



Rapport annuel 2003

Annexes

Volume 3

Observations écrites dans les procédures devant
la Cour d'appel de Bruxelles



Jaarverslag 2003

Bijlagen

Deel 3

Schriftelijke opmerkingen in procedures voor
het Hof van Beroep te Brussel

Raad voor de Mededinging
Koning Albert II-laan, 9
1210 Brussel

Tel.: + 32 . 2 . 206.42.67

Fax : + 32 . 2 . 203.89.76

e-mail : RACO@mineco.fgov.be

Verantwoordelijke uitgever :
Stefaan Raes,
Koning Albert II-laan, 9 te 1210 Brussel.

Conseil de la concurrence
Bd du Roi Albert II, 9
1210 Bruxelles

Tél.: + 32 . 2 . 206.42.67

Fax : + 32 . 2 . 203.89.76

e-mail : RACO@mineco.fgov.be

Editeur responsable :
Stefaan Raes,
Bd du Roi Albert II, 9 à 1210 Bruxelles.

Bijlagen - Annexes

Volume 3 - Deel 3

3. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN NEERGELEGD VOOR HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL - OBSERVATIONS DÉPOSÉES À LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES	3
3.1. NOTE D'OBSERVATIONS RELATIVE À R.G. N° 2002/ MR/7 ET 8	3
3.2. NOTE D'OBSERVATIONS SUR LA PORTÉE DU RECOURS DEVANT LA COUR D'APPEL RELATIVE À R.G. N°2002/MR/ 7 ET 8.....	14
3.3. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2002/MR/9	32
3.4. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2003/MR/12 EN A.R. NR. 2003/MR/13	34
A.R. NR. 2003/MR/12/13	34
3.5. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2003/MR/3 EN A.R. NR. 2003/MR/8	36
3.6. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2002/MR/10 EN A.R. NR. 2002/MR/11	41
3.7. SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN INZAKE A.R. NR.2003/MR/14	42

3. Schriftelijke opmerkingen neergelegd voor het Hof van Beroep te Brussel - Observations déposées à la Cour d'appel de Bruxelles

3.1. Note d'observations relative à R.G. N° 2002/ MR/7 et 8

R.G. : N°2002/MR/ 7 et 8

Appel introduit par la S.A. Luminus contre les décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002 rendues dans les affaires CONC-C/C-02/25 (ECS/ Interlux) et CONC-C/C-02/29 (ECS/Ideg)

Vu les décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002 rendues par le Conseil de la concurrence dans les affaires CONC-C/C-02/25 (S.A. Electrabel Customer Solutions, ci-après ECS/ Intercommunale pour la distribution d'énergie pour la province du Luxembourg, ci-après "Interlux") et CONC-C/C-02/29 (ECS/ Intercommunale de Distribution d'Électricité et de Gaz, ci-après Ideg);

Vu la notification de ces décisions aux parties notifiantes et au Ministre de l'Économie le 30 août 2002;

Vu la requête d'appel déposée le 11 octobre 2002 au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles par la S.A. Luminus contre ces décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002;

Vu le courrier du 31 octobre 2002 du Conseil de la S.A. Luminus invitant la Cour d'appel de Bruxelles à appeler d'office les parties notifiantes à la cause conformément à l'article 43 bis, §2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, ci-après dénommée LPCE;

Vu la requête en intervention volontaire déposée le 8 novembre 2002 par la S.A. Electrabel Customer Solutions;

Vu l'article 43 bis, § 2 LPCE permettant au Conseil de la concurrence et au Ministre de l'Économie de déposer des observations écrites au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles;

Vu l'ordonnance de la 9^e chambre bis rendue le 17 janvier 2003 fixant les délais pour le dépôt des observations;

1. Historique des procédures ECS

Les décisions faisant l'objet du présent recours font partie d'un ensemble de décisions portant sur plusieurs accords passés entre d'une part la S.A. Electrabel Customer Solutions et d'autres part, diverses intercommunales ayant pour objet la cession à titre exclusif à ECS de l'activité de fourniture d'électricité aux clients des intercommunales au fur à mesure qu'ils deviennent éligibles (clients qui ont le droit de conclure un contrat de fourniture avec l'entreprise de leur choix).

Ces opérations s'inscrivent dans un processus plus général par lequel la S.A. Electrabel Customer Solutions entend reprendre la clientèle (devenant) éligible de toutes les intercommunales mixtes établies sur le territoire belge.

De manière schématique, il est possible de regrouper les procédures comme suit :

• **I. Procédures ECS/Interlux et ECS/Ideg ayant donné lieu aux décisions du 30 août 2002**

1. Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et l'Intercommunale pour la distribution d'énergie pour la province du Luxembourg (ci-après "**Interlux**") a été déposée au Conseil de la concurrence le 25 avril 2002 et y a été enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/25.

Interlux a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la province de Luxembourg. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision n° 2002-C/C-50 du 28 juin 2002, le Conseil de la concurrence a considéré que les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence et lors des auditions font apparaître que la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. .

Par décision n° 2002-C/C-61 du 30 août 2002, le Conseil de la concurrence a estimé que la concentration telle que notifiée renforce la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles mais la déclare néanmoins admissible pour autant que les parties respectent certaines conditions et charges.

2. Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et l'Intercommunale pour la Distribution d'Electricité et de Gaz (ci-après "**Ideg**") a également été déposée au Conseil de la concurrence le 21 mai 2002 et y a été enregistrée sous la référence CONC-C/C-02/29.

Ideg a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la province de Namur et de deux communes hennuyères. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision n° 2002-C/C-49 du 28 juin 2002, le Conseil de la concurrence a considéré que les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence et lors des auditions font apparaître que la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. .

Par décision n° 2002-C/C-62 du 30 août 2002, le Conseil de la concurrence a estimé que la concentration telle que notifiée renforce la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles mais la déclare néanmoins admissible pour autant que les parties respectent certaines conditions et charges.

Une requête d'appel a été introduite contre ces deux décisions n° 61 et 62 du 30 août 2002, par la S.A. Luminus, (partie intervenante dans le cadre de la procédure devant le Conseil de la concurrence) et font l'objet de la présente procédure d'appel connue sous les références RG 2002/MR 7 et 8.

• **II. Procédures ECS/Sedilec, ECS/Simogel et ECS/ Interмосane 2 ayant donné lieu aux décisions du 12 novembre 2002**

1. Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et l'Intercommunale **Sedilec** a été déposée au Conseil de la concurrence le 15 juillet 2002 et y a été enregistrée sous la référence CONC-C/C- 02/44.

Sedilec a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la province du Brabant Wallon. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision n° 2002-C/C-63 du 30 août 2002, le Conseil de la concurrence a considéré que les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence et lors des auditions font apparaître que la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. .

Les parties notifiantes ont sollicité le 10 octobre 2002 une prolongation du délai jusqu'au 12 novembre 2002 conformément à l'article 34, §3 LPCE.

Par une décision n° 2002-C/C-75 du 16 octobre 2002, le Conseil de la concurrence a fait droit à cette demande.

Le 12 novembre 2002, le Conseil de la concurrence a dans sa **décision n° 2002-C/C-81** estimé sur base des nouveaux éléments apparus dans le cadre de la procédure que cette concentration ECS/Sedilec telle que notifiée renforce la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles et est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge. Le Conseil de la concurrence a dès lors interdit la réalisation de cette concentration.

2. Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et l'Intercommunale **Simogel** a été déposée au Conseil de la concurrence le 23 juillet 2002 et y a été enregistrée sous la référence CONC-C/C- 02/45.

Simogel a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la région de Mouscron. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision n° 2002-C/C-64 du 30 août 2002, le Conseil de la concurrence a considéré que les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence et lors des auditions font apparaître que la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. .

Les parties notifiantes ont sollicité le 10 octobre 2002 une prolongation du délai jusqu'au 12 novembre 2002 conformément à l'article 34, §3 LPCE. Par une décision n° 2002-C/C-76 du 16 octobre 2002, le Conseil de la concurrence a fait droit à cette demande.

Le 12 novembre 2002, le Conseil de la concurrence a dans sa **décision n° 2002-C/C-82** estimé sur base des nouveaux éléments apparus dans le cadre de la procédure que cette concentration ECS/Simogel telle que notifiée renforce la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles et est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge. Le Conseil de la concurrence a dès lors interdit la réalisation de cette concentration.

3. Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et l'Intercommunale **Intermosane 2** a été déposée au Conseil de la concurrence le 1^{er} août 2002 et y a été enregistrée sous la référence CONC-C/C- 02/50.

Intermosane 2 a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la région de Liège. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité et de gaz aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision n° 2002-C/C-68 du 12 septembre 2002, le Conseil de la concurrence a considéré que les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence et lors des auditions font apparaître que la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. .

Le 12 novembre 2002, le Conseil de la concurrence a dans sa **décision n° 2002-C/C-83** estimé sur base des nouveaux éléments apparus dans le cadre de la procédure que cette concentration entre ECS et Intermosane 2 telle que notifiée renforce la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles et est de nature à entraver de manière significative la concurrence effective sur une partie substantielle du marché belge. Le Conseil de la concurrence a dès lors interdit la réalisation de cette concentration.

Une requête d'appel a été introduite contre ces trois décisions par la S.A. Electrabel Customer Solutions le 12 décembre 2002 et font l'objet de la procédure d'appel connue sous les références RG 2002/MR/12 -13-14 et 15. La S.A. Luminus a déposé une requête en intervention volontaire dans le cadre de ces procédures le 24 janvier 2003.

- **III. Procédures en cours**

- 1. Procédures ECS/Imea ayant donné lieu aux décisions du 22 novembre 2002 (1^e phase) et du 23 janvier 2003 (prolongation de délai)**

Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et la **Cv Intercommunale Maatschappij Voor Energievoorziening** (en abrégé Imea) a été déposée en néerlandais au Conseil de la concurrence le 22 août 2002 et y a été enregistrée sous la référence CONC-C/C- 02/53.

Imea a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la province d'Anvers. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision n° 2002-C/C-84 du 22 novembre 2002, le Conseil de la concurrence a considéré que les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence et lors des auditions font apparaître que la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. .

Les parties notifiantes ont sollicité le 17 janvier 2003 une prolongation du délai jusqu'au 28 février 2003 conformément à l'article 34, §3 LPCE.

Par une décision n° 2003-C/C-07 du 23 janvier 2003, le Conseil de la concurrence a fait droit à cette demande tout en fixant une audience au 3 février 2003 aux fins de vérifier la réelle portée des nouvelles propositions d'engagements que les parties notifiantes souhaitent formuler.

2. Procédure ECS/Interest ayant donné lieu à la décision du 19 décembre 2002 (1^e phase)

Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et l'Intercommunale pour la distribution d'énergie dans la région Eupen (en abrégé **Interest**) a été déposée au Conseil de la concurrence le 17 octobre 2002 et y a été enregistrée sous la référence CONC-C/C- 02/65.

Interest a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la région d'Eupen. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision n° 2002-C/C-90 du 19 décembre 2002, le Conseil de la concurrence a considéré que les éléments recueillis lors de l'instruction effectuée par le Service de la concurrence et lors des auditions font apparaître que la concentration notifiée présente des doutes sérieux quant à son admissibilité et qu'il s'impose d'engager la procédure prévue à l'article 34 de la L.P.C.E. .

Les parties notifiantes ont sollicité une prolongation du délai jusqu'au 28 février 2003 conformément à l'article 34, §3 LPCE. Le Conseil de la concurrence n'a pas encore statué sur cette demande. A défaut de prolongation des délais, une décision doit intervenir dans cette procédure au plus tard le 25 février 2003. Une audience est fixée dans le cadre de cette affaire les 18 et 20 février 2003.

3. Procédure ECS/IEH ayant donné lieu à la décision de la Commission européenne du 23 décembre 2002 (renvoi aux autorités belges)

Une notification de concentration entre la S.A. **Electrabel Customer Solutions** et l'Intercommunale **IEH** a été déposée auprès de la Commission européenne le 12 novembre 2002 et y a été enregistrée sous la référence COMP/M.2857.

IEH a été constituée pour assurer la distribution d'énergie dans la province du Hainaut. Elle a comme activité principale la distribution d'électricité aux clients situés sur le territoire des communes affiliées.

Par décision du 23 décembre 2002, la Commission européenne a décidé de renvoyer cette affaire aux autorités nationales belges de la concurrence. Une copie de cette décision est jointe en annexe à la présente note d'observations. Cette décision de la Commission européenne contient des éléments pouvant relever des secrets d'affaires des parties notifiantes. Dans ces conditions, l'appelant Luminus ne devrait pas être autorisé à en prendre connaissance.

Conformément aux dispositions reprises dans le Règlement du Conseil n° 4064/89, les parties notifiantes doivent respecter la procédure visée dans la loi nationale de l'autorité nationale compétente. A ce jour, les parties n'ont pas encore introduit devant le Conseil de la concurrence une notification portant sur cette concentration conformément à la procédure visée par la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

2. Portée de l'article 43 bis LPCE

L'article 43 bis, § 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique prévoit expressément que le Conseil de la concurrence et le Ministre de l'Économie peuvent chacun déposer leurs observations écrites au greffe de la cour d'appel de Bruxelles et consulter le dossier au greffe de la Cour.

Cet article ne prévoit pas que le Conseil de la concurrence pourrait autrement que par le dépôt d'une note d'observations, intervenir dans le cadre de la procédure. Par contre, l'article 43 bis LPCE prévoit expressément que le Ministre de l'Économie peut également introduire un recours contre les décisions du Conseil sans devoir justifier d'un intérêt.

Le Conseil de la concurrence conformément à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, n'a pour cette raison jamais estimé devoir être présent ou être représenté dans le passé

dans le cadre des procédures devant la Cour d'appel et ne comparaitra ainsi pas aux audiences durant lesquelles ses décisions seront examinées.

Le Conseil de la concurrence a examiné le 27 janvier 2003 les dossiers R.G. 2002/MR/7 et 8 reposant au greffe de la Cour d'appel et estime devoir formuler les observations suivantes :

3. Protection des secrets des affaires

Le Conseil de la concurrence estime devoir attirer l'attention de la Cour d'appel sur le fait que le recours contre les décisions 2002-C/C 61 et 62 a été formé par une partie intervenante, la S.A. Luminus qui n'a pas eu accès dans le cadre de la procédure menée devant le Conseil de la concurrence aux pièces contenant des secrets d'affaires des parties notifiantes et des concurrents.

Par courrier du 13 juin 2002, la S.A. Luminus a souhaité conformément à l'article 32 quater, §2 LPCE être entendue avant que le Conseil de la concurrence statue dans ces procédures.

Dans le cadre de la procédure en première phase, une ordonnance a été rendue le 18 juin 2002 constatant que la S.A. Luminus justifie d'un intérêt suffisant au sens de l'article 32 quater, § 2 LPCE et déclarant sa requête d'être entendue dans cette procédure recevable et fondée. Une ordonnance similaire a été rendue dans le cadre de la procédure en deuxième phase en date du 9 août 2002.

Une décision sur la confidentialité des pièces du dossier de la procédure a par ailleurs été prise tant dans le cadre de la procédure en première phase qu'en deuxième phase et ce dans le cadre des procédures CONC-C/C-02/25 (ECS/ Interlux) et CONC-C/C-02/29 (ECS/Ideg).

