

Vereniging van Belgische mededingingsadvocaten
Association des avocats de droit de la concurrence belge

Brussel 15 oktober 2012

Nota betreffende het voorontwerp van wet betreffende de bescherming van de mededinging

De Vereniging van Belgische mededingingsadvocaten (VBMa) heeft kennis genomen van het het voorontwerp van wet betreffende de bescherming van de mededinging.

In bijlage bij deze nota gaat een "mark-up" van het voorontwerp, vergezeld van commentaar. Deze mark-up is geenszins exhaustief doch is beperkt tot de meest in het oog springende nieuwe bepalingen die het voorontwerp invoert in het Belgisch mededingingsrecht. Tevens wordt gewezen op een aantal verbeteringen die zouden kunnen worden aangebracht in de teksten van de Mededingingswet 2006 die worden overgenomen in het voorontwerp.

Deze nota en de bijgaande mark-up weerspiegelt niet op elk vlak de visie van elk van de leden van de VBMa of van ondergetekenden, doch is bedoeld als een constructieve bijdrage tot het debat, rekening houdend met de beleidsopties die genomen zijn door de Regering en waarover het de VBMa niet toekomt zich uit te spreken.

De mark-up en commentaren weerspiegelen de volgende basisprincipes:

1. De VBMa deelt de bezorgdheid van de Minister van economie en consumenten dat de huidige procedures ter handhaving van het mededingingsrecht te omslachtig en te langdurig zijn. Onderzoek en beslissing nemen inderdaad soms jaren in beslag. Vermoedelijk spelen gebrek aan voldoende onderzoekers en doortastend prioriteitenbeleid hier een rol. Het voorontwerp lijkt echter op dit punt geen verandering te brengen.
2. Te veel energie, zowel voor de BMA als het Hof van Beroep, wordt besteed aan het beslechten van procedurele disputen. Deze procedureslagen zijn het rechtstreeks gevolg van een aantal legistieke tekortkomingen en lacunes in de Mededingingswet 2006. De VBMa suggereert dat de voorgenomen hervorming van de Mededingingswet wordt aangegrepen om deze tekortkomingen en lacunes te verbeteren, c.q. in te vullen. Bijgaande mark-up bevat een aanzet hiertoe. De problemen uit het verleden meeslepen, zou de voorgenomen hervorming immers ernstig hypothekeren.
3. De VBMa neemt akte van de beleids optie om af te stappen van het duale jurisdictionele model en de Belgische Mededingingsautoriteit in te richten als een administratieve autoriteit.
 - Deze hervorming brengt het Belgisch mededingingsrecht in lijn met de structuur op het niveau van de EU en de andere EU-Lidstaten. Bovendien stelt het de mededingingsautoriteit in staat om de genomen beslissingen daadwerkelijk te verdedigen voor het Hof van Beroep. Het Hof van Justitie heeft de Mededingingswet 2006 op dit punt terecht bekritiseerd. Het voorontwerp werkt dit aspect echter onvoldoende uit.
 - De overgang van "rechtscollege" naar "administratief orgaan" betekent echter niet dat de rechten van verdediging minder moeten worden beschermd. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie

blijkt dat ook de Europese Commissie de rechten van verdediging moet respecteren. De overgang naar een administratief statuut brengt tevens de beginselen van behoorlijk bestuur in het geheel van normen dat moet worden gerespecteerd.

