



ADVIES

CRB 2012 - 0963

**COMMISSIE VOOR DE
MEDEDINGING**

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB



Advies

Voorontwerp van wet: Invoeging van boek IV. "Bescherming van de mededinging" en boek V. "De mededinging en de prijsevoluties" in het Wetboek van economisch recht

**BRUSSEL
14.09.2012**

Advies

Voorontwerp van wet: Invoeging van boek IV. "Bescherming van de mededinging" en boek V. "De mededinging en de prijsevoluties" in het Wetboek van economisch recht

Inbehandelingneming

Bij brief van 26 juli 2012 heeft de vice-eersteminister en minister van Economie, Consumenten en Noordzee, Johan Vande Lanotte, advies gevraagd aan de Commissie voor de Mededinging over het voorontwerp van wet tot hervorming van de Belgische wetgeving betreffende het toezicht op de mededingingsregels en de mechanismen van toezicht op de prijzen.

De Commissie voor de Mededinging, hierna de Commissie genoemd, is op 20 augustus en 4 september bijeengekomen onder het voorzitterschap van de heer J. BOURGEOIS om het onderstaande ontwerpadvies op te stellen, dat unaniem door de leden werd goedgekeurd.

Advies

1 Algemene opmerkingen

De Commissie heeft met belangstelling kennis genomen van het voorontwerp van wet houdende invoeging van boek IV. "Bescherming van de mededinging" en boek V. "De mededinging en de prijsevoluties" in het Wetboek van economisch recht. De Commissie waardeert en ondersteunt ten volle de algemene doelstelling die ten grondslag ligt aan de hervormingen in het mededingingsrecht, met name een verbetering van de efficiëntie en de effectiviteit van de handhaving van het mededingingsbeleid. In meerdere adviezen heeft de Commissie er immers op aangedrongen om het terugdringen van de lange onderzoeksduur als een prioriteit in het beleid van de Mededingingsautoriteit te beschouwen.¹

Daarnaast is het in de adviezen van de Commissie een steeds terugkerende opmerking geweest dat de Mededingingsautoriteit over voldoende middelen moet kunnen beschikken om haar opdrachten te kunnen vervullen.² Zij merkt op dat in het huidige Regeerakkoord zelf de nadruk wordt gelegd op het uittrekken van voldoende middelen voor de Mededingingsautoriteit. Ook de OESO heeft in 2009 gewezen op het feit dat de middelen van de Belgische Mededingingsautoriteit vrij beperkt zijn in vergelijking met andere kleine economieën en ontoereikend blijken om de hangende dossiers te Verwerken, om te reageren op de beroepen bij de rechtbanken en te anticiperen, bijvoorbeeld door marktstudies uit te voeren.³

¹ Onder meer: CRB 2011-0513 Advies over het jaarverslag 2010 van de Algemene Directie Mededinging van de fod Economie (12/05/2011), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/nl/doc11-513.pdf> en CRB 2010-0931 Advies over het jaarverslag 2009 van de Algemene Directie Mededinging van de fod Economie (10/06/2010).

² Onder meer: CRB 2009-1052 Advies over het jaarverslag 2008 van de Algemene Directie Mededinging van de fod Economie (6/07/2009), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/nl/doc09-1052.pdf> en CRB 2009-49 Advies over het jaarverslag 2007 van de Algemene Directie Mededinging van de fod Economie (5/02/2009), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/nl/doc09-49.pdf>.

³ OESO, Etudes économiques de l'OCDE, Vol. 2009/12, Belgique, juillet 2009, p. 17-18 en 127-154.

Hoewel de Commissie begrip heeft voor de huidige periode van budgettaire beperkingen, moet, om een effectief en efficiënt mededingingsbeleid te kunnen voeren, als uitgangspunt voor passende middelen voor de Mededingingsautoriteit worden gezorgd. Een hervorming doet dan ook geen afbreuk aan deze nood aan gepaste middelen, zowel op het niveau van het onderzoek, op het niveau van de beslissing als op het niveau van het eventuele beroep tegen de beslissing.

