

Tot zover het Belgisch kartelparadijs

Frank WIJCKMANS en Filip TUYTSCHAEVER¹

De Europese Commissie en de mededingingsautoriteiten van onze buurlanden leggen in sneltempo recordboetes op voor horizontale kartels. In sterk contrast hiermee heeft de Belgische Raad voor de Mededinging in zijn vijftienjarig bestaan voor het eerst op 29 januari 2008 (datum van afsluiting van deze bijdrage) een dergelijk kartel bewezen geacht (het broodkartel) en beboet (29.121 euro). Alles wijst erop dat een inhaalbeweging zich aandient en dat het tijdperk van het Belgische kartelparadijs zijn einde nadert. Tegen deze achtergrond biedt dit artikel de praktijkjurist een overzicht van de voornaamste regels van de publieke handhaving en de private afdwinging van het kartelverbod, met de nadruk op geldboeten en clementie, waaronder de recente Belgische clementieregeling van 22 oktober 2007.

I. Inleiding

1. België is tot nog toe een relatief veilige haven gebleken voor horizontale kartels. Enerzijds hoefde een Belgisch kartel zonder vertakkingen over de grenzen de Europese Commissie (hierna: «de Commissie») niet echt te vrezen. België is een klein land, en de kans dat zulk een kartel voldoende interessant wordt bevonden om de middelen van de Commissie te mobiliseren, is eerder gering.² Anderzijds heeft de Belgische Raad voor de Mededinging (hierna: «de Raad») in zijn vijftienjarig bestaan zijn beperkte middelen in tal van zaken gestoken (vooral concentratiecontrole), maar niet in horizontale kartels. Ook vanuit die hoek is het dus zo goed als windstil geweest.³ Vanuit beleidsmatig oogpunt werd

het dan ook hoog tijd dat de Belgische mededingingsautoriteiten de kans grepen om zich toe te leggen op de mededingingszaken die de consumenten echt geld kosten, namelijk de horizontale kartels.⁴ Afgaande op de geruchten in de wandelgangen is dit ook wat komen gaat. Hoewel reeds eerder verwacht,⁵ lijken de eerste kartelzaken nu hun weg te vinden naar de Raad.⁶

2. Dit artikel wil de praktijkjurist voorbereiden op het einde van het Belgisch kartelparadijs. In deel II nemen we het marktgedrag door dat gedekt wordt door het begrip «horizontale kartels». Daarna bespreken we, respectievelijk in delen III en IV, de publieke handhaving en de private afdwinging van het kartelverbod. Beide delen stellen eerst kort de voornaamste actoren voor die bij de toepassing van de mededingingsregels inzake kartels betrokken zijn. Vervolgens wordt dieper in-

¹ De auteurs zijn advocaten bij de balie van Brussel. F. Tuytschaever is tevens professor Europees mededingingsrecht aan de Vrije Universiteit Brussel, Faculteit Recht en Criminologie.

² Belgische kartels zijn slechts sporadisch aan bod gekomen in de beschikkingspraktijk van de Commissie. Vermoedelijk de meest spraakmakende zaak is COMP/37/614, *Interbrew/Alken-Maes*, PB L 200/1 van 7 augustus 2003), waarin de Commissie een totale boete oplegde van 91 miljoen euro. Ook COMP/38.549, *Belgische architecten*, hoort thuis in het rijtje van zeldzame voorbeelden (PB L 4/10 van 6 januari 2005). Hoewel de inbreuk in deze laatste zaak als zeer zwaar werd omschreven, leidden andere omstandigheden (waaronder het geografisch beperkte karakter van het kartel) ertoe dat de Commissie een boete van slechts 100.000 euro oplegde.

³ De Raad heeft op de datum van afsluiting van deze bijdrage één horizontaal kartel veroordeeld, waarbij het de Vlaamse Vereniging van Bakkers (VEBIC) een boete van 29.121 euro oplegde, omdat zij periodiek aan haar leden, Vlaamse bakkers, verhogingen van de gemiddelde kosten (opgenomen in een index) meedeelde en hen aanbeval hun broodprijs te berekenen, rekening houdend met deze verhogingen. Tweemaal eerder stond de trein op de rails, maar volgde een vroegtijdige ontsporing. In *BBUSO t/ Landsbond Der Christelijke Mutualiteiten en Regionale Christelijke Ziekenfondsen*,

aangaande een raamakkoord waarin richttarieven voor orthodontisten werden vastgelegd, werd een verzoek om voorlopige maatregelen als onontvankelijk afgewezen, omdat het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel niet bewezen werd geacht (Beslissing nr. 2001-V/M-02 van 10 januari 2001, B.S. 5 mei 2001, 13925). In *Orde van Architecten* stond de toelaatbaarheid van een deontologische norm van de Orde aangaande minimale honoraria centraal. Door het onredelijk lange tijdsverloop van de procedure voor de Raad werd er geen uitspraak gedaan over de gegrondheid van de klachten (Zaak 2002-P/K-51, 4 juli 2002, R.C., T.D., H.S., M.V. en J.B./Orde van Architecten, *Driemaandelijks Tijdschrift Raad voor de Mededinging* 2002/3, p. 5). Uiteindelijk sprak de Commissie zich uit over deze zaak (zie voetnoot 2).

⁴ F. Wijckmans, «De nieuwe Belgische mededingingswet», R.W. 2006-07, p. 622, nr. 15.

⁵ Interview met Stefaan Raes, Voorzitter Raad voor de Mededinging, *TBM/RCB* 2006-1, p. 50.

⁶ Interview met Bert Stulens (Auditeur-generaal, Auditeur-général) en Jacques Steenbergen (Directeur-generaal, Directeur-général), *TBM/RCB* 2007-2, p. 61-62.

gegaan op de wijze waarop concrete zaken aan het licht komen en wordt besloten met de remedies waartoe het succesvol bekampen van kartels aanleiding geeft. In het korte bestek van deze bijdrage worden een aantal thema's noodzakelijkerwijs niet of slechts zijdelings behandeld, zoals de wijze waarop *de iure* en *de facto* met de bewijslast wordt omgesprongen, evenals de aansprakelijkheid van groepsvennootschappen voor kartelinbreuken begaan door andere rechtspersonen binnen de groep of de omstandigheden waarin mededingingsrechtelijke aansprakelijkheden «geërfd» kunnen worden ingevolge de overname van (de activa van) een onderneming die betrokken is bij een kartel.

II. Horizontale kartels

A. Definitie

3. Horizontale kartels behoren tot de zwaarste inbreuken op het mededingingsrecht. De opeenvolgende Europese commissarissen bevoegd voor mededingingsaangelegenheden, hebben hierover nimmer enig misverstand laten bestaan. Recentelijk nog bevestigde huidig commissaris Neelie Kroes, in niet mis te verstane bewoordingen, de harde beleidslijn van de Commissie⁷: «I don't think that by now there can be any doubt as to my view on cartels. Private secret agreements between competitors protect their own individual positions, but at a huge cost. OECD studies have found that the artificial price increase can be as much as 50%. This hits direct customers – be they other companies or citizens – but also filters down through the entire European economy. In the end, cartels make Europe less competitive and put the brakes on our future economic growth. Why invest, why innovate, when you can sit back and profit unfairly from an illegally engineered allocation of resources? I want the future for cartelists to continue to look as bleak as possible. That is why I am further sharpening our tools in this area».

4. Voor een definitie van horizontale kartels kan in de eerste plaats worden teruggesproken naar de recente clementiemededeling van de Raad,⁸ waarover verder (nr. 19) meer. In deze mededeling omschrijft de Raad horizontale kartels als volgt: «Kartels zijn overeen-

komsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer concurrerende ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen, met desgevallend één of meer andere niet-concurrerende ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen,⁹ met als doel hun concurrerend handelen op de markt te coördineren en/of de relevante parameters van mededinging te beïnvloeden via praktijken zoals het afspreken van aan- of verkoopprijzen, de toewijzing van productie- of verkoopquota, de verdeling van markten (met inbegrip van offerteversaling), het beperken van importen of exporten en/of mededingingsversturende maatregelen tegen andere concurrenten».

De Commissie hanteert vaak een ietwat kortere definitie: «What is a cartel? It is an illegal secret agreement concluded between competitors who in coordination fix or increase their prices, restrict supply by limiting their sales or their production capacities, and/or divide up their markets or consumers».¹⁰

5. Beide definities visereren dezelfde types van mededingingsinbreuken. Bij gebrek aan Belgische zaken kan worden teruggesproken naar de Europese praktijk om *in concreto* na te gaan welk marktgedrag gedekt wordt door deze definitie. Het vertrekpunt daarbij is dat kartels steeds een geconcentreerd marktgedrag¹¹ tussen concurrenten impliceren. Het begrip «concurrenten» omvat zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten. Wat dit laatste betreft, stel dat onderneming A enkel actief is in de provincie Antwerpen en onderneming B uitsluitend in de provincie Limburg en dat zij elkaar om die reden niet ontmoeten op de markt. Zij zijn dus geen daadwerkelijke concurrenten. Onderneming A en onderneming B voelen zich perfect bij deze situatie en spreken af om zich te onthouden van verkopen in de provincie van de andere. Deze afspraak zal in principe als een vorm van (geografische) marktverdeling beschouwd worden. Het feit dat de

⁷ N. KROES, «Reinforcing the fight against cartels and developing the private enforcement damage actions; two tools for a more competitive Europe», SPEECH/07/128 van 8 maart 2007. Deze en andere documenten waarnaar verwezen wordt in dit artikel (waaronder niet in het *Publicatieblad* verschenen beschikkingen van de Commissie) zijn te vinden op de website van het Directoraat-generaal Mededinging van de Commissie: http://ec.europa.eu/comm/competition/index_nl.html.

⁸ Raad voor de Mededinging, Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken, nr. 7 (http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/home_nl.htm).

⁹ De toevoeging «met desgevallend één of meer andere niet-concurrerende ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen» lijkt overbodig, en is inderdaad niet terug te vinden in het ECN-model van clementieprogramma (zie voetnoot 43), noch in de definitie die traditioneel door de Commissie wordt gehanteerd.

¹⁰ Zie http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/overview/index_en.cfm.

¹¹ Hiermee bedoelen we dat er een overeenkomst of onderling afgestemd feitelijk gedrag dient te zijn tussen de betrokken ondernemingen, en dat het derhalve niet om louter unilateraal gedrag van een onderneming handelt. Aangaande deze begrippen, zie: F. TUYTSCHAEVER, «Commentaar bij art. 2 WBEM», in OHRA: *commentaar handels- en economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 5 en 15.

betrokken ondernemingen geen daadwerkelijke, maar slechts potentiële concurrenten zijn, zal voor de kwalificatie van deze afspraak geen belang hebben. Het gaat om een (verboden) horizontaal kartel.¹²

Daarnaast dient het geconcentreerd gedrag tussen concurrenten het oogmerk of effect te hebben om de marktprijzen aldus te beïnvloeden dat zij op een hoger niveau belanden dan het geval zou zijn zonder die afstemming. Aan de basis hiervan kunnen rechtstreekse prijsafspraken liggen of andere praktijken die weliswaar niet rechtstreeks betrekking hebben op de prijzen, maar wel leiden tot een supracompetitieve prijsstelling. Markt- en klantenverdeling bijvoorbeeld hebben niet rechtstreeks betrekking op de prijzen, maar brengen de deelnemers wel in een (artificiële) positie, waardoor zij hogere prijzen kunnen aanrekenen.

B. Types horizontale kartels

1^o Prijsafspraken

6. Prijsafspraken tussen concurrenten zijn het schoolvoorbeeld van een horizontaal kartel. Deze afspraken kunnen zeer diverse vormen aannemen en omvatten, naast afspraken waarbij een bepaalde prijs wordt vastgelegd,¹³ ook het bepalen van minimumprijzen¹⁴ of van marges. De Europese praktijk leert voorts dat aan de kwalificatie als horizontaal kartel niet ontkomen kan worden door afspraken te maken over aanbevolen prijzen of doelprijzen.¹⁵ Het is

¹² Dat kartelgedragingen zowel afspraken tussen daadwerkelijke als potentiële concurrenten bestrijken, volgt tevens uit de horizontale groepsvrijstellingen, die betrekking hebben op horizontale afspraken tussen zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten (zie art. 2(7) Verordening (EG) nr. 2658/2000 (specialisatieovereenkomsten), *PB L* 304/3 van 5 december 2000 en art. 2(12) Verordening (EG) nr. 2659/2000 (voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten), *PB L* 304/7 van 5 december 2000). Voor een voorbeeld uit de rechtspraak waarin een marktverdelingsafpraak tussen minstens potentiële concurrenten nietig werd verklaard, zie Brussel: 23 januari 2007 *Limb. Rechtsl.* 2007, 297, met noot B. PONENT.

¹³ Twee recente voorbeelden zijn COMP/38.432, *Professionele Videobanden*, waarbij de Commissie, op 20 november 2007, Sony, Fuji en Maxell (samen goed voor een marktaandeel van 85%) een totale boete van 74 miljoen euro oplegde wegens het organiseren van drie succesvolle ronden van prijsverhogingen, waarvan de tenuitvoerlegging werd gecontroleerd; en COMP/39.165, *Vlakglas*, waarbij de Commissie, één week later (op 28 november 2007) Asahi, Guardian, Pilkington en Saint-Gobain (samen goed voor een marktaandeel van minstens 80% van de EER-vlakglasmarkt) een totale boete oplegde van 486,9 miljoen euro wegens een prijzenkartel bestaande uit diverse prijsverhogingen en het vaststellen van minimumprijzen en andere commerciële voorwaarden, met als doel de prijzen te verhogen (dan wel te stabiliseren) en de tenuitvoerlegging ervan te controleren.

