

Mededingingsrecht

De vernieuwde Belgische Mededingingsautoriteit

Jacques STEENBERGEN
voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit
en buitengewoon hoogleraar aan de faculteit

Met het invoegen van Boek IV in het Wetboek van Economisch Recht door de wetten van 3 april 2013 beslisten Kamer en Senaat tot een grondige hervorming van het Belgisch mededingingsrechtelijk landschap¹.

I. Waarom een hervorming?

De Memorie van Toelichting² herinnert aan paragraaf 2.4.1 van het Regeerakkoord. Daarin is sprake van een ambitieus concurrentiebeleid, het feit dat de mededingingsautoriteit over voldoende middelen dient te beschikken, van een ontradend sanctioneringskader en van het waarborgen van de onafhankelijkheid van de (in de terminologie van toen) Raad voor de Mededinging.

§1. Wat moest beter?

Wanneer wij de Memorie van Toelichting en de diagnose van de Algemene directie samenlezen kunnen de belangrijkste problemen worden samengevat als volgt:

- De beslissingen volgden niet in het verwachte tijdsframe,
- De duur van procedures over voorlopige maatregelen was soms veel te lang,
- Er was een althans volgens sommigen overdreven focus op procedurevragen, deels veroorzaakt door rechtsonzekerheid betreffende *ICT forensic best practices* en de beschikbare rechtsmiddelen voor het aanvechten van beslissingen van het auditorschap, en
- Er was een complexe structuur die de markt niet begreep en die de besluitvaardigheid niet bevorderde, wegens de wens om de voordelen van een autonome duale autoriteit te realiseren tegen de kostprijs van een algemene directie in een FOD.

§2. Wat ging goed

Om de doelstellingen van een hervorming te bereiken, is het ook nuttig om te kijken wat wel goed ging³:

- Het aantal onderzoeken die in de laatste drie jaren werden afgesloten met een voorstel van vaststelling van inbreuk kan de vergelijking doorstaan met autoriteiten zoals de EU Commissie, het Bundeskartellamt en het OFT,
- De ontwikkeling van een informeel mededingingsbeleid,
- Een verhoogde internationale credibiliteit,

¹ BS, 26 april 2013. Zie ook de webpagina's van de BMA: <http://economie.fgov.be/nl/ondernemingen/mededinging/>. Deze bijdrage betreft alleen de mededingingsregels in Boek IV WER en niet de bepalingen over prijzenbeleid in Boek V.

² Stukken van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, DOC 53 2543/001.

³ Zie de opeenvolgende Jaarverslagen van de Algemene Directie Mededinging op de webpagina's van de BMA.

- Bereikt door een nog altijd een klein (maar gestabiliseerd) team met beperkte middelen,
- Met een structuur die een duurzame doorgroei toeliet voor de kerntaken.

II. De hervorming : een samenvloeien van twee pistes

Het institutionele en het procedurele luik van de hervorming hebben elk hun eigen geschiedenis.

§1. Procedures en sancties

De meeste procedurele hervormingen en de invoering van sancties voor natuurlijke personen werden al tijdens de vorige legislatuur gesuggereerd door de Algemene directie Mededinging. Zij werden op diverse fora met stakeholders besproken. Het sanctiebeleid besprak ik bij voorbeeld al met U tijdens de VRG-alumnidag van 2010⁴.

§2. De institutionele hervorming

Minister Vande Lanotte dacht echter aan een meer ambitieuze hervorming. Oorspronkelijk dacht hij aan een Markthof, dat de gespecialiseerde beroepsrechter kon worden voor alle regulatoren met een structuur die enigszins geïnspireerd werd door die van het Grondwettelijk Hof. Maar uiteindelijk kwam er geen consensus in de coalitie. Het bleek eens te meer bijzonder moeilijk om iets te wijzigen aan de gerechtelijke architectuur. Het was interessant om vast te stellen dat tal van betrokkenen binnen en buiten de politieke wereld die hun kritiek op de werking van justitie niet spaarden, toch ook niet bereid waren om hun vertrouwen aan een alternatieve constructie te geven.

Zonder het Markthof was het voor de mededingingswereld zeker belangrijk dat de nieuwe structuur een scheiding behield tussen de onderzoeks- en de beslissingsbevoegdheden. En voor de Minister was het zeker zo belangrijk dat de nieuwe structuur compact en besluitvaardiger zou zijn.

In een eerste periode werd gezocht naar een formule waarbij de autoriteit om kostenredenen verankerd zou blijven in de FOD Economie. Maar dat leidde telkens ofwel tot een naar het oordeel van de coalitie te groot verlies aan onafhankelijkheid in de beslissingsfase (ook indien met assessoren beslist zou worden zoals in de huidige BMA), ofwel tot een structuur die naar het oordeel van de Minister te dual bleef.

