautoriteit*, er niet van afwijkt⁴³. Hoewel de BMa een autonome dienst is, met rechtspersoonlijkheid afgescheiden van de Staat, heeft de minister van Economie tweejaarlijks een “functioneringsgesprek” met de leden van het directiecomité en geeft hij hen een “eindevaluatie” zes maand voor het eind van hun mandaat⁴⁴. Bij negatieve evaluatie door de minister wordt het mandaat niet verlengd⁴⁵. Bovendien verhindert de Mededingingswet 2013 de minister niet om bevelen te geven aan de auditeur-generaal in een bepaalde zaak (de auditeur-generaal mag ze alleen niet aanvaarden). Verder heeft de minister een injunctierecht om de auditeur-generaal te verplichten een zaak te openen⁴⁶. Het auditoraat kan een procedure die werd geopend op basis van een ministeriële injunctie niet seponeren, zelfs indien het auditoraat de zaak ongegrond vindt. Het auditoraat zit dan wel heel oncomfortabel: het zou grieven moeten formuleren, die het zelf niet als gegrond zou wensen aan te merken.

⁴¹ Art. IV.26, §2, tweede lid, 1°, WER.

⁴² Art. IV.26, §2, tweede lid, 3°, WER.

⁴³ Art. 1 van voornoemd koninklijk besluit van 21 mei 2013, BS, 27 mei 2013, 33.989.

⁴⁴ Art. 5, eerste en vierde lid, van het voornoemd koninklijk besluit van 21 mei 2013.

⁴⁵ Verslag aan de Koning bij voornoemd koninklijk besluit van 21 mei 2013.

⁴⁶ Art. IV. 41, §1, 3°, WER.

B. Samenstelling van het onderzoeksteam en van de begeleidingscel

48. De auditeur-generaal wijst voor elke zaak een personeelslid van het auditoraat aan dat als auditeur de dagelijkse leiding van het onderzoek op zich neemt⁴⁷. De auditeur-generaal duidt eveneens de personeelsleden van het auditoraat aan die de auditeur zullen bijstaan⁴⁸. Deze personeelsleden treden op onder leiding en toezicht van de auditeur. De aldus aangewezen auditeur en personeelsleden vormen het “onderzoeksteam”.

49. De auditeur voert het onderzoek onder leiding van de auditeur-generaal. De auditeur-generaal kan aan de auditeur bevelen geven aangaande dit onderzoek⁴⁹. De auditeur-generaal kan ook rechtstreeks bevelen geven aan de andere leden van het onderzoeksteam⁵⁰.

50. De auditeur die met de dagelijkse leiding van een onderzoeksteam is belast, mag betreffende dat onderzoek enkel bevelen ontvangen van de auditeur-generaal. De personeelsleden van het auditoraat die bij een onderzoeksteam zijn ingedeeld, kunnen betreffende dat onderzoek enkel bevelen ontvangen van de auditeur-generaal of de auditeur die met de dagelijkse leiding van dat onderzoek is belast⁵¹.

⁴⁷ Art. IV.27, §2, eerste lid, WER.

⁴⁸ Art. IV.27, §3, eerste lid, WER.

⁴⁹ Art. IV.27, §2, tweede lid, WER.

⁵⁰ Art. IV.27, §3, tweede lid, WER.

⁵¹ Een aantal personeelsleden van de BMa, inclusief leden van het auditoraat, behoren tot de federale overheidsdienst Economie. Het betreft personen die deel uitmaakten van de Algemene Directie Mededinging alsmede de auditeur-generaal, de auditoren en de adjunct-auditoren, die waren benoemd onder de Mededingingswet 2006, en die van rechtswege zijn overgeheveld naar de FOD Economie en toegevoegd aan dezelfde directie (artikel 21, §1, Wet 3 april 2013 houdende invoeging van boek IV “Bescherming van de mededinging” en van boek V “De mededinging en de prijsevoluties” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhavingbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 26 april 2013, 25.216). De betrokken personen worden ter beschikking gesteld van de BMa (artikel IV.16, §4, WER; koninklijk besluit van 26 september 2013 houdende de dienstverleningsovereenkomst tussen de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie en de Belgische Mededingingsautoriteit, *BS*, 7 oktober 2013, 69.634). De wet noch het uitvoeringsbesluit geven uitsluitel over de vraag of de betrokkenen verder onder hiërarchisch administratief toezicht blijven van de federale overheidsdienst Economie, c.q. de minister van Economie. Het is de bedoeling dat de BMa in de toekomst personeelsleden zal aanwerven onder contractueel statuut. Het koninklijk besluit tot regeling van dat statuut (zie artikel IV.16, §5, WER) is echter nog niet aangenomen. Volgens de memorie van toelichting (Memorie 2013, 12) vallen de “personeelspolitieke algemene bevoegdheden (b.v. evaluatie, promotie, tuchtprocedures)” toe aan het directiecomité. De Mededingingswet bevat echter geen bepaling in die zin.

51. De auditeur (in voorkomend geval op bevel van de auditeur-generaal) beslist alleen over het verloop van het onderzoek en de onderzoeksmaatregelen⁵² die moeten worden genomen, met uitzondering van een aantal beslissingen die enkel door een zgn. begeleidingscel kunnen worden genomen. Het betreft o.m. het seponeren van klachten, het sluiten van een transactie en het uitbrengen van grieven lastens een onderneming of natuurlijke persoon⁵³.

52. De begeleidingscel voor een zaak bestaat uit de auditeur-generaal, de auditeur en een personeelslid van het auditoraat, aangeduid door de auditeur-generaal, dat geen lid is van het onderzoeksteam. De begeleidingscel beslist collegiaal.

53. Vermoedelijk heeft de auditeur-generaal de bevoegdheid om hangende de zaak (en dus ook in het stadium van de procedure voor het Mededingingscollege) de auditeur te vervangen door een andere auditeur en de samenstelling van het onderzoeksteam en de begeleidingscel te wijzigen.

C. *Het onderzoek*

54. De memorie van toelichting bevestigt dat het onderzoek moet worden gevoerd *à charge* en *à décharge*⁵⁴.

55. De memorie van toelichting geeft impliciet aan dat de auditeur zich in zijn ontwerp van beslissing moet uitspreken over de elementen *à décharge* die door de betrokken onderneming zijn opgeworpen in haar memorie van antwoord⁵⁵. Deze verplichting is het pendant voor het verbod op het neerleggen van bijkomende stukken door de betrokken onderneming.

56. De onderzoeksbevoegdheden van de auditeur zijn gelijk gebleven aan die in de Mededingingswet 2006, met dien verstande dat alle huiszoeken in lokalen van de onderneming en de woning van haar mandatarissen of personeelsleden, een voorafgaande machtiging vergen van de onderzoeksrechter.

⁵² Het betreft o.m. het beslissen tot het inwinnen van inlichtingen (de zgn. verzoeken om informatie), het afnemen van getuigenissen, het opvragen van documenten, het uitvoeren van huiszoeken in bedrijfslokalen, de woningen van bestuurders, personeelsleden, enz., en de lokalen en woningen van externe adviseurs die belast zijn met het commercieel, boekhoudkundig, administratief, fiscaal en financieel beheer van de betrokken onderneming. Huiszoeken vergen een voorafgaande machtiging van de onderzoeksrechter (art. IV.41 WER).

⁵³ Art. IV.30, §1 en IV.42, §4, WER.

⁵⁴ Memorie 2013, 34. Zie ook H. BUREZ en F. WIJCKMANS, "Het onderzoek *à décharge* – food for thought", *TBM*, 2012, afl. 2-3, 184.

⁵⁵ Memorie 2013, 13.

D. Beroep tegen onderzoeksbeslissingen

57. Er staat geen afzonderlijk beroep⁵⁶ open tegen beslissingen die de auditeur neemt tijdens het onderzoek, tenzij de Mededingingswet uitdrukkelijk voorziet in een beroep. Dat is het geval voor de beslissing van de auditeur omtrent het vertrouwelijk/niet-vertrouwelijk karakter van gegevens die zijn verzameld tijdens het onderzoek. Tegen de beslissingen van de auditeur over de vertrouwelijkheid van gegevens kan door de personen, die de gegevens hebben verstrekt, beroep worden gebracht bij de voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit. De voorzitter wijst de assessor-ondervoorzitter of een assessor aan die oordeelt over de vertrouwelijkheid en geen zitting mag hebben in het Mededingingscollege dat gevat wordt door dezelfde zaak⁵⁷. Tegen de beslissing van de assessor(ondervoorzitter) is geen afzonderlijk beroep mogelijk.

58. Andere beslissingen, zoals verzoeken om inlichtingen, het verzamelen van documenten tijdens huiszoekingen en het horen van personen, kunnen dus niet afzonderlijk worden aangevochten, noch bij het Mededingingscollege noch bij het hof van beroep te Brussel. Artikel IV.79, §1, tweede lid, WER brengt een uitzondering op deze regel, m.n. een mogelijkheid van beroep bij het hof van beroep te Brussel tegen “beslissingen van het auditoraat betreffende het aanwenden in het onderzoek van de in het kader van een huiszoeking verkregen gegevens”. Dit beroep is enkel mogelijk na de mededeling van de grieven en voor zover deze gegevens daadwerkelijk zijn gebruikt voor het staven van de grieven⁵⁸.

59. Het beroep wordt gebracht tegen de beslissing van de auditeur om “documenten aan te wenden in het onderzoek”, niet tegen de mededeling van de grieven⁵⁹. De mededeling van de grieven is slechts bepalend voor het ogenblik vanaf wanneer het beroep kan worden gebracht.

60. De beslissing om bepaalde gegevens aan te wenden kan stilzwijgend of formeel genomen zijn, tijdens het onderzoek. De betrokken onderneming krijgt er echter in de regel slechts kennis van op het ogenblik van de mededeling van de grieven wanneer zij vaststelt bij de lectuur van de grieven dat de auditeur op een al dan niet nader bepaald tijdstip heeft beslist om gegevens, die zijn verkregen in het kader van een huiszoeking, te gebruiken.

⁵⁶ De beslissingen kunnen wel worden aangevochten in het kader van beroep tegen de eindbeslissing van het Mededingingscollege (artikel IV.79, §1, derde lid, WER).

⁵⁷ Art. IV.41, §8, WER.

⁵⁸ Art. IV.79, §1, tweede lid, WER.

⁵⁹ Brussel, 17 december 2013, *Etablissements Fr. Colruyt e.a./BMa, BS*, 27 december 2013, Ed. 2, 103.118, ro 16. De beslissing om grieven mee te delen is trouwens niet een beslissing waartegen krachtens artikel IV.79, §1, eerste en derde lid, WER beroep open staat.

61. De onmogelijkheid om onmiddellijk beroep te brengen tegen beslissingen tot inspectie of kennisname van documenten verzameld tijdens een huiszoeking is problematisch⁶⁰. Typische betwistingen tijdens huiszoekingen hebben betrekking op de vraag of documenten die de onderzoekers wensen te inspecteren of te kopiëren binnen het mandaat van het onderzoek vallen (“*in scope*”), op de vraag of het mandaat voldoende precies is geformuleerd (om “*fishing expeditions*” te vermijden) en op het al dan niet beschermd karakter van documenten krachtens het “*legal privilege*” van advocaten en bedrijfsjuristen.

62. In een arrest van 22 december 2011 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat de ontstentenis van een jurisdictioneel beroep tegen handelingen of beslissingen van het auditoraat, die betrekking hebben op beslagleggingen die zijn uitgevoerd tijdens een huiszoeking, artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in samenhang gelezen met artikel 6 EVRM en met de artikelen 20, 21 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁶¹. Het Hof onderstreepte dat die ontstentenis van beroepsmogelijkheid ertoe kan leiden dat “onregelmatige stukken en elementen toegankelijk blijven totdat het onderzoek van de zaak is beëindigd en aan de bevoegde rechter is voorgelegd, en zelfs dat die laatste erdoor wordt beïnvloed, terwijl die stukken en elementen nadeel kunnen berokkenen aan diegenen die het voorwerp uitmaken van de maatregelen van het auditoraat”⁶².

63. De memorie van toelichting verantwoordt de beperking van de beroepsmogelijkheid als volgt: “Naar analogie van de strafprocedure

⁶⁰ Zie o.m. J. YSEWYN, M. VAN SCHOORISSE en E. MATTIOLI, *De Belgische Mededingingswet 2013. Een praktische en kritische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 131-133, nr. 9-05.

⁶¹ Grondwettelijk Hof 22 december 2011, nr. 197/2011, *BS*, 4 april 2012, Ed. 2, 21.258 (uittreksel) en *TBM*, 2012, afl. 2-3, 130, noot A. VALLERY en H. MARCONI, “L’arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 décembre 2011: une protection juridictionnelle effective en cas d’inspection?”, *TBM*, 2012, afl. 2-3, 134.