¹⁴ Bv. COMP/38.549, *Belgische architecten* (officiële samenvatting in *PB L* 4/10 van 6 januari 2005) (vastleggen van minimale erelonen van architecten), evenals COMP/39.165, *Vlakglas*.

voorts zonder belang of de afspraak handelt over de totale prijs dan wel over een onderdeel van de prijs. Een afspraak om bepaalde kostenstijgingen door te rekenen¹⁶ of beperkingen te stellen aan de bonussen en kortingen die aan klanten worden geboden, wordt als een horizontaal prijzenkartel bestempeld.¹⁷ Een horizontaal prijzenkartel dient niet over de prijs *stricto sensu* te handelen. Het is immers een vaststaande Europese praktijk dat een prijzenkartel bij uitbreiding ook betrekking kan hebben op andere contractvoorwaarden die nauw verbonden zijn met de prijs, zoals de geboden betaling- of krediettermijnen.¹⁸

Een klassiek prijzenkartel is doorgaans niet beperkt tot het vastleggen van het (nieuwe) prijsniveau, maar gaat meestal gepaard met vrij precieze afspraken over het tijdstip van de prijsverhogingen. Dit zorgt er enerzijds voor dat de afnemers weinig andere keuze zullen hebben dan de geconcentreerde prijsverhoging te slikken en beperkt anderzijds het risico op vals spelen («cheating») doordat één of meer karteldeelneemers de afgesproken prijsverhoging niet doorvoeren of uitstellen om bijkomend volume aan te trekken.

De definitie van een horizontaal kartel verwijst zowel naar verkoop- als aankooprijzen. De overgrote meerderheid van de prijzenkartels die door de Commissie werden onderzocht en beboet, handelden niettemin over verkooprijzen. Het lijkt ons overigens niet gepast om in deze context verkoop- en aankooprijzen over dezelfde kam te scheren.¹⁹ Zo zullen aankoopgroeperingen haast per definitie afspraken maken over hun aankooprijzen (het verkrijgen van betere prijzen is immers één van de hoofdoelstellingen ervan), wat niet betekent dat aankoopgroeperingen noodzakelijk verboden prijzenkartels zijn.²⁰

¹⁵ Bv. COMP/37.027, *Zinkfosfaat*, *PB L* 153/1 van 20 juni 2003, overwegingen 65, 67 en 94, zoals bevestigd in het arrest van het Gerecht van 29 november 2005, *Hans Heubach t/ Commissie*, T-64/02, *Jur.* 2005, II-5137, overwegingen 81-82.

¹⁶ Of een aanbeveling van een beroepsfederatie om dat te doen, zie voetnoot 3 voor het door de Raad voor de Mededinging veroordeelde broodkartel.

¹⁷ Bv. COMP/37.766, *Nederlandse biermarkt*, overweging 338; COMP/36.604, *Citroenzuur*, overweging 83.

¹⁸ Bv. COMP/36.175, *Oostenrijkse banken («Lombard Club»)*, *PB L* 56/1 van 24 februari 2004, overweging 337.

¹⁹ Voor een recent voorbeeld van een kartel waar in een specifieke feitelijke context aankooprijzen aan de orde waren, zie: COMP/38.456, *Bitumen (NL)*.

²⁰ Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van inkoopovereenkomsten, zie: Europese Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PB C* 3/2 van 6 januari 2001, nrs. 115-138.

2° Beperking van de productie of de productiecapaciteit

7. Gezien het volume dat op de markt wordt aangeboden de prijsstelling beïnvloedt, kan de mededinging worden beperkt wanneer concurrenten afspraken maken aangaande productiecapaciteit of het niveau van hun productie. Deze afspraken kunnen hetzij betrekking hebben op de beschikbare productiecapaciteit als zodanig (beperking van de investeringen in productiecapaciteit of afspraken inzake de afbouw van capaciteit), hetzij op de mate waarin de beschikbare capaciteit effectief wordt ingezet.²¹

3° Verkoopquota

8. Een andere methode om de output te beperken en aldus het prijsniveau te beïnvloeden, is het afspreken van verkoopquota. Hierbij kan het gaan om het vastleggen van effectieve quota – d.i. een maximumvolume dat door iedere karteldeelnemer op de markt mag worden gebracht²² – of van de marktaandeelen voor de diverse concurrenten (bv., een bevrozing van de marktaandeelen, zoals die voorhanden zijn op een gegeven moment²³).

4° Marktverdeling

9. Diverse vormen van marktverdeling kunnen de concurrentie beperken en het prijsniveau negatief beïnvloeden. Marktverdeling kan de vorm aannemen van een verdeling of toebedeling van geografische markten of klanten.²⁴ Een specifieke vorm van klantenverdeling is de offerteversaling (vaak beter gekend onder de Engelse omschrijving «*bid rigging*»). Hierbij worden klanten onderling verdeeld door de versaling van het aanbestedingsproces.²⁵ Tot slot wordt (vooral in de literatuur) ook verwezen naar de verdeling van de

²¹ Bv. COMP/36.490, *Grafietelektroden*, PB L 100/1 van 4 juli 2006, overwegingen 50 en 110.

²² Bv. COMP/38.238, *Spaans Ruwe Tabak*, overwegingen 310 en 409.

²³ Bv. COMP/37.773, *MCCA (Monochloorazijnzuur)*, overweging 84.

²⁴ Voor een recent voorbeeld waarin zowel van een verdeling van geografische markten als een toebedeling van klanten sprake is, zie: COMP/38.710, *Bitumen (Spanje)* (totale boete van 183 miljoen euro); voor een verdeling van geografische markten, zie: COMP/36.490, *Grafietelektroden*, PB L 100/1 van 4 juli 2006, overwegingen 50 en 110; voor een toebedeling van klanten, COMP/37.800, *Luxemburgse brouwerijen*, PB L 253/21 van 21 september 2002, overwegingen 48-66.

²⁵ Bv. COMP/38.823, *Liften en Roltrappen* (totale boete van 992 miljoen euro) en COMP/38.899, *Gas Insulated Switchgear* (totale boete van 750,7 miljoen euro).

bevoorradsingsbronnen. Dit laatste zal mededingingsrechtelijk maar van belang zijn als er schaarste is op dit vlak of als bepaalde bevoorradsingsbronnen markant beter zijn dan andere.

5° Beperking van import of export

10. Onder deze noemer wordt doorgaans verwezen naar collectieve boycots door de karteldeelnemers met als doel het verhinderen van markttoetreding van nieuwkomers.²⁶

6° Mededingingsversturende maatregelen

11. Dit erg ruime begrip, waarnaar de Raad verwijst in zijn definitie van horizontale kartels, omvat een veelheid aan praktijken. Een klassiek voorbeeld is dat van karteldeelnemers die zowel op een opwaartse («*upstream*») als neerwaartse («*downstream*») markt actief zijn en die, met het doel de concurrentie op de neerwaartse markt in te dijken, afspraken maken aangaande de voorwaarden (bv. de prijs) waartegen zij op de opwaartse markt zullen verkopen aan concurrenten die enkel actief zijn op de neerwaartse markt.

Een randgeval is de uitwisseling van gevoelige commerciële informatie, een belangrijk hulpmiddel bij de implementatie van een horizontaal kartel.²⁷ Een discussiepunt is of informatie-uitwisseling op zichzelf als een horizontaal kartel kan worden omschreven. In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG zijn er aanknopingspunten om aan te nemen dat dit het geval kan zijn.²⁸

II. Publieke handhaving

12. Momenteel ligt de handhaving van de mededingingsregels met betrekking tot horizontale kartels, zowel op Europees als Belgisch vlak, essentieel in handen van de overheid. De in deel III besproken private afdwinging van het kartelverbod, door personen of ondernemingen die schade ondervinden of hebben ondervonden van een kartel en de (vermeende) karteldeelnemers voor de nationale rechter dagvaarden, komt in vergelijking mijlenver achterop.

²⁶ Bv. COMP/38.620, *Bleekmiddelen*, overweging 304; COMP/37.800, *Luxemburgse brouwerijen*, PB L 253/21 van 21 september 2002, overwegingen 67-73.

²⁷ Bv. COMP/38.836, *Synthetisch Rubber* (totale boete van 519 miljoen euro).

²⁸ Arrest van het Hof van 23 november 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, *Jur.* 2006, I-11125, overweging 58.

A. *Wie is wie?*

13. Sedert de inwerkingtreding, op 1 mei 2004, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag²⁹ (hierna: «Verordening 1/2003») gebeurt de handhaving van art. 81 EG (dat het Europees kartelverbod bevat) door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten in het raam van een netwerk van openbare overheden, dat het «European Competition Network» (hierna: ECN) wordt genoemd. Alle leden van het ECN zijn bevoegd om art. 81 EG toe te passen. De taakverdeling binnen het ECN ten aanzien van zaken waarvoor een onderzoek noodzakelijk wordt geacht (d.i. het aanwijzen van de overheid (overheden) die geschikt is (zijn) om het onderzoek te voeren), gebeurt op basis van de criteria neergelegd in de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (hierna: «de ECN-Mededeling»)³⁰.

14. Horizontale kartels die niet worden getroffen door het Europees kartelverbod omdat ze de handel tussen de lidstaten niet merkbaar (kunnen) beïnvloeden,³¹ kunnen nog steeds onder toepassing vallen van het nationaal kartelverbod dat is neergelegd in art. 2 van de wet tot bescherming van de economische mededinging (hierna: «WBEM»)³².

15. In België wordt het Europees en Belgisch kartelverbod gehandhaafd door de Belgische mededingingsautoriteit, die bestaat uit twee organen: de Dienst voor de Mededinging en de Raad voor de Mededinging. De eerste is een onderdeel van de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie en essentieel belast met de opsporing en het onderzoek van kartelinbreuken. De tweede is een administratief rechtscollege, samengesteld uit de algemene vergadering, het Auditoraat en de griffie. Daarbij staat de algemene vergadering in voor de beslissingen, terwijl het Auditoraat het onderzoek leidt.³³ Hoger beroep tegen

deze beslissingen, en de eventuele sancties die daarbij worden opgelegd, staat open bij het Hof van Beroep te Brussel, dat uitspraak doet met volle rechtsmacht.³⁴

B. *Hoe komen horizontale kartels aan het licht?*

16. De praktijk leert dat horizontale kartels meestal georganiseerd worden in een sfeer van geheimhouding, met vergaderingen die veelal gehouden worden buiten de ondernemingsgebouwen (bv. in hotels³⁵) en die soms codenamen meekrijgen. Gezien het financiële belang van de karteldeelnemers om het kartel zo lang mogelijk overeind te houden, is het verre van evident voor de mededingingsautoriteiten om een kartel *ex officio* te ontdekken en te vervolgen. Dit verklaart meteen waarom de overgrote meerderheid van de kartels niet via eigen onderzoek van de mededingingsautoriteiten aan het licht komen,³⁶ maar wel via clementieverzoeken en klachten.

1^o Clementieverzoeken

a) Algemeen

17. Overgewaaid uit de Verenigde Staten vormen clementieverzoeken momenteel dé informatiebron bij uitstek voor de Europese kartelautoriteiten. Nagenoeg alle horizontale kartelzaken die de Commissie de laatste jaren behandelde, zijn het gevolg van één of meer clementieverzoeken. Ook op Belgisch vlak zijn er naar horen zeggen inmiddels een vijftiental clementieverzoeken (sommige weliswaar met betrekking tot dezelfde kartelafspraken).

18. Clementieregelingen komen tot stand omdat kartelautoriteiten het ontdekken en doen beëindigen van horizontale kartels belangrijker vinden dan het opleggen van boeten aan ondernemingen die dergelijke kartels aan het licht helpen brengen.³⁷ Clementie be-

²⁹ PB L 1/1 van 4 januari 2003.

³⁰ PB C 101/43 van 27 april 2004, nr. 8.

³¹ Europese Commissie, Richtsnoeren betreffende het begrip «beïnvloeding van de handel» in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB C 101/81 van 27 april 2004. Deze en andere mededelingen of richtsnoeren die in deze bijdrage worden geciteerd, zijn een vorm van *soft law*, die, gelet op het beginsel van gewettigd vertrouwen, bindend zijn voor de auteur ervan; voor meer details, zie: F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER en A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 36.

³² K.B. van 15 september 2006 houdende coordinatie van de wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging en van de wet van 10 juni 2006 tot oprichting van een Raad voor de Mededinging, B.S. 29 september 2006 (derde editie), p. 50.613.

³³ Meer details omtrent de Belgische mededingingsautoriteit in F. WIJCKMANS, *o.c.*, R.W. 2006-07, p. 631-633; zie tevens, in het bijzonder, de bijdragen van J. STEENBERGEN, B. STULENS, M.-T. PEETERS en J. CAPIAU in J. STUYCK, W. DEVROE en P. WYTINCK (red.), *De nieuwe Belgische mededingingswet 2006*, Mechelen, Kluwer, 2007 en D. VANDERMEERSCH, *De Mededingingswet*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 42-83.

³⁴ Art. 75 WBEM.

³⁵ Bv. COMP/37.027, *Zinkfosfaat*, PB L 153/1 van 20 juni 2003, waar een eerste kartelbespreking plaatsvond in het Holiday Inn Heathrow Airport Hotel, gevolgd door tal van andere besprekingen in hotels.

³⁶ Enkele recente boeten opgelegd door de Commissie bevestigen de uitzondering op de regel, bv. in de *Professionele videobanden en Vlakglas* kartels (zie voetnoot 13).

