

Beleidsnota betreffende het Voorontwerp van Wet tot Bescherming van de Mededinging 2012

Vereniging van Belgische mededingingsadvocaten

Deze beleidsnota heeft tot doel, namens de Vereniging van Belgische Mededingingsadvocaten (“VBMA”), een aantal van de aandachtspunten aan te kaarten die opgeworpen worden door het Voorontwerp van Wet houdende invoeging van de Boeken I, “Definities”, IV, “Bescherming van de Mededinging”, V, “De Mededinging en prijsevoluties”, XIV, “Maatregelen voor crisisbeheer”, XV, “Rechtshandhaving” en XVI, “Sancties” in het Wetboek van economisch recht (hierna “het Voorontwerp”).

Deze nota behandelt de volgende punten:

- De beleidskeuzes die de Regering en de FOD Economie maken in het Voorontwerp;
- De problematiek van de onafhankelijkheid van de Belgische Mededingingsautoriteit;
- De vraag naar de werkbaarheid van de hertekende institutionele structuur;
- De invoering van een nieuwe prijsreglementering;
- De invoering van administratieve sancties voor individuen;
- Een aantal procedurele vraagstukken;
- Het concreet verzoek van de Vereniging van Belgische Mededingingsadvocaten;
- De rol en structuur van de Vereniging van Belgische Mededingingsadvocaten.

1. Beleidskeuzes in het voorontwerp

De VBMA is zich ten volle bewust van het belang van een daadwerkelijke toepassing van de mededingingsregels en steunt een belangrijk aantal van de beleidsdoelstellingen die het Voorontwerp tracht te realiseren. Een meer efficiënte Mededingingsautoriteit en een effectief mededingingsbeleid verdienen de steun van alle actoren in de markt. Het streven naar meer procedurele efficiëntie is ongetwijfeld een belang-

rijk aandachtspunt (zie *Memorie van toelichting*, 1.2) dat de volle steun van de VBMA geniet. Ook het feit dat voor de meeste inhoudelijke vraagstukken – zoals mededingingsbepurende overeenkomsten, misbruik van machtspositie en concentratiecontrole – men teruggrijpt en voortbouwt op bestaande teksten is een goede zaak, gezien het garandeert dat de precedentes op Belgisch en Europees vlak ten volle zullen blijven doorwerken.

De Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging is al meermaals het voorwerp geweest van institutionele wijzigingen. Bij herhaling werd er bij voorgaande wijzigingen door diverse actoren (ondermeer de autoriteiten zelf, de ondernemingen en de mededingingsbalie) op gewezen dat een verhoogde efficiëntie niet in de eerste plaats bij de structuur lag, maar eerder aan het ontbreken van middelen (en/of vorming) op andere niveaus te wijten was. De VBMA moedigt elke poging om tot een efficiëntere mededingingsautoriteit te komen aan, maar stelt vast dat huidig voorstel dezelfde weg opgaat van zijn voorgangers. Opnieuw wordt een grondige institutionele wijziging doorgevoerd, zonder dat er enige garantie is dat de werking zelf efficiënter zal verlopen (infra, punt 3). Daarenboven is de VBMA bezorgd dat het Voorontwerp een aantal nieuwe constitutionele, procedurele en Europese vraagstellingen zal doen rijzen die de behandeling van individuele dossiers zullen vertragen.

Bijgevolg is de VBMA van oordeel dat er een belangrijk aantal punten zijn in het Wetsontwerp die een meer gedetailleerde analyse vereisen. Deze beleidsnota behandelt – binnen de beperkingen van de korte termijn waarin deze werd opgesteld – enkele hoofdlijnen van het Voorontwerp en beoogt bijgevolg geen exhaustiviteit. Ondertussen wordt in een werkgroep binnen de VBMA gewerkt aan een meer

gedetailleerd document waarbij het Voorontwerp punt per punt wordt besproken.

2. De onafhankelijkheid van de Belgische mededingingsautoriteit

Het Voorontwerp leidt tot een radicale hertekening van het procedurele en organieke afdwingingskader van het Belgisch mededingingsrecht.