⁶² Het Hof voegt er aan toe: “Weliswaar heeft de omstandigheid dat die stukken en elementen op onrechtmatige wijze zijn verkregen, enkel tot gevolg dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, ze rechtstreeks noch indirect in aanmerking mag nemen, hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, hetzij wanneer de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, hetzij wanneer de aanwending van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Niettemin tasten de in het geding zijnde bepalingen [...] op discriminerende wijze het recht op een daadwerkelijke jurisdictionele bescherming aan [van de] de betrokkenen [...], in zoverre zij niet kunnen voorkomen dat de maatregel wordt genomen waardoor [...] gegevens het voorwerp zouden zijn van een mededeling die hun schade zou kunnen berokkenen. Die aantasting kan niet worden verantwoord door de bekommernis om een snelle behandeling van de dossiers te waarborgen”. (Grondwettelijk Hof 22 december 2011, nr. 197/2011, *BS*, 4 april 2012, Ed. 2, 21.258 (uittreksel), ro B.12.1).

waarin een dergelijk beroep maar kan worden ingesteld na het beëindigen van het onderzoek, bepaalt het ontwerp dat deze beroepen alleen kunnen worden ingesteld na de mededeling van de grieven [...] en op voorwaarde dat de betwiste gegevens effectief gebruikt zijn door de auditeur-generaal om zijn stelling te staven. Op deze wijze wordt vermeden dat het Mededingingscollege kennis krijgt van gegevens waarvan later blijkt dat zij niet mochten worden gebruikt in het onderzoek. Maar wij vermijden ook dat een onderzoek op elk willekeurig ogenblik kan worden opgehouden door geschillen over procedurevragen, zelfs wanneer het gegevens betreft die later niet door de auditeur worden weerhouden voor het staven van zijn standpunt”⁶³.

64. De regeling van het beroep inzake huiszoeken is het voorwerp van vernietigingsberoepen bij het Grondwettelijk Hof, gebracht door het Instituut voor Bedrijfsjuristen en de *Ordre des barreaux francophones et germanophone*⁶⁴.

65. Het hof van beroep te Brussel, in een arrest gewezen op het arrest van het Grondwettelijk Hof van 22 december 2011, heeft geoordeeld dat op grond van artikel 6 EVRM juridictioneel beroep moet openstaan, binnen een redelijke termijn en onafhankelijk van de procedure ten gronde voor de mededingingsautoriteit, tegen beslissingen en maatregelen in het kader van of voortvloeiend uit huiszoeken⁶⁵.

E. Sepot door het auditoraat

66. In de nieuwe procedure wordt de beslissing tot sepot genomen door de zgn. begeleidingscel bestaande uit de auditeur-generaal, de auditeur en een personeelslid van het auditoraat dat niet tot het onderzoeksteam behoort⁶⁶.

67. De begeleidingscel beslist als “auditoraat” om te seponeren indien zij tot het besluit komt dat de klacht niet ontvankelijk, ongegrond of verjaard is⁶⁷. Het auditoraat kan een klacht ook seponeren gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen. De sepotbeslissing wordt met redenen omkleed.

⁶³ Memorie 2013, 18.

⁶⁴ Bericht van het Grondwettelijk Hof, *BS*, 27 november 2013, Ed. 3, 92.274.

⁶⁵ Brussel, 5 maart 2013, *Belgacom*, *J.L.M.B.*, 2013, afl. 21, 1136 (uittreksel), noot J.P. BUYLE en D. VAN GERVEN, “La confidentialité des avis des juristes d’entreprise doit prévaloir sur l’ingérence des autorités de la concurrence belge”, *J.L.M.B.*, 2013, afl. 21, 1143; *TBM*, 2013, afl. 2, 191 (uittreksel) en integraal gepubliceerd op Juridat, ro 25.

⁶⁶ Art. IV.42, §2, WER.

⁶⁷ De Mededingingswet 2013 geeft geen bevoegdheid aan het auditoraat om zaken, die werden geopend op injunctie van de minister van Economie, te seponeren.

68. Het auditoraat (d.w.z. de begeleidingscel) kan beslissen de klager te horen alvorens te seponeren wegens niet-ontvankelijkheid of ongegrondheid⁶⁸.

69. Het auditoraat stelt een proceduredossier samen, bestaande uit de documenten en gegevens waarop de sepotbeslissing steunt.

70. De sepotbeslissing wordt bij aangetekend schrijven betekend aan de klager⁶⁹; hij kan het proceduredossier op het secretariaat raadplegen en tegen betaling een kopie ervan ontvangen. De klager kan, binnen een termijn van dertig dagen, tegen de beslissing beroep instellen bij de voorzitter, die vervolgens het Mededingingscollege samenstelt dat het beroep zal behandelen. De voorzitter kan termijnen vaststellen waarbinnen de onderneming, waartegen de klacht gericht was, en de klager schriftelijke opmerkingen kunnen neerleggen. De voorzitter spreekt zich in voorkomend geval uit over de vertrouwelijkheid van de documenten en gegevens. In geval van een sepotbeslissing gesteund op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen kan de voorzitter, op vraag van de klager, mits daartoe ernstige redenen worden aangevoerd, beslissen dat het auditoraat zijn motivering dient te verduidelijken. Het Mededingingscollege doet uitspraak op stukken. De uitspraak van het Mededingingscollege is niet vatbaar voor beroep of verzet. Indien het Mededingingscollege het beroep gegrond acht, wordt het dossier teruggezonden aan het auditoraat.

F. De transactiebeslissing door het auditoraat

71. Het auditoraat (d.w.z. de begeleidingscel) kan op elk ogenblik tijdens de onderzoeksprocedure, doch vooraleer het ontwerp van beslissing bij de voorzitter wordt neergelegd⁷⁰, een termijn vaststellen waarbinnen de betrokken onderneming schriftelijk kan aangeven dat zij bereid is transactiesgesprekken te voeren⁷¹. Indien de betrokken onderneming positief antwoordt, bevestigt het auditoraat schriftelijk zijn voornemen om tot een transactie⁷² over te gaan, daarbij aangevend welke bezwaren het auditoraat lastens de onderneming meent te kunnen staven.

⁶⁸ Art. 6 van het koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.084.

⁶⁹ De wet voorziet niet in een kennisgeving aan de betrokken onderneming. Dit wordt geregeld door artikel 7 van het koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.084.

⁷⁰ Vermoedelijk zullen de meeste transactieprocedures starten voor het stadium van de mededeling van grieven. De bedoeling van de transactieprocedure is immers om zaken te kunnen sluiten (met boetes) zonder zware procedures.

⁷¹ Art. IV.51 e.v. WER.

⁷² In Nederlands taalgebruik is "schikking" meer courant.

Het auditoraat geeft de onderneming toegang tot het bewijsmateriaal dat daartoe wordt gebruikt, evenals tot alle niet vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen. Tevens geeft het auditoraat kennis van het minimum en het maximum van de geldboete die het overweegt voor te stellen aan het Mededingingscollege.

72. Wanneer het voor het auditoraat na verdere besprekingen blijkt dat een transactie mogelijk is, stelt het een termijn vast waarbinnen de betrokken onderneming er zich toe kan verbinden een transactie-verklaring af te leggen. In deze verklaring moet de onderneming haar betrokkenheid en verantwoordelijkheid bij de inbreuk erkennen en de voorgestelde sanctie aanvaarden.

73. Ingeval de transactieverklaring van de betrokken onderneming de weergave en aanvaarding inhoudt van de in de mededeling van het auditoraat vermelde inbreuk, kan het auditoraat aan de betrokken onderneming een ontwerp van transactiebeslissing ter kennis brengen waarin dit wordt vastgesteld en de geldboete wordt bepaald. Het auditoraat kan hierbij een boetevermindering van 10 % toepassen. Het kan ook rekening houden met een verbintenis van de betrokken onderneming om zich te kwijten van de betaling van schadevergoeding. Het auditoraat stelt, ingeval van gelijktijdige toepassing van artikel 101 of artikel 102 VWEU, de Europese Commissie van deze ontwerpbeslissing in kennis⁷³.

74. Ten einde tot een transactie te komen dient de betrokken ondernemingen binnen een door het auditoraat bepaalde termijn te bevestigen dat de aan haar gerichte ontwerpbeslissing de inhoud weergeeft van de door haar met het oog op een transactie gedane verklaringen, en dat zij de in het ontwerp bepaalde sanctie aanvaardt. Indien de betrokken onderneming binnen de gestelde termijn deze bevestiging heeft meegedeeld, neemt het auditoraat een beslissing, die de boete in zich bevat, waardoor de procedure wordt afgesloten. Deze beslissing geldt als een beslissing van het Mededingingscollege.

75. Het auditoraat kan de transactieprocedure te allen tijde stopzetten.

76. Alle documenten en gegevens, die door het auditoraat en de betrokken onderneming worden uitgewisseld, zijn vertrouwelijk, ongeacht of de procedure heeft geleid tot een transactiebeslissing. De documenten en gegevens kunnen dus niet ter beschikking van derden worden gesteld, bv. in het kader van een schadeclaim tegen de betrokken onderneming. Niet duidelijk is of de documenten ook vertrouw-

⁷³ Indien de Europese Commissie opmerkingen formuleert die een wijziging van de ontwerpbeslissing vergen en het auditoraat niet beslist de transactieprocedure stop te zetten, neemt het auditoraat een nieuwe ontwerptransactiebeslissing en wordt de transactieprocedure overgedaan.

lijk zijn t.a.v. het Mededingingscollege dat desgevallend over de zaak zal moeten oordelen ingeval de transactiebesprekingen niet tot resultaat hebben geleid⁷⁴. In een welbegrepen invulling van de functionele scheiding tussen onderzoek en beslissing, zou dat het geval moeten zijn.

77. De transactiebeslissing wordt gepubliceerd. Een afschrift wordt gestuurd naar de klager⁷⁵.

78. De betrokken onderneming kan geen beroep instellen tegen de transactiebeslissing.

79. De transactiebeslissing stelt vast dat de transactieverklaring van de betrokken onderneming “de weergave en aanvaarding inhoudt van de in de mededeling van het auditoraat vermelde inbreuk”⁷⁶. Niet duidelijk is of de transactiebeslissing in detail de inbreuk moet omschrijven. Dit is vanzelfsprekend relevant voor derden die schadeclaims zouden willen brengen tegen de betrokken onderneming, op grond van de erkenning door die onderneming van de inbreuk zoals weergegeven in de transactiebeslissing.

G. De mededeling van grieven

80. Indien het auditoraat (d.w.z. de begeleidingscel) de klacht of het ambtshalve onderzoek gegrond acht, deelt de auditeur-generaal de ondernemingen en natuurlijke personen wier activiteit voorwerp is van het onderzoek mee welke grieven hij jegens hen aanhoudt⁷⁷.

81. De betrokken ondernemingen en natuurlijke personen krijgen toegang tot “het bewijsmateriaal dat gebruikt wordt [ter staving van de grieven] evenals tot alle niet vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen”⁷⁸. Blijkbaar beoogt de wetgever hier niet het onderzoeksdossier, noch het procedu-redossier, doch een derde vorm van dossier, wat men het “grievendossier” zou kunnen noemen. Deze ogenschijnlijk beperkte toegang van de betrokken ondernemingen en natuurlijke personen tot de documenten

⁷⁴ H. GILLIAMS, “Het nieuwe Belgisch mededingingsrecht”, *TBH*, 2013, afl. 6, 479, nr. 28.

⁷⁵ De wet voorziet niet in het horen van de klager tijdens de transactieprocedure. De klager kan wel beroep instellen bij het hof van beroep te Brussel. Artikel IV.57, eerste lid, WER bepaalt immers dat de transactiebeslissing van het auditoraat geldt als een beslissing van het Mededingingscollege bedoeld in artikel IV.48 WER. Dergelijke beslissingen zijn krachtens artikel IV.79 WER vatbaar zijn voor beroep. Anders: verklaring van de minister van Economie, Senaatsverslag 2013, 39.

⁷⁶ Art. IV.54 WER.

⁷⁷ Art. IV.42, §4, WER. De Mededingingswet 2013 regelt niet het lot van de zaken die worden geopend op injunctie van de minister van Economie. Men kan aannemen dat de artikelen IV.42, §4, WER e.v. eveneens van toepassing zijn op dergelijke zaken.

⁷⁸ Art. IV.42, §4, WER.

in het bezit van het auditoraat is problematisch vanuit het oogpunt van de rechten van verdediging, te meer daar de betrokkenen in het volgend stadium van de procedure (m.n. voor het Mededingingscollege) geen bijkomende stukken mogen neerleggen boven de stukken die zij hadden neergelegd tijdens het onderzoek door het auditoraat⁷⁹. Men mag evenwel aannemen dat, gelet op de toevoeging “alle niet vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen” in de betrokken wettelijke bepaling, dit grievendossier zal overeenkomen met het onderzoeksdossier zoals het bestaat op het ogenblik van de mededeling van de grieven, na uitzuivering van de vertrouwelijke gegevens.

