

Beslissing nr. 2007-V/M-04-AUD van 24 januari 2007

CONC-V/M-06/0035: Vzw Federatie Ho.Re.Ca Wallonie, Vzw Federatie Ho.Re.Ca Vlaanderen, BVBA Excellence, BVBA Jesy, De heer Patrick Pauwels en de heer Jean Boegen / Inbev NV

I. PROCEDURE

1. Op 29 augustus 2006 werd bij de Raad voor de Mededinging een klacht ingediend door Vzw Federatie Ho.Re.Ca Wallonie, Vzw Federatie Ho.Re.Ca Vlaanderen, BVBA Excellence, BVBA Jesy, De heer Patrick Pauwels en de heer Jean Boegen tegen Inbev NV.

2. In hetzelfde document werd aan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging eveneens verzocht voorlopige maatregelen te nemen. Dit verzoek werd als volgt geformuleerd:

“il est demandé à Monsieur le Président du Conseil de la Concurrence, au titre des mesures provisoires, ainsi qu’au Conseil de la Concurrence lui-même, au titre de la plainte au fond, de faire injonction à la S.A. INBEV BELGIUM de prendre toutes les mesures nécessaires et généralement quelconques pour permettre simplement aux exploitations Horeca qui en feraient la demande de se voir restituer les anciens verres « Jupiler » qui étaient en usage avant l’introduction des nouveaux verres par INBEV et ce dans le strict respect de leur liberté de choix. Cette restitution devra intervenir immédiatement, soit endéans les 72 heures, le délai courant à dater du moment de l’expédition de la demande.”

3. De klacht werd geregistreerd onder het nummer MEDE-P/K-06/0034, het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen onder het nummer MEDE-V/M-06/0035.

4. Deze beslissing heeft betrekking op het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen, dat is ingesteld op grond van artikel 35 van de WBEM, gecoördineerd op 1 juli 1999.

5. De wet is met ingang van 1 oktober 2006 vervangen door de gelijknamige maar recentere wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006.

6. Het onderzoek verloopt dan ook verder in het licht van artikel 62 van de nieuwe WBEM.

7. De verrichte procedurehandelingen op grond van de oude WBEM blijven evenwel overeenkomstig artikel 94, §2 van de nieuwe WBEM van kracht met het oog op de toepassing van de nieuwe wet.

8. Het onderzoek werd gevoerd door Silvie Van Goethem, Katrijn De Vliegheer, Devi Wyns, Tom Hofman, allen attaché bij de Dienst voor de Mededinging.

II. DE PARTIJEN

2.1. Verzoekers

9. De verzoekers van de voorlopige maatregelen zijn respectievelijk:

- Vzw Federatie Ho.Re.Ca Wallonie met maatschappelijke zetel te 5100 Jambes, Avenue Gouverneur Bovesse, 35, bus 35 en met ondernemingsnummer 0416.290.940;
- Vzw Federatie Ho.Re.Ca Vlaanderen met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Boulevard Anspach 111, bus 4;

Publieke versie

- BVBA Excellence met maatschappelijk zetel te 6000 Charleroi, Place du Manège 6 en met ondernemingsnummer 0434.907.220;
 - BVBA Jesy, met maatschappelijke zetel te 4000 Luik, Place des Carmes 8
 - de heer Patrick Pauwels, [vertrouwelijk], met ondernemingsnummer 0694.202.472;
 - de heer Jean Boegen, [vertrouwelijk], met ondernemingsnummer 0695.266.603.
10. **Ho.Re.Ca Wallonie** is een beroepsfederatie die de belangen behartigt van een groot aantal professionelen actief in het hotelwezen en in de horecasector (caféhouders) in Wallonie.
11. **Ho.Re.Ca Vlaanderen** heeft als missie de behartiging van de belangen van alle horecabedrijven in Vlaanderen die bereid zijn zich te ontwikkelen tot professionele ondernemingen.
12. Beide beroepsverenigingen werken autonoom, hebben hun eigen interne organisatie en bepalen zelf de toetredingsvoorwaarden van hun leden.
13. De andere verzoekers zijn caféhouders.
14. De verzoekers worden vertegenwoordigd door Meesters Luc Misson en Laurent Wysen, beide advocaat bij Advocatenkantoor BVBA Misson, Rue de Pitteurs 41, 4020 Luik.

2.2. De verweerder: Inbev Belgium

15. De vraag om voorlopige maatregelen is gericht tegen Inbev Belgium NV (hierna: Inbev) met maatschappelijke zetel te 1070 Brussel, Industrielaan 21 en met ondernemingsnummer 0433.666.709.
16. Inbev is voornamelijk actief op het vlak van productie en verkoop van bier, zij is de grootste brouwer van pilsbier op de Belgische markt. Naast haar brouwerijactiviteiten beschikt Inbev ook over een nationaal netwerk van groothandelaars die bier en andere dranken distribueren.
17. De verweerder wordt vertegenwoordigd door Meester Peter Wytinck, advocaat bij Advocatenkantoor Stibbe, Henri Wafelaertsstraat 47-51, 1060 Brussel.

III. DE KLACHT EN DE VOORLOPIGE MAATREGELEN

18. De verzoekers hebben een klacht en een verzoek om voorlopige maatregelen ingediend tegen Inbev. De klacht en de vraag om voorlopige maatregelen hebben betrekking op de vermeende schending van artikel 3 WBEM.

3.1. De klacht

19. De kern van de klacht kan als volgt worden samengevat.¹
20. In het eerste trimester van het jaar 2006, heeft Inbev nieuwe Jupiler glazen opgelegd aan duizenden horeca-aangelegenheden in België. Deze operatie heeft zich, volgens de verzoekers, afgespeeld op zeer grote schaal zonder enig voorafgaand overleg met de sector en had de omruiling van ongeveer 3 000 000 glazen tot gevolg.
21. Het probleem hierbij ligt in het feit dat de nieuwe Jupiler glazen een grotere inhoud hebben dan de vorige (25 cl). Ondanks het volumeverschil van ongeveer 10%, worden deze nieuwe Jupiler glazen toch als zijnde 25 cl glazen gepresenteerd.

¹ De argumenten van de verzoekers zijn verspreid over een aantal pagina's in de klacht. Hieronder worden hun belangrijkste stellingen beschreven die de kern van de klacht uitmaken.

Publieke versie

22. Het logo van Jupiler op de oude glazen is een krachtige stier. Volgens de richtlijnen van de brouwerij diende het bier getapt te worden tot aan de “mannelijkheid” van de stier die op het logo prijkte, met daarboven een schuimkraag van 3 cm. Het totale volume bedroeg 25 cl bier.
23. Het nieuwe Jupiler glas heeft een nieuw logo en is iets groter van formaat geworden (dus ook een iets grotere volume-inhoud). De afstand tussen de mannelijkheid van de stier en de glasrand bedraagt nog steeds 3 cm, zoals bij de oude glazen. Er is bovendien een geel maatstreepje aangebracht, dat eveneens op een afstand van 3 cm staat van de glasrand.
24. Verzoekers hebben aangetoond dat tegelijkertijd dezelfde regels voor het tappen blijven gelden, namelijk tot aan de mannelijkheid van de stier en de vereiste schuimkraag van 3 cm.² Bijgevolg zal er, rekening houdend met het iets grotere formaat van het glas, een kleine 10% meer bier getapt moeten worden in de nieuwe glazen.
25. Door de ruiloperatie kunnen er slechts 175 pintjes uit een vat van 50 liter worden getapt tegenover 192 in het verleden. Volgens de verzoekers heeft deze ruiloperatie dan ook een belangrijke winstderving voor de betrokken horecabedrijven tot gevolg.
26. Daar komt bij dat met deze winstderving fiscaal geen rekening wordt gehouden omdat bij het forfaitaire systeem wordt uitgegaan van 192 pintjes (25 cl) per vat van 50 l.
27. De verzoekers menen dat Inbev misbruik van haar machtspositie maakt door deze ruiloperatie zonder enig voorafgaand overleg op te leggen en omdat de nieuwe Jupiler glazen ten onrechte gepresenteerd worden als zijnde 25 cl glazen.

