

Beslissing nr. 2002-C/C-84 van 22 november 2002

Inzake :

De N.V. Electrabel Customer Solutions (ECS), met zetel te 1000 Brussel, Regentlaan 18;

en

DE CV Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening (IMEA), met zetel te 2000 Antwerpen, Stadhuis;

Gelet op de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.);

Gezien de aanmelding aan het Secretariaat van de Raad voor Mededinging van een concentratie, aangemeld op 22 augustus 2002;

Gezien de mededeling voor onderzoek door het Secretariaat van de Raad aan het Korps van Verslaggevers conform artikel 32 bis §1 van de W.B.E.M. op 23 augustus 2002;

Gezien het schrijven dd. 19 september 2002 van de verslaggever waardoor de verslaggever vastgesteld heeft dat de aanmelding onvolledig was en de verslaggever op grond van het artikel 5, § 2 van het KB van 23 maart 1993 betreffende het aanmelden van de concentraties de partijen in kennis heeft gesteld van de onvolledigheid van deze aanmelding ten aanzien van een belangrijk punt en gesteld werd dat het aanmeldingsformulier diende te worden vervolledigd in de afdelingen 4, 5 en 6 van het aanmeldingsformulier m.b.t. de gegevens voor de markt van de productie van elektriciteit in België, zijnde een betrokken markt in de zin van het aanmeldingsformulier.

Dat deze documenten door de partijen aan de Verslaggever werden bezorgd op 4 oktober 2002, waardoor de aanmelding slechts rechtsgevolgen kon hebben vanaf maandag 7 oktober 2002;

Gezien de stukken van het dossier en het onderzoeksdossier van de Dienst voor de Mededinging zoals overgemaakt aan de verslaggever in toepassing van de artikelen 14 en 23 van de W.B.E.M. op 4 november 2002;

Gezien het gemotiveerd verslag van de Verslaggever in toepassing van artikel 32 §2 van de W.B.E.M. zoals opgesteld op 5 november 2002 en op 6 november 2002 overgemaakt aan de Raad voor de Mededinging;

Gezien het verzoek dd. 4 oktober 2002 ontvangen op 7 oktober 2002 waarbij de N.V. Nuon Energy Trading & Wholesale (hierna N.V. Nuon) verzocht om in overeenstemming met artikel 32 quater §2 van de W.B.E.M. als belanghebbende partij in deze procedure erkend en gehoord te worden, alsmede toegang tot het dossier te krijgen;

Gezien de beschikking dd. 19 november 2002 waardoor verklaard werd dat de N.V. Nuon blijk geeft van een voldoende belang in de zin van artikel 32 quater § 2 van de W.B.E.M. en het verzoek om tussen te komen in het kader van de procedure ontvankelijk en gegrond verklaard werd;

Gezien het verzoek dd. 5 september 2002 ontvangen op 6 september 2002 waarbij de N.V. Luminus verzocht om in overeenstemming met artikel 32 quater §2 van de W.B.E.M. als belanghebbende partij in deze procedure erkend en gehoord te worden, alsmede toegang tot het dossier te krijgen;

Gezien de beschikking dd. 19 november 2002 waardoor verklaard werd dat de N.V. Luminus blijk geeft van een voldoende belang in de zin van artikel 32 quater § 2 van de W.B.E.M. en het verzoek om tussen te komen in het kader van de procedure ontvankelijk en gegrond verklaard werd;

Gezien het verzoek dd. 13 september 2002 ontvangen op 16 september 2002 waarbij de CREG verzocht om in overeenstemming met artikel 32 quater §2 van de W.B.E.M. als belanghebbende partij in deze procedure erkend en gehoord te worden, alsmede toegang tot het dossier te krijgen;

Gezien de beschikking dd. 19 november 2002 waardoor verklaard werd dat de CREG geacht wordt over een voldoende belang in de zin van artikel 32 quater § 2 van de W.B.E.M. te beschikken en het verzoek om tussen te komen in het kader van de procedure ontvankelijk en gegrond verklaard werd;