H. De memorie van antwoord en stukken à décharge van de betrokken onderneming

82. De auditeur-generaal geeft de betrokken onderneming en natuurlijke persoon een termijn van ten minste één maand om op de grieven te antwoorden en eventuele stukken à décharge neer te leggen. Deze termijn begint te lopen vanaf de mededeling van de grieven. Volgens artikel 3 van het koninklijk besluit van 12 september 2013 betreffende de afgifte van kopieën van het dossier⁸⁰ zou de tijd die nodig is voor het verkrijgen van de kopieën geen invloed hebben op de berekening van de proceduretermijnen. De wettelijkheid van deze bepaling kan ernstig worden betwijfeld omdat zij het recht van verdediging, gegarandeerd door de wet, uitholt.

83. De wet verbindt geen sanctie aan de niet-naleving van de antwoordtermijn. Na het verstrijken van de termijn is de auditeur evenwel gerechtigd een ontwerp van beslissing neer te leggen bij de voorzitter en aldus de procedure voor de auditeur af te sluiten.

I. Samenstelling van het onderzoeksdossier en het proceduredossier

84. Alvorens het met redenen omkleed ontwerp van beslissing bij de voorzitter neer te leggen, stelt de auditeur een onderzoeksdossier samen, dat alle documenten en gegevens bevat die zijn verzameld tijdens het onderzoek. De auditeur spreekt zich uit over de vertrouwelijkheid van de documenten en gegevens in het onderzoeksdossier. De regeling van de vertrouwelijkheid is niet substantieel veranderd ten overstaan van deze in de Mededingingswet 2006.

⁷⁹ D. GERARD en A. de CRAYENCOUR, “La réforme du droit belge des pratiques restrictives de concurrence”, *TBM*, 2013, afl. 2, 131, nr. 13.

⁸⁰ Koninklijk besluit van 12 september 2013 betreffende de afgifte van kopieën van het dossier zoals bedoeld in Boek IV van het Wetboek van economisch recht, *BS*, 17 september 2013, 65.863.

85. De auditeur stelt ook een proceduredossier samen dat slechts deze documenten en gegevens bevat waarop de auditeur zich steunt in zijn met redenen omkleed ontwerp van beslissing.

86. Uit het krachtens artikel IV.79, § 1, tweede lid, WER, vigerende stelsel van rechterlijk toezicht op onderzoeksverrichtingen volgt dat het Mededingingscollege slechts kan beslissen op basis van een procedure-dossier met een ontwerpbeslissing, die gesteund is op een onderzoeks-dossier waarvan de inhoud gezuiverd is m.b.t. *legal privilege* en *out-of-scope* documenten, althans voor zover hierover betwisting werd gevoerd⁸¹.

J. De ontwerpbeslissing

87. Binnen een termijn van één maand na ontvangst van de schriftelijke opmerkingen van de betrokken onderneming of natuurlijke persoon legt de auditeur een met redenen omkleed ontwerp van beslissing neer bij de voorzitter. De wet verbindt geen sanctie aan de niet-naleving van deze termijn⁸².

88. In het ontwerp van beslissing neemt de auditeur stelling ten aanzien van de verweermiddelen die de betrokken onderneming of natuurlijke persoon heeft ontwikkeld ten aanzien van de grieven, zodat het Mededingingscollege met volledige kennis van zaken kan oordelen over het ontwerp van beslissing.

89. In het systeem van de Mededingingswet 2006 legde de auditeur een “verslag” neer, waarin op het einde een voorstel van beslissing was opgenomen. In dit verslag staaft de auditeur zijn stelling dat er sprake was van een inbreuk en antwoordde hij op de verweermiddelen die de betrokken onderneming had geformuleerd tijdens het onderzoek⁸³. Het

⁸¹ Brussel, 28 oktober 2013, *Tui Travel Belgium e.a. / BMa, BS*, 6 november 2013, Ed. 2, 84.394 en *TBM*, 2013, afl. 4, 404, ro 33.

⁸² Art. IV.42, §4, WER legt een antwoordtermijn op aan de betrokken onderneming of natuurlijke persoon ten aanzien van de grieven, terwijl artikel IV.42, §5, eerste lid, WER een termijn oplegt aan de auditeur voor de neerlegging van het ontwerp van beslissing na ontvangst van de memorie van antwoord. De wet preciseert niet of deze termijnen, termijnen van orde dan wel termijnen van verval zijn. Het is moeilijk denkbaar dat een verschillende lezing moet worden gegeven aan het juridisch karakter van deze termijnen, naargelang zij een verplichting van de betrokken onderneming of natuurlijke persoon of van de BMa betreffen.

⁸³ In de mate dat het verslag ook een bespreking bevatte van elementen in het dossier, die door de auditeur niet als een inbreuk werden weerhouden, zal de Mededingingswet 2013 de taak van de auditeur vereenvoudigen. In de ontwerpbeslissing moet de auditeur niet ingaan op dergelijke zijsporen, doch kan hij of zich beperken tot die elementen ten aanzien waarvan hij of zij concludeert dat er sprake is van een inbreuk en tot het motiveren van die stelling (zie minister van Economie, Verslag Vanheste van 22 februari 2013, *Parl. St. Kamer 2012-2013*, nr. 53-2591/003, 30).

verslag nam aldus het karakter aan van een “vordering” door een vervolgende partij. In het nieuwe regime levert de auditeur niet langer een “verslag met vordering” in bij het Mededingingscollege, doch wel een ontwerp van beslissing. Dit impliceert dat het ontwerp geen éézijdige versie van de zaak is (m.n. die van een vervolgende partij), maar een gebalanceerd stuk dat, wat de motivering betreft, op zich de latere toets van beroep zou moeten kunnen doorstaan nu de hypothese bestaat dat het Mededingingscollege het ontwerp *ne varietur* zou kunnen overnemen⁸⁴.

90. De bedoeling van de procedure op tegenspraak voor de auditeur (grieven, gevolgd door memorie van antwoord) is te vermijden dat, zoals onder de Mededingingswet 2006 soms het geval was, de auditeur pas in het stadium voor het beslissingsorgaan kennis kreeg van nieuwe stukken, wat – althans volgens de initiatiefnemers van de Mededingingswet 2013 – de procedure in het beslissingsstadium nodeloos vertraagde. Wanneer de auditeur zijn ontwerp van beslissing neerlegt, moet hij dus beschikken over alle stukken *à décharge* die de betrokken onderneming of natuurlijke persoon wenst te gebruiken⁸⁵.

91. Samen met het ontwerp van beslissing legt de auditeur het proceduredossier neer bij de voorzitter.

92. De auditeur stuurt de onderneming en natuurlijke persoon op wier activiteit het onderzoek betrekking had een kopie van het ontwerp. Hij brengt hun ter kennis dat zij op het secretariaat van het auditoraat inzage kunnen nemen van het onderzoeksdossier en het proceduredossier en tegen betaling een kopie ervan kunnen krijgen.

93. Het secretariaat brengt de klager op de hoogte van het indienen van het ontwerp van beslissing. De klager ontvangt geen kopie van het ontwerp, behoudens andersluidende beslissing van het Mededingingscollege (zie hierna)⁸⁶.

§2. Procedure voor het Mededingingscollege

94. Na ontvangst van het ontwerp van beslissing stelt de voorzitter zonder verwijl het Mededingingscollege samen dat de zaak zal behandelen en legt hij het ontwerp en het proceduredossier voor aan het Mededingingscollege.

⁸⁴ Het blijft niettemin discutabel dat het eindwerk van de auditeur een “ontwerp van beslissing” moet zijn, en niet een geactualiseerde versie van de grieven. Zie hierna nrs. 188 e.v.

⁸⁵ Memorie 2013, 13.

⁸⁶ Art. IV.45, §1, tweede lid, WER.

A. *Schriftelijke opmerkingen en stukken à décharge van de betrokken onderneming*

95. Zodra de “ondernemingen”, waarop het onderzoek betrekking heeft, toegang hebben gekregen tot het onderzoeksdossier en het proceduredossier, beschikken de “partijen” over een termijn van twee kalendermaanden waarbinnen zij hun schriftelijke opmerkingen en de stukken van het onderzoeksdossier, die zij aan het proceduredossier wensen toe te voegen, dienen neer te leggen⁸⁷. Men mag aannemen dat, wanneer de wetgever verwijst naar de “ondernemingen”, respectievelijk de “partijen”, hij beoogt te verwijzen naar de ondernemingen en de natuurlijke personen die het voorwerp zijn van de door het ontwerp beoogde beslissing.

96. De voorzitter kan de antwoordtermijn op met redenen omklede vraag van de partijen of de auditeur-generaal verlengen, indien hij dit nodig acht, voor een termijn die niet langer is dan de gevraagde termijn.

97. De betrokken onderneming en natuurlijke persoon mogen geen stukken neerleggen in het proceduredossier die niet reeds waren neergelegd in het onderzoeksdossier tijdens de procedure voor de auditeur, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis kregen⁸⁸. Uit deze laatste bepaling volgt dat de auditeur dus nog grieven mag opnemen in het ontwerp van beslissing, die niet waren vermeld in de mededeling van grieven. Dergelijke laattijdige formulering van nieuwe grieven zou echter de gelijkheid tussen partijen zeer verstoren en staat haaks op het belangrijkste oogmerk van de hervorming van 2013, m.n. dat de discussie tussen auditoraat en betrokken onderneming zijn beslag heeft gekregen vooraleer de zaak ter beslissing wordt voorgelegd aan het Mededingingscollege.

98. Het verbod om bijkomende stukken neer te leggen tijdens de procedure voor het Mededingingscollege heeft reeds heel wat inkt doen vloeien. De wetgever heeft het verbod blijkbaar ingevoerd om de procedure voor het Mededingingscollege te verlichten en te vermijden dat de auditeur pas in een laat stadium kennis zou krijgen van stukken à décharge. Het is de bedoeling dat de auditeur, bij het neerleggen van de ontwerpbeslissing, kennis heeft van alle stukken à décharge en hierop kan antwoorden in de ontwerpbeslissing. Er volgt derhalve geen debat tussen de auditeur en betrokken onderneming voor het Mededingingscollege; dat debat is reeds gevoerd tijdens de onderzoeksfase⁸⁹. Het verbod verbreekt evenwel de gelijkheid tussen partijen nu de auditeur niet aan een tijdslimiet is gebonden (behalve de verjaring) voor het voeren

⁸⁷ Art. IV.45, §3, eerste lid, WER.

⁸⁸ Art. IV.45, §3, tweede lid, WER.

⁸⁹ Zie ook nr. 108.

van het onderzoek en het formuleren van de grieven, terwijl de betrokken onderneming binnen een zeer korte termijn haar verweer moet neerleggen en de stukken *à décharge* verzamelen.

99. Het verbod zal ongetwijfeld aanleiding geven tot discussie voor het Mededingingscollege en aldus zorgen voor een nieuw procedu-reprobleem. Bij de interpretatie van het verbod moet evenwel gelden dat elke beperking op het recht van verdediging, dat een grondrecht is, restrictief moet worden geïnterpreteerd. Dit brengt met zich mede dat, voor zover het verbod de grondrechtelijke toets zou overleven, een brede invulling moet worden gegeven aan de wettelijke uitzondering op het verbod, m.n. stukken die het bewijs leveren van een feit kunnen in ieder geval nog worden neergelegd. Is het niet zo dat elk stuk bewijs is van een feit? Zelfs een stuk dat een mening of redenering bevestigt, is bewijs van een feit, nl. dat de auteur van het stuk een bepaalde mening of redenering voorstaat. Een economische analyse van de markt, van de impact van de beweerde restrictieve mededingingspraktijk op de markt, van de marktafbakening, van de activiteiten van de betrokken onderneming en de andere marktoperatoren, van de werkzaamheid van de aangeboden toezeggingen, enz., zijn bewijzen van een feit.

B. *Beslissing Mededingingscollege omtrent het horen van de klager en belanghebbende derden*

100. Wanneer het Mededingingscollege het nodig acht, kan het elke natuurlijke persoon of rechtspersoon horen⁹⁰.

101. Indien natuurlijke personen of rechtspersonen, die blijk geven van een voldoende belang, vragen om gehoord te worden, wordt aan hun vraag tegemoet gekomen. Voor de economische sectoren die onder de controle of het toezicht van een openbare instelling of een andere geëigende overheidsinstelling zijn geplaatst, worden deze instellingen of overheidslichamen geacht een voldoende belang te hebben. De minister van Economie en de directeurs economische en juridische studies worden geacht een voldoende belang te hebben.

102. De klager heeft krachtens artikel IV.45, §5, eerste lid, WER het recht om gehoord te worden. Het Mededingingscollege moet zijn verzoek in die zin inwilligen.

⁹⁰ Art. IV.45, §5, tweede lid, WER.