- Zo wordt het Auditoraat, dat op vandaag een hoge graad van onafhankelijkheid heeft, geïncorporeerd in de Algemene Directie Mededinging (Art. XV.11).
- Ook in het beslissingsorgaan, het Mededingingscollege, vindt men een grote overlapping met de Algemene Directie Mededinging. Met name de Directeur-Generaal van de Algemene Directie Mededinging, die benoemd wordt door de Minister bevoegd voor Economie, wordt de Voorzitter van het Mededingingscollege, en krijgt bijgevolg een cruciale beslissingsrol.

2.1. De vereiste van onafhankelijkheid van de Belgische Mededingingsautoriteit

De basisvraag blijft of de Belgische Mededingingsautoriteit volkomen onafhankelijk moet zijn van de politieke overheden – en, indien ja, hoe dit in het Voorontwerp wordt gegarandeerd.

Het antwoord op deze vraag moet in de eerste plaats uitgaan van de Grondwet en het EVRM.

Het Grondwettelijk Hof heeft recent (22 december 2011, zie <http://www.const-court.be/public/n/2011/2011-197n.pdf>) uitgemaakt dat ondernemingen die het voorwerp uitmaken van een mededingingsonderzoek, recht hebben op *dezelfde waarborgen als een onderneming die strafrechtelijk vervolgd wordt*.¹ Concreet lijkt dit erop te wijzen dat het Grondwettelijk Hof vereist dat een inbreuk enkel kan worden vastgesteld en beboet door een rechtbank, en een (aparte) rechtbank

¹ Grondwettelijk Hof, arrest van 22 december 2011, rolnr. 5137: *"Il a été observé, à cet égard, que l'Auditorat disposait de larges pouvoirs compte tenu du caractère d'ordre public du droit de la concurrence, le Conseil ayant lui-même mis en exergue l'aspect pénal de cette législation."* (para. B 10). Dit standpunt wordt uitdrukkelijk bevestigd in het antwoord op de tweede prejudiciële vraag waar het Hof oordeelt dat ondernemingen die het voorwerp uitmaken van een onderzoek op basis van de WBEM, recht hebben op dezelfde procedurele garanties als ondernemingen die het voorwerp uitmaken van een strafrechtelijk onderzoek. Indien men de parallel doortrekt is het duidelijk dat het Wetboek strafvordering geenszins toestaat dat er een oordeel over schuld/onschuld wordt geveld door de uitvoerende macht, en evenmin dat de uitvoerende macht een straf oplegt. De oprichting van een Markthof volstaat in dezen niet gezien het Markthof kennis neemt van de zaak nadat er een uitspraak is geweest over schuld/onschuld en (desgevallend) nadat een boete is opgelegd door de Mededingingscommissie.

moet toezicht houden op het onderzoek. Minstens lijkt dit de meer voorzichtige lezing van het voormeld arrest van het Grondwettelijk Hof die kan vermijden dat deze problematiek in latere jaren het hele stelsel opnieuw op de helling zou kunnen zetten. De opzet van het Voorontwerp – waarbij een ambtenaar met assessoren benoemd door de regering en in het kader van de FOD Economie de bevoegdheid zou krijgen om een inbreuk vast te stellen en een (potentieel zeer zware) boete op te leggen – roept een aantal grondwettelijke vragen op.

Aan deze conclusie doet geen afbreuk dat zowel in het Voorontwerp als in de Memorie van Toelichting, de onafhankelijkheid van het Mededingingscollege in de verf worden gezet:

- Zo stelt het Voorontwerp dat *"de Voorzitter geen enkele instructie [mag] aanvaarden bij het nemen van beslissingen in uitvoering van de opdrachten die de wet hem geeft"* (Art. XV.3).
- Ook in de Memorie van Toelichting wordt een caveat geplaatst waar gesteld wordt dat *"zelfs als men geen geloof zou hechten aan de onafhankelijkheid van de voorzitter als directeur generaal, [het college] in meerderheid bestaat uit onafhankelijke leden"*.