Gezien de beschikking dd. 19 november 2002 waarbij de Raad het tevens nodig achtte om de VREG te horen op grond van artikel 32 quater § 1 van de W.B.E.M.;

Gezien de beslissing inzake de vertrouwelijke stukken van het dossier van 21 november 2002;

Gezien de memorie en de stukken neergelegd door de aanmeldende partijen op 19 november 2002;

Gehoord het verslag van de Verslaggever, de heer Bert Stulens;

Gehoord de Dienst voor de Mededinging vertegenwoordigd door de heer Antoon Kyndt;

Gehoord de partijen die verschenen zijn ter zitting op 22 november 2002:

- Meester Dirk Brinckman en meester Annick Vroninks, advocaten te Brussel, gemeenschappelijke vertegenwoordiger;
- De Heer Patrick Baeten, namens Electrabel Customer Solutions NV;
- Mevrouw Christine Vanderveeren en mevrouw Coralie Miserque, namens de Creg;
- De heer André Pictoel, namens de Vreg;
- Meester Thomas Chellingsworth, advocaat te Brussel, en de heren Jaak Rutten en Philippe Putman, namens Luminus NV;
- Meester Dirk Arts en meester Géraldine Sauvage, advocaten te Brussel, en de heren Lenart Deridder en Dirk Meire en mevrouw Kathleen Van Boxelaer, namens Nuon NV;

Gezien de pleitnota's namens Luminus NV en Nuon NV en de schriftelijke opmerkingen van de Creg, die werden neergelegd ter zitting.

1. De aanmeldende en betrokken partijen.

1.1. Als koper treedt op de N.V. Electrabel Customer Solutions (hierna ECS), waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is in de Regentlaan 8, 1000 Brussel. ECS is een naamloze vennootschap naar Belgisch recht met als activiteiten de levering van elektriciteit en gas, alsook het aanbieden van de daarmee aanverwante diensten. ECS is een bijna 100% dochter van de N.V. Electrabel, die voornamelijk op de markt van productie en levering van elektriciteit actief is. ECS is een dochteronderneming van de N.V. Electrabel, waarbij de N.V. Electrabel 49.999 aandelen van ECS in handen heeft en de N.V. TEVEO slechts over 1 aandeel beschikt. Deze twee ondernemingen zijn de enige twee aandeelhouders.

De N.V. TEVEO wordt op haar beurt gecontroleerd door de N.V. Electrabel, gezien de N.V. Electrabel 99,975% van de aandelen in handen heeft. De resterende aandelen zijn in handen van Yvan Dupon, directeur-generaal en bestuurder bij de N.V. Electrabel, die belast is met de distributie.

De aandeelhoudersstructuur van de N.V. Electrabel ziet er als volgt uit: de controlerende aandeelhouder van de N.V. Electrabel is de N.V. Tractebel, waarbij op 31 december 2001 de N.V. Tractebel en haar dochtervennootschappen respectievelijk 43,10% en 0,63% van de aandelen van de N.V. Electrabel bezaten. De N.V. Tractebel zelf is voor de volledige 100% van de aandelen in handen van de Generale Maatschappij van België (hierna 'GMB'), waarbij deze groep op haar beurt voor 100% door de Franse groep Suez wordt gecontroleerd. Naast de elektriciteitssector is de groep Suez in België actief in de gasector (transport en levering van gas), de afvalsector, de

communicatiesector en de sector van installatie, beheer en onderhoud van technische, industriële installaties (zoals kabels, buizen, automatiseringssystemen, enz...). Het zal bijgevolg de omzet van de Suez groep zijn die van belang zal zijn om te bepalen of ECS de omzeldrempels voorzien in de W.B.E.M. behaalt.