C. Toegang klager en belanghebbende derden tot de ontwerpbeslissing en het proceduredossier

103. Zo het Mededingingscollege dit “nodig” acht, krijgen de klager evenals de andere personen die het Mededingingscollege zal horen een niet-vertrouwelijke versie van het ontwerp van beslissing⁹¹.

104. De klager en alle andere personen die het Mededingingscollege zal horen, hebben geen toegang tot het proceduredossier en het onderzoeksdossier, tenzij de voorzitter hiertoe betreffende het proceduredossier een andersluidende beslissing neemt⁹².

D. Toegang tot de schriftelijke opmerkingen van andere betrokken ondernemingen

105. De voorzitter beslist op hun verzoek over de toegang door de andere ondernemingen die ook voorwerp zijn van onderzoek tot de schriftelijke opmerkingen van een onderneming die voorwerp is van het onderzoek. Hij spreekt zich uit over de vertrouwelijkheid van gegevens in deze schriftelijke opmerkingen⁹³. Er vindt er dus geen verplichte rechtstreekse uitwisseling plaats tussen de betrokken ondernemingen van hun respectieve schriftelijke opmerkingen.

E. Schriftelijke opmerkingen van klager en belanghebbende derden

106. De voorzitter kan de belanghebbende derden die zullen worden gehoord toestemming geven schriftelijke opmerkingen in te dienen, binnen de door hem gestelde termijn⁹⁴. De wet voorziet niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om ook aan de klager toestemming te geven om schriftelijke opmerkingen neer te leggen. De klager is echter de derde belanghebbende bij uitstek. Het valt dus niet in te zien waarom hem niet een dergelijke toestemming zou kunnen worden gegeven.

⁹¹ Art. IV.45, §1, tweede lid, WER. Zie D. VANDERMEERSCH en A.S. CLOOTS, “Noot: De toegang tot het dossier in zaken van restrictieve mededingingspraktijken voor de Raad voor de Mededinging en het Hof van Beroep”, *TBM*, 2010, afl. 4, 46, nrs. 23-31.

⁹² Art. IV.45, §2, tweede lid, WER. Zie D. VANDERMEERSCH en A.S. CLOOTS, *op. cit.*, afl. 4, 46, nrs. 32-41.

⁹³ Art. IV.45, §3, vierde lid, WER.

⁹⁴ Art. IV.45, §3, vijfde lid, WER.

F. Schriftelijke repliek van de betrokken onderneming en de auditeur op de klager en de belanghebbende derden

107. Indien de voorzitter toestemming geeft aan de klager en de andere belanghebbende derden om schriftelijke opmerkingen neer te leggen, bepaalt hij tevens de termijn waarbinnen de betrokken onderneming en de auditeur een repliek kunnen indienen op deze schriftelijke opmerkingen⁹⁵.

108. Het weze onderstreept dat de Mededingingswet 2013 niet voorziet in een repliek van de auditeur op de schriftelijke opmerkingen van de betrokken onderneming of natuurlijke persoon bij het ontwerp van beslissing van de auditeur. Er is dus geen “tweede ronde” tussen auditeur en betrokken onderneming of natuurlijke persoon voor het Mededingingscollege. Er is immers reeds een uitwisselingsronde geweest tussen auditeur en betrokkene tijdens de procedure voor de auditeur. De ontwerpbeslissing en de memorie van antwoord zijn de tweede ronde. Uitzondering op dit principe is de uitwisseling van toezeggingen en auditeurverslag indien de betrokken onderneming toezeggingen aanbiedt om tegemoet te komen aan de bezorgdheden van het Mededingingscollege.⁹⁶

G. Afsluiting van de schriftelijke procedure; vaststelling van de zittingsdatum

109. Na ontvangst van de schriftelijke opmerkingen van de partijen of het verstrijken van de termijn waarin opmerkingen kunnen worden neergelegd, is de schriftelijke procedure afgesloten en organiseert de voorzitter zonder verwijl een zitting van het Mededingingscollege⁹⁷.

H. Hoorzitting Mededingingscollege

110. De hoorzitting vindt plaats ten minste één kalendermaand en ten hoogste twee kalendermaanden na het afsluiten van de schriftelijke procedure⁹⁸. De wet contempleert slechts één zitting, maar niets verhindert het Mededingingscollege om meerdere zittingen in voorzetting te organiseren, zolang de laatste zitting plaatsvindt voor het verloop van twee kalendermaanden na het afsluiten van de schriftelijke procedure.

111. De wet verbindt geen sanctie aan de niet-naleving van de zittingstermijn.

⁹⁵ Art. IV.45, §3, vijfde lid, WER

⁹⁶ Zie nr. 114.

⁹⁷ Art. IV.45, §4, WER

⁹⁸ Art. IV.45, §4, *in fine* WER.

112. Op de zitting hoort het Mededingingscollege (a) de auditeur, (b) de betrokken onderneming en/of natuurlijke persoon, (c) de klager wanneer deze erom vraagt en (d) elke persoon van wie het Mededingingscollege het nuttig vindt hem of haar te horen en (e) elk persoon die blijkt geeft van een voldoende belang. Worden vermoed een voldoende belang te hebben (a) de toezichhoudende of controlerende instellingen of overheidslichamen voor de betrokken sector, (b) de minister van Economie, (c) de directeur economische studies van de BMa en (d) de directeur juridische studies van de BMa.

1. Kennisgeving van voornemen tot inbreukbeslissing; procedure in geval van toezeggingen

113. Wanneer het Mededingingscollege voornemens is een beslissing te nemen waarbij de beëindiging van een inbreuk wordt gelast en de betrokken onderneming toezeggingen doet om aan zijn bezorgdheden tegemoet te komen, wordt een bijzondere procedure gevolgd⁹⁹. Deze bepaling impliceert m.i. dat het Mededingingscollege geen beslissing kan nemen tot vaststelling en beëindiging van een inbreuk zonder vooraf de betrokken onderneming kennis te geven van het voornemen om dit te doen en aldus de kans te bieden toezeggingen te doen.

114. Nadat de betrokken onderneming toezeggingen heeft voorgesteld, kan het Mededingingscollege de auditeur vragen een verslag in te dienen betreffende de voorstellen van toezeggingen binnen de termijn die het bepaalt. Naar onze mening moet aan de betrokken onderneming de gelegenheid worden gegeven om schriftelijk te reageren op dit verslag.

115. Indien het Mededingingscollege de toezeggingen als afdoende beschouwt, neemt het een beslissing waarin wordt vastgesteld dat er niet langer gronden voor een optreden van de Belgische Mededingingsautoriteit bestaan en kan het de toezeggingen een verbindend karakter verlenen ten aanzien van de betrokken onderneming.

116. Niet duidelijk is of deze procedure moet worden voltooid binnen de periode van twee maanden vanaf de afsluiting van de schriftelijke procedure, dan wel of deze procedure kan worden beschouwd als een heropening van de schriftelijke procedure, waarna een nieuwe termijn van ten hoogste twee maanden een aanvang neemt voor het organiseren van een zitting ter bespreking van de toezeggingen en het verslag van de auditeur.

⁹⁹ Art. IV.49, § 1, WER.

J. *Beslissing van het Mededingingscollege*

117. Het Mededingingscollege beslist binnen een termijn van één maand na de zitting. Deze termijn wordt geschorst wanneer de aard van de voorgenomen beslissing een consultatie vereist van de Europese Commissie¹⁰⁰.

118. De wet verbindt geen sanctie aan de niet-naleving van de beslissingstermijn.

Afdeling 6 Voorlopige maatregelen

119. De Mededingingswet 2013 wijzigt ingrijpend de procedure voor het nemen van voorlopige maatregelen. Twee wijzigingen springen in het oog. Vooreerst: het auditoraat heeft niet langer een verplichte rol in de procedure als onderzoeksorgaan en fungeert niet langer als filter met seponeringsbevoegdheid.¹⁰¹ Dit betekent, enerzijds, dat de bewijslast volledig wordt getorst door de verzoeker en, anderzijds, dat alle verzoeken om voorlopige maatregelen de procedure zullen doorlopen. Tweedens: het Mededingingscollege moet beslissen binnen een strikte termijn. Bij ontstentenis van beslissing binnen de termijn wordt het verzoek om voorlopige maatregelen geacht te zijn verworpen.

A. *Het verzoek om voorlopige maatregelen*

120. Een verzoek om voorlopige maatregelen kan worden neergelegd door (a) de klager, (b) het auditoraat (d.w.z. de begeleidingscel), (c) de minister van Economie en (d) de minister bevoegd voor de betrokken sector. Het wordt neergelegd bij de voorzitter¹⁰². Ingeval het verzoek wordt gedaan door de klager, kan het slechts worden neergelegd ten vroegste vanaf de neerlegging van de klacht bij de auditeur-generaal¹⁰³.

¹⁰⁰ Art. IV.45, §6, WER.

¹⁰¹ Het neerleggen van een klacht blijft evenwel een ontvankelijkheidsvereiste voor het verzoekschrift om voorlopige maatregelen (zie artikel 20 koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.084). Het is onduidelijk of het seponeren door het auditoraat van de klacht (art. IV.42, §2, WER) met zich meebrengt dat ook het naar de klacht refererende verzoekschrift om voorlopige maatregelen moet vervallen. Zie hierover K. MARCHAND en B. STULENS, “De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: nihil novi sub sole?”, *TBM*, 2013, afl. 2, 167, nr. 33.

¹⁰² Art. IV.64, §1, WER.

¹⁰³ Art. 20 koninklijk besluit van 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging, *BS*, 6 september 2013, Ed. 2, 63.084.

121. Het verzoek moet met redenen zijn omkleed. Tegelijkertijd legt de verzoeker de stukken neer waarop het verzoek steunt.

122. Op straffe van nietigheid stuurt de verzoeker op dezelfde dag als de neerlegging, per aangetekende zending of e-mail met ontvangstmelding, een kopie van zijn verzoek en de bijhorende stukken aan de ondernemingen of ondernemingsverenigingen waartegen voorlopige maatregelen werden gevraagd¹⁰⁴.

123. Het secretariaat bezorgt de auditeur-generaal kopie van dit verzoek en de bijhorende stukken indien hij niet de verzoeker is¹⁰⁵.

B. Samenstelling Mededingingscollege en vaststelling van de zitting

124. De voorzitter stelt na ontvangst van het verzoek zonder verwijl het Mededingingscollege samen dat over het verzoek zal beslissen en legt het verzoek voor aan het college¹⁰⁶.

125. De voorzitter legt tevens de datum vast van de zitting van het Mededingingscollege. Deze zitting moet plaatsvinden hebben binnen een kalendermaand na de neerlegging van het verzoek¹⁰⁷. Deze termijn kan worden verlengd met maximum twee weken. Indien een verlenging wordt toegestaan om de verzoekers toe te laten te antwoorden op schriftelijke opmerkingen van andere partijen, dienen de andere partijen over eenzelfde termijn te beschikken als de verzoekers om op deze repliek te antwoorden¹⁰⁸, dit alles binnen de maximum extra termijn van twee weken. De wet preciseert niet wie (de voorzitter of het college) beslist over een eventuele verlenging. Het lijkt logisch dat dit zou worden beslist door het Mededingingscollege aangezien het Mededingingscollege het best geplaatst is om te oordelen of het organiseren van een tweede ronde van de verzoeker en andere partijen nuttig kan bijdragen tot zijn besluitvorming.

C. Eventuele schriftelijke opmerkingen van de auditeur-generaal

126. De auditeur-generaal legt eventuele schriftelijke opmerkingen neer uiterlijk zes werkdagen voor de dag van de zitting¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Art. IV.64, §2, WER.

¹⁰⁵ Het secretariaat bezorgt ook kopie van de latere procedurestukken aan de auditeur-generaal, en desgevallend ook aan de minister van Economie wanneer deze de verzoeker is (art. IV.64, §2, WER).

¹⁰⁶ Art. IV.64, §2, WER.

¹⁰⁷ Art. IV.64, §3, WER.

¹⁰⁸ Art. IV.64, §4, WER.

¹⁰⁹ Art. IV.64, §3, WER.

D. Schriftelijke opmerkingen betrokken onderneming

127. De betrokken onderneming legt eventuele schriftelijke opmerkingen neer uiterlijk zes werkdagen voor de dag van de zitting¹¹⁰. Schriftelijke opmerkingen moeten worden neergelegd op het secretariaat, dat deze opmerkingen bezorgt aan de voorzitter en de auditeur-generaal. De partij die opmerkingen neerlegt moet een kopie per aangetekende zending of e-mail met ontvangstmelding toesturen aan alle andere partijen in de procedure¹¹¹.

E. Toegang tot dossier

128. Alle partijen beschikken over een termijn van vijf werkdagen om voor de zitting inzage te nemen van de neergelegde opmerkingen en stukken, met uitzondering van de passages waarvan de voorzitter van het Mededingingscollege jegens hen de vertrouwelijkheid heeft aangevaard¹¹².