³⁷ Zie met zoveel woorden de Belgische clementiemededeling, nr. 3.

staat er concreet in dat karteldeelnemers³⁸ die het initiatief nemen om een horizontaal kartel te «verklikken» aan de kartelautoriteiten, afhankelijk van de situatie en van hun medewerking tijdens het door de kartelautoriteiten gevoerde onderzoek, een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten kunnen krijgen.³⁹ Clementie is dus bedoeld om de comfortabele omgeving van een kartel te destabiliseren.⁴⁰

19. Een clementieregeling bestaat op Europees niveau sedert 1996 (de meest recente clementiemededeling dateert van december 2006)⁴¹ en, op het ogenblik van het schrijven van deze bijdrage, in 24 van de 27 lidstaten.⁴² Een aantal nationale clementiemedelingen is gebaseerd op een binnen het ECN aangenomen model van clementieprogramma.⁴³ Dit is het geval voor de recente Belgische clementiemededeling, die werd aangenomen en in werking trad op 22 oktober 2007, dag van publicatie in het *Belgisch Staatsblad*,⁴⁴ na een korte consultatieronde gelanceerd op 5 september 2007.⁴⁵

20. Hierna staan we kort stil bij een aantal praktische aspecten van clementie. De nadruk ligt daarbij op de Europese en de Belgische regeling ter zake, met verwijzingen naar de Nederlandse regeling. In afwezigheid

³⁸ In lidstaten waarin boeten opgelegd kunnen worden aan personen die opdracht tot of feitelijke leiding hebben gegeven aan een kartel, zoals in Nederland, kan clementie niet alleen worden aangevraagd door ondernemingen (of ondernemingsverenigingen), maar ook door die personen.

³⁹ De Belgische tekst spreekt van «volledige vrijstelling» in plaats van «immunititeit», gebruikt door de Commissie.

⁴⁰ Zie de bespreking van de Europese clementieregeling door twee ambtenaren van DG Concurrentie, Sari Suurnäkki en Maria Luisa Tierno Centella, «Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels», *EC Competition Policy Newsletter*, 2007 (1), p. 7-15.

⁴¹ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie betreffende immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PB C 210/2* van 8 december 2006.

⁴² Voor een lijst, zie: http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf (niet in Malta, Cyprus en Slovenië).

⁴³ Het «ECN Model Leniency Programme» kan worden geraadpleegd op http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

⁴⁴ Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken, *B.S. 22 oktober 2007*, p. 54.713. De juridische basis voor deze mededeling is art. 49 WBEM, dat in de mogelijkheid van een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten voorziet voor alle door art. 2 WBEM verboden praktijken. De clementiemededeling zelf daarentegen dekt enkel horizontale kartels. Verticale overeenkomsten en horizontale afspraken die geen kartels zijn in de zin van deze Mededeling vallen uitdrukkelijk buiten het toepassingsgebied ervan (zie clementiemededeling, nr. 7). Een eerdere mededeling bestond in België sedert 30 april 2004 (zie: K. Marchand, «Clementie in het Belgisch Mededingingsrecht», *TBM/RCB 2006*, p. 96-106).

⁴⁵ Deze consultatieronde leidde tot bijzonder weinig aanpassingen van de ontwerpakte en had derhalve weinig praktisch nut. Hopelijk worden deze consultatierondes in de toekomst niet verder gereduceerd tot een «verplicht nummertje».

van een Europees geharmoniseerde clementieregeling wordt een clementieverzoek ingediend bij een bepaalde kartelautoriteit (bv. de Commissie) niet beschouwd als een verzoek aan enige andere kartelautoriteit (bv. de Raad). Daarom heeft een clementieverzoeker er alle belang bij om zijn verzoek in te dienen bij alle kartelautoriteiten van het grondgebied waarop het horizontaal kartel invloed heeft. Zoals we hierna zullen zien, is het tijdstip van een clementieverzoek van cruciaal belang om in aanmerking te komen voor immunititeit of vermindering van geldboeten. De Commissie raadt potentiële verzoekers dan ook aan om clementieverzoeken gelijktijdig in te dienen.⁴⁶

b) Wanneer geldt volledige vrijstelling van geldboeten?

21. Een onderneming of ondernemingsvereniging komt enkel en alleen in aanmerking voor volledige vrijstelling indien zij als eerste informatie en bewijsmateriaal levert:

- die de betrokken kartelautoriteit in staat stelt een gerichte inspectie (volgens de Europese tekst) of huiszoeking (volgens de Belgische tekst) te verrichten. Op het ogenblik dat het clementieverzoek wordt ingediend, mag de betrokken autoriteit nog niet over voldoende gegevens beschikken om een inspectie/huiszoeking te kunnen rechtvaardigen; of
- die de betrokken kartelautoriteit in staat stelt een inbreuk op het kartelverbod (art. 2 WBEM en/of art. 81 EG-verdrag) vast te stellen. Op het ogenblik dat het clementieverzoek wordt ingediend, mag de betrokken autoriteit nog niet over voldoende bewijsmateriaal beschikken om een zodanige inbreuk te kunnen vaststellen en mag zij geen voorlopige immunititeit hebben toegekend aan een andere onderneming ingevolge de toepassing van de eerste mogelijkheid.

22. Uit het bovenstaande kunnen de volgende praktische conclusies worden getrokken:

- «*The winner takes it all*»: één enkele onderneming (of ondernemingsvereniging) komt in aanmerking voor volledige vrijstelling.
- Bij de beoordeling wie in aanmerking komt, heeft de eerste hypothese voorrang op de tweede.
- Geen van beide hypothesen houdt rekening met clementieverzoeken ingediend bij andere ECN-leden. Clementieprogramma's «*co-exist but do not mingle*».⁴⁷

⁴⁶ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PB C 101/43* van 27 april 2004.

⁴⁷ J. JOSHUA en P. CAMESASCA, «The Commission's 2002 Leniency Notice: high noon for reform», *The European Antitrust Review 2007*, p. 1.

– De test waaraan moet voldaan zijn in de eerste hypothese is substantieel minder zwaar dan in de tweede hypothese. Het is voldoende dat de informatie en het bewijsmateriaal die de verzoeker aanlevert, een gerichte inspectie/huiszoeking rechtvaardigen.⁴⁸ Het feit dat naderhand blijkt dat de inspectie/huiszoeking niets oplevert of onvoldoende oplevert om een kartelinbreuk te bewijzen, is in dit verband irrelevant.⁴⁹

– Het voordeel van de tweede hypothese is dat zij duidelijk maakt dat immuniteit mogelijk is, zelfs nadat een inspectie/huiszoeking heeft plaatsgevonden. De karteldeelneer ziet zich daarbij echter geconfronteerd met een hoge immuniteitshorde (hij dient de kartelautoriteiten in staat te stellen een horizontaal kartel vast te stellen), en dit op een ogenblik dat hij zich dient te reppen. De race naar de deur van de kartelautoriteiten begint inderdaad vaak nadat huiszoekingen hebben plaatsgevonden.

23. Naast een aantal voorwaarden waaraan alle clementieverzoekers dienen te voldoen (zie randnr. 27), kan een verzoeker enkel immuniteit krijgen als hij andere ondernemingen niet gedwongen heeft om tot het kartel toe te treden of hun participatie in het kartel verder te zetten. Een clementieverzoeker die een zodanige dwang heeft uitgeoefend, kan enkel een boetevermindering krijgen.⁵⁰ De Europese en Nederlandse praktijk ter zake leert ons dat alvast de Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit een zeer strenge test toepassen alvorens zij tot het bestaan van dwang zullen besluiten.⁵¹ Daarmee geven zij aan clementieverzoekers die een leidende rol speelden in het kartel niet te willen ontmoedigen om de clementiestap te zetten.

⁴⁸ Niettemin moet worden aangestipt dat de verwijzing naar het «gerichte» karakter van de inspectie één van de nieuwigheden is in de meest recente Europese en Belgische clementieregelingen, die het in de praktijk moeilijker kan maken om boete-immuniteit te verkrijgen.

⁴⁹ Het «gerichte» karakter van de inspectie wordt beoordeeld *a priori* (d.i. voorafgaand aan de inspectie/huiszoeking) en niet *a posteriori* (d.i. afhankelijk van het resultaat van de inspectie/huiszoeking).

⁵⁰ Europese clementiemededeling, nr. 13; Belgische clementiemededeling, nr. 14.

⁵¹ J. FAULL en A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford, OUP, 2007, p. 815. In een toelichting bij het ontwerp van nieuwe Richtsnoeren Clementie verklaarde de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) dat «dwang ... zowel van economische aard (kan) zijn, als wel bestaan uit fysieke bedreiging. De ervaring van de NMa tot nu toe leert dat dwang in de praktijk niet of nauwelijks voorkomt. De NMa is van oordeel dat geen sprake is van economische dwang als deze niet ten minste een acuut gevaar voor marktuitbreiding van een onderneming oplevert. Vanwege de onzekerheid die deze voorwaarde voor clementieverzoekers kan meebrengen voor de beschikbare clementie, zal het Clementiebureau in daadwerkelijke twijfelgevallen ten voordele van clementieverzoeker concluderen dat geen sprake is van dwang».

c) Wanneer geldt een gedeeltelijke vrijstelling van boeten?

z 24. Een gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten is mogelijk als de verzoeker bewijsmateriaal levert van het kartel dat een «*significante*» (volgens de Europese tekst) of «*aanzienlijke toegevoegde waarde*» (volgens de Belgische tekst) heeft ten opzichte van het bewijs waarover de betrokken mededingingsautoriteit reeds beschikt op het ogenblik van het verzoek. Het bewijsmateriaal moet, door zijn aard en nauwkeurigheid, de mogelijkheid om het kartel te bewijzen aanzienlijk versterken.⁵² De Belgische clementiemededeling (nr. 15) verklaart uitdrukkelijk dat het niet noodzakelijk om nieuwe informatie moet gaan. Een tweede bron die informatie van een eerste bron bevestigt, kan ook aanzienlijke toegevoegde waarde hebben.

25. De boeteverminderingen verschillen naargelang de Europese en Belgische clementiemededeling. Beide bepalen dat de eerste onderneming die bewijsmateriaal met een aanzienlijke/significante toegevoegde waarde verstrekt (d.i. de eerste onderneming na de clementieverzoeker die voor immuniteit kwalificeert) in aanmerking komt voor een boetereductie van 30% tot 50%. Voor de tweede onderneming voorziet de Europese clementiemededeling in een vermindering tussen 20% en 30%; voor de volgende ondernemingen geldt een vermindering van ten hoogste 20%. In België komen de tweede en alle volgende ondernemingen in aanmerking voor een boetevermindering van 10% tot 30%.

26. Bij deze percentages valt onmiddellijk op dat er een grote kloof is tussen diegene die immuniteit geniet (100%) en de tweede clementieaanvrager (min. 30%/max. 50%). Een vergelijkbare kloof is er tussen de tweede en de derde aanvrager (min. 10 of 20%/max. 30%). De beleidsmatige logica is dat clementieprogramma's er in eerste instantie op gericht zijn om één onderneming de stap naar de kartelautoriteiten te laten zetten. Pas in tweede instantie beoogt clementie om het aldus verkregen bewijsmateriaal te laten bevestigen door een tweede onafhankelijke bron. Verdere verzoeken kunnen bewijsmateriaal opleveren dat mooi meegenomen is voor de autoriteiten, maar meestal niet langer noodzakelijk om het kartel te bewijzen. Enkel indien zij additionele feiten opleveren die de zwaarte of de duur van de inbreuk doen toenemen, zijn ze echt interessant. Dit is overigens ook de reden waarom het aanleveren van bewijsmateriaal dat de zwaarte of duur doet toenemen,

⁵² Daarbij wordt meer belang gehecht aan schriftelijk bewijs daterend uit de periode van de feiten dan aan later opgesteld bewijs, aan belastend bewijs dat rechtstreeks relevant is, eerder dan zijdelings relevant, en aan beslissend bewijs eerder dan aan verklaringen die bij betwisting verder gestaafd moeten worden.

beloond wordt met zogenaamde «*partiële immuniteit*». Dit houdt in dat de mededingingsautoriteit met deze feiten geen rekening zal houden bij de berekening van de boete voor de betrokken clementieverzoeker.⁵³

d) Welke spelregels dient een clementieverzoeker na te leven?

27. Volledige en gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten is afhankelijk van het respecteren door de clementieverzoeker van een aantal spelregels in de verschillende stadia van zijn verzoek en het daaropvolgende onderzoek:⁵⁴

Vóór het indienen van een clementieverzoek mag de onderneming geen bewijsmateriaal met betrekking tot het kartel vernietigen, vervalsen of wegmaken.⁵⁵ Het voornemen om een clementieverzoek in te dienen, evenals de inhoud ervan moeten geheim worden gehouden, tenzij met het oog op de mededeling aan andere mededingingsautoriteiten.⁵⁶

Uiterlijk op het ogenblik van het verzoek dient de clementieverzoeker zijn betrokkenheid bij het kartel te beëindigen, tenzij de clementieverzoeker gevraagd wordt om verder betrokken te blijven en zo de doeltreffendheid van mogelijke huiszoekingen niet in het gedrang te brengen.

Na het clementieverzoek en tot aan de mededeling van de punten van bezwaar (Commissie) of het overleggen van het verslag van de auditeur (België) blijft de geheimhouding van het clementieverzoek en de inhoud ervan gelden, behalve indien anders overeengekomen wordt.