La partie intervenante Luminus n'a dès lors eu accès qu'aux pièces du dossier ne contenant aucun secret d'affaires des parties notifiantes et aux pièces dont elle est l'auteur. Par courrier du 10 décembre 2002, le Secrétaire du Conseil de la concurrence a déjà estimé lors de la transmission du dossier de procédure au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles, devoir signaler que ce dossier contient de nombreuses pièces confidentielles. Il a également indiqué la localisation précise des décisions relatives à la confidentialité des pièces des dossiers d'instruction prises par le président du Conseil de la concurrence. Il convient d'insister sur le fait que parmi les pièces communiquées au greffe de la Cour d'appel figurent des pièces contenant des secrets d'affaires des parties notifiantes, non accessibles à l'appelant, Luminus ainsi que des pièces contenant des secrets d'affaires des concurrents des parties notifiantes, pièces qui n'ont pu être consultées ni par les parties notifiantes, ni par l'appelant Luminus. Le Conseil de la concurrence n'a pas fondé ses décisions sur ces pièces non soumises aux parties notifiantes.

4. Position du Conseil de la concurrence en matière de confidentialité des pièces

Il convient de rappeler qu'en matière de concentration, l'article 32 ter LPCE prévoit expressément que le président du Conseil de la concurrence peut refuser, d'initiative ou à la demande des entreprises intéressées, la communication des pièces dont la communication porterait atteinte aux secrets des affaires.

Il appartient ainsi au président du Conseil de la concurrence ou au magistrat qui en assume les fonctions, de déterminer quelles sont les pièces dont la communication porterait atteinte aux secrets d'affaires et à l'égard de quelles parties, ces pièces doivent être considérées comme confidentielles. Ces pièces seront ainsi et dans cette mesure, retirées du dossier lors de sa consultation par les parties à l'égard desquelles ces pièces sont confidentielles. Cette interprétation du texte se fonde tant sur les travaux parlementaires de la LPCE et des lois du 26 avril 1999 que sur la jurisprudence du Conseil de

la concurrence. Au demeurant, cette interprétation est la seule pertinente qui permet au Conseil de la concurrence d'assumer les compétences que la loi lui confère.

Par ailleurs cet article prévoit également que le président du Conseil peut ne pas retirer une pièce du dossier s'il estime qu'elle est nécessaire à la décision et que sa divulgation entraîne un inconvénient inférieur à celui qui résulterait de l'atteinte à la concurrence. Ce refus fait l'objet d'une décision motivée.

Comme l'a rappelé la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 12 novembre 2002 dans l'affaire Rendac-Incine (A.R.nr.2001/MR/1), il appartient ainsi au président du Conseil de la concurrence d'une part, d'apprécier si des pièces de la procédure contiennent des secrets d'affaires et d'autre part, si ces pièces sont nécessaires à la décision et dans cette mesure, si leur divulgation entraînerait un inconvénient inférieur à celui qui résulterait de l'atteinte à la concurrence.

Il peut en outre, dans tous les cas, demander aux parties ou au Corps des rapporteurs une version non confidentielle des pièces dont la communication porterait atteinte à des secrets des affaires, ce qui a été fait dans le cadre des procédures de notification faisant l'objet du présent recours. Les parties intervenantes ont ainsi eu connaissance d'une version non confidentielle des rapports du Corps des Rapporteurs ainsi que des notes d'observations déposées par les parties notifiantes.

La décision du Conseil de la concurrence quant au fond ne peut être fondée sur des pièces non soumises aux entreprises notifiantes.

Il importe dès lors que les parties ayant notifié la concentration, puissent avoir accès aux pièces sur lesquelles le Conseil de la concurrence s'appuie pour rendre sa décision et puissent ainsi préparer leur défense. Les autres parties intervenantes ne doivent (et ne peuvent) par contre pas avoir accès à toutes ces pièces.

Dans ces conditions, les pièces émanant des parties notifiantes, ne peuvent être considérées comme confidentielles à leur égard et ne doivent par conséquent pas être retirées du dossier lorsqu'elles consultent les pièces de la procédure. Le Conseil de la concurrence pourra au demeurant également fonder sa décision sur ces pièces.

Par contre, les pièces contenant des secrets d'affaires des parties notifiantes doivent être retirées du dossier lors de la consultation du dossier par les autres parties qui auraient le cas échéant accès au dossier et notamment les parties intervenantes justifiant d'un intérêt suffisant pour être entendues.

Il convient dans ces conditions de déterminer de manière précise les pièces qui peuvent être soumises aux différentes parties en cause, ou qui doivent être retirées du dossier lors de la consultation par l'une de ces parties.

Cette classification des pièces du dossier en ce qui concerne les secrets d'affaires (au sens de la LPCE) qu'elles contiennent, s'opèrent par le biais de lettres déterminant à qui ces pièces sont accessibles.

Dans le cas d'espèce, les pièces auxquelles une lettre « A » a été attribuée dans l'inventaire joint en annexe et faisant partie intégrante de la décision de confidentialité, ne contiennent aucun secret d'affaires et sont accessibles.

Il appartient en outre à l'entreprise qui communique une information contenant selon elle des secrets d'affaires, de solliciter que ces données ne soient pas communiquées aux autres parties et de motiver sa demande en justifiant en quoi une communication porterait atteinte à ses secrets d'affaires.

En matière de concentration, les pièces auxquelles une lettre « B » a été attribuée sont accessibles au Conseil de la concurrence et aux parties notifiantes (et à leurs représentants). Les pièces auxquelles

une lettre « C » a été attribuée sont accessibles uniquement au Conseil de la concurrence ainsi qu'à leur auteur (et représentant).

Au risque de mettre en péril tout le système conçu en matière de protection des secrets d'affaires, il semble également indispensable qu'au niveau de la Cour d'appel, les parties intervenantes (et notamment la S.A. Luminus, appelant dans le cadre des présentes procédures) n'aient qu'un accès limité aux pièces du dossier ne contenant aucun secret d'affaires des parties notifiantes et des tiers.

5. Examen de la recevabilité de l'appel introduit par la S.A. Luminus

La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce en son article 43 bis que « *Les recours prévus à l'article 43 peuvent être introduits par les parties en cause devant le Conseil, par le plaignant ainsi que par toute personne justifiant d'un intérêt et ayant demandé au Conseil d'être entendue. Le recours peut également être introduit par le Ministre sans que celui-ci ne doive justifier d'un intérêt.*

Les recours sont formés, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, par requête signée et déposée au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles dans un délai de trente jours à partir de la notification de la décision et, en ce qui concerne les tiers, à partir de la publication de la décision.

À peine d'irrecevabilité, la requête contient :

- 1° l'indication des jour, mois et an;*
- 2° si le demandeur est une personne physique, ses nom, prénoms, profession et domicile; si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l'organe qui la représente; si le recours émane du Ministre, la dénomination et l'adresse du service qui le représente;*
- 3° la mention de la décision faisant l'objet du recours;*
- 4° l'exposé des moyens;*
- 5° l'indication des lieu, jour et heure de la comparution fixés par le greffe de la Cour d'appel;*
- 6° l'inventaire des pièces et documents justificatifs remis au greffe en même temps que la requête.*

Dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la requête, le requérant doit, à peine d'irrecevabilité du recours, adresser une copie de la requête par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception, aux parties auxquelles la décision attaquée a été notifiée ainsi qu'il ressort de la lettre de notification prévue à l'article 40bis, au Conseil de la concurrence ainsi qu'au Ministre s'il n'est pas le requérant.

Un recours incident peut être formé. Il n'est recevable que s'il est introduit dans le mois à partir de la réception de la lettre prévue à l'alinéa précédent.

À tout moment, la Cour d'appel de Bruxelles peut d'office appeler à la cause les personnes qui étaient parties devant le Conseil de la concurrence lorsque le recours principal ou incident risque d'affecter leurs droits ou leurs charges. ...»

La première condition de recevabilité du recours introduit par la S.A. Luminus contre les décisions n°2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002, paraît remplie.

La S.A. Luminus justifie d'un intérêt suffisant et a demandé au Conseil de la concurrence d'être entendue. Par ordonnances du 18 juin et du 9 août 2002, il a été fait droit à cette demande.

La S.A. Luminus a également par courrier du 11 octobre 2002 transmis au Conseil de la concurrence une copie de sa requête d'appel.

Il conviendra de vérifier si l'appelante a également dans les cinq jours qui suivirent le dépôt de sa requête, adressé par pli recommandé avec accusé de réception, une copie de sa requête d'appel à la S.A. Electrabel Customer Solutions ainsi qu'aux intercommunales Interlux et Ideg et au Ministre de l'Économie. Cette formalité est en effet prescrite à peine d'irrecevabilité du recours. La preuve du respect de cette formalité n'était pas jointe au dossier reposant au greffe de la Cour d'appel lors de sa consultation par le Conseil de la concurrence en date du 27 janvier 2003.

6. Observations quant au fond

Marché en pleine évolution

Force est de constater que lorsque le Conseil de la concurrence a rendu le 30 août 2002 les décisions n° 2002-C/C- 61 et 62, dans le cadre des procédures de concentration CONC-C/C-02/25 (ECS/Ideg) et CONC-C/C-02/29 (ECS/Interlux), le cadre normatif et réglementaire de la libéralisation du secteur de l'électricité n'était pas encore finalisé. Le régulateur wallon (Commission Wallonne pour l'Énergie) n'était en outre pas encore opérationnel (cfr PV d'audience du 27 août 2002). Le gestionnaire du réseau de transport n'était pas encore désigné de même que les gestionnaires de réseau de distribution.

Les parties intervenantes concurrents d'ECS, à savoir les S.A. Luminus et Nuon Energy Trading & Whole n'avaient pas encore demandé et obtenu une licence de fourniture d'électricité de la Commission Wallonne pour l'Énergie ce qui pouvait laisser penser qu'elles ne semblaient pas s'être définitivement décidées quant à l'opportunité d'être également actives sur le marché de l'électricité en Région wallonne.

De plus, le président de la Commission Wallonne pour l'Énergie a précisé lors de l'audience du 27 août 2002, en réponse à la question de savoir s'il existait d'autres fournisseurs par défaut potentiels, qu'« *au niveau de la Région wallonne, il y a eu sept fournisseurs qui se sont fait connaître (pour rappel, parmi lesquels ne figurent pas Luminus et Nuon). Un certain nombre d'entre eux étaient bien entendu candidats pour devenir fournisseurs par défaut.. Pour l'instant, la production et les capacités d'interconnexion étant ce qu'elles sont, ce n'est pas possible. Ce sera sans doute possible à l'avenir. Il s'agit d'un processus évolutif. Il est évident qu'on ne peut pas multiplier par cinq les capacités d'interconnexion du jour au lendemain...* ».

Il convient par ailleurs de relever que le Corps des Rapporteurs proposait dans son rapport complémentaire diverses propositions d'engagements qui pourraient être de nature à rendre admissible la concentration faisant l'objet de la procédure. Le Corps des Rapporteurs y indiquait également que ces conditions n'avaient pas pu faire l'objet d'investigations et d'analyses approfondies quant à leurs modalités pratiques et l'effet escompté sur le ou les marchés concernés.

Le Corps des Rapporteurs considérait dans son rapport complémentaire du 31 juillet 2002 que dans la mesure où tout ou partie des conditions qui ont pour objet et devraient avoir pour effet de permettre et de faciliter la pénétration de concurrents sur le marché en cause, pourraient être remplies par les parties, le Conseil de la concurrence pourrait constater l'admissibilité sous conditions et charges de l'opération de concentration en application de l'article 34, § 1^{er}, al. 3 de la loi.

La S.A. Luminus a également dans une note d'observations déposée à l'audience du 27 août 2002 estimé à titre subsidiaire qu'une décision d'approbation (n'est) possible (que) si elle est assortie de conditions rigoureuses pour garantir un accès effectif à la production et à la clientèle d'Electrabel.

En plaidoirie, la SA. Luminus a reconnu expressément qu'il manquait sans doute du temps pour prendre toutes les mesures proposées et qu'Electrabel pouvait toujours demander une prolongation du délai de décision.

Les parties notifiantes ont demandé lors de l'audience et par courrier du 28 août 2002 après l'audience, une prolongation des délais conformément à l'article 34, §3 LPCE pour autant que le Conseil de la concurrence ne soit pas en mesure d'autoriser les concentrations notifiées ou de les approuver aux conditions proposées par les parties notifiantes, d'une durée qui coïncide avec le délai endéans lequel la Commission européenne aurait à se prononcer sur le premier dossier parallèle déposé (ECS/IEH). Le Conseil de la concurrence n'a pas fait droit à cette demande dans la mesure où la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique prévoit expressément que la demande de délai supplémentaire doit être précise et donc non liée à un événement dont la date de réalisation n'est pas connue comme la prise de décision d'une autre instance. En outre, il existait une possibilité que la Commission européenne renvoie le dossier pendant devant elle aux autorités belges, ce qu'elle a d'ailleurs fait par sa décision du 23 décembre 2002. Il n'était dès lors pas possible dans ces conditions de faire droit à la demande de prolongation de délai des parties notifiantes d'autant que l'affaire était prise en délibéré, qu'il y avait urgence à prononcer une décision et que trop de facteurs et d'éléments n'étaient pas encore connus ou opérationnels.

Il échet en outre de préciser que la S.A. Luminus, de même que les autres parties intervenantes, concurrents de ECS n'avaient pas obtenu le 30 août 2002, au jour des décisions prononcées par le Conseil de la concurrence et frappées d'appel, une licence de fourniture d'électricité de la Commission Wallonne pour l'Énergie. Cette licence n'avait au demeurant même pas été demandée par ces parties intervenantes.

La S.A. Luminus n'était dès lors pas dans les conditions pour être désignée comme fournisseur par défaut des clients éligibles. La S.A. Electrabel Customer Solutions a quant à elle obtenu cette licence le 24 juillet 2002.

Le Conseil a ainsi, au terme d'un examen approfondi des effets des concentrations notifiées les 25 avril et 21 mai 2002 (soit respectivement en cause de ECS/Interlux et ECS/Ideg) et après avoir constaté que les concentrations notifiées renforcent la position des parties sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles, estimé qu'il n'y aurait pas d'entrave **significative** à la concurrence effective sur le marché belge compte tenu de leurs parts de marché limitées d'une part aux provinces de Luxembourg et de Namur et très partiellement du Hainaut d'autre part, et pour autant que les parties respectent certaines conditions de nature à faciliter la pénétration de concurrents sur le marché, en attendant l'achèvement du processus réglementaire de libéralisation.

Le Conseil de la concurrence a ainsi estimé qu'il y avait lieu compte tenu des éléments du dossier, d'autoriser ces deux premières concentrations tout en indiquant expressément dans ses décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002 « que dans le cadre des autres procédures de concentration, le Conseil se réserve le droit d'examiner le cas échéant d'autres conditions et engagements selon l'évolution des parts de marché, de la réglementation, les interventions éventuelles des organes de contrôle et de régulation et des propositions qu'ils pourraient faire notamment en ce qui concerne les facultés d'approvisionnement des entrants tant auprès du producteur Electrabel (qui doit s'abstenir de toute discrimination) qu'auprès des producteurs étrangers via les capacités d'interconnexion ».

Le Conseil a également mentionné dans ses décisions du 30 août 2003 que certaines dispositions réglementaires apportent un début de réponses aux légitimes demandes des concurrents, notamment l'arrêté royal du 11 juillet 2002 relatif à la structure tarifaire et à la publication des tarifs, et l'arrêté du gouvernement wallon du 21 mars 2002 (Moniteur belge du 27 avril 2002) qui impose l'établissement d'un inventaire des clients qui deviennent éligibles, la communication de cet inventaire à tout intéressé et l'information à donner au client concernant ses possibilités de choix d'un fournisseur.

Par ailleurs, force est de constater que des documents intéressants explicitant notamment la portée du *Mémorandum of Understanding* n'ont été produits par les parties notifiantes que dans le cadre des procédures subséquentes, en cause de Simogel, Sedilec et Interfosane 2.

Enfin, il y a lieu de préciser que la Commission des Communautés européennes a également été appelée à examiner une concentration de même nature effectuée entre la S.A. Electrabel Customer Solutions et l'intercommunale IEH.

En raison du fait que les seuils européens étaient atteints dans le cadre de cette procédure, les parties ont notifié cette opération en date du 12 novembre 2002, à la Commission européenne.

Dans un souci de cohérence, les autorités belges ont demandé aux autorités communautaires le renvoi de cette procédure au Conseil belge de la concurrence. Par décision du 13 décembre 2002, la Commission européenne a fait droit à cette demande. Une copie de cette décision est jointe en annexe.

Dans cette décision, la Commission européenne a notamment :

- considéré que l'opération notifiée constitue bien une concentration (cfr page 4 point 9 de la décision);
- estimé que la définition donnée par les autorités belges de la concurrence, des marchés en cause, tant au niveau des marchés de produit qu'au niveau des marchés géographiques, était correcte. L'enquête menée par la Commission a confirmé la position des autorités belges (cfr pages 5 et 6 points 15 à 17 de la décision);
- précisé que les éléments recueillis par la Commission au cours de son enquête confirment l'avis des autorités belges qui prévoit notamment qu'Electrabel détient une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients éligibles (cfr pages 6 et suivantes points 21 et suivants de la décision);

La Commission européenne a eu l'attention attirée et se réfère expressément tant aux deux décisions d'admissibilité sous conditions rendues le 30 août 2002 faisant l'objet des présentes procédures devant la Cour d'appel de Bruxelles qu'aux trois décisions de refus n° 2002-C/C-81, 82 et 83 rendues le 12 novembre 2002 faisant l'objet des procédures RG 2002/MR/12-13-14-15 pendantes devant la Cour.

La Commission européenne énonce de manière expresse dans sa décision du 23 décembre 2002, après examen du dossier et analyse des marchés concernés, que « la Commission partage l'analyse des Autorités belges et estime que l'opération en question menace de créer ou de renforcer une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée d'une manière significative sur le marché de la fourniture aux clients éligibles en Belgique. La Commission considère que, vu leur expérience dans le domaine, les autorités belges sont bien placées pour traiter l'affaire» (cfr page 9 point 29 de la décision).

Fait à Bruxelles, le 31 janvier 2003 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Patrick De Wolf, président de chambre et vice-président du Conseil de la concurrence, Jacques Schaar, Marie-Claude Grégoire et Pierre Battard, membres du Conseil de la concurrence

3.2. Note d'observations sur la portée du recours devant la Cour d'appel relative à R.G. N°2002/MR/ 7 et 8

Cour d'appel de Bruxelles (9^e Chambre bis)
R.G. : N°2002/MR/ 7 et 2002/MR/ 8

Appel introduit contre les décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002 rendues dans les affaires CONC-C/C-02/25 (ECS/ Interlux) et CONC-C/C-02/29 (ECS/Ideg)

Vu les décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002 rendues par le Conseil de la concurrence dans les affaires CONC-C/C-02/25 (S.A. Electrabel Customer Solutions, ci-après ECS/ Intercommunale pour la distribution d'énergie pour la province du Luxembourg, ci-après "Interlux") et CONC-C/C-02/29 (ECS/ Intercommunale de Distribution d'Électricité et de Gaz, ci-après Ideg);

Vu la notification de ces décisions aux parties notifiantes et au Ministre de l'Économie le 30 août 2002;

Vu la requête d'appel déposée le 11 octobre 2002 au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles par la S.A. Luminus contre ces décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002;

Vu le courrier du 31 octobre 2002 du Conseil de la S.A. Luminus invitant la Cour d'appel de Bruxelles à appeler d'office les parties notifiantes à la cause conformément à l'article 43 bis, §2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, ci-après dénommée LPCE;

Vu la requête en intervention volontaire déposée le 8 novembre 2002 par la S.A. Electrabel Customer Solutions;

Vu l'article 43 bis, § 2 LPCE permettant au Conseil de la concurrence et au Ministre de l'Économie de déposer des observations écrites au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles;

Vu l'ordonnance de la 9^e Chambre bis rendue le 17 janvier 2003 fixant les délais pour le dépôt des observations;

Vu la note d'observations déposée par le Conseil de la concurrence le 31 janvier 2003 ;

Vu l'ordonnance de la Cour d'appel de Bruxelles du 31 janvier 2003 invitant chacune des parties et tout intervenant à la procédure à communiquer ses observations sur l'étendue des pouvoirs de la Cour d'appel de Bruxelles dans le cadre du contentieux en matière de concentration et en particulier, sur le pouvoir de la Cour pour ordonner les mesures sollicitées par l'appelant, (à savoir annuler la décision rendue par le Conseil de la concurrence, constater que l'opération renforce la position dominante et qu'elle est inadmissible et ordonner aux parties notifiantes de scinder les entreprises ou activités groupées), de même que sur la question de savoir si, en cas d'annulation d'une décision du Conseil de la concurrence relative à l'admissibilité d'une concentration, il s'impose ou non de considérer qu'il appartient au Conseil de la concurrence de se prononcer à nouveau sur l'admissibilité de la concentration;

Examen de l'étendue de la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles dans le cadre d'un recours à l'encontre d'une décision du Conseil de la concurrence

La question posée par la Cour d'appel de Bruxelles dans son ordonnance du 31 janvier 2003 et rappelée ci-dessus, a été examinée dans un premier temps par un membre à temps plein du Conseil de la concurrence et ensuite par la Chambre ayant traité les procédures faisant l'objet du recours, et ce tant à la lumière des dispositions de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et de ses travaux préparatoires, qu'au niveau de la doctrine et de la jurisprudence. Une note faisant la synthèse de l'analyse effectuée est jointe en annexe. A toutes fins utiles, les textes cités en référence aux travaux parlementaires, à la jurisprudence ainsi qu'à la doctrine, sont également joints en copie.

Il résulte de cette étude que la Cour d'appel de Bruxelles dispose en droit d'une compétence de pleine juridiction lorsqu'elle doit se prononcer à la suite d'un recours contre une décision du Conseil de la Concurrence.

Néanmoins, force est de constater que cette juridiction d'appel ne dispose pas légalement des mêmes moyens que ceux conférés au Conseil de la concurrence, notamment au niveau de l'instruction de l'affaire (voir notamment Doc. Parl., Sénat, 1998-1999, n°1-614/8).

En effet, l'article 23, §1er, f) de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique n'habilite la Cour d'appel de Bruxelles à charger le Corps des Rapporteurs d'une enquête que dans le cadre d'une procédure préjudicielle et non dans le cadre d'une procédure d'appel contre une décision du Conseil.

Le Corps des Rapporteurs ne peut en outre pas déposer des observations dans le cadre d'une procédure d'appel alors que cette faculté lui est expressément octroyée par l'article 42 bis, §4 LPCE dans le cadre d'une procédure de question préjudicielle.

La Cour d'appel sera ainsi contrainte de statuer sur base des pièces reprises au dossier en tenant compte le cas échéant des éléments nouveaux ou complémentaires indiqués par les parties (appelant et/ou intimé) alors que la situation a pu évoluer de manière substantielle entre le moment où la décision a été rendue par le Conseil de la concurrence et le moment où l'arrêt pourra intervenir. De plus, les parties dans le cadre d'un dossier de concentration ont généralement un intérêt commun similaire et n'ont pas toujours intérêt à compléter le dossier soumis à la Cour d'appel par des informations qui déforceraient leur position.

Évolution substantielle intervenue dans le dossier examiné depuis la date de la décision

Dans le cas d'espèce, il échet de constater que comme le révélait la note d'observations déposée le 31 janvier dernier, la procédure de notification faisant l'objet du présent recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, s'intègre dans le cadre d'un ensemble de procédures similaires impliquant une même partie (ECS) et se fondant directement ou indirectement sur un même document (Mémorandum of Understanding).

Les pièces complémentaires produites ainsi que les développements intervenus dans ces autres procédures ont eu pour effet de faire évoluer très sensiblement la situation qui était celle lorsque le Conseil de la concurrence a eu à connaître ces deux premières procédures actuellement examinées devant la Cour.

Les parties notifiantes ont ainsi estimé devoir formuler dans le cadre du dossier ECS/Interest actuellement examiné par le Conseil de la concurrence, des propositions d'engagements supplémentaires qui vaudraient très logiquement également pour toutes les opérations similaires et donc en ce compris les opérations de concentration déjà notifiées et encore à notifier. Les propositions d'engagements actuellement formulées par les parties notifiantes dans une note de synthèse dont copie est déposée en annexe à la présente note, n'ont plus rien de comparable aux propositions formulées dans les deux procédures actuellement examinées en degré d'appel. Ces nouveaux développements font actuellement l'objet d'un examen par le Corps des Rapporteurs et le Service de la concurrence au niveau de leurs effets sur le marché.

Afin de permettre cette analyse et d'appréhender les effets de ces nouvelles propositions, un délai supplémentaire a été consenti par la décision n° 2003-C/C-13 du 20 février 2003 dont une copie est également jointe en annexe.

Comme mentionné en outre dans cette décision (à la page 3 in fine), les parties notifiantes ont précisé lors de l'audience du 17 février 2003 lors de laquelle intervenait également la S.A. Electrabel, société mère de la S.A. Electrabel Customer Solutions et constituant avec cette dernière une seule entité économique, qu'elles pourraient le cas échéant, en fonction de la décision qui interviendrait dans cette cause ECS/Interest, se désister de leur appel et déposer des nouvelles notifications de concentration remplaçant celles visées dans les dossiers déjà examinés par le Conseil et actuellement pendants devant la Cour d'appel.

La décision dans le cadre de cette procédure ECS-EBL/INTEREST devrait être prise par le Conseil de la concurrence avant le 16 mai 2003. Les parties notifiantes ont également fait savoir au secrétaire du Conseil de la concurrence qu'elles considéraient les procédures pendantes devant la Cour d'appel comme non-urgentes et non-prioritaires de sorte qu'il serait ainsi peut-être opportun de postposer l'examen des recours introduits contre les décisions du Conseil de la concurrence rendues dans le cadre des procédures de notification des concentrations en cause de la S.A. Electrabel Customer Solutions et des intercommunales mixtes, à une date postérieure au 16 mai 2003.

Certes, dans le cadre de la présente procédure, la S.A. Electrabel Customer Solutions n'est qu'un intervenant volontaire. (Dans le cadre des appels interjetés contre les trois décisions rendues le 12 novembre 2002 dans le cadre des affaires ECS/ Simogel, Sedilec et Interomosane 2, la S.A. Electrabel Customer Solutions est appelant au principal)¹. Néanmoins, si les parties notifiantes retirent leurs notifications et en déposent d'autres notifications reprenant des nouveaux engagements, l'appel devient sans objet. Ainsi, le Conseil de la concurrence devra en fait statuer à nouveau sur ces nouvelles notifications.

¹ Une décision (n° 2003-C/C-07) de refus a également été prise par une chambre néerlandophone du Conseil de la concurrence le 23 janvier 2003 dans l'affaire ECS-IMEA dont copie en annexe. Le délai d'appel n'est pas encore expiré.

Si la Cour d'appel annule la décision a quo sur base des nouveaux éléments intervenus et déclare l'opération telle que notifiée initialement, inadmissible, les parties notifiantes, si elles décident de maintenir la concentration, devront également notifier une nouvelle concentration sur base de nouveaux engagements.

Conclusion

En droit, la Cour d'appel de Bruxelles dispose d'une pleine juridiction lorsqu'elle est appelée à statuer en degré d'appel sur les décisions rendues par le Conseil de la concurrence.

Légalement, elle ne dispose toutefois pas des moyens dont dispose le Conseil de la concurrence pour évaluer les effets de sa décision sur le marché concerné compte tenu de l'éventuelle évolution intervenu entre la date de la décision dont appel et son arrêt. Elle est ainsi contrainte de ne se fonder que sur les éléments du dossier au jour de la décision du Conseil de la concurrence et ceux qui lui sont soumis par les appelants et intimés.

Par ailleurs, il convient de préciser que des développements substantiels sont intervenus dans le cadre des autres procédures de notification de concentration menées devant le Conseil de la concurrence en cause de la S.A. Electrabel Customer Solutions et d'autres intercommunales mixtes, portant sur les mêmes marchés concernés, notamment de par les importantes propositions d'engagement formulées par la S.A. Electrabel Customer Solutions et sa société mère, la S.A. Electrabel dans le cadre de la procédure CONC-C/C/65 : ECS/Interest, actuellement pendante devant le Conseil de la concurrence.

Les parties notifiantes pourraient ainsi le cas échéant, comme déclarer devant le Conseil de la concurrence lors d'une audience du 17 février 2003, se désister de leur appel dans le cadre des procédures actuellement pendantes devant la Cour d'appel de Bruxelles et notifier à nouveau les concentrations en reprenant les engagements et nouveaux éléments ayant le cas échéant fait l'objet d'une décisions d'admissibilité dans le cadre de cette procédure ECS-EBL/Interest. Dans cette hypothèse, l'appel introduit par la S.A. Luminus contre les décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002 deviendrait sans objet.

Il serait dès lors peut-être opportun d'examiner dans quelle mesure l'examen notamment de la présente procédure d'appel portant sur ces décisions n° 2002-C/C-61 et 62 du 30 août 2002 rendues dans les affaires CONC-C/C-02/25 (ECS/ Interlux) et CONC-C/C-02/29 (ECS/Ideg), ne devrait pas intervenir après que soit rendue la décision finale du Conseil de la concurrence dans le cadre de l'affaire ECS/Interest.

Fait à Bruxelles, le 7 mars 2003 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Patrick De Wolf, président de chambre et vice-président du Conseil de la concurrence, Jacques Schaar, Marie-Claude Grégoire et Pierre Battard, membres du Conseil de la concurrence

Annexes

1. Note intitulée « de omvang van de bevoegdheid van het Hof van beroep te Brussel in het kadervan een hoger beroep tegen een beslissing van de raad voor de mededinging » et sa traduction en français;
2. Copie des textes cités dans cette note;
3. Note de synthèse des propositions d'engagements d'ECS-EBL/INTEREST déposée dans le cadre de l'affaire CONC-C/C-02/65 : Electrabel Customer Solutions s.a. / Interest s.c.r.l.
4. Décision n°2003-C/C-13 du 20 février 2003 du Conseil de la concurrence (ECS/Interest);
5. Décision n°2003-C/C-07 du 23 janvier 2003 du Conseil de la concurrence (ECS/Imea)

DE OMVANG VAN DE BEVOEGDHEID VAN HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL IN HET KADER VAN EEN HOGER BEROEP TEGEN EEN BESLISSING VAN DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING

I. INLEIDING

Het in artikel 43 van de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging (“WBEM”) voorziene hoger beroep is er één in volle omvang en geen beroep tot nietigverklaring.² Dit betekent dat het Hof van Beroep de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter zowel in feite als in rechte kan onderzoeken en deze, op grond van dit onderzoek, geheel of gedeeltelijk kan wijzigen, dan wel ze elke uitwerking ontnemen.

Volgens Gh. Londers dient dit evenwel genuanceerd te worden in het licht van de devolutieve werking van het hoger beroep.³ Artikel 1068, lid 1 Ger. W. bepaalt dat hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep. In het tweede lid wordt een uitzondering op deze regel geformuleerd, namelijk wanneer de beroepsrechter een onderzoeksmaatregel bevestigt wordt de zaak naar de eerste rechter teruggestuurd voor verdere afhandeling. Door het hoger beroep wordt met andere woorden de rechter in hoger beroep gevat door het geheel van het geschil, zelfs indien deze onderdelen ervan waaromtrent nog geen uitspraak werd gedaan. Dit is een regel van proceseconomie.⁴

² D. Dessard en B. Francq, “Application par les Juridictions Ordinaires”, in P. De Vroede (red.), *De nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging* (die keure, Brugge, 1993), p. 156; P. De Vroede, *De Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging* (Mys & Breesch, Gent, 1997), p. 362; G. Londers, “De controle op de toepassing van het Belgische mededingingsrecht door de hoven en rechtbanken”, in *Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging. Haar Werking* (Story-Scientia, Gent, 1994), p. 73.; J. Steenlant, “De Nieuwe Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging”, *T.P.R.*, 1992, p. 382; D. Vandermeersch, *De Mededingingswet. Een praktisch commentaar bij de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging* (Kluwer Rechtswetenschappen België, Deurne, 1994), p. 256; M. Waelbroeck en J. Bouckaert, “La Loi sur la Protection de la Concurrence Economique”, *J.T.*, 1992, p. 296 en P. Wytinck, “Concentratiecontrole in België na de Wetten van 26 april 1999”, in J. Stuyck en P. Wytinck (red.), *De hervormde Belgische Mededingingswet* (Antwerpen, Kluwer, 2000) p. 121.

³ G. Londers, “De controle op de toepassing van het Belgische mededingingsrecht door de hoven en rechtbanken”, in *Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging. Haar Werking* (Story-Scientia, Gent, 1994), p. 74

⁴ G. Londers, “De controle op de toepassing van het Belgische mededingingsrecht door de hoven en rechtbanken”, in *Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging. Haar Werking* (Story-Scientia, Gent, 1994), p. 77.

Nu is de vraag of deze devolutieve werking ook verbonden is aan het hoger beroep tegen de beslissingen van de Raad voor de Mededinging. Londers vermeldt een aantal voorbeelden. Hij verwijst naar de hypothese waarin een verzoek van ondernemingen tot het bekomen van een individuele vrijstelling door de Raad voor de Mededinging wordt afgewezen en er beroep wordt ingeleid tegen deze beslissing. Hij stelt de vraag wat er gebeurt indien het Hof van Beroep te Brussel van oordeel is dat deze weigering onterecht is. Kan het Hof dan zelf de vrijstelling verlenen en bepaalde voorwaarden opleggen? Een andere hypothese is de situatie waar, op beroep van de betrokken onderneming of van de klager, de beslissing van de Raad met betrekking tot een restrictieve mededingingspraktijk wordt teniet gedaan, bijvoorbeeld wegens schending van het recht van verdediging. Kan het Hof dan een nieuwe beslissing nemen die in de plaats komt van de vernietigde beslissing?

In het eerste geval, aldus Londers, zal men geneigd zijn, naar analogie met het Europese mededingingsrecht, te besluiten dat het verlenen van vrijstellingen tot de exclusieve bevoegdheid behoort van de Raad, terwijl het Hof enkel een controle uitoefent. De Raad geeft door het verlenen van vrijstellingen immers gestalte aan zijn mededingingsbeleid. Het behoort niet aan het Hof om zich wat dat betreft in zijn plaats te stellen. In dat geval schuift men echter de devolutieve werking van het hoger beroep opzij. In het tweede geval zal men, aldus Londers, daarentegen eerder het hoger beroep in zijn volle omvang laten spelen, wat er op neerkomt dat men de devolutieve werking van het hoger beroep erkent.

In een beslissing van 24 december 2002 is de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging ook ingegaan op de problematiek van de devolutieve werking van het hoger beroep in de zaak *NV MSA t. Gilde van Vlaamse Antiquairs*.⁵ In deze zaak had de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging reeds bij beslissing van 27 mei 2002 beslist dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen ontvankelijk was en had hij, alvorens over de grond van de zaak uitspraak te doen, een aanvullend onderzoek bevolen aan het Korps Verslaggevers.⁶ Tegen deze beslissing werd op 2 augustus 2002 hoger beroep aangetekend door de Gilde van Vlaamse Antiquairs. Na ontvangst van het rapport van het Korps Verslaggevers heeft de NV MSA een nieuw verzoek tot voorlopige maatregelen ingediend met het verzoek aan de Voorzitter om het verzoek gegrond te verklaren. De Gilde meent echter dat de Voorzitter onbevoegd zou zijn gelet op het hoger

⁵ Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 24 december 2002, nr. 2002-V/M-95, *N.V. M.S.A. t. Gilde van Vlaamse Antiquairs*, nog niet gepubliceerd in het *B.S.*

⁶ Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 mei 2002, nr. 2002-V/M-38, *N.V. M.S.A. t. Gilde van Vlaamse Antiquairs*, nog niet gepubliceerd in het *B.S.*

beroep dat werd ingediend tegen de beslissing van 27 mei 2002. De Voorzitter besliste echter op 24 december 2002 dat het hoger beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging en zijn Voorzitter geen devolutieve werking heeft en besliste dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen gegrond was.

Deze vraag stelt zich thans concreet in het hoger beroep dat door Luminus N.V. werd ingeleid tegen de beslissing van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2002 (nr. 2002-C/C-62, *Electabel Customers Solutions/IDEG*) waarbij de concentratie tussen ECS en IDEG onder bepaalde voorwaarden werd toegestaan. Luminus vraagt in het hoger beroep om de beslissing van de Raad voor de Mededinging te vernietigen en de concentratie te verbieden. Het Hof van Beroep te Brussel heeft de partijen, inclusief de Raad voor de Mededinging, uitgenodigd om hun standpunt bekend te maken over de devolutieve werking van het hoger beroep, met name de vraag of het niet de Raad voor de Mededinging is die zich opnieuw over de toelaatbaarheid van de concentratie moet uitspreken wanneer de het Hof van Beroep de beslissing van de Raad voor de Mededinging zou vernietigen.

II. ANALYSE

1. De voorbereidende werken van de WBEM

Er dient vooraf te worden opgemerkt dat de regering een amendement had ingediend waarbij het beroep in principe enkel strekte tot vernietiging van de beslissing, met dien verstande dat ten aanzien van een aantal beslissingen wel een beroep met volle rechtsmacht kon worden ingesteld.⁷ Ingevolge van een amendement van senator D'Hooge werd evenwel teruggегреpen naar de algemene formulering, waarbij niet meer wordt gepreciseerd of het om een vernietigingsberoep dan wel om een beroep met volle rechtsmacht gaat. In zijn amendement verwijst het amendement naar de noodzaak om een volle rechtsmacht toe te kennen aan het Hof van Beroep te Brussel teneinde te vermijden dat de zaak zou worden teruggestuurd naar de Raad voor de Mededinging.⁸ Rekening houdend met deze verantwoording en het feit dat onder de oude WBEM, die eveneens algemeen was geformuleerd, de meerderheid van de rechtsleer en de rechtspraak van een volle rechtsmacht zijn van uitgegaan, kan men stellen dat het een beroep in volle omvang betreft.⁹

⁷ *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, p. 301-304.

⁸ *Gedr. St. Senaat*, 1-614/8, 1998-1999, p. 305-306.

⁹ J. Steenlant, A. Vanderelst en F. Wijckmans, "De Gewijzigde Wet op de Mededinging: Een

Tijdens de voorbereidende werkzaamheden, die geleid hebben tot de wetswijzigingen van april 1999, vond er binnen de senaatscommissie voor de financiële en economische aangelegenheden een discussie plaats waarbij een aantal magistraten werden gehoord. Eén van de behandelde onderwerpen betrof de “aard van de beslissingen van het Hof van Beroep te Brussel”.¹⁰

In dit verslag wordt gesteld dat het beroep tegen de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en de Voorzitter van de Raad hetzij een beroep met volle rechtsmacht kan zijn, hetzij slechts een legaliteitscontrole kan beogen. In het eerste geval kan het beroep aanleiding geven tot een nieuw onderzoek in feite en in rechte van de zaak in haar geheel, in het tweede geval zal het beroep beperkt zijn tot een legaliteitscontrole (i.e. vernietiging met verwijzing naar de Raad voor de Mededinging).

Het verslag verwijst naar de rechtsleer die de WBEM in die zin interpreteert dat aan het Hof van Beroep een volle rechtsmacht werd gegeven.

Er wordt evenwel de vraag gesteld of deze volle rechtsmacht dient te worden gehandhaafd, hetgeen, aldus het verslag, “*wel de tendens is van de teksten tot wijziging van de huidige wetgeving*”. Het verslag verwijst verder naar de bevoegdheid van de Raad van State inzake concentraties dat beperkt is tot een legaliteitscontrole en stelt de vraag of de bevoegdheid van het hof van beroep niet op dezelfde wijze dient te worden beperkt, teneinde het beleid inzake economische mededinging in de handen van één enkel orgaan samen te brengen, met name de Raad voor de Mededinging.

Indien een volle rechtsmacht aan het Hof van Beroep toegekend blijft, is het volgens het verslag onontbeerlijk dit Hof alle noodzakelijke middelen te verschaffen waardoor het zijn opdracht naar behoren kan vervullen. Dit zou betekenen dat aan het Hof de mogelijkheid wordt geboden om het korps Verslaggevers te belasten met een onderzoek.

Deze discussie heeft uiteindelijk niet geleid tot een wijziging van de WBEM terzake zoals boven reeds werd vermeld.

Tweede Kans?”, *T.P.R.*, 2001, p. 740.

¹⁰ Verslag, *Parl. St.* Senaat 1-614/8.

2. De rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel

Tot op heden werd in vier zaken een beroep ingeleid tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging in een concentratiedossier.¹¹ Alleen in *IMS* werd door het Hof aandacht besteed aan de devolutieve werking van het hoger beroep. In deze zaak vroeg IMS de vernietiging van een beslissing van de Raad voor de Mededinging van 14 december 1998, waarbij de door IMS aangemelde concentratie door de Raad werd verboden.¹² IMS vroeg daarnaast ook dat het Hof de aangemelde concentratie zou toelaten.

In het arrest bepaalt het Hof dat “[A]ttendu que, même si les moyens formulés par IMS à l’appui de sa demande d’annulation de la décision attaqué étaient fondés, il résulte de l’effet dévolutif de l’appel non limité qu’elle a introduit que, dans la mesure où cette décision serait nulle pour l’un des motifs qu’elle invoque ou pour l’ensemble de ceux-ci, la, après avoir annulée, serait tenue de stauer sur le fond du litige.” (eigen onderlijning)

Deze passage bevestigt de devolutieve werking van het hoger beroep voor het Hof van Beroep te Brussel, ook wanneer het een beslissing van de Raad voor de Mededinging in een concentratiedossier betreft. In *IMS* heeft het Hof de beslissing van de Raad voor de Mededinging niet vernietigd en diende het zich bijgevolg niet meer uit te spreken over de toelaatbaarheid van de concentratie.

Ook in de rechtsleer wordt uit dit arrest besloten dat het Hof van Beroep over de volle rechtsmacht beschikt.¹³

In de thans voorliggende zaak vraagt Luminus ook de vernietiging van de beslissing van de Raad voor de Mededinging maar vraagt zij aan het Hof van Beroep om de concentratie te verbieden. Er is echter geen reden om aan te nemen waarom de devolutieve werking ook hier niet van toepassing zou zijn.

¹¹ Hof van Beroep, Brussel, arrest van 5 april 1996, *Compartilux SA t. Parfumerie Douglas GmbH*, B.S., 16 april 1996, p. 9014; Hof van Beroep Brussel, arrest van 25 juni 1997, *Société Callebaut A.G., B.S.*, 4 juli 1997, p. 17947; Hof van Beroep Brussel, arrest van 15 januari 1998, *Société Barry Callebaut A.G., B.S.*, 12 februari 1998, p. 4095 en Hof van Beroep Brussel, arrest van 23 september 1999, *IMS Health, B.S.*, 7 oktober 1999, p. 38007.

¹² Beslissing van de Raad voor de Mededinging van 12 december 1998, nr. 98-C/C-18, *IMS Health Incorporated/ Pharmaceutical Marketing Services Incorporated, B.S.*, 9 maart 1999, p. 7446.

¹³ Zie zeer recent, P. Wytinck, “Concentratiecontrole in België na de Wetten van 26 april 1999”, in J. Stuyck en P. Wytinck (red.), *De hervormde Belgische Mededingingswet* (Antwerpen, Kluwer, 2000)

3. De rechtsleer

In de rechtsleer bestaat er vrij grote eensgezindheid dat het in artikel 43 van de WBEM voorziene hoger beroep er één is in volle omvang en geen beroep tot nietigverklaring.¹⁴

De voormalige Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, Christine Schurmans, heeft tijdens een seminarie naar aanleiding van de wetwijzigingen in 1999, een meer genuanceerde stelling ingenomen over de omvang van het Hoger Beroep tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging of zijn Voorzitter.¹⁵ Zij verwijst naar de discussies binnen de Senaatscommissie waarnaar reeds hoger werd verwezen en stelt dat de wetgever geen duidelijke stelling heeft ingenomen en “*a préféré faire confiance à la Cour d’Appel de Bruxelles.*” Verder stelt zij dat “[C]elui-ci devra donc, sous le contrôle de la Cour de cassation, vérifier dans chaque cas l’étendue de ses compétences et trouver selon la nature des décisions attaquées, un juste équilibre entre une compétence de pleine juridiction, qu’elle ne peut pas toujours exercer compte tenu du fait qu’elle n’a ni les mêmes prérogatives que le Conseil ni les mêmes moyens d’investigation que lui, et une compétence de contrôle de la légalité des décisions du Conseil.”

Zij verwijst vervolgens naar het *IMS* arrest maar stelt dat “[C]ette prise de position, fondée sur des notions de droit judiciaire privé, ne me paraît pas devoir s’imposer sans nuance. Qu’il me soit permis, dans le cadre du présent exposé, de signaler que la jurisprudence de la Cour d’Appel de Paris qui connaît des recours contre le Conseil de la Concurrence français, ne va pas dans le même sens.” (met verwijzing naar M.-Ch. Boutard Labarde en G. Canivet, *Droit français de la concurrence* (L.D.D.J., Paris, 1994), p. 224 e.v.).

Volgens deze laatste stelling zou het dus eerder de aard van de aan het Hof van Beroep voorgelegde beslissing zijn die de omvang van de bevoegdheden van het Hof bepaalt.

4. Het Europese Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg

Wanneer men een vergelijking maakt met de bevoegdheden van het Europese Hof van Justitie (en het Gerecht van Eerste Aanleg), valt op te merken dat in het Europees Gemeenschapsrecht, de toetsing door deze rechtbanken beperkt is tot een legaliteitscontrole met uitzondering van de beoordeling van boetes en dwangsommen waar het Hof over een volle rechtsmacht beschikt.

p. 121. en de andere in voetnoot 1 vermelde rechtsleer.

¹⁴ Zie de in voetnoot 1 vermelde rechtsleer.

¹⁵ CH. Schurmans, “Questions de compétence et de procédure”, lezing gehouden tijdens de Journée d’étude EFE op 24 en 25 november 1999, “La Réforme du droit de la Concurrence”.

III. Besluit

Zowel uit de voorbereidende werken, de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel als de meerderheid van de rechtsleer kan worden afgeleid dat het Hof over een volle rechtsmacht beschikt wanneer het zich moet uitspreken over een beroep ingeleid tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging. Dit staat in schril contrast met nietigheidsberoepen voor het Europese Hof van Justitie of voor het Gerecht van Eerste Aanleg, waar beide rechtbanken zich beperken tot een legaliteitscontrole.

Dit lijkt de meest plausibele en pragmatische oplossing. Het Hof van Beroep te Brussel beschikt immers noch over de middelen, noch over de nodige expertise om het onderzoek van de Dienst voor de Mededinging en het Korps Verslaggevers over te doen. Het Hof kan eventueel een expert aanstellen maar die beschikt niet over de wettelijke middelen om een goed en grondig onderzoek te voeren. Er kan bijvoorbeeld verwezen worden naar het bevragen van concurrenten. De WBEM geeft enkel in het kader van de prejudiciële procedure op basis van artikel 23, §1, f) de mogelijkheid aan het Hof van Beroep te Brussel om aan het Korps verslaggevers te vragen een onderzoek te verrichten. Eventueel zou kunnen overwogen worden om het Korps Verslaggevers te horen als deskundige of aan te duiden als expert teneinde de lacune in de WBEM op te vangen.

In dit verband moet gewezen worden op de economische gevolgen van een beslissing waarbij het Hof van Beroep te Brussel *in casu* de concentratie toch zou verbieden, ongeveer twee jaar nadat de Raad voor de Mededinging zijn goedkeuring heeft gegeven aan de concentratie. De partijen zouden dan verplicht zijn om de concentratie te “ontvlechten”. Het hoger beroep heeft immers geen schorsende werking.¹⁶

¹⁶ Naar deze situatie werd ook verwezen in de rechtsleer. Zie J. Steenlant, “De Nieuwe Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging”, *T.P.R.*, 1992, p. 384.

ETENDUE DE LA COMPETENCE DE LA COUR D'APPEL DANS LE CADRE D'UN RECOURS A L'ENCONTRE D'UNE DECISION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

I. INTRODUCTION

Le recours prévu à l'article 43 de la Loi sur la Protection de la Concurrence Economique (« LPCE ») est un recours de pleine juridiction et non un recours en annulation.¹⁷ Ceci signifie que la Cour d'appel peut examiner les décisions du Conseil de la concurrence et de son président tant en fait qu'en droit et, sur base de cet examen, les réformer en tout ou en partie, voire en supprimer les effets.

Selon Gh. Londers, il y a toutefois lieu de nuancer ce point à la lumière de l'effet dévolutif de l'appel.¹⁸ L'article 1068, al.1^{er} du Code judiciaire stipule que tout appel d'un jugement définitif ou avant dire droit saisi du fond du litige le juge d'appel. Le deuxième alinéa formule une exception à cette règle, à savoir que le juge d'appel ne renvoie la cause au premier juge que s'il confirme une mesure d'instruction ordonnée par le jugement entrepris. En d'autres termes, par le recours, le juge d'appel est saisi de l'ensemble du litige, même s'il n'a pas encore été statué sur certaines parties. C'est une règle de procédure.¹⁹

Cet effet dévolutif est-il également lié à l'appel contre les décisions du Conseil de la Concurrence ? Londers cite plusieurs exemples et renvoie à l'hypothèse où une demande d'exemption individuelle déposée par des entreprises est rejetée par le Conseil de la Concurrence

¹⁷ D. Dessard et B. Francq, "Application par les Juridictions Ordinaires", dans P. De Vroede (red.), *De nieuwe wet tot bescherming van de economische mededinging* (die keure, Brugge, 1993), p. 156; P. De Vroede, *De Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging* (Mys & Breesch, Gent, 1997), p. 362; G. Londers, "De controle op de toepassing van het Belgische mededingingsrecht door de hoven en rechtbanken", dans *Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging. Haar Werking* (Story-Scientia, Gent, 1994), p. 73.; J. Steenlant, "De Nieuwe Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging", *T.P.R.*, 1992, p. 382; D. Vandermeersch, *De Mededingingswet. Een praktisch commentaar bij de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging* (Kluwer Rechtswetenschappen België, Deurne, 1994), p. 256; M. Waelbroeck en J. Bouckaert, "La Loi sur la Protection de la Concurrence Economique", *J.T.*, 1992, p. 296 et P. Wytinck, "Concentratiecontrole in België na de Wetten van 26 april 1999", dans J. Stuyck et P. Wytinck (red.), *De hervormde Belgische Mededingingswet* (Antwerpen, Kluwer, 2000) p. 121.

¹⁸ G. Londers, "De controle op de toepassing van het Belgische mededingingsrecht door de hoven en rechtbanken", dans *Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging. Haar Werking* (Story-Scientia, Gent, 1994), p. 74

¹⁹ G. Londers, "De controle op de toepassing van het Belgische mededingingsrecht door de hoven en rechtbanken", dans *Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging. Haar Werking* (Story-Scientia, Gent, 1994), p. 77.

et où ce refus fait l'objet d'un recours. Qu'en advient-il si la Cour d'appel de Bruxelles estime que ce refus est injustifié. La Cour peut-elle alors accorder elle-même la dispense et imposer certaines conditions ? Une autre hypothèse est l'annulation, sur recours de l'entreprise concernée ou du plaignant, de la décision du Conseil relative à une pratique restrictive de concurrence, par exemple pour violation des droits de la défense. La Cour peut-elle alors prendre une nouvelle décision en lieu et place de la décision annulée?

Pour Londers, dans le premier cas, on sera tenté de conclure, par analogie avec le droit de la concurrence européen, que l'octroi de dispenses relève de la compétence exclusive du Conseil alors que la Cour ne fait qu'exercer un contrôle. En accordant des dispenses, le Conseil donne en quelque sorte corps à sa politique en matière concurrentielle. Il n'appartient pas à la Cour de se subroger au Conseil en cette matière. Dans ce cas, on écarte cependant l'effet dévolutif. En revanche, dans le second cas, selon Londers, on laissera pleinement jouer l'appel, ce qui revient à reconnaître son effet dévolutif.

Dans une décision du 24 décembre 2002, le Président du Conseil de la Concurrence a également examiné la problématique de l'effet dévolutif du recours dans l'affaire *NV MSA t. Gilde van Vlaamse Antiquairs*²⁰ où il avait déjà - par décision du 27 mai 2002 - décidé que la demande de prendre des mesures provisoires était fondée et avait, avant de statuer sur le fond, chargé le Corps des Rapporteurs d'une enquête complémentaire.²¹ La Guilde des Antiquaires flamands a intenté un recours contre cette décision le 2 août 2002. Après réception du rapport du Corps des Rapporteurs, la NV MSA a introduit une nouvelle demande de mesures provisoires en priant le Président de déclarer la requête fondée. La Guilde a toutefois estimé que le Président n'était pas compétent vu le recours introduit contre la décision du 27 mai 2002. Le Président a cependant décidé le 24 décembre 2002 que le recours contre une décision du Conseil de la Concurrence et son Président n'a pas d'effet dévolutif et que la demande de prendre des mesures provisoires était fondée.

Cette question se pose en ce moment concrètement dans le recours introduit par Luminus N.V. contre la décision du Conseil de la Concurrence du 30 août 2002 (n° 2002-C/C-62, *Electabel Customers Solutions/IDEG*) autorisant sous certaines conditions la concentration entre ECS en IDEG. Luminus demande en appel d'annuler la décision du Conseil de la Concurrence et d'interdire la concentration. La Cour d'appel de Bruxelles a invité les parties, y compris le Conseil de la Concurrence, à faire connaître leur position au sujet de la portée de l'appel, à savoir s'il

²⁰ Décision du Président du Conseil de la Concurrence du 24 décembre 2002, n°. 2002-V/M-95, *N.V. M.S.A. t. Gilde van Vlaamse Antiquairs*, pas encore publié au M.B.

²¹ Décision du Président du Conseil de la Concurrence du 27 mai 2002, n°. 2002-V/M-38, *N.V. M.S.A. t. Gilde van Vlaamse Antiquairs*, pas encore publié au M.B.

n'appartient pas au Conseil de la Concurrence de se prononcer une nouvelle fois sur l'admissibilité de la concentration lorsque la Cour d'appel annule la décision du Conseil de la Concurrence.

II. ANALYSE

1. Travaux préparatoires de la LPCE

D'abord, on rappellera que le gouvernement avait introduit un amendement selon lequel le recours visait en principe uniquement à annuler la décision, étant entendu qu'un certain nombre de décisions pouvaient faire l'objet d'un recours de pleine juridiction.²² Suite à un amendement du sénateur D'Hooge, on est toutefois revenu à la formulation générale où l'on ne précise plus s'il s'agit d'un recours en annulation ou d'un recours de pleine juridiction. L'amendement fait référence à la nécessité d'octroyer les pleins pouvoirs à la Cour d'appel de Bruxelles afin d'éviter que l'affaire ne soit renvoyée au Conseil de la Concurrence.²³ Compte tenu de cette justification et du fait que sous l'ancienne LPCE, qui était également formulée de manière générale, la doctrine dominante et la jurisprudence considéraient qu'il s'agissait d'un recours de pleine juridiction, on peut dire qu'il s'agit d'un recours intégral.²⁴

Lors des activités préparatoires ayant mené aux modifications de la loi d'avril 1999, la commission du Sénat pour les affaires financières et économiques a mené des discussions au cours desquelles plusieurs magistrats ont été entendus. Un des sujets traités a été la "nature des décisions de la Cour d'appel de Bruxelles".²⁵

Ce rapport indique que le recours contre les décisions du Conseil de la Concurrence et du Président du Conseil peut être soit un recours de pleine juridiction, soit uniquement un contrôle de la légalité. Dans le premier cas, le recours peut donner lieu à un nouvel examen du fond et en droit de l'affaire dans son ensemble. Dans le second cas, le recours sera limité à un contrôle de la légalité (annulation avec renvoi au Conseil de la Concurrence).

²² Doc. parl. Sénat, 1-614/8, 1998-1999, p. 301-304.

²³ Doc. parl. Sénat, 1-614/8, 1998-1999, p. 305-306.

²⁴ J. Steenlant, A. Vanderelst et F. Wijckmans, "De Gewijzigde Wet op de Mededinging: Een Tweede Kans?", *T.P.R.*, 2001, p. 740.

²⁵ Rapport, *Doc. Parl.* Sénat 1-614/8.

Le rapport renvoie à la doctrine qui interprète la LPCE et estime que les pleins pouvoirs ont été conférés à la Cour d'appel.

Les auteurs du rapport s'interrogent toutefois sur l'opportunité de maintenir ces pleins pouvoirs, puisque *“la tendance des textes est de modifier la législation actuelle”*. Ils se réfèrent en outre à la compétence du Conseil d'État en matière de concentrations qui se limite à un contrôle de la légalité et se demandent si la compétence de la Cour d'appel ne doit pas être limitée de la même manière afin de regrouper dans un seul organe, à savoir le Conseil de la Concurrence, la politique de concurrence économique.

Si les pleins pouvoirs restent octroyés à la Cour d'appel, les auteurs du rapport jugent indispensable de fournir à cette Cour tous les moyens nécessaires pour qu'elle puisse remplir sa mission comme il se doit et aie ainsi la possibilité de charger le Corps des Rapporteurs d'effectuer une enquête.

Cette discussion n'a finalement pas mené à une modification de la LPCE en la matière, comme il a déjà été signalé ci-dessus.

2. Jurisprudence de la Cour d'appel à Bruxelles

Jusqu'à présent, un recours a été introduit contre une décision du Conseil de la Concurrence portant sur un dossier de concentration.²⁶ dans quatre affaires. Mais ce n'est que dans le cas d'IMS que la Cour a examiné la portée du recours. IMS avait sollicité l'annulation d'une décision du Conseil de la Concurrence prise le 14 décembre 1998 visant à interdire la concentration que cette firme avait notifiée.²⁷ Ensuite, IMS avait demandé que la Cour autorise la concentration.

Dans l'arrêt, la Cour stipule *“[A]ttendu que, même si les moyens formulés par IMS à l'appui de sa demande d'annulation de la décision attaquée étaient fondés, il résulte de l'effet dévolutif de l'appel non limité qu'elle a introduit que, dans la mesure où cette décision serait nulle pour l'un des motifs qu'elle invoque ou pour l'ensemble de ceux-ci, la cour après avoir annulée, serait tenue de statuer sur le fond du litige.”* (propre soulignement)

²⁶ Cour d'appel, Bruxelles, arrêt du 5 avril 1996, *Compartilux SA t. Parfumerie Douglas GmbH*, M.B., 16 avril 1996, p. 9014; Cour d'appel Bruxelles, arrêt du 25 juin 1997, *Société Callebaut A.G.*, B.S., 4 juli 1997, p. 17947; Cour d'appel Bruxelles, arrêt du 15 janvier 1998, *Société Barry Callebaut A.G.*, M B., 12 février 1998, p. 4095 en Cour d'appel Bruxelles, arrêt du 23 septembre 1999, *IMS Health, B.S.*, 7 octobre 1999, p. 38007.

²⁷ Décision du Conseil de la Concurrence du 12 décembre 1998, nr. 98-C/C-18, *IMS Health Incorporated/Pharmaceutical Marketing Services Incorporated*, B.S., 9 mars 1999, p. 7446.

Ce passage confirme le caractère dévolutif du recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, même lorsqu'il s'agit d'une décision du Conseil de la Concurrence dans un dossier de concentration. En ce qui concerne l'affaire *IMS*, la Cour n'a pas annulé la décision du Conseil de la Concurrence et ne devait donc plus se prononcer sur l'admissibilité de la concentration.

La doctrine aussi a conclu de cet arrêt que la Cour d'appel dispose des pleins pouvoirs.²⁸

Dans la présente affaire, Luminus demande également l'annulation de la décision du Conseil de la Concurrence, mais demande à la Cour d'appel d'interdire la concentration. Il n'y a toutefois pas de raison d'admettre que le fonctionnement dévolutif ne soit pas d'application ici aussi.

3. Doctrine

Il existe dans la doctrine un large consensus selon lequel le recours prévu à l'article 43 de la LPCE est un recours intégral et pas un recours en annulation.²⁹

L'ancienne présidente du Conseil de la Concurrence, Christine Schurmans, a lors d'un séminaire consacré aux modifications apportées à la loi en 1999, pris une attitude plus nuancée quant à l'importance d'un recours contre les décisions du Conseil de la Concurrence ou de son président.³⁰ Elle se réfère aux discussions précitées en commission du Sénat et estime que le législateur n'a pas pris de position claire et "*a préféré faire confiance à la Cour d'appel de Bruxelles.*" Elle indique également que "*[C]elui-ci devra donc, sous le contrôle de la Cour de cassation, vérifier dans chaque cas l'étendue de ses compétences et trouver selon la nature des décisions attaquées, un juste équilibre entre une compétence de pleine juridiction, qu'elle ne peut pas toujours exercer compte tenu du fait qu'elle n'a ni les mêmes prérogatives que le Conseil ni les mêmes moyens d'investigation que lui, et une compétence de contrôle de la légalité des décisions du Conseil.*"

Elle renvoie ensuite à l'arrêt *IMS*, mais estime que "*[C]ette prise de position, fondée sur des notions de droit judiciaire privé, ne me paraît pas devoir s'imposer sans nuance. Qu'il me soit permis, dans le cadre du présent exposé, de signaler que la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris qui connaît des recours contre le*

²⁸ Voir très récemment, P. Wytinck, "Concentratiecontrole in België na de Wetten van 26 april 1999", dans J. Stuyck et P. Wytinck (red.), *De hervormde Belgische Mededingingswet* (Antwerpen, Kluwer, 2000) p. 121. et l'autre doctrine citée à la note de bas de page 1.