F. Replik van de verzoeker

129. Aan de verzoeker kan een termijn worden toegestaan om te antwoorden op de schriftelijke opmerkingen van de betrokken onderneming of de opmerkingen van de auditeur-generaal¹¹³. Zoals hoger vermeld, preciseert de wet niet wie (de voorzitter of het college) beslist over een deze mogelijkheid. Het lijkt logisch dat dit zou worden beslist door het Mededingingscollege aangezien het Mededingingscollege het best geplaatst is om te oordelen of het organiseren van een tweede ronde van de verzoeker en andere partijen nuttig kan bijdragen tot zijn besluitvorming.

G. Dupliek van de betrokken onderneming en de auditeur-generaal

130. Indien aan de verzoeker wordt toegestaan om een repliek neer te leggen, krijgt de betrokken onderneming dezelfde termijn om een dupliek in te dienen.

¹¹⁰ K. MARCHAND en B. STULENS, "De nieuwe procedure inzake voorlopige maatregelen: *nihil novi sub sole?*", *TBM*, 2013, afl. 2, 167, nr. 22.

¹¹¹ Art. IV.64, §3, WER.

¹¹² Art. IV.64, §3, WER.

¹¹³ Art. IV.64, §4, WER.

H. De hoorzitting

131. Volgens artikel IV.64, §3, WER “kunnen” de verzoeker en de auditeur-generaal worden gehoord op de zitting. Er is derhalve een beslissing nodig om hen tot de zitting toe te laten. De wet preciseert niet wie (de voorzitter of het college) hierover beslist. Het lijkt logisch dat dit zou worden beslist door het Mededingingscollege aangezien het Mededingingscollege best geplaatst is om te oordelen of het horen van de verzoeker en/of de auditeur-generaal nuttig kan bijdragen tot zijn besluitvorming.

132. De wet voorziet niet uitdrukkelijk dat het Mededingingscollege de betrokken onderneming moet horen. Het recht van verdediging garandeert vanzelfsprekend dat de betrokken ondernemen moet worden gehoord alvorens lastens haar een voorlopige maatregel kan worden genomen.

I. De beslissing van het Mededingingscollege

133. Het Mededingingscollege oordeelt binnen een termijn van één kalendermaand na de zitting, bij een met redenen omklede beslissing of er aanleiding bestaat om voorlopige maatregelen te treffen. Bij ontstentenis van een beslissing binnen deze termijn wordt het verzoek om voorlopige maatregelen geacht te zijn verworpen¹¹⁴.

134. De beslissingstermijn kan met twee weken worden verlengd. Logischerwijs komt het toe aan het Mededingingscollege (en niet de voorzitter) om tot een verlenging te beslissen.

Afdeling 7

Nieuw procedureverloop in concentratiezaken

135. De procedure in concentratiezaken is omzeggens niet gewijzigd. De wijzigingen hebben betrekking op de nieuwe institutionele structuur (Mededingingscollege i.p.v. Raad voor de Mededinging), de vervanging van het “verslag” door “ontwerp van beslissing” en de beperking van het recht van de betrokken onderneming om bijkomende stukken neer te leggen.

¹¹⁴ Art. IV.64, §6, eerste lid, WER.

§1. Eerste fase – Procedure voor de auditeur

A. Aanmelding en samenstelling van het onderzoeksteam en van de begeleidingscel

136. De aanmelding wordt gedaan bij de auditeur-generaal¹¹⁵.

137. De auditeur-generaal duidt een auditeur aan en stelt een onderzoeksteam en een begeleidingscel samen¹¹⁶. Opmerkelijk is dat de wet nergens voorziet in de verplichte tussenkomst van deze begeleidingscel in de concentratieprocedure.

B. Onderzoek door de auditeur

138. De door de auditeur-generaal aangewezen auditeur stelt het onderzoek van de zaak in zodra hij de aanmelding heeft ontvangen of, indien de te verstrekken inlichtingen onvolledig zijn in de aanmelding, zodra hij de volledige inlichtingen heeft ontvangen¹¹⁷.

139. De auditeur zendt een exemplaar van de aanmelding onverwijld over aan de voorzitter die het Mededingingscollege samenstelt dat de zaak zal behandelen, tenzij toepassing wordt gemaakt van de vereenvoudigde procedure.

C. Onderzoek en beslissing door de auditeur in geval van vereenvoudigde procedure

140. Krachtens artikel IV.10, §4, WER kan “de Belgische Mededingingsautoriteit” nadere regels voor een vereenvoudigde aanmelding bepalen. Vermoedelijk komt deze bevoegdheid toe aan het directiecomité. In afwachting van nieuwe regels (o.m. wat betreft de definitie van de concentraties die in aanmerking komen voor de vereenvoudigde procedure), blijft de bekendmaking van de Raad voor de Mededinging dd. 8 juni 2007¹¹⁸ van toepassing¹¹⁹.

141. De vereenvoudigde procedure wordt slechts toegepast indien de aanmeldende partijen om de toepassing ervan verzoeken¹²⁰.

142. Indien de auditeur tot de vaststelling komt dat aan de voorwaarden voor toepassing van de vereenvoudigde procedure is voldaan en dat

¹¹⁵ Art. IV.10, §1, WER.

¹¹⁶ Art. IV.27, §3, eerste lid, WER en IV.29 WER.

¹¹⁷ Art. IV.58, §1, eerste lid, WER.

¹¹⁸ Nadere regels voor een vereenvoudigde aanmelding van concentraties, goedgekeurd door de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging op 8 juni 2007, BS, 4 juli 2007, Ed.2, 36.893.

¹¹⁹ Persbericht BMa n°2/2013, 9 september 2013.

¹²⁰ Art. IV.63, §1, WER.

de aangemelde concentratie geen aanleiding geeft tot verzet, stelt hij dit vast in een schriftelijke beslissing die hij toestuurt aan de aanmeldende partijen¹²¹. De beslissing van de auditeur geldt als een beslissing van het Mededingingscollege¹²².

143. Indien de auditeur tot de vaststelling komt dat niet aan de voorwaarden voor toepassing van de vereenvoudigde procedure is voldaan of dat er twijfels bestaan over de toelaatbaarheid van de concentratie, stelt hij dit met een beknopte toelichting vast in een beslissing die hij toestuurt aan de aanmeldende partijen¹²³. Deze beslissing is niet vatbaar voor afzonderlijk beroep¹²⁴. Zij doet de vereenvoudigde procedure vervallen. De aanmelding wordt geacht vanaf het begin onvolledig te zijn geweest. De aanmelding wordt geacht volledig te zijn op de dag die volgt op die waarop de aanmeldende partijen de ontbrekende informatie verstrekken die in de beslissing van de auditeur is vermeld¹²⁵. Vanaf die dag begint dan de gewone concentratieprocedure.

144. De auditeur neemt één van hogervermelde beslissingen (geen verzet dan wel twijfels omtrent toelaatbaarheid) binnen een termijn van vijftien werkdagen¹²⁶. De concentratie wordt geacht te zijn goedgekeurd wanneer de auditeur binnen deze termijn de bedoelde beslissing niet heeft verstuurd aan de aanmeldende partijen.

145. Bovenstaande beslissingen worden dus genomen door de auditeur (en niet de begeleidingscel optredend als auditoraat).

D. Mededeling van grieven

146. Indien de auditeur meent dat een daadwerkelijke mededinging op de Belgische markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, brengt hij hiervan de ondernemingen die aan de concentratie deelnemen op de hoogte, ten minste vijf werkdagen voor de indiening van het ontwerp van beslissing¹²⁷. Deze mededeling komt

¹²¹ Art. IV.63, §3, WER.

¹²² Art. IV.63, §4, WER.

¹²³ Art. IV.63, §5, eerste lid, WER.

¹²⁴ Art. IV.63, §5, tweede lid, WER.

¹²⁵ Art. IV.63, §5, derde lid, WER.

¹²⁶ Art. IV.63, §6, WER. In de Mededingingswet 2006 bedroeg de termijn twintig werkdagen.

¹²⁷ Art. IV.59, eerste lid, WER. Aangezien de termijn voor de indiening van de ontwerpbeslissing 25 werkdagen bedraagt, moet de auditeur dus de grieven mededelen binnen 20 werkdagen vanaf de dag volgend op de aanmelding (zie P. GOFFINET, "Le nouveau régime belge du contrôle des concentrations", *TBM*, 2013, afl. 2, 145, nr. 43).

overeen met de mededeling van grieven in de procedure restrictieve mededingingspraktijken¹²⁸.

147. De mededeling van grieven in de concentratieprocedure is dus een beslissing van de auditeur (en niet van de begeleidingscel) en geschiedt door de auditeur (niet de auditeur-generaal).

148. De wet voorziet niet uitdrukkelijk in de verplichting van de auditeur om de aanmeldende partijen toegang te geven tot het bewijsmateriaal waarop hij steunt voor zijn grieven, noch tot de niet-vertrouwelijke versies van de documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek zijn verzameld (het zgn. grievendossier). Dit is onbegrijpelijk omdat de aanmeldende partijen later in de procedure voor het Mededingingscollege geen stukken meer mogen neerleggen die zij niet reeds hadden neergelegd tijdens de procedure voor de auditeur. Hoe kunnen zij hun rechten inschatten (en de noodzaak om stukken à *décharge* neer te leggen, indien zij niet weten op welk bewijsmateriaal de grieven steunen, noch kennis hebben van het dossier van de auditeur?). Het recht van verdediging en het parallellisme met de procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken, dat de wetgever duidelijk voor ogen heeft gehad bij het regelen van de procedures in mededingingszaken, brengen noodzakelijkerwijs met zich mede dat de aanmeldende partijen toegang wordt gegeven tot het grievendossier¹²⁹.

E. Aanbod van verbintenissen; memorie van antwoord en stukken à décharge

149. De ondernemingen die aan de concentratie deelnemen, beschikken over een termijn van vijf werkdagen om aan de auditeur verbintenissen aan te bieden die bedoeld zijn om een beslissing tot toelaatbaarheid van de concentratie te verkrijgen¹³⁰. De auditeur hoort de ondernemingen die aan de concentratie deelnemen over de aangeboden verbintenissen. Hij neemt vervolgens standpunt in over de aangeboden verbintenissen in het ontwerp van beslissing¹³¹.

150. Opmerkelijk is dat de wet enkel voorziet in een recht van de aanmeldende partijen om verbintenissen aan te bieden om tegemoet te komen aan de grieven en niet in de mogelijkheid van neerlegging

¹²⁸ Art. IV.79, §1, tweede lid, WER benoemt deze mededeling uitdrukkelijk als een mededeling van grieven. De *Mediahuis*-beslissing bevat de tekst van de mededeling van grieven die in die zaak werd uitgebracht (Mededingingscollege, 25 oktober 2013, nr. BMA-2013-C/C-03, *Mediahuis*, BS, 28 november 2013, Ed. 2, 92.644, nr. 5).

¹²⁹ P. Goffinet lijkt een andere mening toegedaan (P. GOFFINET, "Le nouveau régime belge du contrôle des concentrations", *TBM*, 2013, afl. 2, 145, nr. 46).

¹³⁰ Art. IV.59, tweede lid, WER.

¹³¹ Art. IV.59, derde lid, WER.

van een memorie van antwoord ter weerlegging van de grieven en van stukken *à décharge*, vooral omdat artikel IV.60, §2, tweede lid, WER de partijen verbiedt om (behoudens bewijs van een feit of antwoord op nieuwe grieven) in het volgend stadium van de procedure (m.n. voor het Mededingingscollege) nog stukken neer te leggen in het proceduredossier die zij niet hadden neergelegd tijdens de onderzoeksprocedure voor het auditoraat. De Mededingingswet 2013 heeft de nieuwe “tweestaps”-procedure voor restrictieve mededingingspraktijken doorgetrokken naar de concentratieprocedure, doch zonder acht te slaan op de andere procedureregelingen in de Mededingingswet 2006 die gewoon, zonder aanpassing, werden overgenomen. Men mag aannemen dat het respect voor de rechten van verdediging zal garanderen dat de aanmeldende partijen wel toegang zullen krijgen tot het grievendossier en een memorie van antwoord, met stukken *à décharge*, zullen kunnen neerleggen bij de auditeur. Niettemin blijft het hoogst betwistbaar, vanuit het grondrecht van het recht op verdediging, dat de aanmeldende partijen tijdens de hele concentratieprocedure slechts over vijf werkdagen zouden beschikken om stukken *à décharge* te verzamelen en neer te leggen na kennisneming van de grieven.

F. Samenstelling van het onderzoeksdossier en het proceduredossier

151. Net zoals het geval is in de procedure voor restrictieve mededingingspraktijken, stelt de auditeur een onderzoeksdossier en een proceduredossier samen. Het proceduredossier bestaat uit de documenten en gegevens waarop de auditeur zich steunt in zijn ontwerp van beslissing. De auditeur spreekt zich uit over de betrouwbaarheid van de documenten en gegevens in het onderzoeksdossier.