Om beide objectieven te verzoenen, werd in het voorjaar 2012 door de coalitie gekozen voor een onafhankelijke autoriteit met eigen rechtspersoonlijkheid. En

⁴ 'Evoluties in het sanctierecht', in *Recht in beweging*, VRG Alumni en Maklu, Antwerpen 2010, 133-140.

met, toch zeker voor de eerste jaren, een dienstverleningsovereenkomst met de FOD economie om te beletten dat de overeengekomen verhoging van de begroting helemaal op zou gaan aan algemene onkosten. Zo kan een compromis soms leiden tot de meest radicale oplossing.

Eens geopteerd werd voor een onafhankelijke autoriteit werd het behoud van het onderscheid tussen onderzoeks- en beslissingsbevoegdheden overigens door sommigen terug in vraag gesteld. Zij vroegen zich af ‘waarom wij het in mededingingsland altijd zo ingewikkeld maken’. Ten aanzien van regulatoren zoals de CREG en het BIPT, die ook beslissingen nemen met een grote financiële weerslag voor ondernemingen, hecht men immers veel minder belang aan het onderscheiden van onderzoeks- en beslissingsbevoegdheden, en oordeelt men (impliciet) dat de onafhankelijkheid van de instelling voldoende garanties biedt aan de betrokken ondernemingen. En daar werd begrijpelijkerwijze aan toegevoegd dat ook de Europese Commissie het onderscheid kennelijk niet nodig vindt voor de eigen structuur. Autoriteit en stakeholders konden zich echter moeilijk voorstellen dat wij niet alleen de dualiteit maar ook het onderscheid zelf tussen de verschillende bevoegdheden zouden opgeven.

III. Wat is hervormd

§1. Materieel recht

Materieel rechtelijk is er voor ondernemingen niet zo veel veranderd. De belangrijkste materieel rechtelijke verandering is de invoering van administratieve boetes en het voorzien van clementie voor de betrokkenheid van natuurlijke personen bij inbreuken op het kartelverbod door ondernemingen of ondernemingsverenigingen.

De sancties voor natuurlijke personen zijn een antwoord op een aanbeveling van de OESO, maar de eerste suggesties in die richting kwamen eigenlijk uit de hoek van grote ondernemingen. Om redenen die eerder al in de Commissie voor de Mededinging en bijeenkomsten met stakeholders werden toegelicht, is gekozen voor administratieve geldboetes⁵.

Het invoeren van deze sancties vergde een aanpassing van de clementieregeling. Die is anders dan voor ondernemingen: natuurlijke personen kunnen ongeacht of zij de eerste zijn, altijd immuniteit krijgen. Iedereen die aan een clementieverzoek van een onderneming of ondernemingsvereniging meewerkt komt trouwens voor clementie in aanmerking. De clementieregeling voor natuurlijke personen betreft dus niet alleen ‘klokkenluiders’. Omgekeerd belet een clementieverzoek van medewerkers niet dat een onderneming nog voor immuniteit in aanmerking kan komen⁶.

⁵ Art. IV.1, §4, IV.70 §2 WER. Zie eerder *Recht in beweging*, 2010, 133-140.

⁶ Art. IV.46 §2 WER.

§2. Procedures

De nieuwe regels brengen een hele reeks procedurewijzigingen die samen moeten bijdragen tot een meer efficiënte handhaving van het mededingingsrecht. Bijvoorbeeld:

- Een meer efficiënte procedure voor voorlopige maatregelen die geen voorafgaandelijk onderzoek door het auditoraat meer vergt. De nieuwe procedure is geïnspireerd door de gemeenrechtelijke procedure voor kortgedingen⁷.
- Een procedure voor transacties (schikkingen) die geïnspireerd is door de procedure van de Europese Commissie⁸. Onder de oude wet konden alleen informele schikkingen worden aanvaard, d.w.z. zonder sancties en zonder afdwingbaarheid⁹.
- Een hervorming van de procedure inzake inbreuken (de procedure voor concentratie toezicht werd bijna niet gewijzigd). De bedoeling is dat verweerders hun argumenten en vooral bewijsmateriaal *à décharge* tijdens het onderzoek neerleggen bij het auditoraat. In het verleden werd herhaaldelijk gewacht tot de procedure voor de Raad. Dat maakte het niet alleen unfair om van het auditoraat een echt onderzoek *à charge* en *à décharge* te verwachten, maar confronteerde de Raad ook met stukken die nieuwe vragen opriepen. Nu kunnen verweerders alleen nog nieuwe stukken neerleggen over feiten of over grieven die hen niet eerder werden meegedeeld. Er is daarom terug, zoals in 1993, een mededeling van grieven in de slotfase van het onderzoek. Daarna volgt niet langer een verslag maar een ontwerp van beslissing van het auditoraat. Deze formule (die overigens het Mededingingscollege niet bindt) maakt het realistischer om van het Mededingingscollege binnen een korte termijn (één maand) een beslissing te verwachten.
- Voor de formele schriftelijke procedure voor het College (*cf. infra*), voor de mondelinge procedure en voor het nemen van de beslissing door het College zijn strakkere termijnen voorzien. Dit geldt ook voor beslissingen over de vertrouwelijkheid van stukken enz.¹⁰
- Er is nu een duidelijkere opsomming van de beslissingen die vatbaar zijn voor beroep, met een onderscheid tussen zaken die het Hof met volle rechtsmacht (met inbegrip van de bevoegdheid om de eigen beslissing in de plaats te stellen) dient te beslissen, en zaken die het Hof (weliswaar na een beoordelen in feite en in rechte en dus met volle rechtsmacht in de zin van de *Menarini* jurisprudentie¹¹) al dan niet geheel of gedeeltelijk nietig kan verklaren om de zaak vervolgens terug voor te leggen aan de mededingingsautoriteit¹².