Last but not least, na het clementieverzoek tot aan de finale beslissing is iedere clementieverzoeker (zowel voor een immuniteitsverzoek als een verzoek om gedeeltelijke vrijstelling) gehouden tot medewerking met de kartelautoriteiten. Deze medewerking moet volledig, onafgebroken, snel en oprecht/te goeder trouw

⁵³ Europese clementiemededeling, nr. 26 *in fine*; Belgische clementiemededeling, nr. 17.

⁵⁴ Europese clementiemededeling, nr. 12; Belgische clementiemededeling, nr. 20.

⁵⁵ Het moet gaan om moedwillige daden van vernietiging, vervalsing of wegmaking die moedwillig het onderzoek dwarsbomen of de waarde van het clementieverzoek verminderen. Dit is dus niet geval wanneer bv. in *tempore non suspecto* (i.e. wanneer een clementieverzoek nog niet werd overwogen), een onderneming documenten heeft vernietigd in overeenstemming met een geldend archiveringsbeleid of wanneer een personeelslid, dat niet op de hoogte was van een nakend verzoek, bepaalde bestanden heeft vernietigd (Sari Suurnäkki en Maria Luisa Tierno Centella, «Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels», *EC Competition Policy Newsletter*, 2007 (1), p. 13).

⁵⁶ Dit geldt logischerwijs zowel voor de Commissie (Europese clementiemededeling, nr. 9 (a), laatste gedachtestreepje) als voor de Raad (Belgische clementiemededeling, nr. 11 (d)).

zijn.⁵⁷ Deze medewerkingplicht kan tot grote druk op de onderneming leiden, omdat het niet of onvoldoende vervullen ervan cash betaald wordt met een lage inschaling van het reductiepercentage en mogelijk het volledige verlies van enig clementievoordeel. Een goede dialoog met de kartelautoriteiten is daarom van kapitaal belang. Terwijl de kartelautoriteiten ervan uitgaan dat bepaalde informatie vlot voorhanden is, bepaalde gegevens snel geverifieerd kunnen worden of bepaalde personen moeiteloos beschikbaar zijn, is de ondernemingsrealiteit vaak anders en het is van belang de betrokken autoriteiten hierop te wijzen.

e) Hoe gaat een clementieverzoeker concreet tewerk?

28. Een clementieverzoeker heeft een aantal procedurele mogelijkheden, die verschillen naargelang het verzoek bij de Commissie of de Raad wordt ingediend. Voorts zijn er procedurele verschillen die samenhangen met de vraag of de verzoeker in aanmerking komt voor immuniteit dan wel niet langer de eerste in de rij is en uitsluitend een reductie van de geldboete kan ambiëren.

29. De «*marker*». Wanneer een onderneming haar betrokkenheid bij een horizontaal kartel ontdekt (bv. in het raam van *due diligence* bij een overname of een «*competition law compliance*» programma), kan zij zeer vlug ageren door bij de Commissie en/of de Raad een voorbehouden rang (een zogeheten «*marker*») te vragen. Indien de kartelautoriteit beslist een marker toe te kennen,⁵⁸ wordt de termijn bepaald waarbinnen de verzoeker het bewijsmateriaal moet indienen of vervolledigen om in aanmerking te komen voor volledige vrijstelling. Het systeem van de «*marker*» geldt immers enkel voor clementieverzoekers die in aanmerking komen voor een volledige vrijstelling.⁵⁹ Indien de marker niet binnen de gestelde termijn gecompleteerd wordt en geen verlenging wordt verleend, is de plaats in de rij van de verzoeker niet langer beschermd. Dit belet hem niet alsnog een formeel verzoek (zie randnr. 31) in te dienen.

⁵⁷ Zowel de Europese (nr. 12 (a)) als de Belgische clementiemededeling (nr. 20.3) sommen de vereiste medewerking op. Samengevat betreft het (i) de mededeling van alle relevante informatie en bewijsmateriaal die in het bezit is van de verzoeker of voor hem beschikbaar is, (ii) ter beschikking blijven om snel/dadelijk antwoord te geven op vragen die bijdragen tot de vaststelling van de betrokken feiten, (iii) ervoor zorgen dat huidige (en zo mogelijk vroegere) medewerkers, directeuren/bestuurders kunnen verschijnen, en (iv) geen informatie of bewijsmateriaal vernietigen, vervalsen of wegmaken.

⁵⁸ De autoriteit zal hierbij rekening houden met de mogelijkheid van de verzoeker om de voorbehouden rang (vlug) te completeren, zodanig dat overgegaan kan worden tot inspecties.

⁵⁹ Europese clementiemededeling, nr. 14; Belgische clementiemededeling, nr. 32. Niettemin heeft Nederland een systeem van voorbehouden rang voor alle clementieverzoekers (Richtsnoeren Clementie, nr. 11).

30. *Het hypothetisch formeel verzoek.* In tegenstelling tot België, biedt de Commissie een clementieverzoeker die immuniteit beoogt de mogelijkheid om in een eerste fase een hypothetisch verzoek in te dienen.⁶⁰ Hierbij verstrekt de verzoeker de informatie en het bewijsmateriaal op hypothetische wijze, door een lijst toe te zenden met een gedetailleerde beschrijving van het bewijsmateriaal dat hij op een overeengekomen later tijdstip zal indienen. Belangrijk voordeel van een dergelijk verzoek is dat de aanvrager op anonieme basis kan testen of immuniteit nog voorhanden is voor het beschreven kartel. Indien dit het geval is, moet de verzoeker binnen de afgesproken termijn het vereiste bewijsmateriaal indienen, waarop de Commissie hem schriftelijk voorwaardelijke immuniteit zal toekennen. Net zoals de procedure van de «marker», is ook deze procedure niet mogelijk voor het verkrijgen van een gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten. Dit is niet onlogisch, aangezien de Commissie in zo'n geval reeds over een eerste clementieverzoek en derhalve over concreet bewijsmateriaal beschikt.

31. *Het formeel verzoek.* Een clementieprocedure kan, zowel voor verzoeken om volledige als gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten, worden begonnen met het indienen van een formeel verzoek. Zo'n verzoek zal in principe bestaan uit een ondernemingsverklaring (lees: biecht) met de beschikbare informatie omtrent het horizontale kartel en het beschikbaar bewijsmateriaal.⁶¹

32. Wanneer het verzoek is gericht aan de Commissie, zijn volgende scenario's mogelijk:

Als het verzoek in aanmerking komt voor immuniteit, kent de Commissie de onderneming schriftelijk voorwaardelijke immuniteit toe.⁶² Indien het verzoek niet in aanmerking komt voor immuniteit, zal de Commissie dit eveneens schriftelijk meedelen. De verzoeker heeft dan de mogelijkheid om het ingediende bewijsmateriaal in te trekken of de Commissie te verzoeken om het in overweging te nemen in het raam van een verzoek tot vermindering van geldboete.⁶³ Het staat hem evident ook vrij een nieuw verzoek in te dienen.

⁶⁰ Europese clementiemededeling, nr. 16 (b). De Belgische clementiemededeling (nr. 21) bevat wel de mogelijkheid om informeel contact op te nemen met het Auditoraat om inlichtingen te vragen in verband met de toepassing van de mededeling.

⁶¹ Europese clementiemededeling, nrs. 8, 9, 16 (b) en 27; Belgische clementiemededeling, nr. 27. Soms is het, teneinde het clementieverzoek niet kenbaar te maken aan derden, niet steeds mogelijk alle bewijsmateriaal te verzamelen en te overhandigen. In een dergelijk geval wordt best overlegd met de autoriteiten.

⁶² Europese clementiemededeling, nr. 18.

⁶³ Intrekking weerhoudt de Commissie er niet van om gebruik te maken van haar gewone onderzoeksbevoegdheden om de desbetreffende informatie te verkrijgen. De intrekking van een immuniteitsverzoek heeft derhalve mogelijk weinig praktisch nut (Europese clementiemededeling, nr. 20).

Als het om een verzoek tot vermindering van geldboeten gaat, dient de Commissie haar voornemen om al dan niet een reductie toe te kennen niet onmiddellijk kenbaar te maken. Zij kan dit meedelen uiterlijk tot op de datum van de mededeling van de punten van bezwaar. Tot dan kan verzoek(st)er zijn/haar verzoek verder aanvullen. Dient hij/zij een verzoek in na de mededeling van de punten van bezwaar, dan staat het de Commissie vrij om dit verzoek naast zich neer te leggen.⁶⁴

33. In het raam van de Belgische procedure wordt het verzoek onderzocht door een auditeur, die zijn bevindingen bezorgt aan de auditeur-generaal. Het is deze laatste die de Raad verzoekt een clementieverklaring aan te nemen. De Raad streeft ernaar om dit te doen binnen de twintig werkdagen na het indienen van dit verzoek.⁶⁵ Een clementieverklaring kan worden beschouwd als een voorwaardelijke verklaring van gehele of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten. De Raad kan beslissen:

- dat het verzoek tot immuniteit wordt ingewilligd en een clementieverklaring aannemen;
- dat het verzoek tot immuniteit niet aan de vereiste voorwaarden voldoet. De verzoeker kan dan zijn clementieverzoek intrekken⁶⁶ of zijn verzoek in aanmerking laten komen als verzoek tot gedeeltelijke vrijstelling. Hij licht de griffie hiervan in;
- dat het verzoek tot gedeeltelijke vrijstelling wordt ingewilligd en een clementieverklaring aannemen.

Het staat de Raad vrij om een clementieverzoek niet in overweging te nemen indien het wordt ingediend na het neerleggen van het met redenen omkleed verslag van de auditeur.⁶⁷

34. *Beknopt formeel verzoek.* Zoals hierboven (zie randnr. 20) reeds werd aangegeven, heeft een kartel-deelnemer er alle belang bij om een clementieverzoek, zo mogelijk gelijktijdig, in te dienen in iedere jurisdictie waar hij een potentieel risico op geldboeten loopt. In het geval van grensoverschrijdende kartels kan dit een niet onbelangrijke logistieke inspanning vergen. Het antwoord van de ECN hierop is de mogelijkheid om in overeenstemming met het ECN-model van clementieprogramma⁶⁸ een beknopt ver-

⁶⁴ *Ibid.*, nr. 29.

⁶⁵ Dit betekent niet noodzakelijk dat de verzoeker snel duidelijkheid zal hebben over zijn positie. Alles hangt immers af van de termijn die de auditeur neemt voor het onderzoek en van het tijdstip waarop de auditeur-generaal het verzoek indient.

⁶⁶ Zoals het geval is voor Europa, voorziet de Belgische clementiemededeling (nr. 44) in een dergelijk geval dat de mededingingsautoriteit nog steeds gebruik kan maken van haar gewone onderzoeksbevoegdheden om de betrokken informatie te verkrijgen, wat het praktisch nut van een intrekking evident vermindert.

⁶⁷ Art. 45, § 4, WBEM en Belgische clementiemededeling, nr. 48.

⁶⁸ http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

zoek om immuniteit (niet: om vermindering van geldboeten) in te dienen. België aanvaardt dergelijke beknopte verzoeken wanneer:

- volgens de ECN-Mededeling de Europese Commissie bij uitstek geschikt is om een horizontaal kartel te behandelen⁶⁹; en
- wanneer de verzoeker een immuniteitsverzoek heeft ingediend bij de Commissie of zich voorneemt om dit te doen.

De beperkte informatie verstrekt in een beknopt verzoek⁷⁰ zal in een later stadium, wanneer het Auditoraat beslist op te treden, vervuldigd moeten worden met volledige informatie en bewijsmateriaal voor het verkrijgen van immuniteit binnen een gestelde termijn. Gebeurt dit, dan worden deze informatie en dit bewijsmateriaal geacht te zijn ingediend op de datum van het beknopt verzoek.

35. *Schriftelijk of mondeling?* Een clementieverzoek dient niet noodzakelijk schriftelijk ingediend te worden. De reden daarvoor is dat de effectiviteit van de Europese clementieprogramma's negatief beïnvloed werd door de vrees van (vooral Amerikaanse) ondernemingen om hun schriftelijke clementieverzoeken te moeten voorleggen in het raam van *discovery*-procedures. Zowel de Europese⁷¹ als de Belgische⁷² clementieprocedure voorzien daarom in de mogelijkheid dat de kartelautoriteit, op verzoek van de aanvrager, ermee instemt dat ondernemingsverklaringen mondeling worden afgelegd. Deze worden op schrift gesteld door de kartelautoriteiten (en dus niet door de onderneming zelf). De clementieverzoeker dient de inhoud van zijn mondelinge verklaringen wel goed te keuren (eventueel na correcties te hebben aangebracht) en in de lokalen van de kartelautoriteit de technische getrouwheid van de opname te controleren.

f) Waar moet het verzoek worden ingediend?

36. Bij de Commissie: Teneinde de rangorde exact te kunnen bepalen en de vertrouwelijkheid te kunnen garanderen, verzoekt de Commissie clementieverzoeken te faxen naar een toegewezen faxnummer: +32-2.299.45.85. Vooraleer een clementieverzoek te faxen, vraagt de Commissie om eerst, gedurende de werkdagen (tussen 9 u en 17 u), contact op te nemen met een ambtenaar die betrokken is bij clementie (+32-2.298.41.90 of +32-2.298.41.91).

⁶⁹ Voor de gevallen waarin de Commissie de geschikte autoriteit is, zie: ECN-Mededeling, nrs. 14-15.

⁷⁰ Belgische clementiemededeling, nr. 37.

⁷¹ Europese clementiemededeling, nrs. 31-35.

⁷² Belgische clementiemededeling, nrs. 28-29.