Er is dus ook impliciet een bezorgdheid bij de auteurs van het Voorontwerp dat een onafhankelijke autoriteit een basisvereiste is voor een correcte toepassing van het wettelijk kader.

Daarnaast lijkt dergelijke constructie de test met het EVRM niet te doorstaan omdat er geen of onvoldoende garantie is van onafhankelijkheid van de uitvoerende macht.²

Minstens is er een ernstig probleem omdat er niet de nodige schijn van onafhankelijkheid is.³

De onafhankelijkheid van de mededingingsautoriteit is ook in lijn met de Europese regelgeving in dit verband. De onafhankelijkheid van het Beslissingscollege – zowel in de praktijk als institutioneel – lijkt ons een cruciaal element in de architectuur van het Belgisch mededingingsrecht. In dezen verwijzen we naar de hervorming van de Griekse Mededingingsautoriteit, in de MoU met de Trojka, waar de benoeming van de Voorzitter en de vice-voorzitter van de Autoriteit nu niet meer door de Minister gebeurt maar rechtstreeks door het Parlement en waar de Autoriteit meer onafhankelijkheidsgaranties heeft gekregen. Deze bezorgd-

² Zonder exhaustief te zijn, zie o.m. EHRM, 5 februari 2009, Oluji/Kroatië, Nr. 2230/05, § 38; EHRM, *Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*, arrest van 23 juni 1981, para 55; EHRM, *Ringeisen t. Oostenrijk*, arrest van 16 juli 1971, para 95.

³ Zie o.m. EHRM, *Sramek t. Oostenrijk*, arrest van 22 oktober 1984, para 42; EHRM, *Coëme t België*, arrest van 18 oktober 2000, para 120.

heid vindt men ook terug in andere Lid-staten (zie J. van de Gronden en S. de Vries, *Independent competition authorities in the EU*, *Utrecht Law Review*, 2006, vol. 2, issue 1, 32-66).

Helaas vindt men deze bezorgdheid slechts ten dele gereflecteerd in het Voorontwerp.

2.2. De onafhankelijkheid van het Auditoraat

Vooreerst valt op dat het Auditoraat geïncorporeerd wordt in de Algemene Directie Mededinging en dus zijn bestaande onafhankelijkheid verliest. Dit is problematisch, vooral gelet op de ruime bevoegdheden die het Auditoraat heeft – en behoudt. Zo geeft het Auditoraat ondermeer opdrachtbevelen inzake huiszoekingen (art. XV.15, para. 2, 4); keurt het Auditoraat concentraties goed in de context van een vereenvoudigde procedure (art. XV.48) en seponereert het Auditoraat klachten (art. XV.27). De rol van het Auditoraat is – en blijft – dus cruciaal en het is verontrustend dat het Auditoraat volledig geïntegreerd wordt in de Algemene Directie Mededinging zonder enige garantie wat betreft haar onafhankelijkheid. De enkele verwijzingen in de Memorie van Toelichting naar het feit dat het Auditoraat onafhankelijk is of zou moeten zijn, zijn desbetreffend ontoereikend.

2.3. De onafhankelijkheid van het Mededingingscollege

Ook het Mededingingscollege heeft, op het eerste gezicht, geen volledige onafhankelijkheid. Alhoewel het Voorontwerp uitdrukkelijk stelt dat de Voorzitter geen enkele instructie mag aanvaarden bij het nemen van de beslissingen kan dit in de praktijk niet gegarandeerd worden en verzekert het geenszins een onafhankelijk beslissingsproces (*supra* 2.1 in dit verband).