⁷ Art. IV.64 WER.

⁸ Art. IV.51-57 WER.

⁹ Zie over het informele mededingingsbeleid de opeenvolgende Jaarverslagen van de Algemene directie Mededinging op de web pagina's van de BMA.

¹⁰ Zie vooral art. IV.42-IV.45 WER.

¹¹ EHRM, 27 september 2011. Zie over de rechtspraak van het EHRM verder de vermelde bijdrage van Paul Lemmens, P. LEMMENS, 'Enkele beschouwingen bij de zogenaamde 'volle rechtsmacht' van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties', in *Liber amicorum Marc Boes*, Die Keure, Brugge 2011, p.394 e.v.

¹² Art. IV.79 WER. Zie hierover verder H. GILLIAMS, 'Volle rechtsmacht en de rol van het hof van beroep in de toepassing van het mededingingsrecht' in W. De-

- De mogelijkheid voor de BMA om als *amicus curiae* tussen te komen in zaken waarin de Belgische mededingingsregels ingeroepen worden (de autoriteit kon dit al op grond van Verordening 1/2003 wanneer ook de Europese regels ingeroepen werden)¹³.

§3. De institutionele hervorming

De meest opvallende verandering betreft wellicht het oprichten van een nieuwe mededingingsautoriteit als ‘autonome dienst met rechtspersoonlijkheid’¹⁴. De nieuwe Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) heeft een meer gestroomlijnde structuur die echter, anders dan bij sommige andere onafhankelijke regulatoren, een duidelijk onderscheid bewaart tussen enerzijds het openen en leiden van onderzoeken en de beslissing tot vervolgen, en anderzijds het beslechten van de zaak. De nieuwe autoriteit wordt geleid door een directiecomité van vier leden: de voorzitter van de autoriteit, de auditeur-generaal, de *chief economist* en de *general counsel*.

De voorzitter zit naast het directiecomité ook het Mededingingscollege voor. Hij is verder (zoals voorheen de directeur generaal) bevoegd inzake het informele mededingings- en *advocacy* beleid en de inbreng van de Belgische autoriteit in het ECN (het Europese netwerk) en andere netwerken van mededingingsautoriteiten. Meer algemeen voorziet de nieuwe wet in een samenwerking van de voorzitter van de BMA met andere instanties die betrokken zijn bij het evalueren en ontwikkelen van het mededingingsbeleid en mededingingsrecht¹⁵.

Het Mededingingscollege is het beslissingscollege in alle formele procedures die niet door het auditoraat worden geseponeerd of geschikt. Voor elke zaak wordt een college samengesteld dat bestaat uit de voorzitter (of de assessor ondervoorzitter indien de voorzitter verhinderd is) en twee assessoren die in alfabetische orde (maar rekening houdend met hun beschikbaarheid) aangeduid worden uit een lijst van 20 assessoren (10 voor elke taalgroep)¹⁶.

De onderzoeken worden geleid door de auditeur-generaal. De auditeur-generaal beslist ook over het openen van een zaak, rekening houdend met de prioriteiten die zijn uitgetekend door het directiecomité, en na het horen van de *chief economist*. Tijdens een onderzoeksprocedure worden beslissingen over het al dan niet voortzetten van een onderzoek, over schikkingen enz. genomen

VROE, K. GEENS en P. WYTINCK, *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd – Liber amicorum Jules Stuyck*, Kluwer, Mechelen 2013, 265-331; en in dezelfde publicatie J. STEENBERGEN, ‘Van de WBEM naar de BMA’ 562-564.

¹³ Art. IV.77 WER.

¹⁴ Art. IV.16 §1 WER.

¹⁵ Art. IV.20 §1 (1° en 2°) WER.