37. In België wordt een clementieverzoek ingediend bij de griffie van de Raad ter attentie van de auditeur-generaal. Het verzoek wordt ingediend per drager in acht exemplaren (North Plaza A, 8e verdieping, Koning Albert II-laan 9, 1210 Brussel). Een clementieverzoek kan ook per fax (+32-2.277.53.23), per e-mail (raco@economie.fgov.be) of per aangetekende brief worden opgestuurd naar de griffie van de Raad, maar dient in dat geval voor het sluitingsuur van de griffie (16 u) op de eerstvolgende werkdag in acht exemplaren per drager te worden neergelegd.⁷³

g) Wanneer heeft de clementieverzoeker zekerheid over zijn behandeling?

38. Clementieverzoekers hebben pas zekerheid over hun lot aan het einde van de administratieve procedure, hetzij door middel van de Commissiebeschikking,⁷⁴ hetzij door middel van de beslissing van de Raad.⁷⁵

h) Hoger beroep door clementieverzoekers

39. Een clementieverzoeker die niet akkoord gaat met zijn behandeling kan, net zoals de andere adresanten van een beschikking van de Commissie of een beslissing van de Raad voor de Mededinging, daartegen beroep instellen bij het Gerecht van eerste aanleg van de EG, respectievelijk het Hof van Beroep te Brussel. Een dergelijk beroep zal een andere focus hebben dan dat ingediend door ondernemingen die niet om clementie verzochten. In tegenstelling tot deze laatste, heeft de clementieverzoeker zijn deelname aan het kartel onthuld en kan hij derhalve niet zonder zijn clementiebehandeling kwijt te spelen de feiten betwisten die hijzelf als bewijsmateriaal aanleverde. Daarentegen kan hij wel de kwalificatie van de feiten aanvechten (bv. de in aanmerking genomen duur van de inbreuk), evenals de hoogte van de boete en het verleende clementiepercentage.⁷⁶

⁷³ *Ibid.*, nr. 24. De reden waarom ook nu nog steeds acht exemplaren gevraagd worden, is onduidelijk.

⁷⁴ Europese clementiemededeling, nrs. 22 en 30.

⁷⁵ Belgische clementiemededeling, nr. 47.

⁷⁶ Hierboven (nr. 15) werd er reeds op gewezen dat het Hof van Beroep uitspraak doet met volle rechtsmacht. De uitdrukkelijke wettelijke basis die art. 49 WBEM bevat voor clementie, kan worden gelezen als een inperking van die volle rechtsmacht in de mate dat het Hof het principe zelf van clementie niet in twijfel kan trekken, maar enkel kan toezien of de voorwaarden aangeduid in de clementieverklaring werden nageleefd en de vrijstelling in verhouding staat tot de bijdrage die werd geleverd om de begane overtreding te bewijzen. Het toezicht van het Gerecht van eerste aanleg en van het Hof van Justitie van de EG beperkt zich in de praktijk ook hiertoe, ook al heeft de Europese clementiemededeling geen wettelijke basis in Verordening 1/2003.

i) Interactie met private afdwinging

40. Het is een vast gegeven dat immuniteit tegen of vermindering van geldboeten een onderneming niet kan beschermen tegen de civielrechtelijke gevolgen van haar deelname aan een horizontaal kartel⁷⁷ (zie verder nr. 69). Een onderneming die het bestaan van en haar deelname aan een kartel aan de overheid wil onthullen, dient er dus rekening mee te houden dat een dergelijke onthulling weliswaar tot een vrijstelling van administratieve geldboete kan leiden, maar haar niet vrijwaart tegen schadevergoedingsacties die door kartelslachtoffers worden ingeleid voor de gewone rechter.⁷⁸

2° Klachten

41. Klachten kunnen eveneens een kartel aan het licht brengen. De praktijk wijst echter uit dat dit zelden tot een kartelonderzoek leidt.⁷⁹ Hiervoor zijn minstens twee redenen. Een onderneming die het risico loopt om het voorwerp te worden van een klacht, heeft er alle belang bij om een clementieverzoek in te dienen. Bovendien wijst de praktijk uit dat klanten die vermoeden dat zij het slachtoffer vormen van een kartel, het kartelargument eerder zullen aanwenden in prijsonderhandelingen met hun leveranciers (vermeende karteldeelnemers) dan over te gaan tot een formele klacht. Een klacht biedt immers vaak geen soelaas. Zelfs indien een klacht ondersteund wordt door bewijsmateriaal, toont de ervaring aan dat deze slechts wordt opgevolgd indien zij past binnen de beleidsprioriteiten van de kartelautoriteit. Een succesvolle klacht is dan ook een spreekwoordelijke gelukstreffer.⁸⁰ Zelfs in een dergelijk geval neemt de procedure bovendien veel tijd in beslag.

42. Specifieke richtsnoeren inzake de indiening van formele klachten, evenals de behandeling ervan, zijn te vinden in de «Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag»⁸¹

⁷⁷ Europese clementiemededeling, nr. 39; Belgische clementiemededeling, nr. 9.

⁷⁸ Zie voetnoot 127.

⁷⁹ J. FAULL en A. NIKPAY, *o.c.*, p. 797, voetnoot 381-2.

⁸⁰ De Belgische kartelautoriteiten realiseren zich dat hier een demotiverend effect kan van uitgaan («Interview met Bert Stulens (Auditeur-generaal, Auditeur-général) en Jacques Steenberghe (Directeur-generaal, Directeur-général)», *TBM/RCB* 2007-2, p. 60: «Nous n'avons ni le temps, ni les moyens ou les ressources pour donner une suite positive à chaque plainte que nous recevons. Mais en même temps, nous devons être très attentifs à ne pas provoquer un effet démotivant en rejetant des plaintes. Il nous faut donc trouver un équilibre entre d'une part la nécessité d'intervenir, ainsi que la visibilité et d'autre part le maintien de nos priorités de politique de la concurrence»).

⁸¹ *PB C* 101/65 van 27 april 2007.

(Commissie) of het «Koninklijk besluit van 31 oktober 2006 betreffende het indienen van de klachten en verzoeken bedoeld bij artikel 44, § 1, 2° en 3°, van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006»⁸² (België).

3° Onderzoek *ex officio*

43. Het huidige handhavingsbeleid inzake horizontale kartels is in zeer hoge mate gebaseerd op clementieverzoeken. Deze afhankelijkheid (een term die in kringen van de kartelautoriteiten meer en meer gehoord wordt) stemt tot een zekere nervositeit. Europa stuurt aan op een koerswijziging. In een recente speech verklaarde commissaris Kroes dat «to be really effective, the Commission cannot rely exclusively on the leniency programme for the detection of cartels. It is vital that we retain and strengthen our ability to uncover cartels through our own initiative investigations».⁸³ De Commissie voegde meteen de daad bij het woord. Twee opeenvolgende beschikkingen van einde november 2007 (*Professionele videotapes* en *Vlakglas*⁸⁴), samen goed voor boeten van 561 miljoen euro, zijn het gevolg van een onderzoek *ex officio* door de Commissie.

44. In België, een zo goed als onbeschreven blad qua beboeting van horizontale kartels, behoudens het broodkartel, met een al bij al beperkte boete van ongeveer 30.000 euro, is clementie haar kinderschoenen nog niet ontgroeid. Vermoedelijk zullen de eerste boetebevelingen van de Raad dan ook een schok teweegbrengen en aanleiding geven tot een tweede clementiegolf. De noodzaak tot heroriëntatie naar onderzoeken *ex officio* is in België dan ook totaal niet aan de orde.

45. Ten slotte kan worden vermeld dat *ex officio* onderzoeken, naast eigen marktonderzoek, vaak gebaseerd zijn op informatie verkregen van informanten. De meest gegeerde informanten zijn de zogeheten «whistleblowers», (ex)werknemers met detailliekennis van de betrokkenheid van hun (ex)werkgever bij een kartel.⁸⁵ Ook consumenten (of consumentenorganisaties) kunnen informanten zijn. Bij de Commissie kunnen zij daarvoor terecht bij de *Consumer Liaison Officer*.⁸⁶

⁸² B.S. 22 november 2006, p. 64.624.

⁸³ N. KROES, «Reinforcing the fight against cartels and developing the private enforcement damage actions; two tools for a more competitive Europe», *SPEECH/07/128* van 8 maart 2007, p. 4.

⁸⁴ Zie voetnoot 13.

⁸⁵ Maar iedereen kan marktinformatie verstrekken aan de Commissie via een speciaal daarvoor gecreëerde mailbox: comp-market-information@ec.europa.eu.

⁸⁶ http://ec.europa.eu/comm/competition/forms/consumer_form.html. In de automobielsector zijn constructeurs vaak geconfronteerd geweest met verzoeken van de Commissie om te reageren op schriftelijke bezwaren betreffende de toepassing van de sectorspeci-

C. Hoe worden horizontale kartels onderzocht?

46. De meeste kartelautoriteiten beschikken over zeer verregaande onderzoeksbevoegdheden, die in zekere mate vergelijkbaar zijn met die van de belastingsautoriteiten of van de gerechtelijke politie. In het algemeen staan volgende onderzoekstechnieken ter beschikking: verzoeken om inlichtingen⁸⁷; het opnemen van verklaringen⁸⁸; inspecties ter plaatse in de onderneming (ook wel «dawn raids» genoemd)⁸⁹; evenals, weliswaar met een huiszoekingsbevel, inspecties op andere plaatsen, met inbegrip van de privéwoning van directeuren, bestuurders en personeelsleden van de betrokken onderneming.⁹⁰ Bij de inspecties ter plaatse neemt het onderzoek van computers en andere elektronische dragers een vooraanstaande plaats in.⁹¹ De kartelautoriteiten beschikken in het raam van hun onderzoeksbevoegdheden over de mogelijkheid om financiële sancties op te leggen.⁹²

D. Welke sancties kunnen worden opgelegd wegens horizontale kartels?

1° Strafsancties

47. Noch de Commissie⁹³ noch de Raad beschikken over de mogelijkheid om strafsancties op te leggen. In sommige lidstaten is dit wel het geval.⁹⁴

2° Administratieve geldboeten

48. De Commissie en de Raad, evenals de andere leden van het ECN, kunnen horizontale kartels een sanctie opleggen door middel van administratieve geldboeten. Op Europees vlak, en ook in de ons omringende landen, is er sprake van een ware inflatie van boeten, met recordboeten die elkaar in snel tempo opvolgen. De hui-

fieke regelgeving (vaak buitenlandse klanten die problemen ondervonden om een passende auto te kopen in een andere lidstaat). Deze correspondentie werd zowel door de Commissie als de sector ernstig genomen en leidde vaak tot snelle oplossingen.

⁸⁷ Art. 18 Verordening 1/2003; art. 44, § 2, WBEM.

⁸⁸ Art. 19 Verordening 1/2003; art. 44, § 3, WBEM.

⁸⁹ Art. 20 Verordening 1/2003; art. 44, § 3, 2°, WBEM

⁹⁰ Art. 21 Verordening 1/2003; art. 44, § 3, 1°, WBEM. Volgens onze informatie werd in België in november 2007 voor de eerste maal van deze mogelijkheid gebruikgemaakt (weliswaar op verzoek van een ander ECN-lid).

⁹¹ In Europa neemt de Nederlandse Mededingingsautoriteit op dit vlak een vooraanstaande plaats in (zie *NMA Digitale Werkwijze 2007*, *Staatscourant* 2007, p. 23, nr. 243).

⁹² Art. 23-24 Verordening 1/2003; art. 64 WBEM.

⁹³ Art. 23 (5) Verordening 1/2003.

⁹⁴ Bv. Verenigd Koninkrijk, Ierland, Estland, Frankrijk, Duitsland (enkel «bid rigging»), Hongarije (enkel «bid rigging») en Slovaakije.

dige top 10 van de kartelboeten opgelegd aan individuele ondernemingen door de Commissie is als volgt:

2007	ThyssenKrupp	EUR 479.669.850
2001	Hoffmann-La Roche	EUR 462.000.000
2001	Siemens AG	EUR 396.562.500
2007	ENI SpA	EUR 272.250.000
2007	Lafarge SA	EUR 249.600.000
2007	BASF AG	EUR 236.845.000
2006	Otis	EUR 224.932.950
2006	Heineken NV	EUR 219.275.000
2002	Arkema	EUR 219.131.250
2001	Arjo Wiggins Appleton	EUR 184.270.000

49. Ook recente voorbeelden van kartelboeten in de ons omringende landen zijn behoorlijk angst-aanjagend. In Frankrijk werd in 2005 een totale boete van 534 miljoen euro opgelegd in een kartelzaak in de mobiele-telefoniesector (waaronder 256 miljoen euro voor Orange). In Duitsland werd een totale boete van 660 miljoen euro opgelegd in 2003 aan zes ondernemingen in een cementkartel. Ook Nederland doet zich gelden, vooral in de bouwindustrie (in 2005 werd een totale boete van 100 miljoen euro opgelegd aan diverse ondernemingen).

a) Is er een maximum?

50. De Commissie kan een onderneming, per inbreuk, een maximumgeldboete opleggen van «10% van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald».⁹⁵ Dit maximum geldt op het niveau van de groep waarvan de onderneming deel uitmaakt en per inbreuk. Het gaat bovendien om de totale wereldwijde omzet, d.i. de omzet behaald met alle producten en diensten (ook die welke niets met het kartel te maken hebben) op mondiaal vlak (dus niet enkel in de EU). In België geldt eveneens een maximumgeldboete van «10% van de omzet» van de betrokken onderneming.⁹⁶ Volgens art. 86 WBEM is deze omzet «de totale omzet gerealiseerd tijdens het vorige boekjaar op de nationale markt en bij de export. Hij moet worden begrepen in de zin van titel VI van Boek IV van het Wetboek Venootschappen over de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen.» Deze formulering is ambigu. In de rechtsleer wordt verdedigd dat de uit-

⁹⁵ Art. 23 (2) Verordening 1/2003.