3. Werkbaarheid van de hertekende institutionele structuur

De hertekende institutionele structuur werpt een aantal belangrijke vragen op inzake de werkbaarheid ervan. De volgende punten vereisen verdere aandacht en, mogelijks, substantiële herziening:

- Het gebruik van de term “voorzitter” en “directeur-generaal” kan het voorwerp van een verdere harmonisering zijn, tenzij het gebruik in het Voorontwerp van deze dubbele terminologie voor dezelfde persoon een specifieke, systematische doelstelling zou beogen (wat in het Voorontwerp momenteel niet het geval lijkt te zijn). De combinatie van meerdere essentiële functies in hoofdte van één persoon doet ook een meer fundamentele vraag rijzen, nl. of het takenpakket dat voor de Voorzitter/Directeur-generaal voorzien is niet onrealistisch ruim en zwaar is. Bij één en ander mag niet uit het oog worden verloren dat de Voorzitter blijkbaar systematisch deel uitmaakt van elk beslissingscollege, naast alle andere taken die hem in het Voorontwerp worden opgedragen.

- De functie van de assessoren verdient verdere aandacht. Deze personen, die een niet-voltime functie bekleden, blijken nu eens deel van het Beslissingscollege en dan weer deel van het Markthof uit te maken. De mogelijkheid bestaat zelfs dat zij op het zelfde ogenblik in verschillende zaken van deze twee instanties deel uitmaken. De Memorie van Toelichting voorziet weliswaar – terecht – in de onmogelijkheid om in dezelfde zaak twee maal te “zetelen”, doch men moet zich – om meerdere redenen – afvragen of het wel passend en opportuun is dat eenzelfde persoon zowel in “eerste aanleg” beslissingen neemt alsook deel uitmaakt van de beroepsinstantie. Er bestaat terzake wel enig precedent met betrekking tot het functioneren van de Raad, doch men dient zich af te vragen of dit wel een gelukkige situatie is.
- Inzake werkbaarheid van de nieuwe structuur dient ook rekening te worden gehouden met de tijd die zou vereist zijn om de nieuwe structuur, inclusief alle nieuwe selectieprocedures en benoemingen die met het oog daarop vereist zijn, te finaliseren. Daarbij moet men zich ook afvragen hoe de behandeling van de bestaande zaken intussen verder zou verlopen. Hierbij hoort overigens ook een meer algemene vraagstelling betreffende de nood aan een meer gedetailleerde overgangsregeling inzake de hangende zaken en procedures.

4. De invoering van een nieuwe prijsreglementering

Het Voorontwerp geeft de Mededingingsautoriteit de bevoegdheid om de prijzen te reglementeren in geval van “marktfalen”.

Van marktfaalen kan sprake zijn bij een inbreuk op de mededingingsregels (prijzafspraken of afstemming van marktgedrag tussen twee of meer ondernemingen, of misbruik door een onderneming van haar machtspositie door het toepassen van excessieve prijzen, wurgprijzen, etc.). Als er geen (bewijs van) dergelijke inbreuk bestaat blijft de mogelijkheid dat de structuur van een bepaalde markt (bv. een oligopolie) resulteert in minder intense mededinging dan het geval zou zijn bij een andere structuur. Men kan het bestaan van bepaalde marktstructuren betreuren, maar de vraag is of het voor een overheid verstandig is om de prijsvorming op zo’n markten – waar dus geen sprake is van kartelvorming of misbruik van machtspositie – te reglementeren. Prijscontrole is niet enkel een sinds lang achterhaalde techniek (die in de praktijk vaak collusief gedrag bevorderde), het valt ook moeilijk te rijmen met het concept van een markteconomie. Het is dan ook verrassend dat het Voorontwerp nu, voortbouwend op na-oorlogse wetgeving, een algemeen prijsreglementeringssysteem invoert.

De problemen die wij hier zien, zijn ondermeer de volgende:

- Vooreerst is de test voorzien in art. V, 3 – op zijn minst – onduidelijk en laat zeer veel ruimte voor interpretatie.