1.2. Als verkoper treedt op de CV Intercommunale Maatschappij voor Energievoorziening Antwerpen (hierna 'IMEA'), met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, Stadhuis en met de exploitatiezetel in 2018 Antwerpen, Mechelsesteenweg 271.

IMEA heeft als voornaamste activiteit de distributie van elektriciteit aan klanten, die op het grondgebied van de gemeentelijke aandeelhouders wonen. IMEA is een gemengde intercommunale met een meerderheid van de aandelen bij de gemeenten. De gemeentelijke aandeelhouders zijn Stad Antwerpen (districten Antwerpen, Berchem, Berendrecht, Borgerhout, Deurne, Ekeren, Merksem, Wilrijk en Zandvliet); de gemeenten Brasschaat; Duffel; Kapellen (gedeelte Hoogboom); Mortsel en Zwijndrecht. De aangesloten gemeenten beschikken over 61 % van de aandelen van IMEA. De overige 39 % van de aandelen zijn in handen van de N.V. Electrabel en de N.V. Electrabel Netmanagement Flanders.

De distributieactiviteit betreft het overbrengen van stroom van het transportnet tot op het midden- en laagspanningsnet en dit tot bij de verbruiker, alsook de levering van elektriciteit aan eindgebruikers, die op dat net zijn aangesloten.

1.3. De betrokken onderneming is de activiteit levering aan in aanmerking komend cliënteel van IMEA.

De bovenvermelde ondernemingen zijn ondernemingen in de zin van artikel 1 van de W.B.E.M.

2. Aanmeldingsplicht - overeenkomst van concentratie

2.1. De aangemelde concentratie bestaat uit het verwerven door ECS van het in aanmerking komend cliënteel van IMEA, met uitzondering van dat cliënteel, dat voor zijn elektriciteitsbevoorrading een contract met een andere leverancier afsluit overeenkomstig de procedure voorzien in artikel 2 §3 en artikel 4 van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 2001 betreffende de elektriciteitsvoorziening aan bepaalde afnemers.

Door deze transactie kunnen de gemengde intercommunales hun activiteit energielevering op een minnelijke wijze aan ECS overdragen. In ruil krijgen de gemeentelijke aandeelhouders in die intercommunales het volgende: 1) verhoging van hun participatie binnen hun intercommunales; 2) de mogelijkheid om in het kapitaal van ECS te participeren; 3) een deelname in de resultaten van ECS ten belope van 10% en een deelname in het kapitaal beperkt tot 5%.

De voorliggende operatie kadert binnen de liberalisering van de elektriciteitsmarkt, waarbij deze liberalisering zijn oorsprong vindt in de Europese richtlijn 96/92/EG van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit. Deze richtlijn omkadert deze liberalisering met de nodige juridische krachtlijnen. De lidstaten dienden deze richtlijn in hun nationale wetgeving om te zetten. Door de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt heeft de Belgische federale overheid binnen zijn bevoegdheidsdomeinen de Elektriciteitsrichtlijn in Belgisch recht omgezet. De Vlaamse overheid heeft daarvoor het decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt van 17 juli 2000 uitgevaardigd. Gezien IMEA op het grondgebied van het Vlaamse Gewest te situeren is, geldt naast de Elektriciteitswet ook het Elektriciteitsdecreet.

De operatie is een concentratie in de zin van artikel 9 § 1 b van de W.B.E.M.

2.2. De sluiting van de overeenkomst dateert reeds van 24 mei 2002, datum waarop de aandeelhouders van IMEA tijdens de Buitengewone Algemene Vergadering de vereiste statutenwijziging goedkeurden. De operatie werd echter slechts op 22 augustus 2002 aan de Raad aangemeld.

Artikel 12, § 1 van de W.B.E.M. bepaalt dat de concentraties binnen een termijn van één maand na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming, bij de Raad moeten worden aangemeld.

De Raad dient vast te stellen dat de aanmeldende partijen de concentratie niet tijdig hebben aangemeld in de zin van artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. De aanmelding van de concentratie gebeurde buiten de door de wet voorziene termijn.