⁹⁶ Art. 63 WBEM.

drukking «bij de export» uitsluitend zou slaan op «de geconsolideerde omzet die in of vanuit het Belgische grondgebied wordt gerealiseerd door de betrokken groep ... met uitsluiting van de omzet die wordt gerealiseerd door buiten België gevestigde dochterondernemingen of bijkantoren».⁹⁷ Deze stelling zal in bepaalde (niet-Belgische) ondernemingskringen zeker met sympathie worden onthaald. Het is echter ten eerste de vraag of zij door de Raad en het Hof van Beroep te Brussel gevolgd zal worden.⁹⁸

51. De maximumgeldboete is niet louter theoretisch. Weliswaar bereikt tot op de dag van vandaag het overgrote merendeel van de opgelegde boeten niet de maximumdrempel, maar in de recente zaak «*Nederlandse biermarkt*»,⁹⁹ diende de boete voor Grolsch met meer dan 2 miljoen euro te worden gereduceerd in-gevolge de werking van de 10%-limiet.

b) Is er een berekeningsmethode?

52. In België is het op dit punt momenteel koffiedik kijken. Eerdere richtsnoeren inzake de berekening van boeten zijn, sedert de inwerkingtreding van de nieuwe WBEM op 1 oktober 2006, niet langer van kracht.¹⁰⁰ Naar wij vernemen zijn nieuwe boeterichtsnoeren geen prioriteit. Hoewel dit een vacuüm creëert, menen we dat deze houding, in afwezigheid van precedentes, redelijk is. Daarbij moet er ook rekening mee gehouden worden dat de herroepen Belgische boeterichtsnoeren volledig geënt waren op de Europese. Op 1 september 2006 heeft de Commissie nieuwe boeterichtsnoeren¹⁰¹ aangenomen en zopas zijn er beslissingen in de eerste zaken die deze toepassen.¹⁰² Zoals hierna wordt aangetoond aan de hand van het praktische voorbeeld van de meest recent ge-

⁹⁷ D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 487, nrs. 17-19.

⁹⁸ Deze stelling impliceert immers een volstrekt verschillende weerslag van de 10%-drempel op basis van het loutere gegeven dat bepaalde omzet door een buitenlandse en niet een Belgische onderneming wordt gerealiseerd. Indien een Belgisch en een Nederlands bedrijf een prijzenkartel zouden opzetten en de Belgische onderneming verricht alle export vanuit België en de Nederlandse alle export vanuit Nederland, zouden de maximumboeten ingrijpend kunnen verschillen tussen beide, louter wegens de plaats van export. De Belgische wetgeving zou zich aldus keren tegen de Belgische ondernemingen.

⁹⁹ COMP/37.766, *Nederlandse biermarkt*, overwegingen 484-485.

¹⁰⁰ Voor een interessante denkoefening door een auditor, zie: P. MARCHAND, «Le calcul des amendes en droit belge de la concurrence: une première approche», *TBM/RCB* 2006-3, p. 177-183.

¹⁰¹ Europese Commissie, Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *PB C* 210/2 van 1 september 2006.

¹⁰² Zie voetnoot 13.

publiceerde kartelbeschikking (*Nederlandse biermarkt*), leiden de nieuwe Europese richtsnoeren tot een exponentiële verhoging van de nu reeds duizelingwekkende boeten. Het getuigt dan ook van voorzichtig beleid van de Belgische kartelautoriteiten om deze richtsnoeren niet hals over kop te kopiëren, maar daarentegen een gedegen evaluatie ervan af te wachten.

c) Vaststelling van het basisbedrag

53. In de zaak «*Nederlandse biermarkt*» was een prijzenkartel tussen Heineken, InBev, Grolsch en Bavaria aan de orde, waarbij de karteldeelnemers tijdens niet-officiële bijeenkomsten o.m. de prijs en prijsverhogingen van bier in Nederland overeenkwamen. Het betrof dus een zeer zware kartelinbreuk,¹⁰³ wat bevestigd werd doordat het gecumuleerde marktaandeel van de karteldeelnemers op de relevante geografische markt (Nederland) ongeveer 90% bedroeg.¹⁰⁴ De Commissie vertrok van uitgangsbetrag, berekend op basis van de Nederlandse bieromzet in het laatste volledige jaar van de inbreuk en de omzet van de karteldeelnemers op die markt, van 65 miljoen euro voor Heineken, 25 miljoen euro voor InBev en Grolsch en 17 miljoen euro voor Bavaria. Dit uitgangsbetrag werd verhoogd met factor 2,5 voor Heineken en InBev om redenen van voldoende afschrikkende werking, en met 35% voor alle karteldeelnemers om redenen van de duurtijd van de inbreuk (duur: drie jaar en acht maanden; verhoging met 35%).¹⁰⁵ De resulterende basisbetragen zijn in de tabel hieronder (randnr. 56) weergegeven.

54. Onder de nieuwe boeterichtsnoeren verloopt de vaststelling van het basisbedrag voor horizontale kartels anders. Eerst wordt de «*waarde van de verkopen*» vastgesteld, d.i. de waarde van de op de relevante geografische markt in de EER door de kartel deelnemer verkochte goederen of diensten die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met de inbreuk.¹⁰⁶ Op deze waarde van de verkopen past de Commissie een zeker percentage toe om te komen tot een uitgangsbetrag. Dit bedrag wordt vermenigvuldigd met de duur van de inbreuk (en niet langer verhoogd met 10%

¹⁰³ COMP/37.766, *Nederlandse biermarkt*, overwegingen 440-451.

¹⁰⁴ Hoewel het gecumuleerde marktaandeel geen criterium was onder de oude boeterichtsnoeren (wel onder de nieuwe), introduceert de Commissie het niettemin onder het mom van de bespreking van de geografisch reikwijdte van de kartelinbreuk (COMP/37.766, *Nederlandse biermarkt*, overweging 454).

¹⁰⁵ *Ibid.*, overwegingen 463-469.

¹⁰⁶ Europese boeterichtsnoeren, nrs. 13-18. De relevante geografische markt kan één of meer of alle lidstaten van de EER omvatten. Als referentiepunt gelden de verkopen in het laatste volledige jaar van deelname aan het kartel.

per jaar) en, in het geval van horizontale kartels, verhoogd met een «entry fee».¹⁰⁷

55. Het percentage van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen, bedraagt in principe maximum 30% en wordt door de Commissie bepaald op basis van (i) de ernst van de inbreuk, (ii) het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, (iii) de geografische reikwijdte van de inbreuk en (iv) de vraag of de inbreuk effectief werd geïmplementeerd. Horizontale kartels behoren tot de meest ernstige inbreuken. Voor deze kartels zal het percentage dat in aanmerking wordt genomen hoog zijn (lees: dicht bij de 30%).¹⁰⁸ Het aldus bekomen bedrag wordt vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft (periodes van minder dan zes maanden worden als een half jaar geteld; periodes van meer dan zes maanden als een volledig jaar).¹⁰⁹ Terwijl vroeger een verhoging van 10% per jaar gold, weegt deze vermenigvuldiging zeer zwaar door in de boeteberekeningen onder het nieuwe regime. De duur van een kartel was voorheen reeds een strijdpunt. Verwacht mag worden dat de duur cruciaal wordt in toekomstige beroepen voor de Gemeenschapsrechter. De weerslag van een paar maanden kortere of langere deelname zal immers meer dan voorheen worden betaald in klinkende munt. Voor horizontale kartels voegt de Commissie tot slot een «entry fee» toe die tussen 15% en 25% bedraagt van de waarde van de verkopen; voor andere inbreuken is deze fee optioneel.

56. Vergelijken we het oude met het nieuwe regime, dan komen zeer belangrijke verschillen aan het licht. In de onderstaande tabel worden de basisbedragen in de zaak van «de Nederlandse biermarkt» vergeleken met basisbedragen die op basis van de nieuwe boeterichtsnoeren zouden kunnen gelden. Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat de bedragen voor Heineken en InBev reeds een factor 2,5 voor afschrikkende werking omvatten, die onder de nieuwe boeterichtsnoeren slechts in een later stadium wordt aangerekend.

	Nederlandse biermarkt (miljoenen euro)	laag (miljoenen euro) ¹¹⁰	hoog (miljoenen euro) ¹¹¹
Heineken	219,375 (87,75 minus afschrikking)	332	696
InBev	84,375 (33,75 minus afschrikking)	127	261
Grolsch	33,75	127	261
Bavaria	22,95	87,5	188,5

57. Eens dat het basisbedrag is vastgesteld, wordt het aangepast onder de nieuwe boeterichtsnoeren op basis van zes factoren: (i) verzwarende omstandigheden, (ii) verzachtende omstandigheden, (iii) specifieke verhoging met het oog op afschrikking, (iv) wettelijk maximum, (v) clementie en (vi) het vermogen om te betalen.

d) Verzwarende omstandigheden

58. Als voorbeelden van verzwarende omstandigheden bevatten de nieuwe boeterichtsnoeren (nr. 28): (i) recidive, (ii) de weigering van medewerking of obstructie tijdens het onderzoek, en (iii) de leidinggevende rol van de karteldeelne­mer of de druk die hij heeft uitgeoefend op andere kartel­deelnemers om tot deelname of de uitvoering van het kartel te dwingen.

59. Wat recidive betreft, kan een verhoging van 100% worden toegepast. Het is belangrijk te weten dat recidive een relatief ruime lading dekt. Het gaat om eerdere identieke of soortgelijke inbreuken gepleegd of voortgezet nadat de Commissie of een ander ECN-lid een inbreuk op art. 81 of 82 EG (niet op het nationaal mededingingsrecht) heeft vastgesteld. De Commissie erkent dus ten volle de rol van de handhaving van het Europese mededingingsrecht door de andere ECN-leden. Ook moet worden genoteerd dat de eerdere vaststelling van een inbreuk op de mededin-

¹⁰⁷ *Ibid.*, nrs. 19-25.

¹⁰⁸ Een percentage hoger dan 30% blijft mogelijk (zie *ibid.*, nr. 37).

¹⁰⁹ *Ibid.*, nr. 19.

¹¹⁰ Voor de berekening van het lage bedrag onder het nieuwe boeteregime vertrekken we van de basisbedragen zoals opgelegd in *Nederlandse Biermarkt*. De Commissie geeft geen precies cijfer voor de waarde van de verkopen, maar slechts een bracket. Voor doeleinden van deze oefening nemen we steeds het hoogste cijfer van die bracket. Op die basis stemt het basisbedrag overeen met ongeveer 13% van de waarde van de verkopen. Deze bedragen worden vermenigvuldigd met een factor 4 (wegens een duurtijd van drie jaar en acht maanden) en verder verhoogd met een «entry fee» van 15% van de waarde van de verkopen.

¹¹¹ Voor de berekening van het hoge bedrag zijn we uitgegaan van 30% van de waarde van de verkopen. Dit bedrag werd wegens de duurtijd vermenigvuldigd met een factor 4. Als «entry fee» werd 25% van de waarde van de verkopen genomen. Ook hier werd voor de waarde van de verkopen het hoogste cijfer van de bracket genomen.

gingsregels voldoende is; het is niet noodzakelijk dat ook een boete werd opgelegd.¹¹²

60. Wat het laatste criterium betreft (dwang), zij eraan herinnerd dat dit de karteldeelner ook uitsluit van volledige (maar niet van gedeeltelijke) vrijstelling van geldboeten onder de Europese en Belgische clementieregeling.

61. In de zaak van «*Nederlandse biermarkt*» werden geen verzwarende omstandigheden aangenomen. In de zaak van «*Professionele videobanden*» daarentegen wel: volgens het persbericht van de Commissie kreeg Sony een verhoging van 30%, omdat tijdens de inspectie een werknemer documenten zou hebben vernietigd en een andere weigerde om vragen te beantwoorden.

e) Verzachtende omstandigheden

62. Net zoals voor de verzwarende omstandigheden, bevatten de nieuwe boeterichtsnoeren (nr. 29) geen exhaustieve lijst van verzachtende omstandigheden. In elk geval is er relatief weinig hoop dat een deelnemer aan een horizontaal kartel voor enige verzachtende omstandigheid in aanmerking komt. De nieuwe boeterichtsnoeren sluiten uitdrukkelijk uit dat het onmiddellijk beëindigen van de inbreuk van zodra de Commissie de eerste maatregelen (bv. een inspectie) heeft genomen, een verzachtende omstandigheid kan vormen. Ook het feit dat uit onachtzaamheid zou zijn gehandeld, lijkt voor kartels moeilijk met succes te bepleiten.¹¹³

63. Als verzachtende omstandigheden kunnen met betrekking tot kartels wel volgende omstandigheden gelden:

– De karteldeelner bewijst dat zijn deelname zeer beperkt was én dat hij de inbreukmakende overeenkomsten niet heeft toegepast. Deze laatste voorwaarde moet in absolute termen worden begrepen. Occasioneel vals spelen is niet voldoende, getuige daarvan de beschikking van de Commissie in de zaak van de «*Nederlandse biermarkt*» (nr. 477): «Incidentele niet-toepassing of valsspelerij had nooit tot gevolg dat de vastgestelde regelingen volledig en absoluut opzij werden geschoven, maar ging altijd uit van de regelingen. Incidenteel vals spelen leidt niet tot een vermindering, omdat het gewoonweg betekent dat een onderneming heimelijk probeert zich het kartel ten nutte te maken».

– De onderneming heeft daadwerkelijk haar medewerking verleend, buiten het kader van de clementieregeling en los van haar juridische verplichting ter

zake. Een dergelijke vermindering kan soms zeer beperkt zijn (bv. 1%).¹¹⁴

– Het mededingingsbeperkende gedrag werd aangehouden of toegestaan door overheidsinstanties of de regelgeving.¹¹⁵

In de zaak van de «*Nederlandse biermarkt*» (nr. 482) herhaalde de Commissie ten slotte dat het implementeren van een trainingsprogramma (zogenoemd «*compliance policy*») niet als een verzachtende omstandigheid kan gelden.

f) Verhoging wegens afschrikking

64. Om ervoor te zorgen dat de boete een voldoende afschrikkend effect heeft, is een bijkomende verhoging mogelijk. De twee specifieke redenen die een verhoging om die reden kunnen verantwoorden, zijn de volgende¹¹⁶:

– Bovenop het volume van zijn verkopen heeft de karteldeelner een bijzonder hoge omzet uit andere activiteiten. Dit zou ertoe kunnen leiden dat, vergeleken met zijn totale omzet, de boete niet echt zwaar weegt en bijgevolg onvoldoende afschrikwekkend zou zijn. In de zaak van de «*Nederlandse biermarkt*» (overweging 463) heeft dit geleid tot een vermenigvuldiging van het uitgangsbetrag voor Heineken en Inbev met een factor 2,5.

– De boete dient hoger te zijn dan het bedrag van de onrechtmatig gemaakte winst (op voorwaarde dat dit bedrag objectief geraamd kan worden).

g) Clementie

65. Het aldus berekende bedrag, dat wettelijk maximum 10% van de totale wereldwijde omzet van de onderneming bedraagt, is het bedrag waarvoor volledige of gedeeltelijke vrijstelling wordt verleend ingevolge het clementieprogramma.¹¹⁷ In de zaak van de «*Nederlandse biermarkt*» (overwegingen 486 e.v.) ge-

¹¹² Arrest Gerecht van 30 september 2003, *Michelin t/ Commissie*, T-203/01, *Jur.* 2003, II-4071, overweging 290.

¹¹³ COMP/37.766, *Nederlandse biermarkt*, overweging 474 bevestigt dit.

¹¹⁴ COMP/38.823, *Liften en Roltrappen*, IP/07/209 van 21 februari 2007.

¹¹⁵ Bv. 15% reductie in COMP/34.466, *Griekse veerdienstmaatschappijen*, overweging 163 (wegens houding van de overheid die tot twijfel kon leiden); 20% reductie in COMP/37.800, *Luxemburgse brouwerijen*, overweging 100 (wegens een tendens in de Luxemburgse rechtspraak die tot twijfel kon leiden).

¹¹⁶ Europese boeterichtsnoeren, nrs. 30-31.

¹¹⁷ De Commissie heeft zeer recentelijk een voorstel ingediend inzake schikkingsprocedures in kartelzaken (IP/07/1608 van 26 oktober 2007). Een dergelijke schikkingsprocedure zou vermeende karteldeelnemers de kans bieden om, binnen of buiten een clementiekader, in aanmerking te komen voor een boetevermindering indien zij van oordeel zijn dat de Commissie hun betrokkenheid kan bewijzen, en met de Commissie een vergelijk aangaan omtrent de uitgestrektheid en de duur van hun betrokkenheid, en hun aansprakelijkheid daarvoor.

noot Inbev immuniteit voor een geldboete die normaal meer dan 84 miljoen euro bedroeg. Geen enkele andere karteldeelneer had een clementieverzoek ingediend.

h) Vermogen om te betalen

66. Het argument van ondernemingen dat zij de opgelegde boete niet kunnen betalen (bv. wegens hun verlieslatende situatie), wordt systematisch verworpen. De Gemeenschapsrechter is daarbij zover gegaan te overwegen dat «een maatregel van een Gemeenschapsinstantie het faillissement of de vereffening van een bepaalde onderneming teweegbrengt ... als zodanig niet door het Gemeenschapsrecht verboden (is)».¹¹⁸ Een boete wegens karteldeelname kan dus strikt genomen het faillissement van een onderneming teweegbrengen. Niettemin bepalen de Europese boeterichtsnoeren (nr. 35) dat de Commissie, in uitzonderlijke omstandigheden, rekening kan houden met het onvermogen van een onderneming om te betalen. De richtsnoeren verduidelijken dat dit het geval is «in een bijzondere sociale en economische context». Een sociaal bloedbad in een precaire regio zou daar waarschijnlijk onder vallen.¹¹⁹

i) Verjaring

67. De bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen voor een kartelinbreuk verjaart na vijf jaar. Bij voortdurende of voortgezette inbreuken, wat horizontale kartels doorgaans zijn, gaat deze verjaringstermijn pas in op de dag waarop de inbreuk is beëindigd. Bovendien wordt de termijn gestuit door elke handeling van de Commissie of een ander ECN-lid ter instructie of vervolging van de inbreuk (bv. verzoek om inlichtingen, inspectie). Na iedere stuiting begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen. Maar de definitieve verjaring treedt pas in wanneer tien jaar na de beëindiging van de inbreuk is verstreken. Deze termijn wordt geschorst zolang de beschikking van de Commissie die de geldboete oplegt, het voorwerp uitmaakt van beroep voor de Gemeenschapsrechter.¹²⁰

68. Een parallelle regeling is voor België terug te vinden in art. 88 WBEM, met dien verstande dat stuiting plaatsvindt door een handeling van de Dienst, het Auditoraat of de Raad of, als het gaat om de toepassing van art. 81-82 EG, van een ander ECN-lid, en dat de verjaringstermijn wordt geschorst zolang de beschikking van de Raad die een geldboete oplegt, het voorwerp uitmaakt van beroep voor het Hof van Beroep te Brussel.

¹¹⁸ Arrest Gerecht van 29 april 2004, *Tokai Carbon Co. Ltd e.a. t/ Commissie*, gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01 tot T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Jur.* 2004, II-1181, overweging 372.

¹¹⁹ J. FAULL en A. NIKPAY, o.c., 1097.

¹²⁰ Art. 25 Verordening 1/2003.

IV. Private afdwinging

A. Wat is het voorwerp van private afdwinging?

69. Aan het einde van de persberichten die de Commissie verspreidt over haar beslissingen inzake een bepaald kartel, voegt zij recentelijk een standaard paragraaf toe. Deze luidt als volgt: «Personen of ondernemingen die schade hebben ondervonden van de concurrentieverstorende praktijken zoals in deze zaak omschreven, kunnen bij de nationale rechter een verzoek tot schadevergoeding indienen, waarbij zij de gegevens van de gepubliceerde beschikking als bewijs kunnen aanvoeren dat deze praktijken hebben plaatsgevonden en dat zij onwettig waren. Zelfs indien de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten heeft opgelegd, kan toch schadevergoeding worden toegekend zonder dat deze hoeft te worden verlaagd omdat de Commissie al een geldboete heeft opgelegd. Er is een Groenboek over private handhaving gepubliceerd».

70. Dit brengt ons bij het tweede deel van de be- teugeling van kartels. Dit is het private deel dat wordt gedreven door marktdeelnemers die menen dat zij het slachtoffer zijn van een kartel, en de vermeende kartel- deelnemers voor de nationale rechter dagvaarden¹²¹ met het doel (i) schadevergoeding te verkrijgen (noch de Commissie, noch de Raad kunnen een dergelijke vergoeding toekennen) en/of (ii) de nationale rechter te vragen maatregelen te nemen tegen de kartelinbreuk (bv. het hernemen van leveringen na het stopzetten ervan ten gevolge van een illegale klantenverdeling).¹²²

71. Voorlopige maatregelen tot stopzetting van een kartelinbreuk kunnen in spoedeisende gevallen in kort geding worden gevraagd. De eiser moet daarbij kunnen aantonen dat de voorwaarden voor het toekennen van voorlopige maatregelen, waaronder de *fumus boni iuris*, vervuld zijn. Gelet op wat volgt, kan dit een ernstig obstakel vormen voor het bekomen van de maatregelen. De voorzitter doet uitspraak bij voorraad (hetgeen betekent dat de uitspraak voorlopig is en geen definitieve en onomkeerbare gevolgen mag sorteren).

72. Een meer geëigende procedure voor het stopzetten van een kartelinbreuk lijkt de stakingsvordering¹²³ te zijn op basis van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming

¹²¹ De afdwinging van het kartelverbod van art. 81 (1) EG is mogelijk wegens de directe werking van deze bepaling (arrest Hof van 30 januari 1974, *BRT t/ SABAM*, 127/73, *Jur.* 1974, 51, overweging 16).

¹²² Een derde mogelijkheid is dat een horizontaal kartel als het ware zijdelings aan bod zou komen in het raam van een hangend geschil en bv. als verweer wordt gebruikt om een contractuele eis te verslaan. Aangezien een horizontaal kartel vaak moeilijk te bewijzen is, leert de ervaring dat de slaagkansen van een dergelijk verweer niet overschat mogen worden.

van de consument (hierna: WHPC).¹²⁴ Deze stakingsvordering is een bodemprocedure, die echter wordt ingesteld en behandeld zoals in kort geding (art. 100 WHPC) tegen elke met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad (waaronder kartelinbreuken).

73. Ten slotte concentreert het huidige debat omtrent de private afdwinging van het mededingingsrecht zich op vorderingen tot schadevergoeding ingesteld door kartelslachtoffers. Het is de Commissie die, einde december 2005, hiertoe de aftrap gaf door de publicatie van een reflectiedocument waarin zij de voornaamste procedurele obstakels identificeerde voor effectieve schadevorderingen en opties voor de toekomst voorstelde.¹²⁵ Schadevergoedingsacties zijn in Europa, zeker in vergelijking met de Verenigde Staten, zeldzaam. De verklaring hiervoor is zeker deels cultureel, maar deels ook het bestaan van een verschillende procedurele context.¹²⁶ De hiernavolgende korte schets toont aan dat ook in België slachtoffers van een kartel die een schadevergoedingsactie aanhangig willen maken, geconfronteerd worden met een aantal courante obstakels, waaronder de toegang tot het bewijs als meest kritieke punt.¹²⁷

B. Toepasselijkheid van Belgisch recht op schadevergoedingsacties

74. Schadevergoedingsacties worden essentieel beheerst door nationaal en niet door Europees recht. In

¹²³ Indien de partijen een contractuele relatie hebben, zal rekening moeten worden gehouden met de mogelijke beperkingen die voortvloeien uit de samenloopleer om een stakingsvordering in te leiden.

¹²⁴ Een officieuze coördinatie van de WHPC na de wijziging ervan bij de wet van 5 juni 2007 (B.S. 21 juni 2007, p. 34.272) is te vinden op http://www.mineco.fgov.be/protection_consumer/trade_practices/trade_law/law_on_protection_nl_001.pdf.

¹²⁵ Het betreft het *Groenboek – Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels*, COM(2005)672, 19 december 2005 («het Groenboek») dat, samen met andere documenten inzake de private afdwinging van het mededingingsrecht, geraadpleegd kan worden op <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. Een Witboek met meer concrete suggesties zal waarschijnlijk beschikbaar zijn op het ogenblik van de publicatie van deze bijdrage.

¹²⁶ In FAQs die de publicatie van het Groenboek vergezellen, benadrukt de Commissie geen «US-style litigation»-cultuur te willen introduceren in Europa: «the Commission seeks to encourage a competition culture, not a litigation culture» (MEMO/05/489, 20 december 2005).

¹²⁷ We gaan hierna niet verder in op de complexe interactie tussen het faciliteren van schadevergoedingsvorderingen en de potentieel negatieve gevolgen hiervan op de doeltreffendheid van clementieprogramma's. Het vooruitzicht om geconfronteerd te worden met schadevergoedingsvorderingen voor de civiele rechter kan een obstakel zijn voor een onderneming om haar karteldeelname aan de overheid te verklikken in ruil voor een volledige of gedeeltelijke vrijstelling van administratieve geldboeten. Het Groenboek (noot 124) bevat verschillende opties in dit verband.

een internationale context kan dit aanleiding geven tot IPR-vragen met betrekking tot de bepaling van het toepasselijke nationale recht. Dit is niet de plaats om op deze IPR-problematiek in te gaan. Wel is het nuttig om te verwijzen naar «Rome II»,¹²⁸ een verordening die met ingang van 11 januari 2009 van toepassing wordt en in art. 6 voorziet in een aantal specifieke verwijzingsregels die ertoe strekken om schadevergoedingsvorderingen naar aanleiding van kartelinbreuken te vergemakkelijken.

C. Schadevergoedingsacties¹²⁹

1° Wie heeft de bewijslast?

75. Volgens art. 2 Verordening 1/2003 draagt de partij (of de kartelautoriteit) die beweert dat een inbreuk op art. 81 (1) EG is gepleegd, de bewijslast daarvan. Hoewel de WBEM geen gelijksoortige bepaling bevat, vloeit uit art. 870 Ger. W. voort dat de partij die feiten aanvoert die een inbreuk op art. 2 (1) WBEM zouden vormen, het bewijs van die feiten moet leveren. Teneinde schadevergoeding te verkrijgen, is het aan het kartelslachtoffer om een fout van de verweerder/vermeend karteldeelner te bewijzen, de daaruit voor hem voortvloeiende schade, evenals het causale verband tussen de beweerdte fout en schade.

76. We schreven hierboven dat karteldeelneren er alle belang bij hebben om hun afspraken geheim te houden. Het gevolg hiervan is dat het niet eenvoudig is voor de kartelautoriteiten om horizontale kartels *ex officio* te bewijzen en te bestraffen. Dit geldt *a fortiori* voor de slachtoffers van een kartel, die geen enkele van de onderzoeksbevoegdheden van de kartelautoriteiten te hunner beschikking hebben. Dit is ook de reden waarom kartelslachtoffers meestal eerst aankloppen bij de kartelautoriteiten en pas overwegen een schadevergoedingsvordering in te leiden (waarbij zij ook nog hun schade en een causaal verband tussen fout en schade moeten bewijzen) eens dat de kartelautoriteiten een verbodsbeschikking hebben aangenomen en een kartel publiek beteugeld hebben. Anders gezegd, vervolgvorderingen (d.i. een schadevergoedingsvordering die wordt ingediend nadat een lid van het ECN een kartelovertrekking heeft vastgesteld) zijn realistischer dan zelfstandige schadevergoedingsvorderingen, los van ieder optreden van een kartelautoriteit.

¹²⁸ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, PB L199/40 van 31 juli 2007.

¹²⁹ Binnen het bestek van deze bijdrage maken we geen onderscheid tussen schadevergoedingsacties die contractueel dan wel extracontractueel van aard zijn en schetsen we de principes die redelijkerwijze op beide toepasselijk geacht mogen worden.

2° Hoe wordt het bewijs geleverd?

a) Het bewijs van de fout

77. Met betrekking tot het bewijs van de fout is een Belgische rechter bij een vervolgvordering, overeenkomstig art. 16 Verordening 1/2003, in ieder geval gebonden door een eerdere vaststelling van een kartelinbreuk door de Commissie. In een dergelijk geval dient de eiser enkel de schade te bewijzen en het oorzakelijk verband tussen de schade en de door de Commissie vastgestelde inbreuk.¹³⁰ Eenzelfde bepaling als art. 16 Verordening 1/2003 bestaat niet in de relatie tussen de Belgische rechter en de Raad (of een ander lid van het ECN). Het staat vast dat een eerdere uitspraak van de Raad in een vervolgvordering onmiskenbaar een belangrijk feitelijk gegeven is.¹³¹ Sommige auteurs gaan zelfs verder en menen dat de civiele rechter gehouden is door de uitspraak van de Raad (een administratief rechtscollege).¹³² In een zelfstandige vordering is er geen eerdere beschikking voorhanden en dient het slachtoffer van een vermeende kartelinbreuk zelf het bewijs te leveren van het horizontaal kartel.

b) Het bewijs van de schade en het oorzakelijk verband

78. Het bewijs van de schade en het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade is een complexe aanpak. Daarbij is vooral het kwantificeren van de schade (het verschil tussen de daadwerkelijke financiële situatie van een kartelslachtoffer en zijn hypothetische financiële toestand als hij niet het slachtoffer van een kartel was geweest)¹³³ een notoir moeilijke oefening.

¹³⁰ E. DE SMIJTER, «Het Groenboek van de Commissie omtrent schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingsregels», *TBM/RCB* 2007-2, p. 6, nr. 14.

¹³¹ C. SCHURMANS en X. TATON, «Questions actuelles de procédure en droit de la concurrence. A la recherche d'un système cohérent entre l'autorité de concurrence et l'autorité judiciaire», in A. PUTTEMANS (red.), *Actualité du droit de la concurrence*, Brussel, Bruylant, 2007, p. 46-47. Volgens de auteurs is dit in ieder geval zo wanneer de Raad besloot tot een kartelinbreuk op art. 81 EG. Dit betekent immers dat de beschikking het impliciete fiat van de Commissie heeft gekregen. Art. 11 (4) Verordening 1/2003 verplicht de Raad immers een ontwerp van verbodsbeschikking aan de Commissie toe te zenden uiterlijk dertig dagen vóór het aannemen ervan. Dit stelt de Commissie in staat eventuele opmerkingen te maken en, indien nodig, art. 11 (6) Verordening 1/2006 toe te passen en zelf een onderzoek te starten. Doet zij dit niet, dan verklaart zij zich impliciet akkoord met de voorgenomen beschikking.

¹³² H. GILLIAMS en L. CORNELIS, «Private enforcement of the competition rules in Belgium», *TBM/RCB* 2007-2, p. 26 e.v.; D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 505 lijkt in dezelfde richting te gaan. De auteurs zullen later standpunt innemen omtrent dit punt.

¹³³ Voor inbreuken op art. 81 EG geldt het principe dat eenieder die schade heeft geleden die is veroorzaakt door een kartelinbreuk niet alleen vergoeding moeten kunnen vorderen van de reële schade (*damnum emergens*), maar ook van gederfde winst (*lucrum cessans*), alsmede van rente (zie arrest Hof van 13 juli 2006, *Manfredi*,

Kartelslachtoffers worden hierbij bijvoorbeeld geconfronteerd met de «*passing on defence*», d.i. het verweer van een kartel deelnemer dat de eiser eventuele hogere prijzen ingevolge de werking van het kartel heeft doorerekend aan zijn eigen klanten en dus zelf geen schade heeft geleden. Het hoeft geen betoog dat het vooruitzicht van een zodanig complexe discussie een ontradend effect heeft bij de kartelslachtoffers. Dit is des te meer het geval wanneer hun financiële schade beperkt is (bv. omdat ze consumenten zijn of eerder occasionele afnemers van het betrokken product). In haar Groenboek vraagt de Commissie zich af of de Europese procedure voor geringe vorderingen, die inmiddels bij verordening werd aangenomen en in werking treedt op 1 januari 2009, in dit verband soelaas zal bieden.¹³⁴

3° Hoe het nodige bewijsmateriaal verkrijgen?

79. Het moge duidelijk zijn dat een vermeende kartelslachtoffer in de praktijk, zowel bij vervolgvorderingen als bij zelfstandige vorderingen, haast noodgedwongen een beroep zal moeten doen op de mogelijkheden die de Belgische rechter heeft om zijn schadevergoedingsvordering hard te maken. Zonder exhaustief te willen zijn, stippen we hierna een aantal van de instrumenten aan die ter beschikking staan van de Belgische rechter in het raam van een schadevergoedingsvordering wegens kartelinbreuken.

80. In het bijzonder bij zelfstandige vorderingen kunnen er rechtsvragen rijzen (bv. of bepaalde feiten al dan niet gekwalificeerd kunnen worden als een kartelinbreuk in de zin van art. 2 WBEM/art. 81 EG). De rechter kan zich laten bijstaan bij de beantwoording van deze vragen. Wat de interpretatie van de WBEM betreft, kan hij overeenkomstig art. 73 WBEM één of meer prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Cassatie¹³⁵; wat het EG-verdrag betreft, kan hij overeenkomstig art. 234 EG vragen voorleggen aan het Hof van Justitie. Art. 15 (1) Verordening 1/2003 laat hem ook toe aan de Commissie advies te vragen betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels.¹³⁶ Boven-

gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04, *Jur.* 2006, I-6619, overweging 95; zie: E. DE SMIJTER en D. O'SULLIVAN, «The Manfredi judgment and how it relates to the Commission's initiative on EU antitrust damage actions», *EC Competition Policy Newsletter*, 2006 (3), p. 23-26).

¹³⁴ Verordening (EG) nr. 862/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, *PB* L 191/1 van 31 juli 2007.

¹³⁵ Omtrent de vraag of het Hof van Cassatie, ingevolge art. 234 EG, al dan niet moet doorverwijzen naar het Hof van Justitie, zie: F. WIJCKMANS, *o.c.*, *R.W.* 2006-07, p. 633-634, nr. 15.

¹³⁶ De Commissie neemt zich voor het gevraagde advies te verstrekken binnen vier maanden na de datum van ontvangst van het verzoek (Europese Commissie, Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke

dien kunnen de Commissie en de Raad volgens art. 15 (3) Verordening uit eigener beweging schriftelijke opmerkingen maken betreffende onderwerpen in verband met de toepassing van de communautaire mededingingsregels. Met de toestemming van de rechter kunnen zij ook mondelinge opmerkingen formuleren. Het spreekt vanzelf dat niets een eiser in de weg staat om tijdens de procedure de Commissie of de Raad zelf aan te schrijven en om een dergelijke démarche te verzoeken.

81. Wat de feiten betreft, kunnen de traditionele mogelijkheden geboden door het Gerechtelijk Wetboek worden toegepast in het raam van schadevergoedingsvorderingen wegens kartelinbreuken: art. 871 Ger. W., dat de rechter toelaat om aan iedere partij in het geding te bevelen het bewijsmateriaal dat zij bezit over te leggen; art. 877 Ger. W.,¹³⁷ dat deze mogelijkheid, onder bepaalde omstandigheden, uitbreidt tot derde partijen;¹³⁸ de mogelijkheid om getuigen te horen (art. 915 e.v. Ger. W.), evenals de partijen (art. 992 Ger. W.); en het bevelen van een deskundigenonderzoek (art. 962 e.v. Ger. W.).

82. Cruciaal voor het verzamelen van feitenmateriaal is de toegang tot het dossier van de Commissie of de Raad. In het algemeen blijkt deze toegang zeer beperkt te zijn voor derden. Enkel klagers lijken te genieten van een beperkte vorm van toegang, namelijk tot die documenten waarop de kartelautoriteit zich gebaseerd heeft om een klacht te verwerpen.¹³⁹ Rechter hebben wel een aantal mogelijkheden te hunner beschikking. Art. 15 (1) Verordening 1/2003 laat hen bijvoorbeeld toe om de Commissie te verzoeken inlichtingen (inclusief stukken) waarover zij beschikt toe te zenden.¹⁴⁰ De Commissie kan deze inlichtingen verstrekken, zelfs indien deze

onder de geheimhoudingsplicht vallen waartoe de Commissie gehouden is op basis van art. 287 EG. De Commissie zal dit echter alleen doen indien de rechter garandeert om de onder het beroepsgeheim vallende inlichtingen te beschermen.¹⁴¹ Sommige documenten zal de Commissie helemaal niet overhandigen (bv. informatie die vrijwillig werd verstrekt door een clementieverzoeker, behoudens indien deze daartoe toestemming verleent).¹⁴² Ook de Belgische kartelautoriteiten (de leden van de Dienst, het Auditoraat en de Raad) zijn gehouden aan het beroepsgeheim, tenzij zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen.¹⁴³

IV. Conclusie

83. We leven in een tijd waarin immer meer duizelingwekkende boeten voor kartelinbreuken, opgelegd door de Commissie en de kartelautoriteiten van onze buurlanden, elkaar in recordtempo opvolgen. Dat de Raad voor de Mededinging in zijn vijftienjarig bestaan slechts één enkel kartel heeft bewezen en beboet, is dan ook zonder meer verrassend. Het illustreert dat de Belgische publieke handhaving van het kartelverbod, net zoals de private afdwinging ervan in de rest van de EG, de wieg amper ontgroeid is. De redenen hiervoor zijn legio: gebrek aan middelen, opslorping van de beperkte middelen door de concentratiecontrole, voorrang van procedure over substantie, een instabiel wettelijk kader en een gebrek aan politieke wil om hieraan te remediëren.

Het einde van het Belgische kartelparadijs lijkt ons niettemin in zicht. De Belgische concentratiecontrole werd grotendeels uitgeschakeld door een verhoging van de aanmeldingsdrempels. Hierdoor zijn middelen vrijgemaakt voor andere prioriteiten, in het bijzonder het beteugelen van horizontale kartels. Bovendien zijn de Belgische kartelautoriteiten sedert 1 mei 2004 onderworpen aan de *peer review* van hun buitenlandse collega's in het raam van het ECN. Als minder goede leerling van de klas is het daar waarschijnlijk weinig aangenaam vertoeven voor de Belgen. Ten slotte is een eerste clementiegolf aangespoeld en geven de Belgische handhavers signalen dat ze eindelijk klaar zijn om het kartelbad in te duiken. Met de veroordeling van het broodkartel op 29 januari 2008, precies de dag van afsluiting van deze bijdrage, is daartoe een eerste schuchtere aanzet gegeven. Eens dat de koudwatervrees voorbij is, lijkt een inhaalbeweging onvermijdelijk.

instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PB C 101/54* van 27 april 2004, overweging 28).

¹³⁷ «Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, kan de rechter bevelen dat het stuk of een eensluitend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd». Hierbij zal rekening moeten worden gehouden met het recht dat iedere persoon heeft om zichzelf niet in beschuldiging te stellen (H. GILLIAMS en L. CORNELIS, *o.c.*, *TBM/RCB 2007-2*, p. 24-25).

¹³⁸ Zie, omtrent de mogelijkheden geboden door art. 871 en 877 Ger. W.: A. SPIRITUS-DASSESE, «Recente wijzigingen inzake de uitvoering van de Europese mededingingsregels. De rol van de rechter na de modernisering van het EG-mededingingsrecht», in J. STUYCK en P. WYTINCK (red.), *De Belgische Mededingingswet anno 2003*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 35-56 en «L'intervention des autorités de concurrence dans un litige judiciaire», *D.A.O.R.* 2001, nr. 59, p. 248-255.

¹³⁹ A. SPIRITUS-DASSESE, *o.c.*, *De Belgische Mededingingswet 2003*, p. 28-29. Het Groenboek (zie voetnoot 125) identificeert de beperkte toegang tot het dossier van de kartels als één van de knelpunten voor private afdwinging.

¹⁴⁰ Europese Commissie, Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PB C 101/54* van 27 april 2004, nr. 21.

¹⁴¹ *Ibid.*, nrs. 23-25.

¹⁴² *Ibid.*, nr. 26.

¹⁴³ Art. 36 WBEM.