G. De ontwerpbeslissing

152. De auditeur dient het gemotiveerd ontwerp van beslissing in bij de voorzitter, samen met het proceduredossier¹³². Hij doet dit binnen een termijn van vijftientig werkdagen vanaf de dag volgend op de dag van de neerlegging van de aanmelding. Ingeval de inlichtingen die bij de aanmelding werden verstrekt niet volledig waren, loopt deze termijn vanaf de dag volgend op de dag waarop de volledige inlichtingen werden ontvangen. De termijn van vijftientig werkdagen wordt verlengd met vijf werkdagen indien verbintenissen werden aangeboden¹³³.

¹³² Art. IV.58, §3, WER.

¹³³ Art. IV.58, §4, WER.

153. Gelijktijdig¹³⁴ met de indiening bij de voorzitter, deelt de auditeur een kopie van het ontwerp van beslissing mee aan de aanmeldende partijen. Hij deelt tevens een kopie van het ontwerp, na verwijdering van de zakengeheimen en de vertrouwelijke gegevens, mee aan de vertegenwoordigers van de meest representatieve organisaties van werknemers van deze ondernemingen of aan degenen die zij aanwijzen¹³⁵. Hij deelt de aanmeldende partijen en de werknemersvertegenwoordigers mee dat zij op het secretariaat inzage kunnen nemen van het dossier¹³⁶, met uitzondering van de stukken die ten aanzien van hen vertrouwelijk zijn, en dat zij tegen betaling een kopie ervan kunnen krijgen. De auditeur neemt de vertrouwelijke documenten en gegevens op in een aparte bijlage die hij aan het secretariaat verzendt¹³⁷. De wet regelt niet wat er verder met deze bijlage geschiedt. Wordt zij ter kennisneming overgemaakt aan het Mededingingscollege?

§2. Eerste fase – Procedure voor het Mededingingscollege

A. *Schriftelijke opmerkingen en stukken à décharge van de aanmeldende partijen*

154. De aanmeldende partijen kunnen hun schriftelijke opmerkingen en stukken *à décharge* neerleggen uiterlijk de dag voor de zitting van het Mededingingscollege¹³⁸. Zij mogen geen bijkomende stukken toevoegen die niet werden neergelegd tijdens het voorgaande onderzoek, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis hebben gekregen¹³⁹. In *Mediahuis* hebben de aanmeldende partijen bijkomende stukken neergelegd in

¹³⁴ Art. IV.58, §5, eerste lid, WER stelt dat de mededeling aan de aanmeldende partijen geschiedt “bij de indiening /lors du dépôt” van de ontwerpbeslissing bij de voorzitter. Men mag aannemen dat de wetgever hier bedoelt te zeggen “gelijktijdig/simultanément” zoals hij het uitdrukt in de overeenstemmende bepaling in de procedure restrictieve mededingingspraktijken (art. IV.45, §1, eerste lid, WER).

¹³⁵ Art. IV.58, §5, eerste lid, WER.

¹³⁶ Art. IV.58, §5, tweede lid, WER. Men moet er van uitgaan dat de wetgever bedoelt te verwijzen naar zowel het onderzoeksdossier als het proceduredossier, naar analogie met de procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken. Elke andere interpretatie zou het recht van verdediging schenden omdat de aanmeldende partijen in die hypothese niet de gelegenheid zouden hebben om te verifiëren dat de auditeur wel degelijk alle pertinente gegevens in overweging heeft genomen bij de redactie van de ontwerpbeslissing en enkel kennis zouden kunnen nemen van het dossier *à charge*.

¹³⁷ Art. IV.58, §5, derde lid, WER.

¹³⁸ Art. IV.60, §2, eerste lid, WER.

¹³⁹ Art. IV.60, §2, tweede lid, WER. Zie nrs. 96-97 voor de interpretatie van dit verbod.

antwoord op vragen van de auditeur¹⁴⁰. Indien de aanmeldende partijen verbintenissen aanbieden, moeten zij dit m.i. kunnen onderbouwen aan de hand van bijkomende stukken, zodat het Mededingingscollege de werkzaamheid van de aangeboden verbintenissen kan beoordelen. Het betreft bewijzen van een “feit”.

155. De aanmeldende partijen bezorgen een kopie aan de auditeur¹⁴¹.

B. Informatie van derden

156. Andere personen dan de ondernemingen die aan de concentratie deelnemen, kunnen uiterlijk drie werkdagen voor de hoorzitting informatie meedelen aan het Mededingingscollege dat de zaak behandelt. Het secretariaat deelt deze informatie onmiddellijk mee aan de aanmeldende partijen en aan het auditoraat¹⁴².

C. Hoorzitting van het Mededingingscollege

157. De zitting vindt plaats ten minste tien werkdagen na de mededeling van het ontwerp van beslissing aan de aanmeldende partijen¹⁴³.

158. Het Mededingingscollege hoort de ondernemingen die aan de concentratie deelnemen¹⁴⁴. Het hoort tevens de derden die van een voldoende belang doen blijken. Voor de economische sectoren, die onder de controle of het toezicht van een openbare instelling of een andere geëigende overheidsinstelling zijn geplaatst, worden deze instellingen of overheidslichamen geacht een voldoende belang te hebben. In alle gevallen worden de directeurs economische en juridische studies geacht een voldoende belang te hebben. De leden van de bestuursorganen of van de directieorganen van de ondernemingen die deelnemen aan de concentratie, alsook de vertegenwoordigers van de meest representatieve werknemersorganisaties van deze ondernemingen, of de personen die zij aanwijzen, worden geacht een voldoende belang te hebben. Indien het zulks nodig acht, hoort het Mededingingscollege elke andere natuurlijke persoon of rechtspersoon die het oproept¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Mededingingscollege, 25 oktober 2013, nr. BMA-2013-C/C-03, *Mediahuis*, BS, 28 november 2013, Ed. 2, 92.644, nrs. 15-16.

¹⁴¹ Art. IV.60, §2, eerste lid, WER.

¹⁴² Art. IV.60, §3, eerste lid, WER.

¹⁴³ Art. IV.60, §1, WER.

¹⁴⁴ Art. IV.60, §2, eerste lid, WER.

¹⁴⁵ Art. IV.60, §2, derde tot vijfde lid, WER. Voor wat betreft de toegang van de belanghebbende derden tot het dossier in concentratiezaken, zie D. VANDERMEERSCH, “De toegang van de belanghebbende derden tot het dossier in concentratiezaken”, *TBM*, 2008, afl. 3, 3, met dien verstande dat nu de vraag moet worden gesteld of dit recht kan worden beperkt tot het ontwerp van beslissing en het procedure-dossier naar analogie met de procedure in restrictieve mededingingspraktijken (zie

159. Hangende de procedure voor het Mededingingscollege kunnen de aanmeldende partijen nog verbintenissen aanbieden. Een nieuwe hoorzitting kan worden georganiseerd na dit aanbod van verbintenissen.¹⁴⁶

D. Beslissing van het Mededingingscollege

160. De beslissingsmogelijkheden van het Mededingingscollege bij de afsluiting van de eerste fase zijn dezelfde als deze die de voormalige Raad voor de Mededinging had¹⁴⁷. Ook de (verlengbare) beslissingstermijn van veertig werkdagen is onveranderd gebleven. De concentratie wordt toelaatbaar geacht, wanneer het Mededingingscollege geen beslissing heeft genomen binnen deze (verlengbare) beslissingstermijn¹⁴⁸.

§3. Tweede fase – procedure voor de auditeur

161. Indien het Mededingingscollege beslist om, op grond van ernstige twijfels, de tweede fase te openen, voert de auditeur een bijkomend onderzoek en dient hij een herzien ontwerp van beslissing in bij de voorzitter, die het zonder verwijl voorlegt aan het Mededingingscollege¹⁴⁹.

162. Tot uiterlijk twintig werkdagen na de datum van de beslissing om de tweede fase-procedure in te zetten, kunnen de aanmeldende partijen aan de auditeur verbintenissen voorstellen met het oog op het verkrijgen van een beslissing tot toelaatbaarheid¹⁵⁰.

163. De auditeur dient het herziene ontwerp van beslissing in bij het Mededingingscollege binnen een termijn van dertig werkdagen na de beslissing om de procedure in te stellen. Deze termijn wordt verlengd met dezelfde duur als die welke de aanmeldende partijen gebruikt hebben om hun verbintenissen voor te stellen¹⁵¹.

art. IV.45, §2, tweede lid, WER). In *Touring* werd aan een tussenkomende derde toegang gegeven tot bepaalde niet-vertrouwelijke passages uit het ontwerp van beslissing en een niet-vertrouwelijke versie van een stuk van de aanmeldende partij (Mededingingscollege, 24 oktober 2013, nr. BMA-2013-C/C-02, *Koninklijke Belgische Touring Club/Autoveiligheid en Bureau voor Technische Controle, BS*, 3 december 2013, Ed. 2, 95.502, nr. 9). Deze beslissing werd genomen op de dezelfde dag als waarop de voorzitter het Mededingingscollege heeft samengesteld en werd dus vermoedelijk door de voorzitter genomen. Ook in *Mediahuis* werd aan de belanghebbende derden toegang gegeven tot een niet-vertrouwelijke versie van het ontwerp van beslissing (Mededingingscollege, 25 oktober 2013, nr. BMA-2013-C/C-03, *Mediahuis, BS*, 28 november 2013, Ed. 2, 92.644, nr. 9).

¹⁴⁶ *Mediahuis, l.c.*, nrs. 15-16.

¹⁴⁷ Art. IV.61, §2, eerste lid, WER.

¹⁴⁸ Art. IV.61, §2, derde lid, WER.

¹⁴⁹ Art. IV.62, §1, eerste lid, WER.

¹⁵⁰ Art. IV.62, §1, tweede lid, WER.

¹⁵¹ Art. IV.62, §2, eerste lid, WER.

§4. Tweede fase – procedure voor het Mededingingscollege

164. De ondernemingen die aan de concentratie deelnemen en de belanghebbende derden dienen hun eventuele schriftelijke opmerkingen in binnen een termijn van tien werkdagen na de neerlegging van het herziene ontwerp van beslissing¹⁵². Zij mogen geen bijkomende stukken toevoegen die niet werden neergelegd tijdens het voorgaande onderzoek door de auditeur, behalve indien het een bewijs van een feit betreft of een antwoord op grieven waarvan zij nog geen kennis hebben gekregen¹⁵³.

165. Ingeval schriftelijke opmerkingen worden ingediend, kan de auditeur een aanvullend ontwerp van beslissing neerleggen bij het Mededingingscollege binnen een termijn van vijf werkdagen¹⁵⁴. De ondernemingen, die aan de concentratie deelnemen, kunnen op hun beurt schriftelijke opmerkingen toevoegen aan het proceduredossier uiterlijk op de dag voor de hoorzitting¹⁵⁵. Zij mogen evenwel geen bijkomende stukken toevoegen, die niet werden neergelegd tijdens het voorgaande onderzoek¹⁵⁶. Eventuele bijkomende schriftelijke opmerkingen van tussenkomende partijen worden uit de debatten geweerd¹⁵⁷.

166. Het Mededingingscollege neemt een beslissing binnen een (verlengbare) termijn van zestig werkdagen na de beslissing om de tweede fase-procedure in te stellen. De beslissing over de concentratie wordt geacht gunstig te zijn wanneer het Mededingingscollege geen beslissing heeft genomen binnen de termijn¹⁵⁸.

¹⁵² Art. IV.62, §3, eerste lid, WER.

¹⁵³ Art. IV.62, §3, tweede lid, WER.

¹⁵⁴ Art. IV.62, §4, eerste lid, WER. De wet voorziet niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van een aanvullend onderzoek door de auditeur vooraleer hij of zij het aanvullend ontwerp neerlegt. Men kan evenwel aannemen dat ook in deze fase van de procedure de auditeur over de normale onderzoeksbevoegdheden beschikt.

¹⁵⁵ Art. IV.62, §4, eerste lid, WER.

¹⁵⁶ Art. IV.62, §4, tweede lid, WER. Het verbod op neerleggen van nieuwe stukken in dit stadium van de procedure kent geen uitzondering voor “bewijs van een feit”.

¹⁵⁷ Art. IV.62, §4, derde lid, WER.

¹⁵⁸ Art. IV.62, §6, tweede lid, WER.