- Omdat mededingingsprocedures volgens het Grondwettelijk Hof¹ 'strafrechtelijk' van aard zijn (in de zin van art. 6, §1, EVRM) kan de schuld of onschuld van een onderneming (of directielid) enkel worden vastgesteld door een onafhankelijk en onpartijdig rechter (in het wetsontwerp is dat het Hof van Beroep). Hieruit volgt dat het hoger beroep bij het Hof van Beroep opschortend zou moeten werken, zoals de Raad van State reeds heeft aangegeven zijn advies bij de gelijkaardige BIPT-procedure.²
4. De eerste fundamentele opmerking van de VBMA betreft het Auditoraat en de institutionele structuur. De VBMA steunt ten volle de scheiding tussen onderzoek en beslissing. Dit komt zonder meer (en de praktijk heeft het bewezen) de kwaliteit van de besluitvorming ten goede. Echter:
- Het voorontwerp is niet steeds consequent wat deze scheiding betreft. De VBMA meent aldus dat bv. het zgn. informeel afhandelen van zaken thuis hoort bij het Auditoraat, aangezien het hier een zaak van "niet-vervolging" betreft, en, geen beslissing die een einde stelt aan een onderzoek of klacht. Informele afhandeling door het Auditoraat zal de betrokkenen meer rechtszekerheid bieden, zodat zij meer geneigd zullen zijn naar informele afhandeling te streven.
 - Het Auditoraat moet ook in de toekomst een keurkorps blijven van onderzoekers die worden benoemd op grond van een kwalitatieve selectie. Het voorontwerp keert terug naar de situatie van de Mededingingswet 1999 waar iedere ambtenaar kon worden aangeduid als verslaggever. Omwille van kwaliteitsproblemen, noodzaak aan continuïteit en opbouw van ervaring werd de wet in 1999 gewijzigd om een korps van specialisten-"vervolgers" op te richten bij de Belgische Mededingingsautoriteit. Dit is een gunstige evolutie gebleken en er is geen reden om daar van af te stappen. Het concept in het voorontwerp dat elke ambtenaar "auditeur" wordt in de hem/haar toegewezen zaak, is bovendien niet van aard om binnen de BMA een sereen HR-beleid te voeren. Dezelfde personen zullen immers voortdurend van positie (leidinggeven/ondergeschikt) wisselen.
 - De rol van de Directeur-Generaal is dubbelzinnig. Enerzijds opereert hij/zij op het niveau van de handhaving en, anderzijds, is hij/zij actief op het vlak van de beslissing. Dit concentreert veel beslissingsfactoren in één persoon en zal de betrokkene blootstellen aan talrijke betwistingen aangaande vermeende vooringenomenheid in zaken die naderhand worden voorgelegd aan het Mededingingscollege. Het verdient de voorkeur het prioriteits- en handhavingsbeleid volledig bij het Auditoraat te plaatsen, en de beslissingen bij het Mededingingscollege onder voorzitterschap van de Directeur-Generaal.
5. De tweede fundamentele opmerking van de VBMA betreft de procedure. Het voorontwerp voert een dubbele procedure in.

In de huidige Mededingingswet verloopt de procedure inzake restrictieve mededingingspraktijken in twee rondes (verslag, verweerschrift verdediging, repliek Auditoraat, dupliek verdediging) voor de Raad. Er zijn geen termijnen in de wet; de termijnen worden bepaald door de Raad in elke zaak (meestal twee maanden voor elke partij in de eerste ronde, vier-zes weken voor elke partij tweede ronde).

¹ Belgacom-arrest 22 december 2012.

² Advies RvS Afd. Wetgeving, Kamer, 2001-2002, n°1937/001, blz. 65.

In het voorontwerp wordt de eerste ronde verlegd naar een procedure voor het Auditoraat (grievens; verweerschrift), terwijl de tweede ronde plaatsvindt voor het Mededingingscollege (ontwerp van beslissing; verweerschrift verdediging). De wet schrijft vervaltermijnen voor.

- Waarom een procedure op twee niveaus? Tijdswinst?

In de nieuwe procedure op twee niveaus moet het Auditoraat het onderzoek voeren, de vordering (de zgn. grieven) formuleren, het verweer van de partijen onderzoeken en vervolgens een ontwerpbeslissing afleveren. Echter, elke beslissing in een betwiste zaak moet een afweging doen van de elementen à charge en décharge, door o.m. te antwoorden op de verweermiddelen van de partijen, zodat de beslissing de toets van het hoger beroep kan doorstaan. Dit betekent dat, vooraleer de zaak bij het Mededingingscollege komt, eerst een "mini-procedure" zal worden gevoerd voor het Auditoraat, zodat het Auditoraat naderhand in staat is een ontwerp-beslissing voor te leggen aan het Mededingingscollege. In dat stadium verandert het Auditoraat van vervolgingsorgaan naar voorbereidend beslissingsorgaan.

Blijkbaar is het de bedoeling de procedure voor het Mededingingscollege in te korten. Of dit zal resulteren in tijdswinst over de hele procedure kan worden betwijfeld aangezien één en ander zal verschuiven naar het auditorsluik van de procedure.

Bovendien is het onwaarschijnlijk dat het Mededingingscollege zich zal tevreden stellen met een louter marginale toetsing van de ontwerpbeslissing. De leden van het Mededingingscollege zullen het – terecht – als hun recht en plicht zien om de zaak naar hun inzichten en ten gronde te beoordelen.

- Waarom een procedure op twee niveaus? Geen zgn. last minute verweerargumenten?