3.2. De gevraagde voorlopige maatregelen

28. Verzoekers vragen in hun verzoek om voorlopige maatregelen een terugtrekking van de nieuwe Jupiler glazen, binnen de 72 uur vanaf de inwilliging van het verzoek.

3.3. Uitbreiding van de klacht en voorlopige maatregelen

29. Verzoekers vragen in hun antwoord van 23 oktober 2006 op het verzoek om inlichtingen van de Dienst om de klacht én het verzoek om voorlopige maatregelen uit te breiden tot de Stella glazen.

IV. JURIDISCHE ANALYSE

4.1. Taal van de procedure

30. De klacht (en dus ook het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen daar beide in hetzelfde document werden neergelegd) werd opgesteld in het Frans. De maatschappelijke zetel van Inbev is evenwel in het Brusselse Gewest gevestigd. Bij brief van 5 september 2006 werd Inbev NV door de auditeur Benjamin Matagne gevraagd in welke taal deze procedure volgens haar diende te verlopen. In haar antwoord van 11 september 2006 heeft Inbev laten weten dat zij de voorkeur geeft aan het Nederlands.

² De klacht wordt hierbij gestaafd door volgende documenten: annex 3, annex 6.1/6.2 en annex 9

4.1.1. Standpunt verzoeker

31. De verzoekers hebben bezwaar gemaakt tegen het gebruik van het Nederlands.³ Zowel alle verzoekers (met uitzondering van Ho.Re.Ca Vlaanderen), als hun advocaten zijn immers de Nederlandse taal niet machtig.

32. De verzoekers menen dat de taal van de procedure in casu dient beoordeeld op grond van het artikel 4, §1, tweede en derde lid van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken:

(Tweede lid) “De akte tot inleiding van het geding (...) wordt gesteld (...) in het Frans of in het Nederlands, ter keuze van de eiser, indien de verweerder woonachtig is in een gemeente van de Brusselse agglomeratie of geen gekende woonplaats in België heeft.”

(Derde lid) “De rechtspleging wordt voortgezet in de taal der akte tot inleiding van het geding, tenzij de verweerder, vóór alle verweer en alle exceptie, zelfs van onbevoegdheid, vraagt dat de rechtspleging in de andere taal wordt voortgezet.”

33. Zij besluiten bijgevolg dat de taal van de procedure het Frans dient te zijn, dit naar hun keuze en stellen bovendien dat artikel 4, §1, derde lid onmogelijk toepassing kan vinden aangezien Inbev niet zelf het initiatief heeft genomen om te vragen de rechtspleging in het Nederlands verder te zetten.

4.1.2. Standpunt verweerder

34. Het standpunt van verweerder kan als volgt worden weergegeven:

- Klagers verliezen uit het oog dat zij geen “partij” zijn in dit onderzoek;
- Klagers menen hier te doen te hebben met een tegensprekelijk debat hoewel dat in casu helemaal niet zo is;
- “Zo wordt er over “gelijkheid van wapens” gesproken om een taalgebruik ten voordele van een klager te verdedigen, terwijl dit een communautair principe is over de verhouding tussen de beklagde en de mededingingsautoriteit.”

4.1.3. Beslissing auditeur

35. Vooreerst dient opgemerkt te worden dat tijdens de fase van de vaststelling van de taal van de procedure (september 2006) de oude WBEM, gecoördineerd op 1 juli 1999 nog steeds van kracht was.

36. Voor de vaststelling van de proceduretaal is in casu artikel 23, § 5, 2) van de oude WBEM van toepassing dat bepaalt dat bij de uitoefening van hun onderzoeksbevoegdheid de verslaggevers en de personeelsleden van de Dienst voor de Mededinging zich voor de opstelling van rapporten dienen te houden aan de bepalingen van artikel 11 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in rechtszaken.

37. Overeenkomstig artikel 11 van hoger vermelde wet worden de processen-verbaal in de gemeenten der Brusselse agglomeratie “gesteld in het Frans of in het Nederlands, naar gelang dat degene die er het voorwerp van is, de ene of de ander dezer talen voor zijn verklaringen gebruikt, en bij gemis van verklaring, volgens de noodwendigheden der zaak.”

38. Inbev, die het voorwerp uitmaakt van dit onderzoek, heeft geopteerd om het Nederlands te gebruiken als taal voor de procedure. Deze beslissing werd ingegeven door het feit dat de introductie

³ Antwoord van meester Misson van 23 oktober 2006

Publieke versie

van de nieuwe Jupiler glazen en de verkoopspolitiek besloten worden door de directie van Inbev Belgium te Leuven, waarvan de meerderheid Nederlandstalig is.⁴

39. Uit voorgaande dient te worden besloten dat, ingevolge de toepassing van artikel 23, § 5, 2) van de oude WBEM juncto artikel 11 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in rechtszaken en ingevolge de schriftelijke verklaring van Inbev, de taal van de procedure het Nederlands moet zijn.

40. Om deze reden dienen dan ook alle andere opgeworpen bezwaren van de verzoekers te worden afgewezen.

4.2. Uitbreiding van de klacht en de voorlopige maatregelen tot de Stella glazen

4.2.1. Standpunt verzoeker

41. Verzoekers beweren in hun antwoord van 23 oktober 2006 op het verzoek om inlichtingen van de Dienst dat momenteel in de horecasector het gerucht de ronde doet dat Inbev ook voor haar Stella pils nieuwe glazen zou introduceren die, net zoals de nieuwe Jupiler glazen, een grotere volume-inhoud zouden hebben in vergelijking met de oude Stella glazen. Verzoekers weten evenwel niet of deze geruchten juist en gegrond zijn.

42. Doch in navolging van deze geruchten, vragen de verzoekers in datzelfde antwoord aan de Voorzitter van de Raad om de klacht én het verzoek om voorlopige maatregelen uit te breiden tot de Stella glazen. Zij wensen te bekomen dat de Voorzitter aan Inbev beveelt om de introductie van nieuwe Stella glazen (met grotere volume-inhoud) op te schorten, tenminste gedurende de hele onderzoeksperiode en tot de uitspraak van de Raad voor de Mededinging over de grond van de zaak.⁵

4.2.2. Standpunt verweerder

43. Volgens verweerder wordt in de tekst van de klacht geen melding gemaakt van de Stella-glazen en slaan de opgenomen grieven en feiten enkel op de Jupiler omruiloperatie. Hieruit moet worden afgeleid dat er geen klacht ten gronde bestaat waardoor krachtens artikel 62, §1 en § 2 ook geen verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen kan worden ingediend. Het verzoek is dan ook onontvankelijk.