Afdeling 8

Het hof van beroep

§1. Beslissingen vatbaar voor beroep

167. Artikel IV.79, §1, WER somt op exhaustieve wijze de beslissingen van het Mededingingscollege en van de auditeur op waartegen “hoger beroep” kan worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel:

- De beslissing van de auditeur betreffende het aanwenden in het onderzoek van de in het kader van een huiszoeking verkregen gegevens, voor zover deze gegevens daadwerkelijk zijn gebruikt voor het staven van de grieven¹⁵⁹;
- de beslissing van het Mededingingscollege inzake restrictieve mededingingspraktijken dat geen aanleiding bestaat om op te treden¹⁶⁰;
- de beslissing van het Mededingingscollege dat er een restrictieve mededingingspraktijk bestaat¹⁶¹;
- de beslissing van het Mededingingscollege dat er geen restrictieve mededingingspraktijk bestaat¹⁶²;
- de beslissing van het Mededingingscollege dat de restrictieve praktijk, die niet de tussenstaatse handel of mededinging binnen de EU beperkt, niet geniet van de overeenkomstige toepassing van een Europese vrijstellingsverordening krachtens artikel IV.4, tweede lid, WER, omdat de betrokken restrictieve praktijk met artikel IV.1, §3, onverenigbare gevolgen heeft¹⁶³;
- de beslissing van het Mededingingscollege dat de werking van een Europese vrijstellingsverordening in een individueel geval vervalt, omdat de betrokken restrictieve mededingingspraktijk met artikel 101, §3, VWEU onverenigbare gevolgen heeft op het nationale grondgebied of een gedeelte daarvan, welk gebied alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke geografische markt¹⁶⁴;
- de beslissing van het Mededingingscollege dat de restrictieve mededingingspraktijk is vrijgesteld krachtens een Europese of Belgische groepsvrijstelling¹⁶⁵;

¹⁵⁹ Art. IV.79, §1, tweede lid, WER.

¹⁶⁰ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.47 WER.

¹⁶¹ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.48, [1°] WER.

¹⁶² Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.48, [2°] WER. Dergelijke beslissing kan enkel genomen worden indien de restrictieve mededingingspraktijk de handel tussen lidstaten van de Europese Unie niet beïnvloedt.

¹⁶³ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.48, [3°] WER.

¹⁶⁴ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV. 48, [4°] WER.

¹⁶⁵ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.50 WER.

- de beslissing van het Mededingingscollege in eerste fase in een concentratiezaak dat de concentratie valt/niet valt binnen het toepassingsgebied van Boek IV¹⁶⁶;
- de beslissing van het Mededingingscollege in eerste fase in een concentratiezaak dat de concentratie toelaatbaar is, eventueel onder voorwaarden of verplichtingen¹⁶⁷;
- de beslissing van het Mededingingscollege in eerste fase in een concentratiezaak dat de concentratie toelaatbaar is omdat de betrokken ondernemingen samen niet meer dan 25 % controleren van enige relevante markt¹⁶⁸;
- de beslissing van het Mededingingscollege in tweede fase in een concentratiezaak dat de concentratie toelaatbaar is, eventueel onder voorwaarden of verplichtingen¹⁶⁹;
- de beslissing van het Mededingingscollege in tweede fase in een concentratiezaak dat de concentratie niet toelaatbaar is¹⁷⁰;
- de stilzwijgende beslissing van het Mededingingscollege tot toelaatbaarheid van concentraties door het verstrijken van de beslissingstermijn in de eerste, c.q. tweede fase¹⁷¹;
- de beslissing van de auditeur dat een concentratie in aanmerking komt voor de vereenvoudigde procedure en geen aanleiding geeft tot verzet¹⁷²;
- de beslissing van het Mededingingscollege tot het nemen van voorlopige maatregelen¹⁷³;
- de stilzwijgende beslissing van het Mededingingscollege tot afwijzen van een verzoek om voorlopige maatregel door het verstrijken van de beslissingstermijn¹⁷⁴.

168. In de lijst van artikel 79, §1, eerste lid, WER ontbreekt de stilzwijgende beslissing van de auditeur tot toelaatbaarheid van concentraties

¹⁶⁶ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.61, §1, 1° en 2°, WER. De opname van het 1° in deze lijst zou, in een letterlijke interpretatie, betekenen dat het eerste onderdeel van een beslissing tot opening van een tweede fase, m.n. het onderdeel waarbij wordt vastgesteld dat de concentratie binnen de toepassing van de concentratiecontrole valt, vatbaar is voor beroep. Het tweede onderdeel, m.n. dat er ernstige twijfels zijn en derhalve de procedure tweede fase moet worden gestart, is niet vatbaar voor beroep. Art. IV.61, §2, eerste lid, 3°, WER is immers niet opgenomen in de lijst van art. IV.79, §1, eerste lid, WER. Het valt te betwijfelen of de wetgever dit resultaat heeft beoogd.

¹⁶⁷ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.61, §2, eerste lid, 1°, WER.

¹⁶⁸ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.61, §2, eerste lid, 2°, WER.

¹⁶⁹ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.62, §6, eerste lid, WER.

¹⁷⁰ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.62, §6, eerste lid, WER.

¹⁷¹ Art. IV.79, §1, eerste lid, WER *juncto* art. IV.61, § 2, derde lid, WER en art. IV.62, §6, tweede lid, WER.

¹⁷² Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.63, §3, WER.

¹⁷³ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.64 WER.

¹⁷⁴ Art. IV.79, §1, eerste lid, verwijzend naar art. IV.64, §6, WER.

door het verstrijken van de termijn in de vereenvoudigde procedure (artikel IV.63, §6, WER).

169. Uit de lijst blijkt bovendien dat beroep door de klager (voor zover hij het Mededingingscollege verzocht heeft om gehoord te worden) mogelijk is tegen beslissingen van het Mededingingscollege dat er geen aanleiding bestaat om op te treden (artikel IV.47 WER), tenzij deze beslissing tot niet-optreden wordt genomen na toezeggingen door de betrokken onderneming die aan de bezorgdheden van het college tegemoet komen (artikel IV.49 WER).

170. Zoals het hof van beroep in een arrest van 28 oktober 2013 terecht opmerkte, betreft het hier geen “hoger beroep” waarmee een appelrechter wordt geadieerd, maar een vordering waarbij een administratieve beslissing wordt bestreden bij het hof van beroep, d.w.z. een gewoon rechtscollege.¹⁷⁵ De correcte term is dus “beroep”¹⁷⁶. Het is een beroep in eerste en laatste aanleg tegen een beslissing van een administratieve overheid¹⁷⁷.

171. Tegen andere beslissingen van het Mededingingscollege, het auditoraat of een auditeur, dan deze die hierboven worden opgesomd, staat alleen het beroep open dat uitdrukkelijk Boek IV van het WER is geregeld, onverminderd de mogelijkheid om er middelen aan te ontfemen in een beroepsprocedure voor het hof van beroep te Brussel tegen een beslissing die wel vatbaar is voor beroep.

172. We verwijzen naar de bespreking hoger van de zeer beperkte beroepsmogelijkheid tegen onderzoeksmaatregelen¹⁷⁸.

§2. Procedure

173. Het beroep wordt ingesteld tegen de BMa¹⁷⁹. De voorzitter vertegenwoordigt de BMa voor het hof.¹⁸⁰

174. Artikel IV.79, §3, WER vermeldt niet meer uitdrukkelijk de klager als een partij die gerechtigd is beroep te brengen (in tegenstelling

¹⁷⁵ Brussel, 28 oktober 2013, *Tui Travel Belgium e.a. / BMa, BS*, 6 november 2013, Ed. 2, 84.394 en *TBM*, 2013, afl. 4, 404, ro 13.

¹⁷⁶ In de Franse tekst van de wet wordt de correcte term “recours” gebruikt.

¹⁷⁷ Brussel, 17 december 2013, *Etablissements Fr. Colruyt e.a. / BMa, BS*, 27 december 2013, Ed. 2, 103.118, ro. 18.

¹⁷⁸ Zie nrs. 58 e.v. van deze bijdrage.

¹⁷⁹ Art. IV.79, §4, eerste lid, WER.

¹⁸⁰ Art. IV.20, §1, 4°, WER. De voorzitter kan de vertegenwoordiging van de BMa delegeren aan de directeur economische studies, de directeur juridische studies of personeelsleden van de BMa (art. IV.17, §1, tweede lid, WER). Uit de desbetreffende wetsbepaling kan worden afgeleid dat deze delegatie niet op algemene wijze geschiedt, doch per zaak.

tot artikel 76, §2, WBEM). De klager heeft dus enkel een beroepsrecht indien hij het Mededingingscollege heeft verzocht te worden gehoord.

175. Artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, volgens welk voor de rechtscolleges in hoger beroep de taal van de bestreden beslissing wordt gebruikt, is niet van toepassing. Het beroep wordt immers gebracht tegen een administratieve beslissing genomen door een administratieve overheid. Artikel 24 regelt enkel het gebruik van de procestaal in gedingen die in hoger beroep worden gevoerd, nadat een rechtscollege in eerste aanleg over het geschil heeft beslist. Het hof van beroep te Brussel heeft derhalve geoordeeld dat de betrokken onderneming, wanneer zij wenst op te komen tegen een beslissing van de BMa, als administratieve overheid, voor de rechtspleging de taal kan gebruiken die zij verkiest¹⁸¹.

176. Het hof van beroep te Brussel oordeelt volgens de procedure “zoals in kortgeding”¹⁸² Dit betekent dat het hof toepassing maakt van de voorschriften in de artikelen 1035 tot en met 1041 Gerechtelijk Wetboek¹⁸³.

177. Het hof van beroep te Brussel oordeelt in rechte en in feite over de zaak zoals voorgelegd door de partijen¹⁸⁴. Het hof kan niet langer het auditoraat bevelen bijkomende onderzoeksdaden te stellen en daarvan een verslag neer te leggen¹⁸⁵.

178. In tegenstelling wat het geval was onder de Mededingingswet 2006, wordt het dossier van de mededingingsautoriteit niet overgemaakt aan het hof van beroep. Het Hof kan wel ambtshalve de BMa verzoecken om mededeling van het proceduredossier en de andere stukken die tijdens de procedure bij het Mededingingscollege werden neergelegd¹⁸⁶. De wetgever sluit het onderzoeksdossier dus uit van deze mededeling. Niets verhindert echter de betrokken onderneming om stukken uit het onderzoeksdossier neer te leggen bij het hof. De partijen bouwen dus zelf het dossier op. Zij kunnen daarbij m.i. stukken neerleggen die niet aan het auditoraat of het Mededingingscollege waren voorgelegd tijdens de administratieve procedure, op grond van de procedureregels van het

¹⁸¹ Brussel, 17 december 2013, *Etablissements Fr. Colruyt e.a. / BMa, BS*, 27 december 2013, Ed. 2, 103.118, ro. 28. Het arrest had betrekking op een beroep tegen het aanwending van stukken verkregen in het kader van een huiszoeking, maar de redengeving lijkt evenzeer van toepassing op alle beroepen tegen beslissingen van de BMa.

¹⁸² Art. IV.79, §2, eerste lid, WER.

¹⁸³ Brussel, 28 oktober 2013, *Tui Travel Belgium e.a. / BMa, BS*, 6 november 2013, Ed. 2, 84.394 en *TBM*, 2013, afl. 4, 404, ro 14.

¹⁸⁴ Art. IV.79, §2, eerste lid, WER.

¹⁸⁵ Art. 76, §2, achtste lid, van de Mededingingswet 2006 werd niet hernomen in Boek IV WER.

¹⁸⁶ Art. IV.79, §5, derde lid, WER.

Gerechtigd Wetboek. Aangezien de procedure voor de BMA is afgesloten door middel van de bestreden beslissing, beschikt de BMA niet meer over enige onderzoeksbevoegdheid in de zaak en kan zij derhalve geen bijkomende stukken neerleggen. De BMA verdedigt zijn beslissing op basis van de redengeving in de beslissing en de elementen uit het proceduredossier die de beslissing ter ondersteuning inroept.

179. Het hof van beroep spreekt zich uit over de zaak zoals zij bestond op het ogenblik van de bestreden beslissing. De bepaling in de Mededingingswet 2006 dat het hof rekening kan houden met ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de bestreden beslissing, werd niet opgenomen in de Mededingingswet 2013.

180. Het beroep heeft geen schorsende werking¹⁸⁷. Het hof van beroep kan echter, op verzoek van de belanghebbende en bij beslissing alvorens recht te doen, de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Mededingingscollege geheel of gedeeltelijk schorsen tot op de dag van de uitspraak van het arrest¹⁸⁸. Het hof van beroep kan tevens toepassing maken van de algemene bevoegdheid krachtens artikel 19, tweede lid, Gerechtigd Wetboek om een maatregel te nemen alvorens recht te doen ten aanzien van een beslissing van het Auditoraat of een auditeur¹⁸⁹.

§3. Rechtsmacht van het hof van beroep

A. Volle rechtsmacht

181. Het hof van beroep te Brussel oordeelt, behalve in de gevallen besproken in het volgende randnummer, “met volle rechtsmacht met inbegrip van de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen van de aangevochten beslissing”¹⁹⁰. Het hof treedt dus in de beoordeling zoals een gewone bodemrechter¹⁹¹.