¹⁶ Zie voor het benoemingsbesluit met de lijst van de assessoren het KB van 12 september 2013, BBS, 17 september 2013. De faculteit is er goed vertegenwoordigd want naast mijzelf als voorzitter zijn de collega’s Wouter Devroe en Peggy Valcke benoemd als assessoren.

door de auditeur-generaal samen met de ambtenaar van het auditoraat die door de auditeur-generaal belast is met de dagelijkse leiding van het onderzoek (en optreedt als de auditeur in de zaak) en een andere ambtenaar uit het auditoraat die niet betrokken is bij het onderzoek in die zaak. Samen oefenen zij de bevoegdheden uit die de wet opdraagt aan het auditoraat¹⁷.

De autoriteit bestaat naast het directiecomité en de mededingingscolleges uit het auditoraat en de dienst van de voorzitter.

Het auditoraat groepeerde in de nieuwe autoriteit alle onderzoekers onder leiding van de auditeur-generaal. Er moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen het auditoraat in de ruime zin (de onderzoeksdienst), en het ‘begeleidingscomité’ dat de bevoegdheden van het auditoraat uitoefent in een specifieke zaak zoals vermeld in de vorige alinea. Er werd voor die formule gekozen om enerzijds te vermijden dat belangrijke beslissingen zoals schikkingen door één persoon (de auditeur-generaal) beslist zouden worden, en anderzijds te vermijden dat een te grote groep er over zou moeten debatteren.

De dienst van de voorzitter is veel kleiner en ondersteunt de voorzitter, de *chief economist* en de *general counsel*.

§4. Enkele gevolgen van de institutionele hervorming

De institutionele hervorming heeft ook procedurele implicaties. Zo zijn de beslissingen van de BMA beslissingen van een administratieve autoriteit, en niet langer van een administratief rechtscollege. Dit lost op de eerste plaats het ‘Vebic-probleem’ op¹⁸ vermits de BMA nu zoals andere administratieve autoriteiten verweerder is bij een beroep tegen haar beslissingen.

Uit de nieuwe structuur volgt dat nu voor alle huiszoeken, en dus ook bij ondernemingen, een mandaat van een onderzoeksrechter vereist is¹⁹.

Voor benadeelden van inbreuken kan het een nadeel zijn dat deze administratieve beslissingen in schadevergoedingsprocedures geen kracht van gewijsde hebben. Maar de Europese Commissie werkt aan een voorstel om de beslissingen van mededingingsautoriteiten altijd bindend te maken in nationale procedures.

In de internationale betrekkingen betekent het feit dat de BMA nu een onafhankelijke autoriteit met eigen rechtspersoonlijkheid is, dat een onderscheid moest worden gemaakt tussen netwerken van autoriteiten waarin de BMA de

¹⁷ Art. IV.26-30 WER.

¹⁸ HvJ 7 december 2010, zaak C-439/08, *Vebic*. Zie hierover Y. VAN GERVEN, ‘De Belgische mededingingsautoriteit: een evenwichtsoefening tussen doeltreffendheid en eerlijke rechtsbedeling’, in W. DEVROE, K. GEENS en P. WYTINCK, *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd – Liber amicorum Jules Stuyck*, Kluwer, Mechelen 2013, 519-552.

¹⁹ Art. IV.41 §3.

Belgische deelnemer is, en organisaties van staten waarin mededingingsbeleid besproken wordt. In de laatste groep blijft België vertegenwoordigd door de FOD Economie als vertegenwoordigers van de minister. Het WER bepaalt wel dat de voorzitter van de BMA aan die besprekingen deel kan nemen, maar dan niet als hoofd van de delegatie die voor België kan spreken (tenzij in samenspraak met de vertegenwoordiging van de FOD Economie)²⁰. In de praktijk betreft dit vooral het Competition Committee van de OESO. Maar het zou ook de mededingingscommissie van de UNCTAD kunnen betreffen (waar de BMA zoals de algemene directie gelet op de beperkte middelen niet deel neemt aan de werkzaamheden).

Bibliografie

J. YSEWYN, *De Belgische Mededingingswet 2013*, Intersentia, Antwerpen-Cambridge 2013, 280 p.

En verder:

Themanummer met bijdragen van J. STEENBERGEN (editoriaal), D. GÉRARD en A. DE CRAYENCOUR (La réforme du droit belge des pratiques restrictives de concurrence), P. GOFFINET (le nouveau régime belge du contrôle des concentrations), en K. MARCHAND en B. STULENS (de nieuwe procedure inzake de voorlopige maatregelen) van *Het Tijdschrift voor Belgische Mededinging – Revue de la Concurrence Belge*, nr. 2/2013.

A.M. VAN DEN BOSSCHE, ‘Boek IV van het Belgisch Wetboek van Economisch Recht: de bescherming van de Mededinging’, *SEW* nr. 10/2013.

²⁰ Art. IV.16 §3 en IV.20 §1 (1°) WER.