tie. “Hogere prijzen dan normale prijzen” of een “winstmarge hoger dan de normale winstmarge” zijn zeer ruime begrippen. In tegenstelling tot wat de Memorie van Toelichting aangeeft, kan men bezwaarlijk van een “objectivering” van de concepten spreken door het loutere feit dat hun toepassing thans in handen van een specifieke instantie zou gegeven worden. Er dient veeleer verduidelijkt te worden of de gebruikte substantiële concepten en criteria (“normale prijzen”, “normale winstmarges”) wijzigen in vergelijking met de toepassing van de “oude” prijzenwetgeving die slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden van toepassing was, terwijl het Voorontwerp een ruimere toepassing van deze wetgeving voor ogen lijkt te hebben – doch zonder dit duidelijk uit te drukken. Het Voorontwerp is op dit punt weliswaar niet geheel duidelijk, doch het lijkt moeilijk aanvaardbaar dat door de “opinie” van het Prijzenobservatorium er een soort van vermoeden van “inbreuk” zou gecreëerd worden dat grond zou kunnen zijn voor de verdere procedure en de beoordeling voor het Mededingingscollege en/of het Markthof. Er dient met objectieve evaluatiecriteria gewerkt te worden en die ontbreken in huidig stadium in het Voorontwerp.

- Het invoeren van bijkomende regelgeving, inclusief de prijzenregulering als dusdanig en de maatregelen die op die basis zouden uitgevaardigd worden om tegen “marktfalen” op te treden, werpt ook vragen op betreffende de verenigbaarheid daarvan met reeds bestaande sectorspecifieke (Europese) regelgeving waarvan de rechtspraak al heeft kunnen aangeven dat het, minstens in bepaalde omstandigheden, om maximale regelgeving gaat en die overigens een reeks consultatie- en voorafgaandelijke aanmeldingsverplichtingen met zich mee brengt.
- Ook is de procedure in deze context volledig onduidelijk en niet uitgewerkt. De enige procedurele vereiste is voor het Mededingingscollege (en in een later stadium voor het Markthof) om de betrokken partijen te horen. Er zijn geen bepalingen inzake toegang tot het materiaal dat het Prijzenobservatorium heeft verzameld, noch de mogelijkheid om schriftelijk te reageren. Zelfs voor de inzameling van de relevante informatie zijn geen regels voorzien. De oproepingen door het Markthof zijn niet geregeld.
- Wat de mogelijks op te leggen maatregelen betreft, voorziet het Voorontwerp nagenoeg niets. Gaat het hier alleen om verbodsbepalingen, of ook over gebodsbepalingen; enkel over gedragsmaatregelen of ook over structurele maatregelen? Afhankelijk van de aard van de mogelijks op te leggen maatregelen, stellen er zich telkens nog bijkomende vragen.
- De te voorziene maatregelen zullen overigens ook op hun verenigbaarheid met het Europees en het mededingingsrecht (*stricto sensu*) moeten getest worden (zie, onder andere, de Europese rechtspraak betreffende programma-overeenkomsten gesloten met de overheid, de rechtspraak van het Hof inzake maximumprijzen opgelegd

door overheden en de rechtspraak van de Raad betreffende maximumtarieven opgelegd door beroepsverenigingen die blijkbaar systematisch als problematisch wordt aanzien).

5. Administratieve sancties voor individuen

Het Voorontwerp geeft de Belgische Mededingingsautoriteit de mogelijkheid om administratieve geldboetes op te leggen aan natuurlijke personen ten belope van 100 tot 10.000 euro, in geval van een inbreuk op Art. IV.1., §4.

Allereerst dient er te worden op gewezen dat Art. IV.1, §4 in zijn huidige vorm natuurlijke personen verbiedt om in naam en voor rekening van een onderneming o.a. te onderhandelen over prijzen bij verkoop van producten of diensten aan derden. Deze verbodsbepaling dient o.i. te worden beperkt tot gevallen waarin dit gebeurt met concurrenten van de betrokken onderneming en voorzover de onderhandelingen een inbreuk op het mededingingsrecht uitmaken.

De VBMA wenst voorts een aantal belangrijke reserves te maken ten aanzien van de voorgestelde invoering van administratieve geldboetes voor natuurlijke personen.