¹⁸⁷ Art. IV.79, §2, vierde lid, WER.

¹⁸⁸ Art. IV.79, § 2, vijfde lid, WER.

¹⁸⁹ Brussel, 28 oktober 2013, *Tui Travel Belgium e.a. / BMA, BS*, 6 november 2013, Ed. 2, 84.394 en *TBM*, 2013, afl. 4, 404, ro 21.

¹⁹⁰ Art. IV.79, §2, tweede lid, WER. Voor de invulling van het concept “volle rechtsmacht” in mededingingszaken zie Cass. 3 juni 2011, *Honda Motor Europe (North) GmbH / Belgische Staat, e.a.*, *TBM*, 2012, afl. 1, 19, noot D. GERARD en B. GIELEN, “Noot: Het finale Honda-arrest van Cassatie: volle rechtsmacht, hervormingsbevoegdheid en marginale rechterlijke toetsing”, *TBM*, 2012, afl. 1, 20, H. GILLIAMS, “Volle rechtsmacht in het Belgische mededingingscontentieux”, *TBH*, 2012, afl. 10, 986 en Cass. 20 december 2013, *Belgacom, Base Company, Mobistar*, <http://www.cass.be>.

¹⁹¹ Brussel, 28 oktober 2013, *Tui Travel Belgium e.a. / BMA, BS*, 6 november 2013, Ed. 2, 84.394 en *TBM*, 2013, afl. 4, 404, ro 20.

B. Vernietigingsbevoegdheid

182. In zaken betreffende de toelaatbaarheid van concentraties of door het Mededingingscollege opgelegde voorwaarden of verplichtingen, en in zaken waarin het hof, anders dan de aangevochten beslissing, een inbreuk vaststelt op de artikelen 101 of 102 VWEU, spreekt het Hof zich alleen met vernietigingsbevoegdheid uit over de aangevochten beslissing.

183. De wet regelt niet het verder verloop van de zaak ingeval een concentratiebeslissing wordt vernietigd. De vernietiging van de concentratiebeslissing brengt niet de nietigheid van de aanmelding met zich mede (tenzij om één of andere reden een gebrekkige aanmelding de grond was voor de vernietiging). Moet men de zaak dan herstarten op basis van die aanmelding en zo ja, vanaf welk punt in de procedure? De grond voor de nietigverklaring kan immers liggen in een gebrek in het onderzoek, verkeerde toepassing door de auditeur van de vereenvoudigde procedure, de grieven, de ontwerpbeslissing, de procedure voor het Mededingingscollege, de beslissing van het Mededingingscollege, enz. Hervat de procedure van vooraf aan (d.w.z. vanaf de aanmelding) of vanaf het moment waarop het gebrek zich heeft voorgedaan? Hoe wordt in dit scenario toepassing gemaakt van de beslissingstermijnen, die door de wet worden uitgedrukt als termijnen te berekenen vanaf de aanmelding? Wie moet de procedure doen herstarten?

184. Een vernietiging werkt *ex tunc*. De concentratiebeslissing heeft dus nooit bestaan. Indien de aanmelding geldig was gedaan, zou de concentratie, bij ontstentenis van een beslissing binnen de wettelijke vervaltermijn, dan niet moeten geacht worden te zijn goedgekeurd¹⁹²? Of moeten, in de tegengestelde hypothese, de aanmeldende partijen die waren overgegaan tot de uitvoering van hun concentratie op basis van een goedkeuringsbeslissing van de BMA, die wordt vernietigd door het hof van beroep, hun concentratie teniet doen, minstens in een mededingings-neutrale wachtoestand brengen, in afwachting van een eventuele nieuwe goedkeuringsbeslissing op basis van een nieuwe aanmelding?

185. Ter vergelijking: in de Europese concentratiecontrole worden de gevolgen van een vernietiging uitdrukkelijk geregeld in de Concentratieverordening¹⁹³. Wanneer het Hof van Justitie een concentratiebeschikking van de Commissie geheel of gedeeltelijk vernietigt, wordt de

¹⁹² Voor een analyse van de verschillende mogelijke gevolgen van een vernietigingsarrest in een concentratiezaak, zie J-Fr. BELLIS en M. FAVART, "Le contrôle juridictionnel sur les décisions d'admissibilité d'une concentration par le Conseil de la concurrence après l'arrêt *Editeco*", *J.T.*, 2005, 765.

¹⁹³ Art. 10.5 van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening"), *Pb.*, 29 januari 2004, L. 24, 1.

concentratie door de Commissie opnieuw onderzocht met het oog op het geven van een beschikking. De Commissie onderzoekt de concentratie in het licht van de marktomstandigheden. De aanmeldende partijen dienen onverwijld een nieuwe aanmelding in of vullen de oorspronkelijke aanmelding aan, indien de oorspronkelijke aanmelding onvolledig is geworden doordat er zich wijzigingen hebben voorgedaan in de marktomstandigheden of in de verstrekte informatie. Indien er zich geen dergelijke wijzigingen hebben voorgedaan, leggen de partijen een verklaring in die zin af. De beslissingstermijnen vangen aan op de eerste werkdag na de ontvangst van volledige gegevens in een nieuwe aanmelding, van een aanvullende aanmelding of van de verklaring van de aanmeldende partijen dat er zich geen wijzigingen hebben voorgedaan.

186. De Raad voor de Mededinging heeft in de zaak Editeco standpunt ingenomen dat nauw aansluit bij de aanpak van de Europese concentratiecontrole¹⁹⁴. Bij arrest van 15 september 2005 had het hof van beroep te Brussel de beslissing van de Raad, waarbij het verwerven van gezamenlijke controle over Editeco door De Persgroep en door Rossel toelaatbaar was verklaard, tenietgedaan, zonder zelf een beslissing te nemen over de toelaatbaarheid. De Raad voor de Mededinging concludeerde dat ingevolge dat arrest de mededingingsautoriteit de concentratie opnieuw moest beoordelen. De Raad oordeelde dat de oorspronkelijke aanmelding van 26 september 2003 en het onderzoek ondertussen te gedateerd waren en dus niet meer voldeden om de Raad de mogelijkheid te geven de toelaatbaarheid van de concentratie te beoordelen, nu de marktomstandigheden op twee jaar tijd gewijzigd konden zijn. Actualisering was dus noodzakelijk. De partijen hebben de concentratie opnieuw aangemeld.

Afdeling 9

Enkele slotbedenkingen

187. Het is een spijtige vaststelling, maar men kan er niet omheen dat, goede bedoelingen ten spijt, de legistische kwaliteit van de Belgische Mededingingswet er bij elke hervorming op achteruit gaat. De Mededingingswet 1991 was best werkbaar. De hervorming van 2006 leverde een aantal interpretatieproblemen op en vertoonde een aantal lacunes. De nieuwe Mededingingswet 2013 voegt er nog een reeks aan toe. Gelukkig worden onze instellingen en hoven gekenmerkt door een goede dosis pragmatisme en gezond verstand, zodat uiteindelijk oplossingen worden

¹⁹⁴ Raad voor de Mededinging 20 december 2005, nr. 2005-C/C-56, *Rossel & Cie - De Persgroep - Editeco* en *Uitgeversbedrijf Tijd - Editeco*, BS, 30 januari 2006, 5.086, nr. 27.

gevonden voor problemen die de wetgever heeft gecreëerd of over het hoofd heeft gezien. Het vinden van die oplossingen is echter een tijdrovende – getuige waarvan de talrijke vertragingen en procedure-incidenten in vele zaken – en dure aangelegenheid – voor de ondernemingen, de instellingen, de hoven en rechtbanken en, uiteindelijk, de globale economie.

188. De hervorming van 2013 zet formeel het duale model overboord. De Belgische Mededingingsautoriteit bestaat niet langer uit een Raad voor de Mededinging en een auditoraat bij de Raad, ondersteund door een onderzoeksteam behorend tot de FOD Economie. Al deze componenten komen onder één dak, m.n. de BMA die een “autonome dienst met rechtspersoonlijkheid” is¹⁹⁵. Voortaan staat deze ééngemaakte instelling in voor zowel het onderzoek van, als de beslissing over, de restrictieve mededingingspraktijken en concentraties.

189. Niettemin bewerkstelligt de Mededingingswet 2013, binnen de ééngemaakte mededingingsautoriteit, een functionele scheiding tussen onderzoek en beslissing. De auditeur onderzoekt. Het Mededingingscollege, dat bestaat uit de voorzitter – die geen rol speelt in het onderzoek – van de BMA en twee assessoren – die, alhoewel benoemd bij de mededingingsautoriteit, er buiten hun taak van assessor in de zaken waarvoor zij worden opgeroepen geen enkele functie uitoefenen, beslist.

190. Anderzijds doorbreekt de wetgever de functionele scheiding door van het eindwerk van de auditeur een “ontwerp van beslissing” te maken, en niet een geactualiseerde versie van de grieven. Wellicht hoopte de wetgever dat, door het aanleveren van een ontwerp van beslissing, de taak van het Mededingingscollege zou worden vereenvoudigd. Indien het Mededingingscollege akkoord gaat met het ontwerp, zou het college het ontwerp gewoon kunnen overnemen, eventueel met bepaalde aanpassingen. De wetgever hoopt blijkbaar dat het Mededingingscollege zich vooral inlaat met een beoordeling van het ontwerp van beslissing eerder dan een eigen onderzoek van de betrokken feiten¹⁹⁶. De eerste (concentratie)beslissingen van het Mededingingscollege geven aan dat het college zijn taak opneemt als een onafhankelijke beoordelaar, althans van de standpunten en argumenten ingebracht door de auditeur, respectievelijk de partijen. De beslissingen zijn opgesteld volgens het stramien van de beslissingen van de voormalige Raad voor de Mededinging: de beslissingen bevatten eerst het standpunt van het auditoraat en daarna

¹⁹⁵ Art. IV.16, §1, WER.

¹⁹⁶ H. GILLIAMS, “Het nieuwe Belgisch mededingingsrecht”, *TBH*, 2013, afl. 6, 479, nr. 31. Naar de minister van Economie verklaarde in de Kamercommissie, zal het Mededingingscollege “niet langer het onderzoek deels kunnen overdoen en nagaan of het onderzoeksdossier misschien ook geen andere kijk op de feiten kan geven om zo te zoeken naar een herdefiniëring van de zaak (Verslag Vanheste van 22 februari 2013, *Parl. St.* Kamer 2012-2013, nr. 53-2591/003, 29-30).

in een aparte afdeling de “beslissing van het Mededingingscollege”¹⁹⁷. Dit is volstrekt te begrijpen in de context van de Belgische procedure waar een functionele scheiding bestaat tussen onderzoek en beslissing, zodat de bewijslast nog steeds bij de auditeur ligt en het aan het Mededingingscollege toekomt te oordelen of de auditeur al dan niet het bewijs heeft geleverd van de inbreuk of de niet-toelaatbaarheid van de concentratie. Daarbij beperkt het Mededingingscollege zich niet tot een marginale toetsing¹⁹⁸.

191. Misschien wordt het duale model dus enkel ogenschijnlijk overboord gezet en is de werkelijke betekenis van de hervorming van 2013 dat de fase van het onderzoek (auditeur) wordt versterkt en de fase van het beslissingsonderdeel (Mededingingscollege) wordt verzwakt, o.m. door het opleggen van beslissingstermijnen, het afschaffen van full-time leden van het beslissingsorgaan, het afschaffen van een tweede ronde in de schriftelijke procedure, en de beperking op het neerleggen door de ondernemingen en natuurlijke personen van bijkomende stukken voor het beslissingsorgaan¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Zie bv. Mededingingscollege, 24 oktober 2013, nr. BMA-2013-C/C-02, *Koninklijke Belgische Touring Club/Autoveiligheid en Bureau voor Technische Controle, BS*, 3 december 2013, Ed. 2, 95.502 en Mededingingscollege, 25 oktober 2013, nr. BMA-2013-C/C-03, *Mediahuis, BS*, 28 november 2013, Ed. 2, 92.644.

¹⁹⁸ Zie minister van Economie, Verslag Vanheste van 22 februari 2013, *Parl. St. Kamer* 2012-2013, nr. 53-2591/003, 29.

¹⁹⁹ De Raad voor de Mededinging telde een voorzitter, ondervoorzitter en vier raadsleden die hun ambt voltijds uitoefenden (naast niet-voltijdse raadsleden). Het Mededingingscollege bestaat uit de voorzitter van de BMa (die, hoewel geen rol spelend tijdens de formele onderzoeken, in directe en dagelijkse functionele en persoonlijke relatie staat tot de auditeur-generaal en de andere personeelsleden van de BMa) en twee assessoren, die slechts occasioneel zetelen en binnen heel korte tijdsperiode kennis moeten nemen van dossier en mede-beslissen met de voorzitter, zonder eigen materiële ondersteuning.