In het verleden werd geopperd dat het Auditoraat pas tijdens de procedure voor de Raad echt kennis zou krijgen van de verweermiddelen en stukken van de betrokken ondernemingen, zodat het Auditoraat slechts weinig tijd zou hebben om daarop te antwoorden in haar repliek op de verweerschriften. Dit snijdt echter geen hout. Ook de ondernemingen hebben heel weinig tijd om te antwoorden op een onderzoek en verslag (van dikwijls honderden bladzijden en een dossier van duizenden bladzijden) waarop het Auditoraat maanden heeft gewerkt en waarbij het Auditoraat beschikt over informatiemiddelen (zoals verzoeken om inlichtingen en huiszoeken) waarover de ondernemingen niet beschikken. Er is dus geen sprake van een ongelijke strijd. Trouwens in de praktijk kent het beslissingsorgaan (nu de Raad) ook aan het Auditoraat een gepaste termijn toe om te antwoorden op het verweer (welke termijn trouwens vaak wordt verlengd op verzoek van het Auditoraat). In het voorontwerp is ook het Auditoraat gebonden aan een vervaltermijn wat het neerleggen van de ontwerpbeslissing betreft.

Het komt ons derhalve voor dat het beter is dat het Auditoraat de grieven formuleert en het Mededingingscollege de beslissing neemt of de grieven al dan niet bewezen zijn, nadat de betrokken partijen de kans hebben gekregen hun verweer volledig te voeren.³ Met andere woorden, de twee

³ De grieven (in het huidige systeem "verslag" genoemd) voldoen in feite aan alle formele vereisten van een beslissing (omschrijving van de partijen, van de inbreuk, analyse van de markt, enz.) Het is dus niet zo dat het Mededingingscollege alles ab initio zou moeten herschrijven. Indien het Mededingingscollege de grieven bewezen acht, kan het college volstaan met het overnemen van de analyse van de grieven en het antwoorden op het verweer van de betrokken ondernemingen (eventueel voortbouwend op de repliek van het auditoraat). De dienst van de Voorzitter zou een opdracht kunnen worden gegeven in de wet, gelijkaardig aan die van een referendaris in een rechtcollege, om het Mededingingscollege bij te staan in de redactie van de beslissing.

ronden verlopen in de toekomst – zoals nu - voor het beslissingsorgaan. Het Auditoraat en het Mededingingscollege blijven elk bij hun rol van respectievelijk vervolging en beslissing.

Indien men niettemin wenst vast te houden aan de procedure op twee niveaus, is het aangewezen:

- Alle procedure-incidenten geregeld te zien in het auditorsluit, alvorens de zaak bij het Mededingingscollege komt. Het betreft o.m. vertrouwelijkheid, out-of-scope disputen, toegang tot dossier, taalgebruik. Deze aspecten belasten al te zeer de huidige procedure voor de Raad voor de Mededinging.
 - Bijzonder te waken over de rechten van verdediging ook tijdens de procedure voor het Auditoraat. Aldus moet, bijvoorbeeld, (a) de communicatie van de grieven gepaard gaan met toegang tot het onderzoekdossier, minstens het proceduredossier; (b) het Auditoraat verboden worden nieuwe grieven en stukken te ontwikkelen in de ontwerpbeslissing; en (c) de ondernemingen over een redelijke termijn beschikken om hun verweer te formuleren.
6. De derde fundamentele opmerking van de VBMA betreft de afwezigheid in het voorontwerp van enige procedureregeling voor het Hof van Beroep. Dit zal, nog meer dan nu het geval is, aanleiding geven tot eindeloze procedurekwesties en vertragingen.
7. Sommige van de nieuwe bepalingen zijn onprecies geformuleerd of onverzoenbaar met het materieel (EU)mededingingsrecht.⁴ De mark-up formuleert een aantal suggesties om nieuwe interpretatieproblemen te vermijden. Bovendien wijst de mark-up op een aantal legistische onvolkomenheden.⁵ Tot slot blijkt uit de mark-up dat een aantal nieuwe procedureregels (bv. verbod op nieuwe stukken) onwerkzaam zijn in de moeilijke dossiers waar toezeggingen en verbintenissen aan de orde zijn.

Johan Ysewyn
Coördinator VBMA

Dirk Vandermeersch
Verslaggever

⁴ Bijvoorbeeld, de bepaling die individuele personen aansprakelijk maakt voor inbreuken, zonder dat deze individuele personen een beroep kunnen doen op een de minimis-argument of de uitzonderingsbepalingen van §3 of de groepsvrijstellingen.

⁵ Alle kruisverwijzingen zouden moeten worden gecheckt. Bijvoorbeeld, door een vergetelheid in de kruisverwijzingen zou volgens het voorontwerp blijkbaar geen hoger beroep mogelijk zijn tegen concentratiebeslissingen (enkel tegen stilzwijgende goedkeuringen van concentraties).