4.2.3. Beslissing auditeur

44. Verzoekers vragen in hun antwoord van 23 oktober 2006 op het verzoek om inlichtingen van de Dienst om de klacht én het verzoek om voorlopige maatregelen uit te breiden tot de Stella glazen, waarbij ze enkel stellen dat hun argumenten ten gronde van de initiële klacht mutatis mutandis van toepassing zijn, omdat het over een gelijkaardige ruiloperatie van bierglazen zou gaan (met een gelijkaardige mogelijke problematiek eraan verbonden)

45. De vraag tot uitbreiding van de klacht én het verzoek om voorlopige maatregelen tot de Stella glazen is vooreerst gebaseerd op geruchten, waarvan verzoekers erkennen dat ze niet weten of deze

⁴ Brief van meester P. Wytinck van 11 september 2006

⁵ Citaat meester Misson uit zijn antwoord van 23 oktober 2006: “En tout hypothèse, si cette rumeur devait être réelle, nos clients profitent alors de la présente pour procéder à une extension de leur demande de mesures provisoires : Dans ce cas précis, il est demandé à Monsieur le Président du Conseil de la Concurrence, au titre des mesures provisoires, de faire injonction à al SA Inbev Belgium de suspendre l’introduction de nouveaux verres « Stella » qui présenteraient une contenance supérieure aux anciens verres « Stella » à tout le moins pour toute la durée de l’instruction et dans l’attente d’une décision du Conseil de la Concurrence à intervenir au fond. Pour ce qui est de ce nouvel aspect, la présente vous est donc adressée à titre de plainte complémentaire fondée, mutatis mutandis, sur une argumentation similaire par rapport à la plainte initiale.”

geruchten wel juist en gegrond zijn! Het gaat hier met andere woorden om een louter hypothetische situatie. Men weet in eerste instantie niet of Inbev wel plannen heeft om een ruiloperatie voor de Stella glazen door te voeren.

46. Bovendien heeft ieder biermerk een eigen typerend glas, waarbij elk bierglas een eigen vorm, grootte, logo... heeft. Men kan een Jupiler glas niet zomaar gelijkschakelen aan een glas voor Stella pils. Zo is er bij de Stella glazen geen logo van de krachtige stier, waarbij men tot aan zijn mannelijkheid moet tappen om een pintje te serveren volgens de regels van de kunst.

47. Men weet ook niet of die hypothetische ruiloperatie wel enige verandering teweeg zou brengen in de volume-inhoud van het bierglas voor een standaard pintje van 25 cl. Het gaat dus niet zomaar om een "uitbreiding" van Jupiler glazen problematiek, maar eerder om een mogelijke nieuwe problematiek met betrekking tot een ander merk, met name Stella.

48. In de geest van de WBEM en de uitvoeringsbesluiten dient de indiening van een klacht vooreerst te gebeuren in het aantal vereiste exemplaren. Daarenboven moeten zowel een klacht als een verzoek om voorlopige maatregelen ondersteund worden door afdoende bewijskrachtige documenten die in het bezit zijn van de klager.⁶

49. Deze voorwaarden zijn geenszins voldaan met betrekking tot de gevraagde uitbreiding van de klacht én het verzoek om voorlopige maatregelen tot de Stella glazen.

50. Meer nog, gezien het bijkomend verzoek om voorlopige maatregelen gesteund is op geruchten en dus een louter hypothetisch karakter vertoont, kunnen de verzoekers in geen geval de noodzakelijke invulling geven aan de bestaansvoorwaarde van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat dringend moet vermeden worden.⁷

51. Op grond van voorgaande dient te worden besloten dat de gevraagde uitbreiding van de klacht én het verzoek om voorlopige maatregelen tot de Stella glazen geen rechtsgrond heeft, onontvankelijk is en bijgevolg dient afgewezen te worden.

4.3. De toepassingsvoorwaarden voor voorlopige maatregelen

52. Overeenkomstig artikel 62, § 1 WBEM, gecoördineerd op 15 september 2006, kan de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging voorlopige maatregelen nemen om de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken te schorsen, indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door deze praktijken of die schadelijk zouden zijn voor het algemeen economisch belang.

53. Indien de auditeur echter tot het besluit komt dat een verzoek om voorlopige maatregelen niet ontvankelijk is of ongegrond, dan dient hij het verzoek op grond van artikel 62, §3 WBEM te seponeren bij een met reden omklede beslissing. Tegen de beslissing tot sepot kan de klager evenwel nog een beroep instellen bij de voorzitter van de Raad.

54. Om voorlopige maatregelen in de zin van artikel 62, § 1 van de WBEM (cfr. artikel 35 van de oude WBEM) te kunnen toekennen, dienen drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden vervuld te zijn:

- het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager;

⁶ Artikel 3 van het KB van 31 oktober 2006 betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 44, §1, 2° en 3° van de WBEM, gecoördineerd op 15 september 2006 (cfr. artikel 3 van het voorheen geldende KB van 22 januari 1998).

⁷ Artikel 44 van de WBEM *juncto* artikel 5 van het KB van 31 oktober 2006 betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 44, §1, 2° en 3° van de WBEM, gecoördineerd op 15 september 2006.

Publieke versie

- het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM;
- het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden.

55. Indien aan één van deze voorwaarden niet is voldaan, kunnen geen voorlopige maatregelen worden opgelegd.

4.3.1. Het bestaan van een klacht ten gronde en rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager

4.3.1.1. HET BESTAAN VAN EEN KLACHT TEN GRONDE

Krachtens artikel 62, §1 en §2 van de WBEM kan een verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen enkel ingediend worden wanneer er ook een klacht ten gronde bestaat.

a) Verzoeker

56. De verzoekers hebben op 29 augustus 2006 bij de Raad voor de Mededinging klacht neergelegd tegen Inbev op grond van artikel 3 WBEM. In hetzelfde document hebben de verzoekers de Voorzitter van de Raad verzocht voorlopige maatregelen op te leggen. Er bestaat dus een klacht ten gronde.

57. Zoals hoger uiteengezet in punt 3.3, heeft de auditeur de door de verzoekers gevraagde uitbreiding van de klacht én van het verzoek tot voorlopige maatregelen wegens onontvankelijkheid afgewezen.

b) Verweerder

58. Verweerder werpt op dat een verzoek tot voorlopige maatregelen enkel kan worden ingediend door een klager. Dit impliceert dat verzoek en klacht niet in een zelfde document kunnen worden ingediend, hoogstens op dezelfde dag maar dan wel in een afzonderlijk document. Op grond van deze redenering moet volgens verweerder huidig verzoek onontvankelijk worden verklaard.

c) Beslissing

59. De voorzitter van de Raad voor de Mededinging heeft zich in het recente verleden niet formalistisch opgesteld bij de ontvankelijkheidsanalyse van verzoeken om voorlopige maatregelen, zoals blijkt uit het jaarverslag van de Raad voor de Mededinging 2005 (blz. 54):

“De voorzitter heeft echter beslist dat hij geen rechtsmacht had om zich uit te spreken over de vragen of een klacht aan de bij wet of reglement gestelde geldigheidsvereisten voldoet, en of de klagende partij van het rechtens vereiste belang doet blijken.

Die beslissing komt alleen toe aan de kamer van de Raad voor de Mededinging die zal uitspraak doen over de klacht zelf. Bijgevolg past het om, uitspraak doende over een verzoek tot voorlopige maatregelen, soepel om te springen met de vereisten van de geldige klacht en van het rechtens vereiste belang. (...)

Hoewel in beide zaken de aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen opgenomen was in het hetzelfde verzoekschrift waarin de klacht vervat was, en het Korps Verslaggevers daarop ook de aandacht heeft gevestigd, gaat de voorzitter niet in op deze kwestie. In zoverre het gebruik van één akte de ontvankelijkheid van de klacht in het gedrang zou kunnen brengen, geldt wellicht dezelfde redenering als deze betreffende de overige geldigheidsvoorwaarden van de klacht, die hierboven werd weergegeven. Of het gebruik van één akte de ontvankelijkheid van de aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen in het gedrang brengt, werd door het Korps niet expliciet ter sprake gebracht,

en evenmin uitdrukkelijk opgeworpen. De voorzitter geeft in ieder geval blijk van een ingesteldheid die niet naar formalisme neigt door het punt onbesproken te laten.”