2 Structurele en procedurele wijzigingen

Organisatie van de Belgische Mededingingsautoriteit

De Commissie stelt het op prijs dat de Belgische Mededingingsautoriteit voortaan een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid en dus een onafhankelijke instelling zou worden. De Commissie waardeert dat de oefening heeft plaatsgevonden om over de grenzen heen te kijken naar andere mededingingsautoriteiten en een benchmarking na te streven. De Belgische autoriteit zal zo sterker gelijken op het model van de Franse autoriteit, die door vele deskundigen als één van de best functionerende mededingingsautoriteiten van de Europese Unie wordt beschouwd. Volgens de Commissie zou de nieuwe structuur ook leiden tot een betere rationalisering van de middelen, aangezien de onderzoeksactiviteiten nu efficiënter geïntegreerd zouden worden onder de auditeur-generaal en het Auditoraat. De Commissie acht het verder cruciaal dat ook onder de nieuwe structuur een strikte scheiding tussen onderzoek en beslissing gewaarborgd blijft.

Men zou hiermee tegemoet komen aan de aanbevelingen van de OESO, die reeds in 2009 heeft geoordeeld dat de onafhankelijkheid van de Belgische Mededingingsautoriteit onder druk staat, aangezien het om een algemene directie van de fod Economie gaat en de regering bepaalt hoeveel middelen die directie toegewezen krijgt.⁴ Er werd eveneens rekening gehouden met de conclusies en aanbevelingen uit de opvolgingsaudit van het Rekenhof over de werking van de Mededingingsautoriteit. Hoewel het Rekenhof hierin geen opportuniteitsoordeel velt over de keuze tussen de reorganisatie van het huidige beheer van de onderzoeken of het oprichten van een onafhankelijke mededingingsautoriteit, wijst het er toch op dat het oprichten van een onafhankelijke mededingingsautoriteit een hefboom zou kunnen vormen om het beleid inzake de strijd tegen concurrentiebeperkende praktijken doeltreffender te maken.⁵

De Commissie is er verder van overtuigd dat de wijze waarop het Mededingingscollege zou worden samengesteld, zal leiden tot meer expertise en professionalisering, door het gebruik van assessoren met diverse achtergronden en die vertrouwd zijn met het marktwerkingssysteem. Een enquête over de impact van het mededingingsrecht op het bedrijfsleven in België toont aan dat bedrijfsjuristen veel belang hechten aan het zich bewust zijn van commerciële gevoeligheden (commercial awareness) van de Mededingingsautoriteit.⁶ Volgens de Commissie kan de nieuwe structuur een belangrijke stap betekenen voor een sterker commercieel bewustzijn van de Mededingingsautoriteit.

⁴ OESO, Etudes économiques de l'OCDE, Vol. 2009/12, Belgique, juillet 2009, p. 17-18 en 127-154.

⁵ Opvolgingsaudit 'Naar een doeltreffende controle op de restrictieve mededingingspraktijken', goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof op 7 december 2011, <https://www.rekenhof.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=8a3cd684-682e-48c6-bfb4-4d2093875a47>.

⁶ G. PAUWELS en J. YSEWYN, De impact van het mededingingsrecht op het Belgisch bedrijfsleven, TBM, 2011-4, p. 288, nr. 26.

De Commissie vraagt zich echter af of de sturingsinvloed waarover de voorzitter van de Mededingingsautoriteit zou beschikken in dit voorontwerp van wet wel gepast is. Behalve in geval van een belangenconflict of een gemotiveerde onbeschikbaarheid maakt de voorzitter immers steeds deel uit van het Mededingingscollege. Volgens de Commissie kan het aanstellen, voor elke zaak, van een assessor-rapporteur, die een ontwerp van beslissing opstelt, hieraan tegemoet komen. Hiertoe stelt de Commissie voor om in art. IV.25 toe te voegen dat het directiecomité ook belast zal worden met het opstellen van een huishoudelijk reglement van het Mededingingscollege, waarin dan in een assessor-rapporteur dient te worden voorzien, ofwel de kwestie van de assessor-rapporteur te regelen in een koninklijk besluit dat de modaliteiten van de werking van het Mededingingscollege vastlegt. In beide gevallen drukt de Commissie de wens uit dat zij hiervoor op het gepaste moment om advies wordt gevraagd.

Volgens het voorontwerp stelt het directiecomité jaarlijks zijn beleidsprioriteiten vast (artikel IV.25). De Commissie beveelt aan dat deze prioriteiten worden bekendgemaakt.

Hoger beroep

De Commissie stelt vast dat, ondanks eerdere denkpijpen in die richting, in het voorontwerp van wet geen onafhankelijke gemeenschappelijke beroepsinstantie (het 'Markthof') werd opgericht voor de beslissingen van de Mededingingsautoriteit en de sectoriële regulatoren. Volgens de Commissie kan hiermee tegemoet worden gekomen aan veel grondwettelijke bezwaren die zouden kunnen rijzen wanneer een administratief rechtscollege als beroepsinstantie zou optreden. Dat de mogelijkheid tot beroep bij een rechterlijke instantie, met name het Hof van Beroep in Brussel, behouden blijft, acht de Commissie onontbeerlijk nu de Raad voor de Mededinging door een administratief orgaan vervangen wordt. Wel vraagt de Commissie zich af hoe de bepaling dat het Hof van Beroep met volle rechtsmacht oordeelt (art. IV. 79 §1) daadwerkelijk toegepast kan worden.

In diverse artikels in het voorontwerp van wet staat vermeld dat de desbetreffende beslissing niet vatbaar is voor een afzonderlijk hoger beroep. De Commissie vindt dit aanvaardbaar mits bij een hoger beroep tegen de eindbeslissing de eerder genomen beslissing opnieuw in het geding kan komen. Wat de huiszoeken betreft, stelt de Commissie vast dat een voorafgaande machtiging van de onderzoeksrechter noodzakelijk is. Hierdoor is een beroep tegen de beslissing van de onderzoeksrechter mogelijk, zoals is bepaald in het wetboek van strafvordering.

De Commissie merkt verder op dat, in het licht van het VEBIC-arrest, het voorontwerp van wet de mogelijkheid biedt dat de voorzitter de Mededingingsautoriteit vertegenwoordigt in geval van beroep tegen een beslissing van het Mededingingscollege voor het Hof van Beroep. De Commissie begrijpt dat dit de bedoeling is van art. IV. 79 § 1, 2e alinea. Volgens de Commissie zal de Mededingingsautoriteit steeds als verweerder in procedures voor het Hof van Beroep moeten verschijnen doordat de Mededingingsautoriteit een administratieve overheid wordt.

Termijnen

De Commissie stelt met genoeg vast dat het voorontwerp van wet in diverse bepalingen striktere termijnen voorschrijft en hoopt dat dit kan bijdragen tot het verkorten van de doorlooptijd van klacht tot beslissing. Er is evenwel geen termijn vastgelegd waarbinnen het Auditoraat het onderzoek moet afronden. Sommige onderzoeken blijken immers onder de huidige WBEM erg lang aan te slepen. De Commissie vraagt zich dan ook af of een dergelijke termijn dan wel een eindtermijn voor de beslissing, zoals voor de concentratiecontrole, niet moet worden overwogen.

Volgens de Commissie is met name ook een verandering in de Belgische rechtscultuur nodig om te vermijden dat een zaak pas kan worden afgesloten wanneer er zekerheid is dat er geen andere bezwarende feiten gevonden kunnen worden. Dergelijke benadering is immers moeilijk verenigbaar met het nemen van beslissingen binnen een redelijke termijn. Ervaringen van bepaalde administratieve rechtscolleges met een hoge werklast, waarbij uit de structuur van de beslissing blijkt dat proceseconomische overwegingen een rol spelen, kunnen hierbij als voorbeeld gelden.

Bescherming van fundamentele rechtsbeginselen

De Commissie merkt op dat men in dit voorontwerp van wet een evenwicht heeft proberen te vinden tussen, enerzijds, efficiëntie en, anderzijds, voldoende rechtsbescherming. De Commissie is van oordeel dat men hier in de meeste gevallen ook lijkt in te slagen, mede door het feit dat de mogelijkheid tot rechterlijke controle door het Hof van Beroep behouden blijft. Dit zal echter pas ten volle duidelijk worden bij de eerste concrete toepassingen van de wet in rechtsgedingen. De Commissie is dan ook bezorgd dat, door te veel de nadruk te leggen op de efficiëntie, in sommige bepalingen een aantal fundamentele rechtsbeginselen, zoals het recht van verdediging, het 'due process' en het beginsel van hoor en wederhoor, in het gedrang zouden komen:

- artikel IV.46, § 3: het is in tegenspraak met het vermoeden van onschuld te bepalen dat de stukken en inlichtingen die door een clementieverzoeker zijn overgelegd tot bewijs van het tegendeel gelden ten aanzien van de andere vervolgte personen;
- artikel IV.64, § 3: binnen de procedure betreffende de voorlopige maatregelen is een termijn van drie dagen om te antwoorden op de opmerkingen van het Auditoraat onredelijk; die termijn maakt het niet mogelijk de rechten van de verdediging daadwerkelijk uit te oefenen;
- artikel IV.66, § 2: overeenkomstig het recht op een privéleven moeten de namen van de natuurlijke personen worden weggelaten in de publicaties van beslissingen op de website van de autoriteit als (i) die natuurlijke personen zelf niet werden vervolgd of dat (ii) de publicatie hun een onevenredig nadeel zou berokkenen.

Dit zou contraproductief zijn: een schending van fundamentele rechtsbeginselen kan leiden tot beroepen bij het Grondwettelijk Hof, het Europees Hof van de Rechten van de Mens of het Europees Hof van Justitie, die bijzonder lang kunnen aanslepen.

Personen die een klacht hebben ingediend, krijgen nog steeds geen toegang tot het proceduredossier en het onderzoeksdossier, tenzij de voorzitter hiertoe betreffende het proceduredossier een andersluidende beslissing neemt. Dit maakt het voor de klager en de natuurlijke of rechtspersonen die een voldoende belang hebben doen blijken om gehoord te worden, moeilijk om hun standpunt op een gefundeerde manier te kunnen verdedigen tijdens een hoorzitting. Volgens de Commissie houdt het principe van het recht van verdediging ook de rechten van verdediging van de klager in, en niet alleen die van de ondernemingen of natuurlijke personen op wie het onderzoek betrekking had. Bij de toegang tot het proceduredossier en het onderzoeksdossier moet de bescherming worden gegarandeerd van de zakengeheimen en van de vertrouwelijke informatie die afkomstig is van zowel de onderneming of de natuurlijke persoon waarop het onderzoek betrekking heeft als elke andere onderneming of natuurlijke persoon die betrokken is bij de procedure.

Voorlopige maatregelen

De Commissie heeft begrip voor de beweegredenen die ten grondslag ligt aan de wijzigingen van de procedures voor voorlopige maatregelen, in het bijzonder om de effectiviteit van de handhaving van de mededingingsregels te versterken. Niettegenstaande de dringendheid die eigen is aan het concept van voorlopige maatregelen, mogen de procedurele rechten van de betrokken partijen niet worden verwaarloosd. De afwezigheid van gepaste waarborgen van de procedurele rechten en een gedegen analyse van het dossier zou immers een bepaald contentieux kunnen doen ontstaan, in de vorm van middelen van onwettigheid of procedures voor het hof van beroep, en aldus de efficiëntie en de effectiviteit van deze hervorming schaden. De Commissie pleit er dan ook voor om voor deze waarborgen de 'best practices' in andere lidstaten van de Europese Unie grondig te bestuderen en deze desgewenst in België te implementeren.

Wat de vertrouwelijkheid van stukken betreft, heeft de Commissie vastgesteld dat er in de praktijk nog steeds duidelijkheid ontbreekt. Dit geldt eveneens voor de vertrouwelijkheid van stukken in de procedures ten gronde. De Commissie is dan ook voorstander van richtlijnen om te bepalen welke stukken precies als vertrouwelijk beschouwd kunnen worden. De Commissie verklaart zich bereid om mee te werken aan deze denkoefening. Tevens heerst onduidelijkheid over de bescherming van de vertrouwelijkheid in "ICT forensics".

De Commissie wijst er tevens op dat niet alleen de klager, maar ook het Auditoraat, de minister van Economie of de minister die bevoegd is voor de betrokken sector een verzoek om voorlopige maatregelen kunnen indienen. De Commissie gaat er echter van uit dat voorlopige maatregelen enkel genomen kunnen worden onder strikte voorwaarden, met name om "dringend een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en moeilijk herstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang".

3 Materiële wijzigingen

Mededinging en prijsevoluties

De Commissie heeft de bepalingen in boek V. "De mededinging en de prijsevoluties", dat een volledig nieuwe opdracht voor de Mededingingsautoriteit beschrijft, aandachtig bestudeerd. De Commissie stelt vast dat het de bedoeling is een betere coördinatie te verwezenlijken tussen het Prijzenobservatorium en de Mededingingsautoriteit wanneer uit de observaties en analyses van het Prijzenobservatorium blijkt dat er een disfunctioneren is op een bepaalde markt. De Commissie benadrukt dat het prijzenbeleid voor ondernemingen een belangrijke factor is voor het nemen van investeringsbeslissingen op lange termijn.