- Allereerst kan uit de praktijk in een aantal buurlanden worden afgeleid dat belangrijke vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de doeltreffendheid van administratieve geldboetes voor natuurlijke personen als sanctie voor een overtreding van de mededingingsregelen. Dit wordt ook (impliciet) erkend in de Memorie van Toelichting. Uit de praktijk blijkt immers dat deze administratieve geldboetes dikwijls worden terugbetaald door de onderneming/werkgever van de betrokken natuurlijke persoon. Dit neemt niet alleen ieder nuttig effect weg van de administratieve geldboete als bijkomende, afschrikkende sanctie, maar verhoogt tevens *de facto* de boetes waaraan de ondernemingen worden blootgesteld.
- De Memorie van Toelichting stelt dat uit onderzoek is gebleken dat het opleggen van een verbod aan natuurlijke personen om een bestuursmandaat uit te oefenen, als meest doeltreffende sanctie moet worden beschouwd. De Memorie merkt terecht op dat de invoering van dergelijk verbod als sanctie in het licht van het EVRM moet worden geassimileerd met het opleggen van een strafsanctie, waarvoor de waarborgen van het strafprocesrecht moeten worden in acht genomen. Dit laatste wordt in ieder geval niet voorzien in het Voorontwerp (*supra* 2.1).
- Vervolgens kunnen ook vragen worden gesteld bij de compatibiliteit van de voorgestelde invoering van administratieve geldboetes voor natuurlijke personen met Art. 6 EVRM. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat Art. 6 EVRM er niet aan in de weg staat dat een administratief orgaan een (administratieve) geldboete oplegt, op voorwaarde dat een beroep mogelijk is bij een rechterlijke instantie die voldoet aan de voorwaarden van datzelfde Art. 6 EVRM (zie Europees

Hof voor de Rechten van de Mens, *Menarini*). Wij zijn van mening dat de voorgestelde institutionele wijzigingen niet alleen afbreuk doen aan de onafhankelijkheid van het Auditoraat en het nieuw op te richten Mededingingscollege, maar tevens aan de onafhankelijkheid van het op te richten Markthof. Aangezien overeenkomstig de bepalingen van het Voorontwerp de rechters in het Markthof zullen worden benoemd bij Koninklijk Besluit, voor een periode van 6 jaar, rijst twijfel of het Markthof voldoet aan de vereisten inzake onafhankelijkheid zoals voorzien in Art. 6 EVRM. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere v. België* en *Campbell & Fell v. Verenigd Koninkrijk*), dient een rechterlijke instantie immers onafhankelijk te zijn ten aanzien van de uitvoerende macht.

- Tenslotte kan men zich de vraag stellen of het eventuele gebrek aan doeltreffendheid dat vandaag door sommigen wordt gepercipieerd in het handhavingsbeleid door de Raad voor de Mededinging, dient te worden opgelost met het invoeren van administratieve geldboetes voor natuurlijke personen. Zoals hierboven reeds vermeld, wordt algemeen aangenomen dat het eventuele gebrek aan efficiëntie voornamelijk het gevolg is van het ontbreken van de nodige financiële middelen ter beschikking van de Raad.

6. Procedurele bedenkingen

Er zijn ook aantal procedurele punten waarvan de verenigbaarheid met het VWEU en het EVRM in vraag moet gesteld worden. Deze punten zijn uitermate verontrustend en zullen ongetwijfeld aanleiding geven tot discussie, zowel voor het Mededingingscollege als voor het Markthof en, uitiem, meer dan waarschijnlijk voor het Grondwettelijk Hof, het Europees Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit zal leiden tot substantiële vertraging in individuele dossiers en ondergraaft de terechte betrachting van het Voorontwerp om de procedurele efficiëntie te verhogen:

6.1. Toevoeging van stukken voor het Mededingingscollege

Zo voorziet art. XV. 30, para. 3 (net als een reeks andere bepalingen in het Voorontwerp) dat, eens de procedure wordt geopend voor het Mededingingscollege “*geen bijkomende stukken [mogen worden toegevoegd] die niet werden neergelegd tijdens het voorgaande onderzoek, behalve indien het een direct bewijs van een feit betreft.*” Deze bepaling is een aanfluiting van de rechten van verdediging en negeert de dynamiek van een mededingingsprocedure. Het is immers vaak pas op het ogenblik van de neerlegging van de ontwerpbeslissing (nu het Verslag) dat duidelijk wordt welke grieven werden weerhouden door het Auditoraat en welke elementen tegen de ondernemingen worden ingebracht. Het dan verbieden om nieuwe stukken in te dienen met daarbij bv. economische analyses, is onaanvaardbaar en in strijd met de rechten van de verdediging en het EVRM. In de