60. In de beslissing CRM t/ Portima wijst de Voorzitter op de toepassing van artikel 867 Ger. W, waarbij niet tot nietigheid en/of ontontvankelijkheid kan besloten worden indien de proceshandeling het doel heeft bereikt.⁸ Uit de klacht kan duidelijk afgeleid worden dat verzoekers eveneens voorlopige maatregelen wensen te bekomen van de Voorzitter in de zin van (oud) artikel 35 WBEM.⁹ Het doel is met andere woorden bereikt.

61. Op grond van de beslissingspraktijk van de Voorzitter van de Raad kan worden geconcludeerd dat wanneer de klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen in hetzelfde document werden opgenomen, dit niet automatisch leidt tot de onontvankelijkheid van het verzoek.

62. In casu dient het verzoek als ontvankelijk te worden beschouwd.

4.3.1.2. HET RECHTSTREEKS EN DADELIJK BELANG VAN DE KLAGERS

63. Overeenkomstig artikel 44, §1, 2° van de WBEM moet de klager aantonen dat hij een rechtstreeks en dadelijk belang heeft bij het indienen van de klacht.

64. Het Hof van Beroep te Brussel heeft, gesteund op de voorbereidende werken van de WBEM (Gedr. St., Senaat, Verslag, Commissie, 1289-2 (1990-91) p.55) vastgesteld dat het belang dat vereist wordt van een klager op hetzelfde niveau moet gesteld worden als het belang dat vereist is bij een vordering in rechte overeenkomstig artikel 18 Ger. W. (Brussel, 11 september 1996, R.T.B.F. e.a.t. Belgische Staat e.a., B.S., 20 september 1996, p.24607).

65. Het Hof voegde hier bovendien aan toe dat, voor de precieze inhoud van artikel 18 van het Ger. W., teruggegrepen moet worden naar het Verslag Van Reepinghen van 1964 en dus naar de voorbereidende werken van het Ger. W. zelf. Op basis hiervan besloot het Hof van Beroep dat de klager, wil hij zijn klacht ontvankelijk horen verklaren, moet aantonen dat hij een reeds verkregen en dadelijk belang heeft. Dit bestaat uit ieder materieel 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, geciteerd door het Hof van Beroep).

66. Tenslotte bepaalde het Hof van Beroep dat het belang persoonlijk moet zijn in hoofde van de klager waardoor de klager juridisch niet beschermd is wanneer het belang hem slechts indirect treft (Verslag van Reepinghen, 1964 p.39 en geciteerd door het Hof van Beroep).

67. Opdat een klacht ontvankelijk zou zijn op grond van artikel 23, §1 van de (oude) WBEM, moet het belang niet enkel reëel maar ook persoonlijk zijn in hoofde van de klager. Deze rechtspraak werd reeds meerdere malen bevestigd door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging.¹⁰

⁸ Beslissing nr.2004-V/M-43 van 7 juli 2004, CRM/Portima.

⁹ Klacht p. 24: “Le plaignants sollicitent également que Monsieur le Président de la Concurrence adopte des mesures provisoires en application de l’article 35 de la loi sur la protection de la concurrence économique. A ce titre, la demande des plaignants se veut très limitée et précise : Il est demandé à Monsieur le Président du Conseil de la Concurrence, au titre des mesures provisoires, ainsi qu’au Conseil de la Concurrence lui-même, au titre de la plainte au fond, de faire injonction à la S.A. Inbev Belgium de prendre toutes les mesures nécessaires et généralement quelconques pour permettre simplement aux exploitations Horeca qui feraient la demande de se voir restituer les anciens verres « Jupiler » qui étaient en usage avant l’introduction des nouveaux verres par Inbev et ce dans le strict respect de leur liberté de choix. Cette restitution devra intervenir immédiatement, soit endéans les 72 heures, le délai courant à dater du moment de l’expédition de la demande.”

¹⁰ zie o.m. beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003, VZW United Media Agencies/Febelma/BVDU/BeMedia, beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2004-V/M-30 van 25 maart 2004, NV Source Belgium / CVBA Febelco en beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2005-V/M-05 van 15 februari 2005 inzake Ciné-Invest Brugge/Kinopolis Group NV.

Publieke versie

68. De klagers in casu zijn vooreerst twee beroepsverenigingen van de horecasector, met name Ho.Re.Ca Wallonie en Ho.Re.Ca Vlaanderen, die de belangen verdedigen van de horecabedrijven.¹¹ De andere klagers zijn allen caféhouders, en zijn directe afnemers van Inbev.

69. Uit de gegevens verstrekt door Inbev blijkt dat BVBA Jesy van meet af aan de nieuwe glazen geweigerd heeft (zoals nog 200 andere uitbaters), dat BVBA Excellence slechts in maart 2006 naar Inbev is overgestapt (enkele maanden na de introductie van de nieuwe glazen) en dat de heren Boegen en Pauwels wel de nieuwe Jupiler glazen hebben ontvangen doch de oude hebben behouden en ook nog effectief gebruiken.

70. Voor zover het verzoek tot het nemen van voorlopige maatregelen tot doel heeft “de se voir restituer les anciens verres “Jupiler”qui étaient en usage avant l’introduction des nouveaux verres par INBEV et ce dans le strict respect de leur liberté de choix...”, dient uit het antwoord van Inbev te worden geconcludeerd dat voor de café-uitbaters die zich bij de klacht van de beide federaties hebben aangesloten het rechtstreeks en dadelijk belang niet weerhouden kan worden.

71. Hoewel er voor de beide federaties geen informatie beschikbaar is van het aantal leden dat de nieuwe glazen hebben geweigerd of het aantal leden dat de oude glazen hebben behouden, kan er toch van worden uitgegaan dat de federaties voldoende leden vertegenwoordigen die enkel nog over de nieuwe glazen beschikken en dus wel degelijk belang hebben bij voorliggend verzoek. Dit wordt door verweerder trouwens ook niet tegengesproken.

72. Uit voorgaande kan worden afgeleid dat minstens de federaties over het vereiste rechtstreeks en dadelijk belang beschikken.

4.3.1.3. BESLISSING AUDITEUR

73. Er is een klacht ten gronde met betrekking tot de problematiek van de introductie van nieuwe Jupiler glazen en de beroepsfederaties Horeca Vlaanderen en Horeca Wallonie beschikken over een rechtstreeks en dadelijk belang.

4.3.2. Het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM

74. In het kader van artikel 62, § 1 van de WBEM (ex artikel 35 van de oude WBEM) volstaat het dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont, zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing (zie o.m. beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 14 januari 1998, Daube/Nationale Loterij, zaak nr. 98-VMP-1 en latere beslissingen).¹²

75. Deze rechtspraak werd bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 12 november 2002 (A.R. 2001/MR/1, N.V. Rendac/BVBA Incine, gepubliceerd in het Jaarverslag 2002 van de Raad - bijlagen II blz. 693), waar het Hof stelde dat het volstaat dat de inbreuk ogenschijnlijk

¹¹ zie o.m. beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003, VZW United Media Agencies/Febelma/BVDU/BeMedia en Beslissing van de Raad voor de Mededinging nr.2004-I/O-42 van 29 juni 2004, Unizo/Banksys.