²⁹ Voir doctrine citée à la note de bas de page 1.

³⁰ CH. Schurmans, "Questions de compétence et de procédure", exposé présenté lors de la Journée d'étude EFE les 24 et 25 novembre 1999, "La Réforme du droit de la Concurrence".

Conseil de la Concurrence français, ne va pas dans le même sens.” (avec référence à M.-Ch. Boutard Labarde et G. Canivet, *Droit français de la concurrence* (L.D.D.J., Paris, 1994), p. 224 e.s.).

Selon ce dernier point de vue, c'est plutôt la nature de la décision soumise à la Cour d'appel qui déterminerait l'étendue des compétences de la Cour.

4. La Cour européenne de Justice et le Tribunal de Première Instance

Si l'on compare les compétences de la Cour européenne de Justice (et le Tribunal de Première Instance), on remarque que dans le droit communautaire européen, le contrôle par ces tribunaux se limite à une vérification de la légalité à l'exception de la condamnation à payer des amendes et des astreintes pour laquelle la Cour dispose d'une compétence de pleine juridiction.

III. Conclusion

Il ressort des travaux préparatoires tout comme de la jurisprudence et de la doctrine que la Cour dispose d'une compétence de pleine juridiction lorsqu'elle doit se prononcer quant à un recours contre une décision du Conseil de la Concurrence, ce qui est totalement contradictoire avec les recours en nullité devant la Cour européenne de Justice ou le Tribunal de Première Instance qui, tous deux, se limitent à contrôler la légalité.

Ceci semble la solution la plus plausible et la plus pragmatique. La Cour d'appel de Bruxelles ne dispose en effet ni des moyens ni de l'expertise nécessaire pour refaire l'analyse effectuée par le Service de la Concurrence et le Corps des Rapporteurs. Elle peut éventuellement engager un expert mais ce dernier ne dispose pas des moyens légaux lui permettant de mener une enquête approfondie et par exemple d'interroger les concurrents. La LPCE n'habilite la Cour d'appel de Bruxelles à charger le Corps des Rapporteurs d'une enquête que dans le cadre de la procédure préjudicielle sur base de l'article 23, §1er, f). On pourrait envisager d'entendre le Corps des Rapporteurs en tant qu'expert ou le désigner comme tel afin de combler les lacunes de la LPCE.

Il faut songer à ce propos aux conséquences économiques d'une décision de la Cour d'appel de Bruxelles interdisant *in casu* une concentration qui aurait été approuvée environ deux ans auparavant par le Conseil de la Concurrence. Les parties seraient alors contraintes de 'défaire' la concentration vu qu'un recours en appel n'est pas suspensif.³¹

³¹ Cette situation a également été mentionnée dans la doctrine. Voir J. Steenlant, "De Nieuwe Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging", *T.P.R.*, 1992, p. 384.

3.3. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. Nr.2002/MR/9

Schriftelijke opmerkingen van de Raad voor de Mededinging in toepassing van artikel 43 bis, §2 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.)

A.R. Nr. 2002/MR/9

Gezien de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging Nr. 2002-V/M-72 genomen op 4 oktober 2002 ;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door Gema Plastics B.V.B.A. op 31 oktober 2002 ;

Gezien de beschikking van het Hof van Beroep te Brussel d.d. 10 februari 2003 waardoor aan de Raad voor de Mededinging een termijn voor het formuleren van schriftelijke opmerkingen werd verleend in toepassing van artikel 43 bis, §2 van de W.B.E.M., die verstrijkt op 30 april 2003 ;

De Raad voor de Mededinging wenst de volgende schriftelijke opmerkingen in de zin van artikel 43 bis, §2 van de W.B.E.M. te formuleren :

De Raad voor de Mededinging beperkt zijn opmerkingen tot de ontvankelijkheidsproblematiek.

Onontvankelijkheid – geen rechtstreeks en dadelijk belang van de klager.

Gema Plastics N.V. (hierna “Gema”) stelt in haar verzoekschrift (paragrafen 26-32) dat het beschikken over een rechtstreeks en dadelijk belang geen ontvankelijkheidsvoorwaarde is voor het indienen van een verzoek tot voorlopige maatregelen. Hiervoor verwijst Gema naar de verschillende formulering van artikel 23, §1, c W.B.E.M. en artikel 35 W.B.E.M.. Bovendien verwijst Gema naar de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel (arresten van 11 september 1996 en 18 december 1996).

In tegenstelling tot wat Gema stelt, meent de Raad voor de Mededinging dat het wel degelijk een ontvankelijkheidsvereiste is voor elk verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen dat de verzoekende partij over een rechtstreeks en dadelijk belang beschikt.

Deze voorwaarde vloeit voort uit het feit dat voor de ontvankelijkheid van een verzoek tot voorlopige maatregelen een klacht ten gronde moet zijn ingesteld, en de klager voor het indienen van een dergelijke klacht een rechtstreeks en dadelijk belang dient aan te tonen conform artikel 23, §1, c W.B.E.M. (zie in deze zin ook J. Ysewyn, “Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 1999-2000”, T.B.H., 2001, p.661, nr. 49).

Ook het Hof van Beroep te Brussel werd in het arrest in de zaak Rendac/Incine (arrest van 12 november 2002, A.R. Nr. 2001/MR/1, niet gepubliceerd) geconfronteerd met het argument dat het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen niet ontvankelijk zou zijn omdat verzoekster geen rechtstreeks en dadelijk belang zou hebben. Het Hof ontkende niet dat dit een voorwaarde is voor de ontvankelijkheid van het verzoek, maar analyseerde onmiddellijk of er ter zake wel aan deze voorwaarde voldaan was. Hieruit blijkt onomstotelijk dat het Hof van Beroep het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang wel degelijk als een ontvankelijkheidsvoorwaarde beschouwt in het kader van een verzoek tot voorlopige maatregelen.

Bovendien is een rechtstreeks en dadelijk belang ook vereist op grond van de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek, die onverkort van toepassing zijn op de procedures voorzien in de W.B.E.M. Die artikelen stellen als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor het instellen van een rechtsvordering immers dat een belang wordt aangetoond dat “reeds verkregen en dadelijk is”.

In een arrest van 11 september 1996 heeft het Hof van Beroep te Brussel verduidelijkt hoe het bovenvermelde begrip “rechtstreeks en dadelijk belang” moet worden geïnterpreteerd in het kader van de W.B.E.M. (zie arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 11 september 1996, R.T.B.F. e.a. t. Belgische Staat e.a., 1995/AR/1005/1006/1007/1062, B.S., 20 september 1996, p.24607 ; ook gepubliceerd in Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging, 1996, p.773).

Vooreerst bepaalde het Hof van Beroep in zijn arrest dat het begrip rechtstreeks en dadelijk belang, zoals opgenomen in artikel 23, §1, c) van de W.B.E.M., werd ingegeven door artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat het belang bij de rechtsvordering een reeds verkregen en dadelijk belang moet zijn. Het Hof verwees hierbij naar de voorbereidende werken die deze stelling uitdrukkelijk bevestigen (Gedr. St. Senaat, 1289-2 (1990-1991), p.55). Het Hof besloot daarom dat het aangewezen was om zich bij de interpretatie van het begrip “rechtstreeks en dadelijk belang” in artikel 23, §1,c) van de W.B.E.M. te baseren op artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek.

Ten tweede voegde het Hof hieraan toe dat voor de precieze inhoud van artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek moet teruggegrepen worden naar het Verslag van Reepinghen van 1964, en dus naar de voorbereidende werken van het Gerechtelijk Wetboek zelf. Op grond van deze voorbereidende werken besloot het Hof van Beroep dat de klager, wil hij zijn klacht ontvankelijk horen verklaren, zal moeten aantonen dat hij een reeds verkregen en dadelijk belang heeft. Dit bestaat uit ieder materiaal en moreel voordeel – effectief en niet theoretisch – dat de eiser uit zijn vordering kan halen en die hij formuleert op het ogenblik van het instellen van de vordering (Verslag van Reepinghen, 1964, p.39 en overgenomen door het Hof van Beroep).

Een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen op grond van artikel 35 W.B.E.M. vereist dus een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager. De eerste voorwaarde om een verzoek tot voorlopige maatregelen te kunnen toekennen, is immers dat het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager bewezen wordt.

De twee andere voorwaarden om een verzoek tot voorlopige maatregelen te kunnen toekennen zijn :

Het bestaan van een *prima facie* inbreuk op de W.B.E.M.

Het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden (zie o.m. Brussel, 18 december 1996, N.V. Honda Belgium e.a. /Belgische Staat, B.S., 8 januari 1997, 381 ; Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging, 1996, 836 en vaste rechtspraak van de Raad voor de Mededinging, zie onder andere de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 20 maart 2003, nr. 2003-V/M-20, N.V. Vlaamse Uitgeversmaatschappij/N.V. Vlaamse Mediamaatschappij/N.V. De Persgroep/N.V. Aurex/N.V. Uitgeverij De Morgen ; nog niet gepubliceerd in het B.S. en Jaarverslag 2001 van de Raad voor de Mededinging, p.45-50).

Gedaan te Brussel,

18 april 2003

Door een Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit Frank Deschoolmeester, Kamervoorzitter, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging en de heren Geert Zonnekeyn en Peter Poma, leden.

3.4. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. nr.2003/MR/12 en A.R. Nr. 2003/MR/13

Schriftelijke opmerkingen van de Raad voor de Mededinging in toepassing van artikel 43 bis, § 2 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna “WBEM”)

A.R. NR. 2003/MR/12/13

Gezien de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-20 genomen op 20 maart 2003 ;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de Vlaamse Mediamaatschappij N.V. op 18 april 2003 ;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de Persgroep N.V., door Aurex N.V. en door de Uitgeverij De Morgen N.V. op 18 april 2003 ;

Gezien de Processen Verbaal der Openbare Terechtings van het Hof van Beroep te Brussel van 20 mei 2003 waardoor aan de Raad voor de Mededinging een termijn voor het formuleren van schriftelijke opmerkingen werd verleend in toepassing van artikel 43 bis, §2 van de WBEM, die verstrijkt op 16 juni 2003 ;

De Raad voor de Mededinging wenst de volgende schriftelijke opmerkingen in de zin van artikel 43bis, §2 van de WBEM te formuleren :

De Raad voor de Mededinging beperkt zijn opmerkingen tot de beweerde schending van artikel 35, §2 van de WBEM en tot de ongeoorloofdheid van de opgelegde maatregelen.

1. Schending van artikel 35, §2 van de WBEM

Appellanten beweren dat de bestreden beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 20 maart 2003 onvoldoende zou gemotiveerd zijn en dit in strijd met artikel 35, §2 van de WBEM. Artikel 35, §2 van de WBEM bepaalt dat *“de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging oordeelt bij een met redenen omklede beslissing, of er aanleiding bestaat om voorlopige maatregelen te treffen”* (eigen onderlijning).

Het is duidelijk dat er in hoofde van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging een verplichting bestaat om zijn beslissing te motiveren. De Raad voor de Mededinging is echter van oordeel dat de motiveringsplicht in het kader van een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen niet dezelfde is als bij een procedure ten gronde. De toepassing van artikel 35 van de WBEM vereist immers het bestaan van een *prima facie* inbreuk op de WBEM. Dit betekent dat de inbreuk niet met eenzelfde waarachtigheid moet worden bewezen als bij een procedure ten gronde. De Voorzitter van de Raad voor de Mededinging beslist dus *prima facie* of er een inbreuk voorligt.

Hieruit kan volgens de Raad voor de Mededinging worden besloten dat de motiveringsplicht in het kader van artikel 35 van de WBEM van een andere aard is dan bij een procedure ten gronde. Indien de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging de waarachtigheid van de inbreuken verder zou onderzoeken, zou dit neerkomen op het voeren van een procedure ten gronde waarvoor de Voorzitter niet bevoegd is.

De Raad voor de Mededinging verwijst tevens naar de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 15 mei 2003 (nr. 2003-V/M-43, *Codenet/Colt Telecom/Versatel/ WorldCom t. Belgacom*) waar de Voorzitter melding maakte van de excessieve lengte van de memories neergelegd

door de partijen. Dergelijke memories maken een snelle behandeling van het verzoek onmogelijk en stroken niet met de aard van de procedure voorlopige maatregelen zoals voorzien in artikel 35 van de WBEM dat een *prima facie* onderzoek vereist. In zijn beslissing van 15 mei 2003 verwijst de Voorzitter in dat verband naar de “Praktische aanwijzingen voor de partijen” voor het Gerecht van eerste aanleg (Pb.,L.87/48, 4 april 2002 ; zie punt VII.4).

De Raad voor de mededinging is van oordeel dat de beslissing van de Voorzitter *in casu* voldoende gemotiveerd is omdat *prima facie* werd aangetoond dat er een inbreuk op de WBEM voorligt.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat appellanten een verkeerde draagwijdte geven aan de motiveringsplicht zoals geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie. Het Hof oordeelde : “*de verplichting om vonnissen en arresten te motiveren en te antwoorden op de regelmatig voorgedragen middelen impliceert niet de verplichting om te antwoorden op de argumenten ter ondersteuning van deze middelen die op zichzelf geen afzonderlijke middelen uitmaken.*” (Cass. 30 november 2001, P. International N.V. en P.T./G/H/ en M.H. ; vgl. Cass. 4 oktober 1999, Damin/ Belgische Staat “*het ontbreken in een rechterlijke beslissing van enige considerans die in verband kan worden gebracht met de in de conclusie van een partij vervatte grief, maakt in se geen gebrek aan redengeving uit*”) Het Hof van Cassatie besliste eveneens : “*de rechter die tegenover een middel van een partij zijn tegengestelde beoordeling stelt, voldoet aan de motiveringsverplichting zonder dat hij daarenboven hoeft te antwoorden op alle argumenten die de partij tot staving van dat verweer aanvoert en die geen afzonderlijke middelen zijn*”. (Cass. 26 september 2001,B./D.).

Partijen verwarren een volgens hen *onjuiste* motivering met een *gebrek* aan motivering. Inderdaad, “*zelfs een onjuist of ongepast motief kan aan de vormvereisten van [artikel 149 G.W.] voldoen*” (Cass. 2 november 1999, Yachou).

De Raad voor de Mededinging is van mening dat de argumenten van appellanten in het licht van deze rechtspraak moeten worden verworpen.

2. De ongeoorloofdheid van de opgelegde maatregelen.

De Vlaamse Mediamaatschappij N.V. beweert dat de door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging opgelegde maatregelen ongeoorloofd zijn.

Artikel 35,§1 van de WBEM bepaalt dat de Voorzitter voorlopige maatregelen kan opleggen zonder deze maatregelen verder te preciseren. De Voorzitter beschikt met andere woorden over een ruime discretionaire bevoegdheid om maatregelen op te leggen die aan de *prima facie* inbreuk op de WBEM een einde moeten stellen in afwachting van een uitspraak ten gronde. Hij houdt hierbij rekening met de door de partijen aangedragen argumenten en suggesties. *In casu* hebben partijen zich echter beperkt, tot het afwijzen van de vermeend “draconische” voorlopige maatregelen in de meest algemene bewoordingen, zonder enig concreet voorstel van minder verreichende maatregel zoals nu in het verzoekschrift geformuleerd.

De Raad voor de Mededinging blijft van oordeel dat de door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging opgelegde voorlopige maatregelen geoorloofd zijn en niet strijdig zijn met enig hoger rechtsbeginsel.

Gedaan te Brussel,

10 juni 2003

Door een Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit Frank Deschoolmeester, Kamervoorzitter, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging en de heren Geert Zonnekeyn en Wouter Devroe, leden.

3.5. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. nr.2003/MR/3 en A.R. Nr. 2003/MR/8

Schriftelijke opmerkingen van de raad voor de mededinging in toepassing van artikel 43 bis §2 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.)

A.R. nr. 2003/MR/3

A.R. nr. 2003/MR/8

Gezien de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2002-V/M-95 van 24 december 2002;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de Koninklijke Gilde van Vlaamse Antiquairs op 31 januari 2003;

Gezien de beschikking van het Hof van Beroep te Brussel van 11 maart 2003 waardoor de Raad voor de Mededinging een termijn voor het formuleren van schriftelijke opmerkingen werd verleend in toepassing van artikel 43 bis, §2 van de WBEM, die verstrijkt op 18 augustus 2003;

De Raad voor de Mededinging wenst de volgende schriftelijke opmerkingen in de zin van artikel 43 bis §2 van de WBEM te formuleren :

1. Het overgangsrecht

In het verzoekschrift tot hoger beroep wordt verwezen naar de problematiek van het overgangsrecht, met name :

- onder nr. 14 : hier wordt gesteld dat de kennisgeving van 2 januari 2003 gedaan werd overeenkomstig het nieuwe artikel 40 bis van de WBEM, zodat verzoekster in beroep hoger beroep heeft aangetekend overeenkomstig het nieuwe artikel 43 bis van de WBEM. Verzoekster in beroep maakt voorbehoud voor het geval het hoger beroep had dienen ingesteld te worden op grond van de oude wet.
- Onder nr. 32 : hier wordt gesteld dat de oude wet van 5 augustus 1991 van toepassing is, op grond van artikel 47, lid 2 van de wet van 26 april 1999 tot wijziging van de WBEM. Verzoekster in beroep stelt dat de oude versie van artikel 5 van de WBEM van toepassing is aangezien het onderhavig geval al van juni 1998 aanhangig is bij de Raad voor de Mededinging.

Ook in de beroepsbesluiten wordt verwezen naar de problematiek van het overgangsrecht, in het bijzonder onder nr. 23, waar gesteld wordt dat volgens de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel, er geen twijfel meer over kan bestaan dat alle beroepen, na de inwerkingtreding van artikel 43 bis van de WBEM, tegen een beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op de wijze voorgeschreven in dat artikel moeten ingesteld worden.

De Raad voor de Mededinging wenst de volgende opmerkingen te maken :

De gewijzigde wet is in ieder geval van toepassing voor de procedure in hoger beroep, zoals het Hof oordeelde, onder meer door de beschikking, waardoor een termijn voor het opstellen van schriftelijke opmerkingen aan de Raad voor de Mededinging werd verleend.

De gewijzigde wet is tevens van toepassing, nu een aanvullend onderzoek bevolen werd door de Voorzitter. Dit aanvullend onderzoek werd opgesteld door het Korps Verslaggevers, waardoor de nieuwe wet van toepassing wordt.

In subsidiaire orde wenst de Raad voor de Mededinging te verwijzen naar de meer algemene beginselen inzake de intertemporele werking van het recht. Volgens de Raad voor de Mededinging dient een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de procedurebepalingen van de WBEM (die onmiddellijk van toepassing zijn) en de materiële bepalingen van de WBEM waarover de Raad voor de Mededinging de volgende opmerkingen wenst te formuleren. De onmiddellijke werking van de wet wordt beschouwd als zijnde de algemene regel. Volgens dit principe wordt de nieuwe wet, met uitsluiting van de oude wet, geacht van onmiddellijke toepassing te zijn niet alleen op feiten die zich voordoen na het in werking treden van de nieuwe wet, maar ook op de na die inwerkingtreding ontstane rechtsgevolgen van voordien voorgevallen feiten (W. Van Gerven, Algemeen deel, I, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Antwerpen, Standaard, 1973, p.66-67). Dit geldt des te meer voor wetten die, zoals de WBEM, van openbare orde zijn (W. Van Gerven, Algemeen deel, I, Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Antwerpen, Standaard, 1973, p.73). Deze principes werden bevestigd door het Hof van Cassatie (zie o.a. Cass., AR C.00.0350.N, arrest van 14 februari 2002; Cass. AR C.94.0210.F, arrest van 13 mei 1996 en Cass., AR 7835, arrest van 13 februari 1993. Al deze arresten kunnen worden geraadpleegd op <http://www.cass.be>).

2. De termijn waarbinnen een beslissing dient genomen te worden (termijn van 15 dagen op grond van artikel 35 van de oude WBEM).

In nr. 21 van het verzoekschrift hoger beroep stelt verzoekster in beroep dat de oude versie van artikel 35, § 2 van de WBEM van toepassing is, waarin bepaald wordt dat een uitspraak dient genomen te worden binnen een termijn van 15 dagen na ontvangst van het verslag van de Dienst. Verzoekster in beroep meent dat het de bedoeling van de wetgever zou geweest zijn om een sanctie vast te knopen aan deze termijn.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat dit geenszins het geval is.

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat hij van oordeel is dat de gewijzigde tekst van artikel 35 van de WBEM van toepassing is. In deze gewijzigde tekst werd de termijn van 15 dagen weggelaten (zie hierover reeds de opmerkingen van de Raad voor de Mededinging over het overgangsrecht).

In subsidiaire orde is de Raad voor de Mededinging van oordeel dat het niet naleven van de termijn van 15 dagen zoals voorzien door het oude artikel 35 van de WBEM niet wordt gesanctioneerd en dit om de volgende redenen:

De Raad voor de Mededinging verwijst in de eerste plaats naar het Jaarverslag 1994-95 van de Raad voor de Mededinging waar uitdrukkelijk wordt verwezen naar het feit dat de termijn van 15 dagen slechts zelden in acht wordt genomen (p.47). In dit Jaarverslag maakt de Raad voor de Mededinging er ook melding van dat deze termijn niet wordt nageleefd om de partijen de gelegenheid te geven hun verweer voor te dragen (p.47). Indien deze termijn strikt zou worden nageleefd zou dit praktisch onmogelijk zijn.

Verder wenst de Raad voor de Mededinging er op te wijzen dat, in een beslissing van 11 mei 2001, de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging geoordeeld heeft dat de in artikel 35 van de WBEM voorziene termijnen geen vervaltermijnen zijn (zie beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 11 mei 2001, nr.2001-V/M-22, *Unie der Belgische Ambulancediensten t. het Belgische Rode Kruis*, gepubliceerd in het Jaarverslag 2001 van de Raad voor de Mededinging, p. 164).

De Raad voor de Mededinging is derhalve van oordeel dat het niet de bedoeling was van de wetgever om te voorzien in sancties wegens het niet naleven van de termijn van 15 dagen zoals voorzien door het "oude" artikel 35 van de WBEM.

3. De problematiek van de devolutieve werking van het neerleggen van een eerste verzoekschrift hoger beroep tegen de beslissing van 27mei 2002.

De Raad voor de Mededinging verwijst hier integraal naar de motivering opgenomen in de aangevochten beslissing van 24 december 2002 en in het bijzonder naar de gevolgen van artikel 43 bis, §1 van de WBEM en van artikel 43 bis, § 4 van de WBEM.

4. De erkenning van de inbreuk.

De Raad voor de Mededinging merkt op dat verzoekster in hoger beroep, in nr. 6 van het verzoekschrift, duidelijk erkent dat er een deelnameverbod is geweest aan de door de MSA georganiseerde beurzen van Brugge en Knokke. Verzoekster in beroep stelt immers dat :”De Gilde weigerde deze leden eraan deel te nemen onder verwijzing naar haar besluit van de statutaire vergadering van de Gilde van 1 februari 1998”. De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat dit een gerechtelijke bekentenis vormt in de zin van artikel 1356 B.W. Neergeschreven in besluiten wordt de bekentenis immers voor de rechter gedaan in de zin van artikel 1356 B.W. (zie R. Vandeputte, De Overeenkomst, Brussel, Larcier, 1977, p.433, noot 11). Deze gerechtelijke bekentenis wordt bovendien nogmaals bevestigd in nr. 59 van de besluiten in beroep waar gesteld wordt dat : “ten tijde van het gevraagde deelnameverbod, met name van 17 november 1997 tot en met 17 december 1999 (...), Verzoekster in beroep betwist derhalve niet dat er wel degelijk gedurende een zekere periode een deelnameverbod is geweest.

5. Nieuw feit: al dan niet relevant.

De Raad voor de Mededinging merkt tevens op dat zowel in het verzoekschrift (nrs 23 en 41) als in de beroepsbesluiten (nr. 7) verzoekster in beroep stelt dat het verzoek tot voorlopige maatregelen thans zonder voorwerp zouden zijn geworden omdat het deelnameverbod niet meer zou toegepast worden. Dit is in strijd met hetgeen is voorgehouden tijdens de procedure voorlopige maatregelen bij de Voorzitter, aangezien daar altijd gesteld is geweest dat het deelnameverbod nog steeds van toepassing was. Verzoekster in beroep brengt klaarblijkelijk thans een nieuw stuk bij (een verklaring opgesteld tijdens de algemene vergadering van 11 februari 2003) waarin de aanwezige leden zouden bevestigd hebben dat het deelnameverbod niet meer geldt. Vanzelfsprekend betreft dit een nieuw stuk, dat nog niet gekend was op het ogenblik van de uitspraak d.d. 27 december 2002. Bovendien dient dit nieuwe stuk (een nieuwe verklaring) met de nodige omzichtigheid benaderd te worden, nu het dateert van na de beslissing van 27 december 2002 houdende veroordeling van de Gilde.

6. De vereiste van een voorafgaande klacht vooraleer een verzoek tot voorlopige maatregelen kan neergelegd worden.

In de beroepsbesluiten wordt voor het eerst gesteld dat de klacht op hetzelfde ogenblik werd neergelegd als het verzoekschrift, zodat niet voldaan is aan de vereiste van een voorafgaande klacht.

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen en een klacht in de praktijk steeds samen bij de Raad voor de Mededinging worden neergelegd. Het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging registreert het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen echter steeds na de klacht. Deze praktijk werd ook door de Dienst voor de Mededinging gevolgd zodat in casu in ieder geval aan de vereiste van een voorafgaande klacht is voldaan.

7. De vraag of een aanvullend onderzoek mogelijk is in het kader van de procedure voorlopige maatregelen op grond van artikel 35 van de WBEM.

In haar beroepsbesluiten stelt verzoekster in beroep dat het onverenigbaar zou zijn om, in het kader van een procedure op grond van artikel 35 van de WBEM, een aanvullend onderzoek te bevelen, waarna het *prima facie* karakter van een inbreuk vastgesteld wordt.

De Raad voor de Mededinging wenst op te merken dat het bevelen van een aanvullend onderzoek geenszins onverenigbaar is met de procedure in het kader van artikel 35 van de WBEM. Het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM vereist niet dat een inbreuk op de artikelen 2 en 3 van de WBEM vaststaat maar dat de inbreuk ogenschijnlijk bestaat. Deze waarschijnlijkheid moet echter wel voldoende zijn om de voorlopige maatregel te verantwoorden. Indien het verslag de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging niet in staat stelt een dergelijke waarschijnlijkheid met voldoende zekerheid vast te stellen en een voorlopige maatregel te verantwoorden, is het normaal dat de Voorzitter een bijkomend onderzoek vraagt aan de verslaggever.

De Raad voor de Mededinging verwijst tevens naar het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 4 september 1996, waar het Hof geoordeeld heeft dat de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, nadat hij de partijen heeft gehoord, nog een bijkomend onderzoek mag laten verrichten om sommige inlichtingen in te winnen (arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 4 september 1996, *AGICOA t. Belgische Staat*, gepubliceerd in Jaarboek Handelspraktijken § Mededinging 1996, p.740).

Bovendien wenst de Raad voor de Mededinging te benadrukken dat wanneer de Voorzitter zijn beslissing inzake voorlopige maatregelen zou baseren op een onvolledig verslag, dit de rechten van verdediging zou schaden.

In casu diende de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging een aanvullend onderzoek te bevelen aan de verslaggever omdat de Dienst voor de Mededinging zich in zijn verslag grotendeels had beperkt tot een onderzoek naar de ontvankelijkheid van het verzoek zodat een bijkomend onderzoek naar de grond van de zaak gewenst was.

8. De merkbaarheidsvereiste in het kader van artikel 2 van de WBEM.

De merkbaarheid.

Verzoekster in beroep stelt dat de beperking van de mededinging, voor zover die er al zou zijn, alleszins niet merkbaar is, gezien er slechts 36 antiquairs betrokken zouden zijn bij de maatregel (op 200 antiquairs), hetgeen slechts een percentage van 18 % (verzoekster in beroep en de verslaggever maken verkeerdelijk melding van een cijfer van 16 %) zou uitmaken.

De Raad voor de Mededinging wenst vooreerst op te merken dat hij het percentage van 18 % niet in twijfel trekt. Integendeel, indien enkel het Vlaamse grondgebied in aanmerking zou worden genomen, zoals de verslaggever vermeldt, zou dit cijfer nog hoger liggen.

De Raad voor de Mededinging verwijst in dit verband naar de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beïnvloeden in de zin van artikel 81, lid 1 van het Verdrag tot Oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*) (Pb.EG., C368/13 van 22 december 2001). In deze mededeling hanteert de Europese Commissie een marktaandeeldrempel van 10 % op de relevante markt om te bepalen of een overeenkomst tussen concurrenten kan genieten van de *de minimis* regeling (paragraaf 7a) van de mededeling). In casu beschikt verzoekster in hoger beroep over een marktaandeel van 18 %, dus ruim boven de 10 % drempel die door de Europese Commissie wordt gehanteerd. De Raad voor de Mededinging is derhalve van oordeel dat de mededinging op de Belgische (subsidiar Vlaamse) markt merkbaar wordt beïnvloed.

Toepassing van artikel 5 WBEM

Verzoekster in hoger beroep verwijst in dit verband naar het oude artikel 5 van de WBEM. De Raad voor de Mededinging merkte reeds hoger op dat hij van oordeel is dat de gewijzigde bepalingen van de WBEM en van artikel 5 van de WBEM van toepassing zijn.