De Raad dient bovendien vast te stellen dat de aanmelding van 22 augustus 2002 onvolledig was en een volledige aanmelding pas op 4 oktober 2002 geschiedde, nadat de aanmeldende partijen op 19 september 2002 ervan in kennis gesteld werden door de verslaggever dat de aanmelding als onvolledig diende te worden beschouwd omdat in het formulier de afdelingen 4, 5 en 6 niet werden ingevuld voor de markt van de productie van elektriciteit in België, door de partijen zelf als een betrokken markt beschouwd.

Ten onrechte gaan partijen er van uit dat een vermelding in het aanmeldingsformulier waardoor (partiële) informatie over deze markt verschaft wordt en waarbij partijen verklaren bereid te zijn meer informatie over deze markt te verschaffen indien nodig, een verzoek tot ontheffing van het verstrekken van volledige informatie op grond van artikel 5, § 4 van het KB van 23 maart 1993 zou uitmaken. Een verzoek tot ontheffing dient immers steeds te gebeuren in een periode voorafgaand aan de aanmelding en niet bij of na de aanmelding. Artikel 5, § 4 vermeldt dat " De verslaggever aangewezen door het korps kan ontheffing verlenen van de verplichting tot het verstrekken van bepaalde in het formulier CONC C/C - 1 verlangde gegevens ...". Een dergelijke ontheffing dient schriftelijk door de verslaggever verleend te worden, hetgeen in casu niet gebeurd is. De aanmeldende partijen maken tevens ten onrechte bezwaren over het tijdstip waarop de aanmelding onvolledig werd verklaard. Ten onrechte menen zij dat de onvolledigheid van de aanmelding onverwijld en niet nadat het onderzoek reeds gestart is dient vastgesteld te worden. Artikel 5, § 2 van het KB van 23 maart 1993 bepaalt: " Indien de verslaggever aangewezen door het korps vaststelt dat de gegevens in de aanmelding onvolledig zijn ten aanzien van een belangrijk punt, stelt hij onverwijld de aanmeldende partijen of de gemeenschappelijke vertegenwoordiger daarvan schriftelijk in kennis ...". Dit artikel vermeldt geenszins dat de volledigheid van de aanmelding enkel op het tijdstip van de aanmelding kan worden vastgesteld. In de meeste gevallen kan bovendien slechts na een onderzoek vastgesteld worden dat partijen al of niet te goeder trouw bepaalde inlichtingen niet of onvolledig hebben verstrekt. Uit artikel 5 § 2 van het KB van 23 maart 1993 kan bijgevolg enkel worden afgeleid dat wanneer de onvolledigheid wordt vastgesteld, de partijen hiervan onmiddellijk in kennis moeten worden gesteld, wat in casu geschied is.

De aanmeldende partijen kunnen bijgevolg geenszins beroep doen op het artikel 5, § 4 van het KB van 23 maart 1993. De aanmeldende partijen menen dan ook in hun memorie volstrekt ten onrechte dat de Verslaggever zijn verslag niet tijdig heeft neergelegd en de Raad vervolgens evenmin binnen de termijn van 45 dagen na aanmelding een beslissing genomen heeft, waardoor de concentratie toelaatbaar zou geacht moeten worden overeenkomstig artikel 33 § 2, 3° van de W.B.E.M.

Gelet op de laattijdigheid van de aanmelding en de onvolledigheid van de inlichtingen verstrekt door de aanmeldende partijen beslist de Raad om een geldboete aan de aanmeldende partijen solidair op te leggen ten bedrage van 12 500 euro op grond van artikel 37 § 1 b en c van de W.B.E.M.

2.3. Artikel 11, § 1 WBEM bepaalt, dat bij de concentratie betrokken ondernemingen samen een omzet van meer dan 40 miljoen euro in België moeten totaliseren en minstens twee van de betrokken ondernemingen elk een omzet van minstens 15 miljoen euro in België moeten realiseren.

De Belgische omzetcijfers van de groep Suez en IMEA voor het boekjaar 2001 bedragen:

Belgische omzet	Boekjaar 2001
<i>Groep Suez</i>	<i>10,24 miljard euro</i>
<i>IMEA</i>	<i>235.9 miljoen euro</i>

Uit de omzetcijfers van de betrokken ondernemingen blijkt dat de drempels voorzien in artikel 11 § 1 van de W.B.E.M. overschreden werden, zodat de concentratie diende te worden aangemeld.

De aangemelde concentratie valt derhalve overeenkomstig artikel 33 §1.1 van de W.B.E.M. binnen het toepassingsgebied van de wet.

2.4. De Raad stelt vast dat opgemerkt wordt dat de aanmeldende partijen maatregelen zouden getroffen hebben die de omkeerbaarheid van de concentratie belemmeren hetgeen een inbreuk op artikel 12 § 4 van de W.B.E.M. zou uitmaken. Zo wordt o.m. verwezen naar een brief die vrijkomende klanten van IMEA kregen en waarin gesteld wordt dat ECS door IMEA is aangewezen om hen vanaf 1 januari 2003 van elektriciteit te voorzien indien deze laatste geen andere leverancier kiest. In deze brief wordt geen voorbehoud gemaakt in verband met de goedkeuring van deze aanwijzing door de Raad voor de Mededinging. Indien de omkeerbaarheid van de concentratie zou belemmerd zijn, zou dit een zeer ernstig concurrentieel probleem uitmaken. De Raad verzoekt het korps nader te onderzoeken of inderdaad de omkeerbaarheid van de concentratie belemmerd werd en in het bijzonder reeds gebruik gemaakt werd van informatie waarvan andere partijen in de realiteit geen gebruik konden maken.

3. De marktafbakening

3.1. De relevante productmarkten.

Uit de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie (waarbij de Raad zich aansluit) blijkt dat in de elektriciteitssector vijf verschillende activiteiten worden onderscheiden :

- De productie van elektriciteit
- Het transport van elektriciteit (via hoogspanning)
- De trading van elektriciteit
- De distributie van elektriciteit (via middel- en laagspanning) aan
 - grootverbruikers
 - kleinverbruikers
- Levering van elektriciteit aan
 - vrije klanten of "in aanmerking komende klanten", die hun leverancier mogen kiezen
 - niet vrije of gebonden klanten.

De rechtspraak van de Raad bevestigt deze marktafbakening.

In casu zijn ECS en haar moedermaatschappij Electrabel gezamenlijk op de volgende markten actief:

- De productie van elektriciteit;
- Het leveren van elektriciteit aan in aanmerking komende klanten;
- Het verhandelen van producten, gerelateerd aan energie;
- Via Elia NV op de Belgische markt voor transport van elektriciteit.

IMEA is op de volgende markten actief:

- De distributie van elektriciteit;
- Het leveren van elektriciteit (aan het niet in aanmerking komend cliënteel tot 30 juni 2003).

Vermits de voorliggende operatie de overheveling van het in aanmerking komend cliënteel van IMEA aan ECS betreft dient de markt voor het leveren van elektriciteit aan in aanmerking komend cliënteel in België als een relevante productenmarkt te worden beschouwd.

Hoewel ECS en haar moedermaatschappij Electrabel hun activiteiten uitvoeren via juridisch te onderscheiden vennootschappen, zijn zij toch een verticaal geïntegreerde onderneming van productie tot levering.

3.2. De relevante geografische markt

Conform de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de beslissingen van de Raad oordeelt de Raad dat de relevante geografische markt minstens het gehele grondgebied van België omvat. De vrije klanten gevestigd op het grondgebied van IMEA, kunnen zich immers bevoorraden bij alle leveranciers gevestigd in België (desgevallend in het buitenland).

3.3. De marktaandelen

- De markt van de productie van elektriciteit in België

De moedermaatschappij van ECS, met name Electrabel, bezit op de verticaal gerelateerde markt van de productie van elektriciteit in België een marktaandeel van meer dan 25% . Het essentiële gedeelte van de bestaande productiecapaciteiten in België is eigendom van Electrabel en SPE, die samen het gebruiksrecht in CPTe hebben ingebracht.

Er is sprake van een quasi-monopolie van Electrabel via de Belgische markt. Behalve Electrabel heeft geen enkele andere (potentiële) producent een vergunningsaanvraag ingediend voor de bouw van een elektriciteitscentrale. Dit betekent dat het quasi-monopolie van Electrabel ook de komende jaren zal blijven voortbestaan.

- De markt van het transport van elektriciteit in België

Deze activiteit bestaat uit het overbrengen van elektriciteit op het hoogspanningsnetwerk. CPTe was tot voor kort de eigenaar van het grootste gedeelte van het Belgische hoogspanningsnetwerk. Op 28 juni 2001 werd het hoogspanningsnetwerk (lees: het transmissienetwerk) in een dochtervennootschap van CPTe ingebracht, zijnde Elia. De Belgische regering heeft op 20 maart 2002 Elia als transmissienetbeheerder onder voorwaarden goedgekeurd. Inmiddels is Elia formeel als netbeheerder aangesteld door de Belgische regering .

Op 31 mei 2002 heeft Electrabel 30% van het kapitaal van ESO (de N.V. Elia System Operator) aan de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid afgestaan, met name de vennootschap Publi-T. De aandelen van Publi-T zijn rechtstreeks of onrechtstreeks in handen van de gemeenten. Op middellange termijn (2 jaar) zal 40% van het kapitaal van ESO op de beurs worden geïntroduceerd.

Deze markt vormt dus een natuurlijk monopolie. Elia wordt indirect nog steeds door Electrabel gecontroleerd.

- De markt van de elektriciteitsdistributie in België

De distributieactiviteiten, zijnde het overbrengen van elektriciteit van het transmissienetwerk tot bij de consument via het netwerk van middelhoge en lage spanning, worden in België door de gemeenten uitgeoefend. Het merendeel van de gemeenten heeft zich hiervoor in intercommunales gegroepeerd, waarbij Electrabel in de meerderheid van die intercommunales als privé-partner participeert. 80% van de intercommunales zijn zogenaamde gemengde intercommunales. In het kader van de liberalisering moeten de distributienetbeheerders zowel op beheers- als op juridisch vlak onafhankelijk zijn van de

producenten en de houders van leveringsvergunningen. In de gemengde sector komt men aan deze eisen tegemoet door het oprichten van een hele reeks nieuwe vennootschappen.

De intercommunales waar geen privé-partner in participeert, zijn de zogenaamde zuivere intercommunales.

IMEA is op de markt van de distributie van elektriciteit aan eindgebruikers actief, die op het grondgebied van de bij haar aangesloten gemeenten zijn gevestigd. Het marktaandeel van IMEA op de markt van de distributie van elektriciteit op nationaal vlak is lager dan 25 %.

- Markt voor levering van elektriciteit aan in aanmerking komend cliënteel in België

De positie van Electrabel/SPE op de Belgische markt voor de levering van elektriciteit aan in aanmerking komende eindgebruikers ziet er als volgt uit :

	1999	2000	2001
<u>Levering aan in aanmerking komend cliënteel door Electrabel/SPE</u>	95 à 100%	90 à 100%	90 à 100%

IMEA is niet actief op de markt voor de levering van elektriciteit aan in aanmerking komende klanten, maar enkel op deze van levering aan gebonden cliënteel, dat vrij zal worden.

Geen enkele concurrent heeft op deze markt een marktaandeel dat hoger ligt dan 5%.