¹² Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 30 augustus 2000, zaak MEDE-V/M-27, VZW Radio Tienen, e.a./CVBA Sabam, B.S., 9 januari 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 januari 2001, zaak nr. 2001-V/M-02, BBUSO/LCM en Regionale Christelijke Ziekenfondsen, B.S., 5 mei 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 9 maart 2001, zaak nr. 2001-V/M-12, BVBA Incine/N.V. Rendac, B.S., 28 september 2001; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 13 november 2001, zaak nr. 2001-V/M-58, BVBA Daems Racing/Vlaamse Autosportfederatie, B.S., 4 april 2002 ; Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 24 december 2002, zaak nr. 2002-V/M-95, N.V. MSA/Gilde van Vlaamse antiquairs, B.S. 4 december 2003, Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2003-V/M-81 van 20 oktober 2003, VZW United Media Agencies/Febelma/BVDU/BeMedia, B.S. 6 mei 2004 en beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2004-V/M-30 van 25 maart 2004, NV Source Belgium / CVBA Felbelco.

Publieke versie

(prima facie) bestaat. Wel moet de waarschijnlijkheid voldoende zijn om voorlopige maatregelen te verantwoorden.

76. In het kader van deze analyse dienen de volgende elementen te worden onderzocht:

- De relevante productenmarkt en geografische markt;
- Het bestaan van een dominante machtspositie in hoofde van Inbev op deze markt(en);
- De waarschijnlijkheid van een misbruik van machtspositie door Inbev.

4.3.2.1. STANDPUNT VAN VERZOEKER

a) Relevante productenmarkt en relevante geografische markt

77. Uitgangspunt vormt de marktafbakening gedaan door de Europese Commissie in het kader van het verzoek door Inbev tot negatieve verklaring van haar type contracten: “La présente affaire porte sur la distribution de bière sur le marché Horeca en Belgique.”

78. Omdat de klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen enkel betrekking hebben op de distributie van het bier type pils, dient in casu de relevante productenmarkt nauwer te worden afgebakend. Verzoeker gaat evenwel nog verder:

79. “La problématique des verres “Jupiler” étant seule en cause, il est même permis de considérer qu’INBEV est en situation de monopole puisqu’elle seule fabrique et commercialise cette marque de bière qui, rappelons-le, est la bière de type « pils » la plus populaire en Belgique.”

80. Wat de geografische markt betreft dient volgens verzoeker te worden uitgegaan van het gehele Belgische grondgebied.

b) Het bestaan van een dominante machtspositie in hoofde van Inbev

81. Het leidt volgens verzoeker geen twijfel dat Inbev over een dominante machtspositie op de betrokken markt beschikt. Hiervoor wordt verwezen naar het marktaandeel van Inbev op de bredere markt van de distributie van bier aan de Horeca, waar Inbev een marktaandeel bereikt van 56 %, en de beslissingspraktijk van de Raad¹³ (hoog marktaandeel, grote afstand met de tweede, stabiel marktaandeel).

c) De waarschijnlijkheid van het misbruik van de dominante machtspositie

82. Het misbruik wordt in de klacht (verzoek) omschreven op blz. 19 e.v. en kan kort als volgt worden samengevat:

- het introduceren (opleggen) van de nieuwe glazen zonder voorafgaand overleg;
- het aan de uitbaters weigeren van levering van de oude glazen.

4.3.2.2. STANDPUNT VAN VERWEERDER

a) Relevante productenmarkt en relevante geografische markt en b) het bestaan van een dominante machtspositie in hoofde van Inbev

83. Volgens Inbev gaat deze zaak over het gratis verstrekken van bierglazen, niet over de verkoop van bier. Inbev meent dan ook dat er van enige dominante positie geen sprake kan zijn.

¹³ Raad voor de Mededinging, beslissing nr. 2005-I/O-52 van 30 november 2005, Distri One SA/Coca Cola).

c) De waarschijnlijkheid van het misbruik van de dominante machtspositie

84. Uit de analyse van de rechtspraak volgt dat er van misbruik in de zin van artikel 3 WBEM en artikel 82 EG slechts sprake is wanneer aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- Invloed uitoefent op de structuur van de markt;
- De handhaving of ontwikkeling van de bestaande concurrentie wordt tegengegaan,
- met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten
- de consument wordt geschaad.

85. Inbev concludeert dat aan geen van deze voorwaarden is voldaan en dat de glazenruil dan ook onmogelijk als een misbruik van een dominante machtspositie kan worden beschouwd.

Volledigheidshalve kunnen nog de volgende bemerkingen van verweerder worden toegevoegd¹⁴:

“De introductie van het nieuwe glas verhoogt juist de transparantie in de markt en vooral de eerlijkheid jegens de consument: door de maatstreep is er nu een objectieve maatstaf om de inhoud van het glas te meten.

De verkopers in de verkooppunten wisten zeer goed dat het glas iets groter was dan het vorige. Het is hen ook getoond en uit diverse feiten hierboven vermeld blijkt dat iedereen het wist, inclusief de pers. De verkopers konden dus volledig vrij beslissen wat ze deden: ofwel hun prijs aanpassen, ofwel iets minder volume tappen, ofwel hun klanten een promotie van het extra volume aanbieden.

In Nederland en (uiteraard) in Brussel zijn de glazen ook geïntroduceerd. In Nederland heeft dit in hoofde van Inbev tot geen enkel probleem aanleiding gegeven. Horeca Brussel heeft zich niet achter de klacht geschaard.

Inbev heeft zo goed als geen klachten gekregen in februari, maart en april. Het is pas in mei 2006 dat er plots ‘klachten’ zijn gekomen. Dat was n.a.v. de aankondiging van de prijsverhoging. Dit toont kennelijk aan dat de sector géén problemen had met het nieuwe glas, maar dit ‘pour les besoins de la cause’ retroactief heeft aangegrepen om proberen druk te zetten op Inbev.”

4.3.2.3. BESLISSING VAN DE AUDITEUR

a) Relevante productenmarkt en relevante geografische markt

86. Inbev is voornamelijk actief op het vlak van productie en verkoop van bier, zij is de grootste brouwer op de Belgische markt. Naast haar brouwerijactiviteiten beschikt Inbev ook over een nationaal netwerk van groothandelaars die bier en andere dranken distribueren.

87. Uit de vaststaande beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en het Hof van Justitie kunnen volgende markten worden onderscheiden:

- de Belgische markt voor de productie en verkoop van bier, hierna de biermarkt genoemd (met een onderscheid tussen on-trade en off-trade);
- de Belgische markt voor de distributie van dranken zowel alcoholisch als niet-alcoholisch.

88. In het kader van dit dossier is slechts de eerste vermelde markt van belang, met name de Belgische markt voor de productie en verkoop van bier waarbij een onderscheid tussen on-trade en off-trade wordt gemaakt.

¹⁴ Antwoord van meester P. Wytinck van 24 oktober 2006.

De biermarkt

89. De Europese Commissie heeft reeds verschillende malen gesteld dat bier een aparte productmarkt is die zich onderscheidt van andere dranken (o.a. cider, wijn, soft drinks en water).¹⁵

90. De biermarkt zou nog verder opgedeeld kunnen worden naargelang het soort bier: pils, amber, fruitbier, streekbier enz.

91. Tussen de verschillende soorten bier is er een duidelijk verschil in onder andere prijs, smaak ed.
¹⁶ Toch kan men ervan uitgaan dat ondanks de graad van productdifferentiatie die er bestaat de consument alle biertypes toch behandelt als één categorie.

Een verklaring hiervoor kan gevonden worden in het feit dat¹⁷:

- de essentiële ingrediënten voor de meeste biertypes dezelfde zijn;
- het alcoholpercentage bij de meeste bieren redelijk gelijklopend is en schommelt tussen de 3% tot 7%;
- behalve enkele uitzonderingen alle biertypes geconsumeerd worden in dezelfde situatie en bij dezelfde gelegenheden;
- de porties en de presentaties van de meeste bieren zijn gelijklopend, er zijn eerder verschillen op basis van thema, dan echte fundamentele verschillen.