Het gewijzigde artikel 5 van de WBEM beperkt zich tot het vrijstellen van de aanmeldingsvoorwaarde voor de in artikel 2, §1 van de WBEM genoemde praktijken indien de betrokken ondernemingen kleine en middelgrote ondernemingen zijn. Dit betekent dat het verbod op restrictieve mededingingspraktijken van artikel 2, §1 van de WBEM onverminderd van toepassing is op afspraken tussen kleine en middelgrote ondernemingen, zij het dat geen voorafgaande aanmelding is vereist opdat een vrijstelling zou kunnen worden gegeven. Van een “de minimis” regel is dus geen sprake meer. De Voorzitter van de Raad voor de Mededinging kan dus in ieder geval een *prima facie* inbreuk op artikel 2, §1 van de WBEM vaststellen.

9. De publicatiemaatregel in het kader van een voorlopige maatregel.

Tenslotte stelt verzoekster in beroep (nr. 46 van het verzoekschrift) dat de bevolen publicatiemaatregel een maatregel zou zijn die onverenigbaar is met het begrip voorlopige maatregelen. Volgens verzoekster in beroep is de publicatiemaatregel van aard de rechten van partijen definitief te regelen, zelfs al wordt de publicatie later opgeheven.

De Raad voor de Mededinging is van oordeel dat het bevelen van een publicatiemaatregel geenszins onverenigbaar is met het begrip voorlopige maatregel.

De Raad wenst op te merken dat dit begrip niet wordt gedefinieerd in de WBEM en dat aan de Voorzitter een ruime discretionaire bevoegdheid wordt toegekend over de aard van de op te leggen voorlopige maatregelen.

* * * *

In bijlage worden volledigheidshalve de eerste schriftelijke opmerkingen van 18 december 2002 gevoegd.

Gedaan te Brussel,

28 juli 2003

Door een Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit Frank Deschoolmeester, Kamervoorzitter, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging en de heren Geert Zonnekeyn en Peter Poma, leden.

3.6. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. nr.2002/MR/10 en A.R. Nr. 2002/MR/11

Schriftelijke opmerkingen van de Raad voor de Mededinging in toepassing van artikel 43*bis*, §2 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (hierna W.B.E.M.)

A.R. Nr. 2002/MR/10

A.R. Nr. 2002/MR/11

Gezien de beslissing van de Raad voor de Mededinging nr. 2002-V/M-80 van 5 november 2002;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de Veiling Borgloon CVBA op 5 december 2002;

Gezien het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd door de Belgische Fruitveiling CVBA op 5 december 2002;

Gezien de beschikkingen van het Hof van Beroep te Brussel van 17 juni 2003 waardoor aan de Raad voor de Mededinging een termijn voor het formuleren van schriftelijke opmerkingen werd verleend in toepassing van artikel 43*bis*, §2 van de WBEM, die verstrijkt op 15 oktober 2003;

De Raad voor de Mededinging wenst na grondige studie van de procedurestukken in hoger beroep géén schriftelijke opmerkingen conform art. 43 bis § 2 WBEM te maken om volgende redenen :

De aangevoerde argumenten zijn niet van die aard om de beoordeling van de feiten ten gronde te wijzigen;

De bijkomende argumenten in hoger beroep blijken niet relevant te zijn voor de zaak, noch op juridisch, noch op economisch vlak.

Gedaan te Brussel,

op 10 oktober 2003.

Door een Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit Frank Deschoolmeester, Kamervoorzitter, Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging en de heren Marc Jegers en Patrick Van Cayseele, leden van de Raad voor de Mededinging.

3.7. Schriftelijke opmerkingen inzake A.R. nr.2003/MR/14

Schriftelijke opmerkingen van de Raad voor de Mededinging in toepassing van artikel 42*bis* § 4 W.B.E.M.

AR 2003/MR/14

inzake:

BVBA KRISTEL COOLS

t/ (1) DE CHRISTELIJKE MUTUALITEIT ANTWERPEN (CM Antwerpen)

(2) DE LANDSBOND DER CHRISTELIJKE MUTUALITEITEN (LCM)

Gelet op het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, 13^e Kamer, in datum van 6 oktober 2003, waarbij een prejudiciële vraag werd gesteld aan het Hof van Beroep te Brussel;

Gelet op de kennisgeving d.d. 14 oktober 2003 vanwege de griffier van het Hof van Beroep te Brussel, waarbij hij partijen in kennis stelde van deze prejudiciële vraag en uitnodigde om binnen de maand schriftelijke opmerkingen te maken;

Gelet op de stukken van partijen;

1. Voorafgaand

Betrokken prejudiciële vraag werd besteld bij vonnis van 6 oktober 2003 door de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen. Op 14 oktober 2003 gaf de griffier van het Hof van Beroep te Brussel kennisgeving aan **de partijen** op grond van art. 42*bis*, § 4 W.B.E.M. met uitnodiging om binnen de maand hun schriftelijke opmerkingen te maken. De Raad stelt zich de vraag of hierdoor ook de termijn voor het maken van schriftelijke opmerkingen voor hem begint te lopen.

2. Ten gronde

De Raad voor de Mededinging wenst volgende schriftelijke opmerkingen in de zin van art. 42*bis* § 4 W.B.E.M. te geven :

1. Sedert eind februari 2000 boden de Christelijke Mutualiteiten een aanvullende verzekering “orthodontie” aan ten behoeve van hun leden, als gevolg van het feit dat de terugbetalingstarieven sinds jaren niet meer waren aangepast.

De leden van de CM hierdoor op een bijzondere tegemoetkoming konden aanspraak maken mits twee voorwaarden waren vervuld : (1) de patiënt moet behandeld worden door een tandarts die onder de voorwaarden gesteld door de CM als “orthodontist” werd gekwalificeerd; (2) de tandarts diende de door de CM vooropgestelde maximumtarieven te respecteren.

Om als tandheekkundige onder toepassing van deze aanvullende verzekering patiënten te kunnen behandelen moest men: (1) ofwel uitsluitend de orthodontie beoefenen; (2) ofwel gedurende de laatste 3 jaar een bepaalde drempelactiviteit in de orthodontie bereikt hebben, nl. per kalenderjaar bij gemiddeld 40 patiënten met een orthodontiebehandeling zijn gestart; (3) ofwel in het bezit zijn van een universitair diploma in de orthodontie.

De CM beschikte over interne lijsten met de namen van tandheekkundigen die aan deze voorwaarden voldeden en door haar waren “erkend”.

Het voorwerp van huidig geschil betreft het vroegere artikel 54 van de statuten van de CM Antwerpen, in de mate dat bovenvermelde bijzondere bekwaming werd opgelegd aan tandarts Kristel COOLS om orthodontische prestaties te kunnen verrichten onder toepassing van deze vrije aanvullende verzekering en in de mate dat hiervoor richttarieven gehanteerd worden (waarvan de CM zelf zeggen dat zij "verwachten dat de orthodontisten zich hieraan houden").

In het raam van deze aanvullende verzekering kende CM Antwerpen een uitkering van 3.000 BEF toe bij elke orthodontische behandeling van een rechthebbende als aanvulling op de Z.I.V. Deze tegemoetkoming kon tot 25.000 BEF oplopen voor patiënten bij wie de IOTN-index hoger was dan 3.

Inmiddels heeft de CM Antwerpen haar statutaire bepalingen inzake de aanvullende verzekering voor orthodontische behandelingen op 1 januari 2003 gewijzigd, zodat er enkel over de toestand t.e.m. 31 december 2002 moet worden geoordeeld. De nieuwe regeling past nl. thans de aanvullende verzekering voor orthodontische behandelingen op volledig uniforme wijze toe, ongeacht de hoedanigheid van de zorgverstrekker (dus zowel de algemene tandarts als de tandarts-specialist mag de behandeling stellen). Het concept van de tandarts met een bijzondere bekwaming inzake orthodontie werd aldus volledig verlaten.

Er weze opgemerkt dat de zaak voor de Rechtbank te Antwerpen niet zonder voorwerp is geworden (gezien de statuten van CM inmiddels gewijzigd werden) nu CM zelf in zijn besluiten stelt dat de oude statuten nog bij wijze van overgangsmaatregel van toepassing zijn. (zie pagina 28 van de syntheseconclusies van CM: *"Lopende dossiers (in voege van voor de statutenwijziging van CM Antwerpen in functie van de vernieuwde dienst) worden volgens de oude statuten afgehandeld"*).

De BVBA Kristel COOLS beroept zich t.a.v. bovenvermelde praktijken in een procedure voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen (waarbij ze schadevergoeding vordert) op een reeks wettelijke inbreuken o.a. op de schending door verweersters van art. 2 § 1 a), c) en d) W.B.E.M. Door de CM wordt gesteld dat er geen sprake was van een overeenkomst, noch van onderling afgestemde gedragingen, terwijl er - in ongeschikte orde - geen sprake was van restrictieve mededingingspraktijken. Bij vonnis d.d. 6 oktober 2003 stelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen hieromtrent de prejudiciële vraag aan het Hof van Beroep te Brussel "of de regeling van de statutaire dienst orthodontie zoals vervat in art. 54 van de statuten van CM Antwerpen zoals deze in voege waren voor 31 december 2002, een schending uitmaakt van art. 2 § 1 a), c) en d) van de geëördineerde wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging".

2. De LCM en de Christelijke Mutualiteiten zijn, wanneer zij een vrije en aanvullende verzekering aanbieden zoals inzake orthodontie, rechtspersonen die op duurzame wijze een economisch doel nastreven. Het zijn derhalve ondernemingen in de zin van art. 1 a) W.B.E.M. en in de zin van het Europese mededingingsrecht ("elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd", vaste rechtspraak sinds Hof van Justitie, arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser, zaak C-41/90, Jurispr. blz. I-1979).

Zie in die zin reeds de Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2001 - V/M-02 van 10 januari 2001 - B.B.U.S.O. t/ LCM en alle Regionale Ziekenfondsen - B.S. 5 mei 2001, 14852; de Raad stelt vast dat tegen deze beslissing geen beroep is ingesteld binnen de voorziene termijnen.

Zie voorts, meer bepaald wat de aflijning tussen sociale zekerheid en privé-verzekering betreft, EG Hof van Justitie, 16 november 1995, C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) / Ministère de l'Agriculture et de la Pêche (*Jurispr.* 1995, I-4013). Ook in meer recente rechtspraak hanteert het Hof van Justitie een ruim ondernemingsbegrip, al dan niet gekoppeld aan een ruime toepassing van art. 86, lid 2, EG (zie o.m. de arresten van 21 september 1999, zaken C-67/96, Albany, *Jurispr.* 1999, I-5863; gevoegde zaken C-115/97 tot C-117/97, Brentjens', *Jurispr.*, 1999, I-6029; zaak C-219/97, Drijvende Bokken, *Jurispr.*, I-6125).

Nu de CM Antwerpen haar aanvullende verzekering orthodontie actueel of potentieel aanbiedt in concurrentie met privé-verzekeraars acht de Raad eveneens van bijzonder belang het arrest van het Hof van Justitie van 25 oktober 2001, in zaak C-475/99, Glöckner. In r.o. 20 van dit arrest over diensten van ambulancevervoer oordeelt het Hof :

"verlenen de EHBO-organisaties tegen betaling door de gebruikers diensten op de markt voor vervoer van spoedgevallen en voor ziekenvervoer. Die activiteiten werden en worden niet altijd noodzakelijkerwijs door dergelijke organisaties of door overheidsinstanties verricht. Een dergelijke dienstverlening is *dus* een economische activiteit voor de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag." (nadruk toegevoegd)

Ook in andere recente arresten definieert het Hof het begrip "economische activiteit" in algemene bewoordingen als "het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt" (zie o.m. Hof van Justitie, arrest van 4 maart 2003, zaak T-319/99, FENIN, r.o. 36 met verwijzingen naar eerdere arresten).

*

Ook de beoefenaars van vrije beroepen zoals tandartsen dienen als ondernemingen te worden beschouwd in de zin van de W.B.E.M. (zie Cass., 2 mei 2002, A.R. D010011N, F.B. tegen Orde der Geneesheren; Cass., 25 september 2003, C 03.0139.N/1, Procureur-Generaal bij het Hof van Cassatie tegen Orde van de Vlaamse Balies; EG Hof van Justitie, 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters).

3. Door de LCM werd op 19 november 1999 een raamakkoord afgesloten met de Vlaamse Vereniging van Orthodontisten (V.B.V.O.), waarin uitwerking werd gegeven aan de hierboven omschreven praktijken. Het raamakkoord voorzag daarenboven in diverse overeenkomsten o.a. individueel tussen de CM en de tandarts die op de lijst werd opgenomen en wiens patiënten zodoende onder de toepassing van de betrokken aanvullende verzekering vielen (door CM "erkende" orthodontisten - de zgn. "selected providers").

Ook de modelformulieren die de CM aan de orthodontisten voorlegde, maakten melding van de afgesproken bepalingen o.a. het opleggen van richttarieven voor de orthodontische behandelingen. Dat de raamovereenkomst tussen LCM en de V.B.V.O werd opgezegd op 17 mei 2000 heeft in de praktijk niet belet dat de individuele overeenkomsten bleven bestaan en verder werden uitgevoerd. Anders dan de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen in zijn vonnis van 6 oktober 2003 oordeelde (p. 10) meent de Raad dat er dus wel degelijk sprake is van **overeenkomsten** in de zin van art. 2 § 1 W.B.E.M. (zie ook de Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2001 - V/M-02 - 10 januari 2001 - o.c.).

4. De wijze waarop LCM en CM Antwerpen hun aanvullende verzekering orthodontie hadden georganiseerd, had een impact op de markt van de orthodontische behandelingen zelf. Doordat sommige tandartsen wel en andere niet werden opgenomen op de lijsten van "selected providers", gecombineerd met het hanteren van richttarieven, kon de mededinging op de betrokken markt merkbaar verhinderd, beperkt of vervalst worden.

Tandartsen die geen afspraken wilden maken met het CM Ziekenfonds verloren hun patiënten "orthodontie" ten voordele van tandartsen die zich schikten naar de CM voorwaarden. De markt van de orthodontische behandelingen werd verdeeld in "CM tandartsen" en "niet-CM tandartsen", waarbij de keuzevrijheid van de patiënt werd beperkt.

In de mate dat het destijds ingevoerde systeem aldus de mededinging tussen de orthodontisten beperkte, meent de Raad derhalve, onder voorbehoud van de behandeling van de twee klachten ten gronde (zie punt 5 hieronder), dat er sprake is van een **inbreuk** op art. 2 § 1 W.B.E.M.

5. Tenslotte merkt de Raad op dat momenteel twee klachten neergelegd zijn die betrekking hebben op de problematiek *in casu*. De eerste klacht werd neergelegd op 19 mei 2000 door BBUSO en is gekend onder nr. MEDE-PK-00/0026. Het is in het kader van deze klacht dat de reeds geciteerde beslissing nr. 2001-V/M-02 van 10 januari 2001 is geveld. De tweede klacht werd neergelegd op 9 augustus 2001 door o.a. tandarts COOLS en is gekend onder nr MEDE-PK-01/0043.

Beide zaken zijn ten gronde nog in onderzoek bij het Korps Verslaggevers. Het staat het Hof vrij een onderzoek door het Korps Verslaggevers te vragen in het kader van huidige prejudiciële procedure op grond van art. 23 § 1, f) W.B.E.M., dat uitdrukkelijk in deze mogelijkheid voorziet.

Aldus gedaan te Brussel op 12 november 2003 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit : Frank Deschoolmeester, Kamervoorzitter; Béatrice Ponet, Voorzitter van de Raad voor de Mededinging; Wouter Devroe en Marc Jegers, leden.