Besluitend is de Raad van oordeel dat Electrabel heel grote marktaandelen bezit op de markt van het leveren van elektriciteit aan in aanmerking komend cliënteel in België en van belangrijke delen van de markt verbonden aan de levering via het transportnet, de productie en het transport. Zelfs als zij haar activiteiten uitvoert via juridisch te onderscheiden vennootschappen gaat het om een verticaal geïntegreerde onderneming.

Er zijn derhalve betrokken markten, nl. de markt voor levering van elektriciteit aan in aanmerking komend cliënteel in België en de markt van de productie van elektriciteit in België. De markten van het transport en van de distributie van elektriciteit zijn te beschouwen als aangrenzende markten. Vooreerst is er op de markt van het transport met Elia als transmissienetbeheerder voor de functionele onafhankelijkheid gezorgd, hoewel Electrabel er nog de meerderheid van de aandelen heeft. Op de markt van distributie zijn het de gemeenten die beschikken over de controle van de intercommunales die zorgen voor de distributie. De rol van Electrabel wordt door de onafhankelijkheidseisen van de decreetgever ook hier teruggeschreefd.

4. Economische analyse en beoordeling

Conform artikel 33, § 2, punt 1.b van de W.B.E.M. volstaat het voor de Raad voor de Mededinging in het kader van deze eerste fase analyse, vast te stellen dat er ernstige twijfels bestaan omtrent de toelaatbaarheid van de concentratie. Aldus kan de Raad beslissen de procedure voorzien in artikel 34 van de W.B.E.M. in te zetten.

Uit de economische analyse en in het bijzonder de reacties die de Dienst voor de Mededinging heeft ontvangen van de concurrenten, de regulatoren en in mindere mate van de klanten naar aanleiding van het door haar gevoerde onderzoek, blijkt volgens het Korps Verslaggevers dat de nodige vraagtekens geplaatst dienen te worden bij deze aanmelding. De Raad voor de Mededinging sluit zich aan bij het standpunt van het Korps Verslaggevers.

- Wat de ondervraagde concurrenten betreft dient vastgesteld te worden dat de meeste van hen gedurende de laatste drie jaren op de Belgische markt togetreden zijn. Hun marktaandeel is nog klein, maar is aan het groeien. Daarbij hebben de ondervraagde concurrenten (o.m. NV Luminus, NV Nuon) allen gewezen op moeilijkheden met allerlei belemmeringen om vlot op de Belgische markt te kunnen opereren. Geen enkele van de ondervraagde concurrenten staat positief tegenover voorliggende operatie. Alle ondervraagde

concurrenten stellen dat deze operatie, het aanwijzen van ECS als "default supplier" door de verschillende gemengde intercommunales, een stap is in een proces dat er uiteindelijk toe leidt dat het marktaandeel van Electrabel in belangrijke mate oploopt.

- Wat de ondervraagde klanten betreft dient opgemerkt te worden dat zij voor het merendeel geen specifieke opmerkingen naar aanleiding van deze concentratie hadden. Uit het onderzoek blijkt wel dat het voor de concurrenten niet evident is om Electrabel en haar volle dochter ECS te beconcurreren bij de klanten.
- Wat de ondervraagde regulatoren betreft, dient vastgesteld te worden dat de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna de CREG) stelt dat de knelpunten om tot een concurrentie markt te komen in België enerzijds de beperkte invoercapaciteit en de wijze van allocatie van die invoercapaciteit zijn en anderzijds het feit dat de productie van elektriciteit nagenoeg in handen is van één enkele producent, namelijk Electrabel via CPTÉ. Hiervoor zijn volgens de CREG structurele maatregelen vereist op lange termijn. Concurrentiebevorderende maatregelen op korte termijn kunnen echter wel enige beterschap bieden, aldus de CREG.

De Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (hierna de VREG) stelt omtrent de marktpositie van Electrabel van zijn kant dat hoewel het niet tot de bevoegdheid van de VREG behoort, niet om het probleem van het gebrek aan concurrentie op productieniveau voorbijgegaan kan worden. Zoals de federale regulator CREG al herhaaldelijk opmerkte, is het gros van de productiecapaciteit van elektriciteit in België en in Vlaanderen nog steeds in handen van één maatschappij. Dit beperkt de mogelijkheden voor de concurrentie aanzienlijk, ook op de distributiemarkt. Om die reden heeft de VREG beslist, om de overgang van het oude systeem van elektriciteitslevering naar een concurrentie markt vlotter te laten verlopen, dat alle contracten van de bedrijven die vrijkomen eind dit jaar vervallen. De VREG heeft tevens bedenkingen op het vlak van het gebruik van de verbruiksgegevens en heeft tevens bezwaren tegen het feit dat de firma's van de Electrabelgroep zich –onder meer in het kader van een publicitaire campagne- voorstellen als leveranciers van een totaalpakket aan diensten, gaande van de levering van energie tot het beheren van de aansluitingen op het net, terwijl de Vlaamse decreetgever de activiteiten van netbeheer en energiebelevering volledig losgekoppeld en onafhankelijk ten opzichte van elkaar gemaakt heeft. De VREG meent dan ook dat bovenstaande operatie slechts kan toegelaten worden onder specifiek nader uit te werken voorwaarden.

De Raad voor de Mededinging merkt bovendien op dat er een nieuw feitelijk gegeven (sedert het onderzoek van de Dienst voor de Mededinging en het verslag van de Verslaggever) is, met name de drie beslissingen van de Raad voor de Mededinging dd. 12 november 2002 waardoor analoge concentraties van ECS met Intermosane 2, Simogel S.C.R.L. en Sedilec S.C.R.L. niet toelaatbaar werden verklaard op grond van artikel 10 § 4 van de W.B.E.M. Dit gegeven versterkt nog het bestaan van ernstige twijfels omtrent de toelaatbaarheid van huidige concentratie.

Concluderend is de Raad van oordeel dat er op dit ogenblik voldoende elementen wijzen op het bestaan van ernstige twijfels over de toelaatbaarheid van de concentratie zodat een bijkomend onderzoek noodzakelijk is in toepassing van artikel 33 §2 punt 1.b en artikel 34 van de W.B.E.M..

Om deze redenen

De Raad voor de Mededinging

Gelet op de artikelen 2,30-37 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis van de W.B.E.M.;

Stelt vast dat de betrokken concentratie aanmeldingsplichtig is en conform artikel 33 §1.1 van de W.B.E.M. binnen het toepassingsgebied van de wet valt;

Beslist om, gelet op de laattijdigheid van de aanmelding en de onvolledigheid van de inlichtingen verstrekt door de aanmeldende partijen, een geldboete aan de aanmeldende partijen solidair op te leggen ten bedrage van 12 500 euro op grond van artikel 37 § 1 b en c van de W.B.E.M.

Stelt conform artikel 33 § 2, 1.b van de W.B.E.M. vast dat er ernstige twijfels bestaan omtrent de toelaatbaarheid van de concentratie en beslissen de procedure bepaald in artikel 34 van de W.B.E.M. in te zetten.

Vooraleer over de al dan niet toelaatbaarheid van de concentratie te oordelen, verzoekt aan de Verslaggever conform artikel 33 § 2. 1. b en artikel 34 van de W.B.E.M. een bijkomend verslag op te stellen.

Verzoekt het Korps bovendien tevens nader te onderzoeken of de omkeerbaarheid van de concentratie belemmerd werd door de aanmeldende partijen.

Verzoeken het Korps Verslaggevers ten laatste op 6 januari 2003 het bijkomend verslag over te maken.

Aldus uitgesproken op 22 november 2002 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit : Mevrouw Béatrice Ponet, Kamervoorzitter; De heren Patrick De Wolf, Patrick Van Cayseele en Geert Zonnekeyn, leden van de Raad.