92. In het kader van de huidige procedure voorlopige maatregelen kan het volstaan zich te baseren op de bestaande beslissings- en beschikkingspraktijk om de biermarkt als relevante markt te weerhouden. Het argument van verzoeker om uit te gaan van een pilsmarkt of zelfs een Jupiler markt kan dan ook niet worden weerhouden.

De verkoop van bier

93. Het is vaste rechtspraak van de Commissie en Raad om met betrekking tot de markt van bier een onderscheid te maken tussen on-trade (verkoop aan pubs en horeca) en off-trade (verkoop aan o.a. supermarkten, drankencentrales).¹⁸

94. Enkel het on-trade segment is in dit dossier relevant.

De geografische markt

95. Het is vaststaande rechtspraak van de Europese Commissie en het Hof van Justitie dat de geografische markt voor de productie, groothandel en kleinhandel van bier als nationaal moet worden beschouwd.¹⁹

Beslissing van de Auditeur

96. Op grond van de bestaande beschikkingspraktijk kan in casu worden uitgegaan van de volgende relevante productenmarkt:

“De markt van de verkoop van bier in het on trade segment in België.”

¹⁵ Zaak COMP/M.3182, Scottish & Newcastle/ HP Bulmer.

¹⁶ Zaak COMP/M.2569-Interbrew/Beck's van 26 oktober 2001.

¹⁷ Zaak COMP/M.2569-Interbrew/Beck's van 26 oktober 2001.

¹⁸ Zaak COMP/M.2569-Interbrew/Beck's van 26 oktober 2001; Zaak nr. IV/37.614/F3 PO/Interbrew Alken-Maes van 5 december 2001; Zaak COMP/C.37750/B2-Brasseries Kronenbourg, Brasserie Heineken van 29 september 2004.

¹⁹ Zaak IV/M582, ORKLAV/Volvo van 20 september 1995; Arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 1991, zaak c-234/89.

b) Machtspositie

97. Hoewel een relatief groot aantal brouwerijen actief is in België blijft deze markt sterk geconcentreerd bij een beperkt aantal spelers. De twee voornaamste spelers (Inbev en Alken-Maes) hebben samen ongeveer 72% van de markt in handen.

*Marktaandelen voor de productie en verkoop van bier in België*²⁰

Belangrijkste brouwerijen	Marktaandelen bij benadering
Inbev	57 %
Alken-Maes	15 %
Haacht	6 %

Uit de beschikbare marktgegevens kunnen een aantal voorlopige conclusies worden getrokken:

- ondanks het hoge aantal actieve brouwers is de Belgische biermarkt zeer sterk geconcentreerd (C3 = 78%, C2 = 72 %);
- Inbev zelf beschikt over een zeer hoog marktaandeel;
- Het marktaandeel van Inbev is 4 X groter dan dat van Alken Maes en quasi 10 X dat van Haacht;
- Het marktaandeel van Inbev is stabiel, zelfs eerder stijgend.

98. Uit deze gegevens kan worden geconcludeerd dat Inbev als absolute marktleider op de betrokken markt over een dominante machtspositie beschikt.

c) Misbruik van machtspositie

99. Het misbruik van Inbev zou er volgens verzoeker in bestaan dat Inbev is overgegaan tot de introductie van nieuwe Jupilerglazen zonder voorafgaand overleg te plegen met de horecasector en verder nog dat Inbev weigert nog de oude glazen te leveren. De onderliggende argumentatie bestaat er in dat de grotere inhoud van het glas volgens de horecasector niet aan de klant kan worden doorgerekend (omdat Inbev reeds een aantal prijsverhogingen heeft doorgevoerd en een nieuwe prijsverhoging door het cliënteel als onaanvaardbaar zou worden beschouwd), waardoor bij het eindresultaat de horecasector verlies lijdt.

100. De vraag dient gesteld of deze argumenten de waarschijnlijkheidstest van het vermeende misbruik van een dominante machtspositie wel kunnen doorstaan.

101. Inbev argumenteert dat zij de Jupilerglazen gratis ter beschikking stelt van de horeca-uitbaters en dat zij dan ook het recht heeft dit glas naar eigen inzichten te ontwerpen.

102. Daarnaast moet worden opgemerkt dat het argument dat de hogere kwantiteit niet aan de consument kan worden doorgerekend, niet ten laste van Inbev kan worden gebruikt. Inbev heeft onder geen enkel beding enige impact op de verkoopprijs, dit zou immers strijdig zijn met de WBEM.

²⁰ "Inbev maakt pintje 3 procent duurder", uit De Standaard van 6 april 2006.

Publieke versie

103. Elke horeca-uitbater heeft in reactie op dit nieuwe glas de vrije keuze tussen de volgende alternatieven:

- Ofwel de hogere kwantiteit in de prijs doorrekenen;
- Ofwel dit niet doen waardoor hij de klant kan lokken met een aantrekkelijker product.

104. M.a.w elke horeca-uitbater beschikt over de vrijheid om zijn commercieel gedrag aan de nieuwe omstandigheden aan te passen. Deze vrijheid is relatief en in ruime mate afhankelijk van de graad van mededinging waarmee hij wordt geconfronteerd.

105. Verzoeker stelt dat deze vrijheid mee beperkt wordt door de timing waarin de glazenwitch heeft plaats gehad. Inbev heeft in september 2005 een gemiddelde prijsverhoging doorgevoerd van 3 % en heeft dit in mei 2006 nog eens herhaald. Ook het grotere volume in de prijs doorrekenen is volgens de federaties dan ook commercieel niet haalbaar: “(...) Il n’est pas possible d’en augmenter le prix au détail indéfiniment et de manière aussi successive, rapprochée et répétée.”

106. Dit argument kan evenwel niet worden weerhouden. De beslissing om de glazenwitch door te voeren werd publiek bekendgemaakt op 25 november 2005 en de operatie heeft zich in de daarop volgende maanden voltrokken. Op dat ogenblik was er van een nieuwe prijsverhoging met 3 % (mei 2006) geen sprake waardoor een eventuele minimale aanpassing van de prijs wel degelijk mogelijk was. Verweerder merkt dan ook terecht op dat er in deze periode geen klacht tegen Inbev werd ingediend. Deze is er pas gekomen eind augustus, bijna 4 maanden na de aankondiging van de prijsverhoging en 9 maanden na de aankondiging van het nieuwe glas.

107. Alleszins, zoals hierboven reeds aangegeven kan Inbev niet verantwoordelijk worden gesteld voor het feit dat de horeca-uitbaters hun eventuele meerkost om commerciële redenen niet in hun verkoopprijs kunnen of willen doorrekenen.

108. Tot slot kan nog worden aangestipt dat Inbev dezelfde glazenwitch ook in Nederland heeft doorgevoerd.²¹ Inbev beschikt in Nederland over een marktaandeel van 17 % en moet in deze markt concurreren met twee internationaal zeer sterke merken Heineken en Amstel (Heineken heeft een marktaandeel van ongeveer 50 % en is marktleider).²² Hoewel Inbev in Nederland niet over een dominante machtspositie beschikt, werd toch dezelfde glazenwitch doorgevoerd en heeft dit geen problemen opgeleverd. Dit zou er kunnen op wijzen dat het gedrag van Inbev als een vorm van normale bedrijfsuitoefening kan worden gezien en dus niet als misbruik van een machtspositie kan worden gecatalogeerd. Hiervoor is evenwel verder onderzoek op de Nederlandse markt nodig. Het zou immers best kunnen dat de winsten gerealiseerd op de dominante markt ruimschoots de eventuele verliezen op de niet dominante markt compenseren. Aan dit argument kan verder dan ook geen waarde worden gehecht.