Om sluitende en objectieve analyses van het Prijzenobservatorium rond marges en abnormale prijsverschommelingen te garanderen vindt de Commissie het uiterst belangrijk dat het beschikt over correcte en transparante informatie met betrekking tot prijzen, maar vooral ook prijsstructuren. De gebruikte begrippen in het voorontwerp van wet, met name 'een probleem inzake prijzen of marges, een abnormale prijzevoluitie of een structureel marktprobleem' lijken eerder vaag en voor verschillende interpretaties vatbaar. Is er bijvoorbeeld enkel sprake van een abnormale prijsontwikkeling bij (te) hoge prijzen of geldt dit ook in geval van (te) lage prijzen? De Commissie verwijst hierbij ter illustratie naar de afspraken die in 2009 in overleg met de Mededingingsautoriteit werden gemaakt tussen de melkproducenten en de afnemers over minimumprijzen, toen de melkprijs voor de melkproducenten zeer laag was.⁷ De Commissie meent dan ook dat op zijn minst een aantal criteria dienen te worden vastgesteld voor de interpretatie van deze begrippen.

Voorts blijkt het Mededingingscollege onder deze nieuwe bevoegdheid ook over de mogelijkheid te beschikken om voorlopige maatregelen te treffen. De Commissie stelt zich echter wel vragen bij het precieze toepassingsgebied van deze voorlopige maatregelen. Indien er sprake zou zijn van voorlopige maatregelen is het volgens de Commissie cruciaal dat aan het Mededingingscollege slechts de bevoegdheid gegeven wordt voorlopige maatregelen op te leggen voor de praktijken die een inbreuk op de mededingingsregels vormen, bijvoorbeeld zoals wanneer door het opleggen van excessieve prijzen sprake is van een misbruik van machtspositie. Het Mededingingscollege dient zich met andere woorden te beperken tot een mededingingsrechtelijke beoordeling van het dossier. Indien dit niet het geval zou zijn, vreest de Commissie dat de toepassing van Titel 1 van Boek V. De mededinging en de prijsevoluties een aantal problemen kan veroorzaken, met name wanneer het hof van beroep de beslissing van het Mededingingscollege binnen de zes maanden wijzigt of vernietigt en de regering ondertussen een plan houdende structurele wijziging van de marktwerking in de betrokken sector heeft opgelegd.

⁷ Jaarverslag 2009 van de Algemene Directie Mededinging, 10, http://economie.fgov.be/nl/binaries/Jaarverslag_E1_2009_NL_tcm325-100091.pdf.

Administratieve sancties voor natuurlijke personen

Uit het voorontwerp van wet waarover de Commissie dit advies heeft uitgebracht, blijkt dat niet langer wordt overwogen om strafsancities in te voeren, maar wel administratieve sancties voor natuurlijke personen, meer bepaald administratieve geldboeten. De Commissie wil hierbij haar advies van 4 februari 2010 over de invoering van strafsancities in het Belgische mededingingsrecht in herinnering brengen.⁸

De Commissie stelt vast dat in de mogelijkheid tot een persoonlijk clementieverzoek zou worden voorzien, omdat een administratieve sanctie bestuurders en werknemers kan afschrikken om mee te werken aan een clementieverzoek van de onderneming. De Commissie wijst er op dat heel wat bedrijven internationaal actief zijn en dat werknemers internationale verantwoordelijkheden hebben binnen hun bedrijf. In dat opzicht bestaat het gevaar dat 'spijtoptanten' in een Belgisch onderzoek risico's lopen in jurisdicties waar geen dergelijke regeling bestaat. De Commissie acht het wenselijk dat op Europees en internationaal vlak initiatieven worden genomen om in dergelijke gevallen voor bescherming te zorgen.

Toezeggingen en transacties

De Commissie stelt vast dat het voorontwerp van wet in artikel IV.51 en verder een procedure inzake transacties heeft uitgewerkt, in navolging van en geïnspireerd op het Europese voorbeeld. Daarnaast bevat artikel IV.49, § 1 de mogelijkheid voor ondernemingen om bepaalde toezeggingen te doen, waaraan het Mededingingscollege een verbindend karakter kan verlenen. Deze bepaling werd overgenomen uit artikel 53, § 1 van het WBEM. Behalve het feit dat een transactie niet meer kan worden afgesloten na een bepaald stadium van het onderzoek en een toezegging wel, bemerkt de Commissie echter weinig inhoudelijke verschillen tussen beide. De Commissie vraagt zich dan ook af wat nu precies het respectieve toepassingsgebied van een toezegging en een schikking is. De Commissie stelt voor dat men zich hiervoor op de standpunten in andere Europese lidstaten inspireert en ook dat men hierover van gedachten wisselt in het ECN.

⁸ CRB 2010-0233 Advies over de invoering van strafsancities in het Belgisch mededingingsrecht (4/02/2010), <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/nl/doc11-513.pdf>.