mate bovendien dat de inbreuken tevens inbreuken zijn op het VWEU lijkt dit ook te strijden met het VWEU dat zoals bekend het “Handvest van de grondrechten van de Europese Unie” incorporeert waarin ook deze rechten van de verdediging zijn opgenomen en dat geen enkele dergelijke beperking toelaat. Gelijkaardige overwegingen gelden in het kader van de procedure inzake concentratiecontrole waar een gelijkaardige beperking aan de rechten van verdediging wordt opgelegd.

6.2. Procedurele garanties in eerste aanleg

De Memorie van Toelichting suggereert dat er minder aandacht en zorg, inclusief minder procedurele garanties, aan de beslissingen “in eerste aanleg” zouden kunnen worden gegeven aangezien er toch nagenoeg systematisch beroepsprocedures gevolgd worden. De logica van dergelijke redenering valt moeilijk te begrijpen; en des te minder wanneer in dezelfde tekst wordt aangegeven dat het niet de bedoeling kan zijn om de zaak op het niveau van het Markthof volledig opnieuw te organiseren. Aldus lijkt er, in vergelijking met het bestaande stelsel, een risico van inperking van rechtsbescherming op beide niveaus te bestaan. Door de combinatie van beiden kunnen ook vragen gesteld worden betreffende de compatibiliteit met het EVRM (*zie ook hierna punt 6.6*).

6.3. Termijnregeling

De hele termijnregeling in het Voorontwerp vereist verdere aandacht. Niet alleen lijken de beroepstermijnen tegen beslissingen van bepaalde sectorautoriteiten gehalveerd te worden; ook meerdere procedurestappen worden door specifieke (uitermate scherpe) termijnbepalingen omschreven. Meerdere van deze termijnen lijken weinig realistisch.

6.4. Immunitetsregeling

Art. XV, 31, para. 3 dat de immunitetsprocedure behandelt stelt dat, “*na het aannemen van de clementieverklaring of het verlenen van immunitet aan natuurlijke personen de stukken en inlichtingen die door een verzoeker zijn overgelegd ter staving van zijn clementieverzoek [gelden] als bewijs, tot het tegendeel is bewezen.*” Dit geeft een disproportioneel belang aan verklaringen die aangebracht worden door natuurlijke personen. Zoals in het verleden is gebleken zijn verklaringen gegeven door individuen vaak geïnspireerd door diverse motieven.

6.5. Hoger beroep – Procedure

Art. XV.26 §4 houdt slechts gedeeltelijk rekening met de recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Er wordt weliswaar in de mogelijkheid van een (onmiddellijk) beroep voorzien, doch er worden geen substantiële regels bepaald die bij de beoordeling van een dergelijk beroep zullen gevolgd worden, noch regels die betrekking hebben op de wijze waarop bepaalde nietigheden of andere procedure-incidenten zullen behandeld worden (*zie de antwoorden op de tweede prejudiciële vraag die aan het Grondwettelijk Hof werd*

gesteld). Zoals het Grondwettelijk Hof heeft aangegeven, is een dergelijke situatie in strijd met de Grondwet en meer in het bijzonder met het gelijkheidsbeginsel.

De termijnen die in deze bepaling worden voorzien, zijn ook irrealistisch kort. De recente praktijk bevestigt dit. Wanneer gesproken wordt over (bijzonder) grote volumes aan inlichtingen die in beslag werden genomen, dan is het onmogelijk om dit in detail binnen een termijn van vijf werkdagen te behandelen en verwerken (met het oog op de indiening van een beroep) en te rekenen op een uitspraak binnen de vijf werkdagen die alle relevante aspecten in overweging kan nemen (middels respect voor het hoorrecht van alle betrokken partijen).

Er wordt ook niets voorzien betreffende wat er gebeurt met de betrokken inlichtingen lopende de beroepstermijn en hangende een beroep bij een rechter van het Markthof. Er zou minstens moeten bepaald worden dat een dergelijk beroep een schorsende werking heeft en dat in geval van betwisting de litigieuze inlichtingen in ieder geval voor geen enkel onderzoeksorgaan ter beschikking mogen staan (doch onder zegel moeten gehouden worden). Zoniet zouden er nog parallelle procedures moeten gevoerd worden met het oog op het bekomen van een dergelijk bevel tot schorsing – wat op zich dan weer een schending van de hogere rechtsnormen die het bestaan van een effectief beroep voorschrijven, kan uitmaken.

Ook wordt er niet voorzien dat de rechter die het beroep behandelt later in de betrokken zaak niet meer zal kunnen tussenkomen.

6.6. Hoger beroep – Volle rechtsmacht

In de mate dat een hoger beroep kennelijk enkel kan worden uitgesproken indien de beroepsinstantie meent dat het Mededingingscollege niet “in redelijkheid” tot de betrokken beslissing zou kunnen komen, lijkt het artikel XV.65 niet EVRM compatibel. Dit is des te meer zo in het licht van wat in punt 6.2 werd gesteld. Hoewel het recente arrest van het Hof van Cassatie in Honda heeft aanvaard dat men “volle rechtsmacht” soepel kon interpreteren, was dat wel in een context waarin onder de huidige wet de Raad voor de Mededinging een onafhankelijke rechtcollege is. In de nieuwe structuur echter, treedt het Markthof op als “beroepsrechter”, maar dan wel na een eerste rechter (mededingingscollege) dat niet aan de voorwaarden van het EVRM voldoet om als onafhankelijke rechter te kwalificeren (supra, punt 2 en punt 6.2). Onder voorbehoud van wat hoger al werd vermeld, vereist het EVRM dan wel dat de beroepsrechter van dat mededingingscollege (het Markthof dus) alle waarborgen van een onafhankelijke rechter heeft. De formulering van artikel XV.65 voldoet daar o.i. niet aan.

7. Concreet verzoek

Gelet op de complexiteit van een aantal van de bovenvermelde punten en het risico dat, in individuele procedures, rechtspunten worden opgeworpen die zullen leiden tot rechtsonzekerheid en vertraging, lijkt het ons essentieel om een korte consultatieronde in te bouwen met de stakeholders en eventuele commentaar – waar gerechtvaardigd – in te bouwen in het Voorontwerp.

8. Vereniging van Belgische mededingingsadvokaten

De Vereniging van Belgische Mededingingsadvocaten/ Association des avocats de droit de la concurrence belge is opgericht om als spreekbuis op te treden voor advocaten gespecialiseerd in het mededingingsrecht met betrekking tot beleidsinitiatieven, vooral op Belgisch niveau maar, waar nuttig, ook op Europees niveau. De Vereniging kan ook suggesties doen en als overlegorgaan dienen betreffende procedurele punten en substantiële problemen die we als mededingingsadvocaten identificeren.

De leden van de VBMA hebben allen minstens 8 jaar ervaring als advocaat in het Belgisch mededingingsrecht en publiceren en/of doceren regelmatig in het domein van het mededingingsrecht.

De acht stichtende leden – en leden van het Coördinatiecomité – zijn :

- Dirk Arts, Allen & Overy
- Laurent Garzaniti, Freshfields Bruckhaus Deringer
- Hans Gilliams, Eubelius
- Dirk Vandermeersch, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton
- Dirk Van Liedekerke, Olswang
- Frank Wijckmans, Contrast
- Peter Wytinck, Stibbe
- Johan Ysewyn, Clifford Chance, Coördinator VBMA

Gelet op het belang van het Voorontwerp, zal in de schoot van de VBMA een werkgroep opgericht worden die meer in detail de verschillende punten opgeworpen door het Voorontwerp zal analyseren.

Brussel, 23 februari 2012