Conclusie

109. De voorgelegde feiten staan niet toe tot het besluit te komen dat Inbev met de introductie van nieuwe glazen Jupiler zich op het eerste zicht schuldig maakt aan misbruik van machtspositie die in aanmerking komt voor schorsing bij wijze van voorlopige maatregel door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging. De waarschijnlijkheidstest voor een misbruik van dominante machtspositie wordt dan ook niet gehaald.

²¹ Antwoord van meester P. Wytinck van 24 oktober 2006.

²² <http://www.heineken.nl>, kies Bedrijf/Nieuws en Historie/Jaarverslag 2005 (p.22).

4.3.3. Een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aangeklaagde praktijk en dat dringend moet vermeden worden

Voorafgaande opmerkingen

110. Voor de volledigheid en louter subsidiair wordt hieronder summier ingegaan op de voorwaarde van het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel, aangezien uit punt 4.3.2.3 reeds is gebleken dat de voorwaarde van het bestaan van een prima facie inbreuk niet vervuld is, waardoor er per definitie geen voorlopige maatregelen kunnen worden opgelegd.

111. Om de hiervoor uiteengezette redenen zullen hierna in dit verslag niet alle voorwaarden in detail worden geanalyseerd.

112. Uit de eerste lezing van het dossier bleek het verzoek zeer summier zowel op het vlak van argumentatie als op het vlak van de aangevoerde bewijsstukken. Verzoeker werd dan ook verzocht de argumentatie verder te onderbouwen en de nodige bewijsstukken over te maken.

113. Om voorlopige maatregelen toe te kennen vereist artikel 62, § 1 WBEM dat er een urgentie moet zijn om een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door de restrictieve mededingingspraktijken of die schadelijk kan zijn voor het algemeen belang.

114. Het ernstige, onmiddellijke en onherstelbare karakter van het nadeel moet telkens worden aangetoond, in die zin dat het ontbreken van één van deze voorwaarden de gegrondheid van het verzoek tenietdoet.²³

115. Bovendien dient het nadeel van concurrentieële aard te zijn, hetgeen impliceert dat niet alleen de situatie van de klager, maar ook die van de gehele betrokken markt in aanmerking dient genomen te worden.²⁴ Een nadeel is concurrentieel van aard wanneer degene die de voorlopige maatregelen vraagt, dreigt uit de markt te verdwijnen of wanneer de gewraakte praktijk de mededingingsvoorwaarden onherstelbaar verstoort.²⁵

4.3.3.1. NADEEL DAT DRINGEND MOET VERMEDEN WORDEN

a) Standpunt van de verzoekers²⁶

116. Verzoekers wijzen op het feit dat de horecasector moeilijke tijden meemaakt en zich in een crisissituatie bevindt, waardoor de situatie uiterst zorgwekkend is.

117. Het misbruik van machtspositie is volgens verzoeker duidelijk van aard de situatie van een belangrijk aantal cafés nog te verergeren en zal op termijn leiden tot een nog groter aantal faillissementen.

b) Standpunt van de verweerder²⁷

118. Inbev heeft zelf op 25 november 2005 in een persbericht de ruiloperatie aangekondigd. In de pers werd de aankondiging van deze ruiloperatie reeds de eerstvolgende dagen overgenomen.

²³ Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 12 september 1994, zaak nr. 94-VMP-4, S.A. Ets. Delhaize Frères et Cie. Le Lyon / S.A. Dior.

²⁴ Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 september 1995, zaak nr. 95-VMP-1, Interrosane.

²⁵ Zie Brussel, 21 januari 2001, Sabam t. Radio Tienen, Jaarverslag Raad voor de Mededinging 2002, p. 601.

²⁶ Antwoord van meester L. Misson van 23 oktober 2006.

²⁷ Antwoord van meester P. Wytinck van 24 oktober 2006.

Publieke versie

119. Inbev stelt dat tussen 28 november 2005 en 12 januari 2006 meer dan 10 000 verkooppunten persoonlijk werden bezocht door een vertegenwoordiger, die de nieuwe glazen had meegebracht. Inbev geeft aan dat er toen ook reeds van gedachten werd gewisseld over de verschillende omvang van het glas.

120. Op 7 februari 2006 werd er een vraag gesteld in de Kamer aan de Minister over de glazenwitch én het gevolg voor de inhoud van het glas. Men kan er minstens uit afleiden dat het debat zich toen al publiekelijk afgespeelde, en dat ook kranten dit al vermeld hadden.

121. Tot slot verzoekt Inbev nog met de volgende argumenten rekening te houden:

“

- (...) De oude glazen zijn reeds vernietigd (via recyclage in glasovens)
- Het zou Inbev verhinderen om haar corporate image uit te dragen. Er zou een breuk ontstaan tussen het logo op alle andere plaatsen (verpakkingen, etiketten, bakken, dozen, reclames, glazen van 33 cl en 50 cl, enz.)
- Het zou duidelijk in de markt overkomen als zou Inbev een proces verloren hebben, hoewel de zaak ten gronde nog moet behandeld worden.
- De logistieke kost van de operatie zou totaal buiten proportie zijn. Bovendien, indien Inbev ten gronde zou gelijk halen, zou dezelfde logistieke operatie opnieuw moeten gebeuren. ... M.a.w. er zou voor Inbev een onherstelbare en dramatisch hoge financiële kost optreden die vele miljoenen euro zou kosten.”

c) Beslissing van de auditeur

122. Het verzoek om voorlopige maatregelen is ingediend op 29 augustus 2006. De ruiloperatie zelf is door Inbev aangekondigd op 25 november 2005²⁸ en de eerstvolgende dagen door de pers overgenomen. Dit betekent dat het verzoek negen maanden na de introductie van de nieuwe glazen werd ingediend.

123. De nieuwe glazen waren een publiek feit en de sector heeft bovendien de glazen al meer dan een half jaar effectief in gebruik, dit blijkt uit het antwoord van verweerder.²⁹

124. Het grote aantal faillissementen van de laatste decennia kan niet als argument voor de hoogdringendheid worden weerhouden. Waar dit fenomeen reeds meerdere jaren bestaat, kan het oorzakelijk verband met de beslissing van Inbev niet worden aangetoond. Hierbij kan in het midden worden gelaten of er wel degelijk een oorzakelijk verband zou kunnen bestaan. Alleszins blijkt uit de recentste gegevens dat het aantal faillissementen in 2006 zou zijn afgenomen.³⁰ Concreet zijn voor de cafés de volgende conclusies getrokken: “Net als in 2004 blijft het aantal cafés en drankgelegenheden in ons land vrij stabiel (- 1,6 %). Aan het grote verlies in de jaren negentig en in het begin van dit decennium lijkt nu wel een einde gekomen. Toch mogen we niet vergeten dat België op tien jaar tijd (1996-2005) ruim 7.300 cafés (bijna 30% van het totale aantal) heeft verloren.”

125. Op grond van voorgaande kan worden geconcludeerd dat het argument van de hoogdringendheid op grond van het grote aantal faillissementen, niet kan worden weerhouden.

²⁸ Antwoord van meester P. Wytinck van 24 oktober 2006.

²⁹ Antwoord van meester P. Wytinck van 24 oktober 2006.

³⁰ De Belgische horecacijfers 1996-2003-2004-2005, uit de Persmap Horeca Expo 2006, <http://www.horecaexpo.be>, kies Pers, kies Persmap, kies de Belgische horeca in cijfers.

4.3.3.2. ERNSTIG NADEEL

a) *Standpunt van de verzoekers*³¹

126. Een caféhouder moet iets meer bier in het nieuwe Jupiler glas tappen, om een pintje te krijgen dat volgens de regels van de kunst getapt is. Een cafébaas verdient bijgevolg minder per vat. Het gevolg is een belangrijke winstderving voor de betrokken horecabedrijven, zowel op het gebied van de omzet, als op fiscaal vlak. Dit, gecombineerd met de 2 recente prijsstijgingen, zal leiden tot een verhoging van de economische moeilijkheden.

b) *Standpunt van de verweerder*³²

127. Inbev geeft aan dat het volumeverschil tussen beide glazen ca. 8% bedraagt. In kostprijs zou het verschil tussen beide glazen echter veel beperkter zijn, nl. slechts ca. 1,1-1,5%. Inbev besluit dat dit op zich al volstaat om te stellen dat het niet een relevant onderdeel is.

128. Inbev is van oordeel dat Jupiler van het vat slechts één van de vele bieren en één van de vele dranken en snacks is, die in een verkooppunt verkocht worden. Zelfs als zou het uitgangspunt van de klagers juist zijn, dan zou het effect op de totale omzet van een café minder dan 1% zijn. Volgens Inbev kunnen verzoekers dus niet geloofwaardig volhouden dat er sprake is van een ernstig nadeel.

c) *Beslissing van de auditeur*

129. Vooreerst moet worden opgemerkt dat de recente bierprijsstijgingen deel uitmaken van een afzonderlijk onderzoek.

130. De cafébaas heeft nog steeds de vrije keuze en de mogelijkheid om voor het kleine volumeverschil een zeer lichte prijsverhoging door te voeren.

131. De cafébaas kan daarentegen ook opteren om de prijs van een Jupiler pint van 25 cl ongewijzigd te laten. Dit betekent dat de klant meer bier krijgt voor dezelfde prijs, met als gevolg dat de Jupiler pintjes aantrekkelijker kunnen worden. Het verlies dat de cafébaas leidt door het feit dat hij minder pintjes uit een vat zou kunnen verkrijgen, kan gecompenseerd worden door een eventuele hogere omzet uit een stijgende verkoop van Jupiler pintjes.

132. Inbev zelf heeft geen invloed op de prijs. Bovendien verandert de vorm van de bierglazen regelmatig doorheen de jaren. Het is de cafébaas zelf die zijn gedrag op de markt kan of moet aanpassen.

133. Het ernstig nadeel vloeit voort uit het feit dat de hogere kwantiteit volgens de horecasector niet in de prijs kan worden doorgerekend. Inbev heeft hier evenwel geen enkele beslissingsbevoegdheid over.

134. Op grond van voorgaande moet worden besloten dat aan de voorwaarde van een ernstig nadeel niet is voldaan.

4.3.3.3. ONMIDDELIJK EN ONHERSTELBAAR NADEEL

a) *Beslissing van de auditeur*

135. Daar in het vorige punt reeds werd geconcludeerd dat aan de vereiste van een ernstig nadeel niet is voldaan, is het niet meer relevant het onmiddellijk en onherstelbaar nadeel nog verder te analyseren.

³¹ Antwoord van meester L. Misson van 23 oktober 2006.

³² Antwoord van meester P. Wytinck van 24 oktober 2006.

4.3.3.4. SCHENDING ALGEMEEN ECONOMISCH BELANG

a) Standpunt van de verzoekers³³

136. Verzoekers stellen dat de aangehaalde problematiek niet enkel de 4 caféhouders treft, die net de hoedanigheid hebben van verzoeker, maar wel de “gehele sector”. Consumenten zullen eerder naar cafés gaan waar Jupiler geschonken wordt, omdat ze er meer bier krijgen voor hetzelfde geld.

137. Ook zullen de consumenten kiezen voor een Jupiler in een glas met een grotere inhoud tegen dezelfde lagere prijs, of zullen zij andere bieren op café kiezen indien de caféhouder een lichte prijsverhoging invoert voor het volumeverschil van het nieuwe Jupilerglas van 25 cl.

138. Er wordt gewezen op ernstige economische moeilijkheden waarmee de horeca sector de laatste jaren geconfronteerd wordt, met als gevolg een stijgend aantal faillissementen. Inbev heeft bovendien nog op korte tijd twee prijsstijgingen doorgevoerd voor bier.³⁴

139. Inbev maakt door de ruiloperatie misbruik van haar machtspositie, omdat de situatie nu nog erger wordt voor een groot aantal horecabedrijven uit de sector. De horecasector doorstaat immers moeilijke tijden met als gevolg zeer veel faillissementen. Inbev zelf daarentegen genereert meer omzet door de ruiloperatie.

b) Standpunt van de verweerder³⁵

140. De belangrijkste opmerkingen van Inbev zijn de volgende:

“Niets houdt concurrerende cafébazen tegen om minder te vragen voor hun bier, waardoor uiteindelijk de consument zou kunnen genieten van een nog grotere prijsconcurrentie, of om zelf nog grotere of even grote glazen te introduceren.

Het lijkt er integendeel op dat klagers zelf een daad nastreven die de WEM schendt. Zij willen kennelijk dat geen enkele brouwer van een bepaald soort typeglas afstapt. Aldus zou men niet alleen innovatie stoppen, maar ook concurrentie tussen producenten en dealers via hun glasvorm. Verzoekers streven dan ook een manifest onwettig doel na met hun actie.

(...) Of de consument nu meer in zijn glas krijgt voor hetzelfde geld, is enkel en alleen een beslissing van de verkoper (=horeca-exploitant): hij bepaalt nog altijd alleen hoeveel hij vraagt voor wat hij tapt. Een consument zal best begrijpen als hij bijvoorbeeld 5% meer volume krijgt, hij ook wat meer moet betalen.

Het belangrijkste verschil met vroeger is dat nu op het glas een duidelijke maatstreep staat waardoor iedereen duidelijk en onbetwistbaar kan nakijken hoeveel er nu eigenlijk wel getapt wordt. Zowel de cafébaas als de consument. Inbev kan niet goed begrijpen dat met het verhogen van deze transparantie en de betere bescherming van de consument en van de concurrentie tussen de cafébazen, het algemeen belang zou geschaad zijn. Integendeel, het algemeen belang gaat erop vooruit.”

c) Beslissing van de auditeur

141. Voorafgaand werd reeds geconcludeerd dat er in hoofde van Inbev geen misbruik van een dominante machtspositie kan worden vastgesteld en dat subsidiair de glazenwissel niet tot een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor de verzoekers leidt.

³³ Antwoord van meester Misson van 23 oktober 2006.

³⁴ Deze recente prijsstijgingen van het bier maken echter deel uit van een ander onafhankelijk onderzoek bij de Dienst.

³⁵ Antwoord van meester P. Wytinck van 24 oktober 2006.

Publieke versie

142. Verzoeker hanteert dezelfde argumenten om te stellen dat door het vermeende misbruik van Inbev ook het algemeen economisch belang wordt geschaad.

143. Daar hierboven werd geconcludeerd dat er geen ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kon worden aangetoond en ook geen prima facie misbruik in hoofde van Inbev, volgt hier meteen ook uit dat het algemeen economisch belang niet werd of wordt geschaad.

4.3.3.6. CONCLUSIE VAN DE AUDITEUR

144. Op grond van het voorgaande moet worden besloten dat niet is voldaan aan de voorwaarde van het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat dringend moet vermeden worden en dat ook het algemeen economisch belang niet wordt geschaad.

V. GEMOTIVEERDE BESLISSING

145. De vereisten die door artikel 62, § 1, eerste lid WBEM worden gesteld om voorlopige maatregelen op te leggen, zijn in de voorliggende zaak niet vervuld.

De aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen kan niet worden ingewilligd.

Om deze redenen,

De auditeur seponeert op grond van het artikel 62, § 3 de aanvraag tot het nemen van voorlopige maatregelen wegens niet gegrond.

Aldus beslist op 23 januari 2006 door Bert Stulens, auditeur bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging.